

VALTIONEUVOSTON  
SELVITYS- JA TUTKIMUSTOIMINTA

Leena Heinämäki – Christina Allard – Stefan Kirchner –  
Alexandra Xanthaki – Sanna Valkonen – Ulf Mörkenstam

&

Nigel Bankes – Jacinta Ruru – J eremie Gilbert – Per Selle –  
Audra Simpson – Laura Ols en

# Saamelaisten oikeuksien toteutuminen: kansainv alinen oikeusvertaileva tutkimus

Tammikuu 2017  
Valtioneuvoston selvitys-  
ja tutkimustoiminnan  
julkaisusarja 4/2017

# KUVAILULEHTI

<b>Julkaisija ja julkaisuaika</b>	Valtioneuvoston kanslia, 25.1.2017		
<b>Tekijät</b>	Leena Heinämäki, Christina Allard, Stefan Kirchner, Alexandra Xanthaki, Sanna Valkonen, Ulf Mörkenstam sekä Nigel Bankes, Jacinta Ruru, Jérémie Gilbert, Per Selle, Audra Simpson ja Laura Olsén		
<b>Julkaisun nimi</b>	Saamelaisten oikeuksien toteutuminen: kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus		
<b>Julkaisusarjan nimi ja N:o</b>	Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 4/2017		
<b>Asiasanat</b>	saamelaiset, alkuperäiskansat, alkuperäiskansamääritelmä, oikeus kulttuuriin, saamelaisten oikeudet, maa- ja metsätalouden oikeudet, itsemääräämisoikeus, konsultaatio, perusoikeudet, saamelaiskäräjät, saamelaiskäräjien vaaliluettelo, kolttien kyläkokous, siitä, Yhdistyneiden kansakuntien julistus alkuperäiskansojen oikeuksista, Kansainvälisen työjärjestön (ILO) sopimus nr 169, Pohjoismainen saamelaisopimus, korkein hallinto-oikeus		
<b>Julkaisuaika</b>	Tammikuu, 2017	<b>Sivuja</b> 532	<b>Kieli</b> suomi, englanti

## Tiivistelmä

Saamelaisten oikeuksien eteenpäin vieminen Suomessa on kohdannut haasteita. Tämä tutkimus pyrkii vastaamaan valtioneuvoston määrittelemään tietotarpeeseen, joka liittyy erityisesti saamelaisten maa- ja osallistumisoikeuksiin sekä saamelaismäärittelyyn. Kyseessä on kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus, joka pyrkii tarjoamaan uutta tietoa sekä kansainvälisen alkuperäiskansaoikeuden kehityksestä että siitä, miten muissa aiheen kannalta keskeisissä valtioissa on ratkaistu alkuperäiskansojen oikeuksiin liittyviä kysymyksiä.

Tutkimusraportti koostuu neljästä pääosiosta. Ensimmäinen osio tarkastelee saamelaisten oikeusasemaa Suomessa sekä siihen liittyviä ehdotuksia, joita tarkastellaan kansainvälisen oikeuden luomien velvoitteiden näkökulmasta. Toinen kokonaisuus pitää sisällään saamelaismäärittelyproblematiikan tarkastelua kansainvälisen oikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden tapauskäytännön valossa, sisältäen myös kuvauksen saamelaisuuden määrittelyyn liittyvien kiistojen taustoista ja syistä. Kolmas pääosio keskittyy alkuperäiskansojen kansainvälisoikeudellisen aseman ja oikeuksien kehitykseen pääfokuksena ns. ennakkosuostumuksen periaate (FPIC). Tämä osio pitää sisällään myös ILO sopimus 169:n sisältämien maa- ja metsätalouden oikeuksien analyysiin. Neljäs pääkokonaisuus on oikeusvertaileva osio, jossa on mukana Norjaa, Ruotsia, Uutta-Seelantia, Kanadaa ja Latinalaisen Amerikan maita koskevat maaraaportit. Tämä kappalekokonaisuus sisältää myös yhteenvedon vertailun piirissä olleiden valtioiden oikeuskäytänteiden keskeisistä elementeistä, joista voidaan löytää parhaita käytänteitä Suomen saamelaisten oikeuksien toteuttamiseksi.

Tämä julkaisu on toteutettu osana valtioneuvoston vuoden 2016 selvitys- ja tutkimussuunnitelman toimeenpanoa (tietokayttoon.fi).

Julkaisun sisällöstä vastaavat tiedon tuottajat, eikä tekstisisältö välttämättä edusta valtioneuvoston näkemystä.

# PRESENTATIONSBLAD

<b>Utgivare &amp; utgivningsdatum</b>	Statsrådets kansli, 25.1.2017		
<b>Författare</b>	Leena Heinämäki, Christina Allard, Stefan Kirchner, Alexandra Xanthaki, Sanna Valkonen, Ulf Mörkenstam & Nigel Bankes, Jacinta Ruru, Jérémie Gilbert, Per Selle, Audra Simpson, Laura Olsén		
<b>Publikationens namn</b>	Förverkligandet av samiska rättigheter: Internationell jämförande forskning		
<b>Publikationsseriens namn och nummer</b>	Publikationsserie för statsrådets utrednings- och forskningsverksamhet 4/2017		
<b>Nyckelord</b>	Samerna, urfolk, definition av urfolk, rätt till kultur, samernas rättigheter, landrättigheter, rätt till självbestämmande, konsultation, grundrätter, sametinget, sametingets röstlängd, skolksamernas byastämma, siida, Förenta Nationernas deklaration om urfolkens rättigheter, Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 169, Nordisk Samekonvention, högsta förvaltningsdomstolen		
<b>Utgivningsdatum</b>	Januari, 2017	<b>Sidantal</b> 532	<b>Språk</b> finska, engelska

## Sammandrag

I Finland har erkännandet och implementeringen av samiska rättigheter varit komplicerat. Syftet med detta forskningsprojekt är att ge kunskap om förhållanden som finska regeringen efterfrågat, särskilt i förhållande till samers markrättigheter, deltagande/konsultationer och frågan om vem som är same. Forskningen är en internationell och komparativ studie som avser att ge ny kunskap om den senaste tidens rättsutveckling vad gäller urfolks rättigheter inom internationell rätt samt på nationell nivå med en jämförande ansats av några relevanta länder.

Forskningsrapporten består av fyra delar. Den första delen fokuserar på folkrättens krav och internationell standard vad gäller urfolks rättigheter och tar främst sikte på samernas rättsliga status. Den andra delen diskuterar problematiken med att definiera vem som är same, i ljuset av internationell rätt och Högsta förvaltningsdomstolens domar i Finland. Denna del innehåller även en beskrivning av bakgrund och skälen till tvisterna gällande definitionen. Den tredje delen behandlar urfolks rättsliga status och rättigheter enligt internationell rätt, med särskilt fokus på principen om urfolks fria och informerade samtycke, liksom tolkningen av artiklarna rörande landrättigheter i ILOs konvention 169. Den fjärde delen innehåller information om och jämförelse av urfolks rättsliga status i ett antal utvalda rättssystem: Norge, Sverige, Aotearoa Nya Zeeland och Kanada samt ett gemensamt kapitel om Latinamerika. Denna del innehåller sammanfattningar av centrala element och rättsliga lösningar i respektive rättssystem, liksom en sammanfattande konklusion gällande lösningar som kan vara till nytta för erkännandet av samiska rättigheter i Finland.

Den här publikation är en del i genomförandet av statsrådets utrednings- och forskningsplan för 2016 ([tietokayttoon.fi/sv](http://tietokayttoon.fi/sv)).

De som producerar informationen ansvarar för innehållet i publikationen. Textinnehållet återspeglar inte nödvändigtvis statsrådets ståndpunkt

## DESCRIPTION

<b>Publisher and release date</b>	Prime Minister's Office, 25.1.2017		
<b>Authors</b>	Leena Heinämäki, Christina Allard, Stefan Kirchner, Alexandra Xanthaki, Sanna Valkonen, Ulf Mörkenstam & Nigel Bankes, Jacinta Ruru, Jérémie Gilbert, Per Selle, Audra Simpson, Laura Olsén		
<b>Title of publication</b>	Actualizing Sámi Rights: International Comparative Research		
<b>Name of series and number of publication</b>	Publications of the Government's analysis, assessment and research activities 4/2017		
<b>Keywords</b>	Sámi, indigenous peoples, indigenous definition, right to culture, Sámi rights, land rights, the right to self-determination, consultation, fundamental rights, Sámi Parliament, Skolt village assembly, siida, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples, International Labor Organization's (ILO) Convention nr. 169, Nordic Sámi Convention, The Supreme Administrative Court		
<b>Release date</b>	January, 2017	<b>Pages</b> 532	<b>Language</b> Finnish, English

### Abstract

In Finland, implementation of the rights of Sámi have faced challenges. This research aims at providing knowledge Finnish Government has requested, particularly related to land- and participatory rights of Sámi and the Sámi definition. This research is an international comparative study, which aims to provide new information concerning recent developments of indigenous peoples' rights in international law as well as legal solutions related to indigenous peoples in other relevant countries.

The research report consists of four main parts. First part takes a look at legal status of Sámi and related proposals, which are viewed from the perspective of international legal obligations. Second part discusses the problematics of Sámi definition in the light of international law as well as in the legal praxis of the Supreme Court of Finland. This part includes also a description of the backgrounds and reasons for the battle concerning the definition. Third part focuses on indigenous peoples' legal status and rights in international law, with special reference to the principle of free, prior and informed consent (FPIC), as well as interpretation of land rights provisions of ILO Convention 169. Fourth part consists of legal comparison including country reports on Norway, Sweden, Aotearoa New-Zealand, Canada and chapter on Latin America. This section includes conclusions summarizing essential elements regarding legal solutions of each selected countries that can provide best practices for advancing Sámi rights in Finland.

This publication is part of the implementation of the Government Plan for Analysis, Assessment and Research for 2016 ([tietokaytoon.fi/en](http://tietokaytoon.fi/en)).

The content is the responsibility of the producers of the information and does not necessarily represent the view of the Government.

# SISÄLLYS

<b>ESIPUHE</b>	<b>12</b>
<b>1. VALTIONEUVOSTON SELVITYS JA TUTKIMUSHANKE VNK/2040/48/2015: MITÄ OPPEJA KANSAINVÄLISET KOKEMUKSET ANTAVAT ALKUPERÄISKANSA-ASIOISTA?</b>	<b>14</b>
1. Valtioneuvoston määrittämä tietotarpeen kuvaus	14
2. Selvitys- ja tutkimushankkeen tarpeellisuus ja hankkeen vastaus tarpeeseen	15
3. Tutkimuksen toteuttajat ja menetelmät	16
4. Sidosryhmien kuuleminen ja hankkeesta tiedottaminen	17
5. Raportin rakenteesta ja sisällöstä	21
<b>2. SAAMELAISTEN OIKEUDET SUOMESSA</b>	<b>22</b>
1. Saamelaisten jo turvattu oikeudellinen asema alkuperäiskansana sekä sen kansallista täytäntöönpanoa koskevat ehdotukset hallituksen esityksessä 167/2014	22
1.1. Saamelaiskäräjälaki ja neuvotteluelvoite kansainvälisen oikeuden näkökulmasta	27
1.2. Neuvotteluelvoitteesta yhteistoimintavelvoitteeseen kansainvälistä oikeutta mukaillen	29
1.3. Yhteenveto	34
2. Saamelaisten maa- ja metsätalouden oikeuksien ratkaisupyrimykset kansainvälisen oikeuden valossa	34
2.1. Saamelaisten osallistumisoikeuksien lisääminen valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksenteossa sekä metsähallituslakia koskeva esitys	34
2.1.1. Saamelaisia koskevat erityissäännökset: heikentämiskielto ja vaikutusarviointi	35
2.1.2. Saamelaisia koskevien erityispykälien poistamisen oikeusvaikutukset	37
2.1.3. Neuvottelukunnat ja paikallisten osallistuminen	41
2.1.4. Metsähallituslain arviointia saamelaisten oikeuksien kannalta	44
2.1.5. Yhteenveto	48
3. Saamelaisten osallistuminen Metsähallituksen hoito- ja käyttösuunnitelmien laatimiseen osana biodiversiteettisopimuksen täytäntöönpanoa	50
3.1. Biodiversiteettisopimus ja saamelaiset	50
3.1.1. Saamelaisten oikeudet Nagoyan pöytäkirjassa	52
3.1.2. Akwé:Kon vapaaehtoiset ohjeet ja niiden soveltaminen Suomessa	54
4. Saamelaisten perinteisen maankäytön suojasta muussa lainsäädännössä	58
4.1. Saamelaisten oikeudesta poronhoitoon	59
4.2. Saamelaisten oikeudesta kalastaa	64
4.2.1. Tenojoen kalastussopimus ja saamelaisten oikeudet	72

4.3. Saamelaisten maankäyttöön liittyvistä oikeuksista muussa lainsäädännössä	77
4.3.1. Kaivoslain mukainen saamelaisen kulttuurin suoja	78
4.3.2. Muutama huomio muusta lainsäädännöstä sekä yhteenveto	84
<b>3. SAAMELAISMÄÄRITELMÄ KANSAINVÄLISEN OIKEUDEN JA KHO:N TAPAUSTEN VALOSSA</b>	<b>86</b>
1. Alkuperäiskansojen vis-á-vis saamelaisten määrittelystä kansainvälisessä oikeudessa	86
2. Saamelaismääritelmästä KHO:n oikeustapausten valossa	93
2.1. KHO:n 1999 vuoden selkeä linja	94
2.2. Välivuodet 2003 ja 2007: purkuja ja epäselvyyksiä	103
2.3. KHO:n 2011 vuoden linjanmuutos	107
2.3.1. Saamelaiskäräjien hallituksen epäselvät kymmenen päätöstä	117
2.4. KHO:n 2015 vuoden linjattomuus	121
2.4.1. Yleisiä huomioita vuoden 2015 tapauksista	122
2.4.2. Vuoden 2015 vuosikirjapäätökset	124
2.4.3. KHO:n kokonaisharkintaan liittyvien muiden tapausten analyysi	129
2.4.4. Epäselviltä näyttäviä Saamelaiskäräjien päätöksiä	140
2.5. Yhteenveto ja johtopäätökset	142
3. HE 167/2014 & Saamelaismääritelmän muuttaminen: analyysi ja ehdotuksia	148
Lähteet (kappaleet 1, 2, 3 ja 15)	161
<b>4. KUVAAUS SAAMELAISTEN ITSEHALLINNON KEHITTÄMISESTÄ SEKÄ SAAMELAISUUDEN MÄÄRITTELYN JA SAAMELAIS- JA ALKUPERÄISKANSAKESKUSTELUN TAUSTOISTA JA TAPAHTUMISTA SUOMESSA</b>	<b>176</b>
1. Johdanto	176
2. Saamelaisoikeuksien, saamelaisten itsehallinnon ja saamelaisuuden määrittelyn taustaa	178
2.1. Suomen saamelaispolitiikan alkuvaiheet	178
2.2. Väestöselvitys saamelaisista	180
2.3. Vuoden 1973 Saamelaiskomitean mietintö ja koevaalit	183
2.4. Saamelaisvaltuuskunta	185
2.5. Vuoden 1990 saamelaislakiehdotus	187
2.6. Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon perustaminen	191
3. Kulttuuri-itsehallinnon alkuaika ja alkuperäiskansan uudet tulkinnot	194
3.1. Järjestäytyneen lappalaisliikkeen synty	194
3.2. Alkuperäiskansa ajallisena ja paikallisena alkuperäisyytenä ja historiallisena oikeudenomistajuutena	198
3.3. Valtion pyrkimykset tilanteen ratkaisemiseksi	199
3.4. Vuoden 1999 saamelaiskäräjävaalit ja alkuperäiskansaan kuulumisen argumentaatio	201
3.5. Maa-oikeus selvitykset ja maa-oikeustutkimushanke	202
3.6. Saamelaiskäräjien argumentaatio liittyen maa-oikeuksiin	208
4. 2010-luvun kehitys	209
4.1. Tutkimus alkuperäiskansan määrittelijänä	209

4.2. Alkuperäiskansaisuus kielen, kulttuurin ja identiteetin revitalisaationa	211
4.3. Keskustelu inarinsaamelaisuudesta	212
5. Yhteenveto	213
Lähteet	216
<b>5. ASSESSMENT ON RECENT DEVELOPMENTS REGARDING INDIGENOUS PEOPLES' LEGAL STATUS AND RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: WITH SPECIAL FOCUS ON FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT</b>	<b>224</b>
1. Introduction	224
2. Milestones Towards Legal Subjectivity of Indigenous Peoples in International Law	225
2.1. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Its Core and Legal Relevance	228
3. Assessment of FPIC in International law	233
3.1. The Justification and Purpose of FPIC	233
3.2. Concept and Elements of FPIC	235
3.3. FPIC as a Process	237
3.4. FPIC in Indigenous Rights Instruments	238
3.5. FPIC as Applied by Human Rights Monitoring Bodies	242
3.5.1. UN Human Rights Committee – from mere Consultation to real Consent?	242
3.5.2. FPIC in the Committee on Economic, Social and Cultural Rights	248
3.5.3. FPIC in the CERD Committee	251
3.5.4. FPIC in Inter-American Court of Human Rights	253
3.6. FPIC in International Environmental Law	257
3.7. Current Legal Status of FPIC	262
4. Concluding Remarks	265
References	267
<b>6. THE INTERPRETATION OF THE LAND RIGHTS ARTICLES OF ILO CONVENTION NO. 169: INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVES IN THE CONTEXT OF FINNISH SÁMI</b>	<b>283</b>
1. Background	283
2. How to interpret international treaties	283
3. Articles 13-19 ILO 169	283
3.1. Article 13 ILO 169	284
3.2. Article 14 ILO 169	285
3.3. Article 15 ILO 169	290
3.4. Article 16 ILO 169	292
3.5. Article 17 ILO 169	293
3.6. Article 18 ILO 169	293
3.7. Article 19 ILO 169	294
3.8. Concluding remarks	294
4. ILO 169 in the Inter-American Human Rights System	295
4.1. <i>Sarayaku v. Ecuador</i>	295
4.2. The Duty to Consult in Customary International Law	296
4.3. Internal Self-Determination	296

4.4. <i>Yakye Axa et al. v. Paraguay</i>	298
4.5. Cases before the Inter-American Commission on Human Rights	299
4.6. ILO 169 as a Legal Standard in the Inter-American Human Rights System	301
4.7. Conclusions	302
References	304
***	
<b>7. INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE PART</b>	<b>308</b>
References	310
<b>8. NORWAY</b>	<b>311</b>
1. The General Legal Context and Basis for Sámi Rights	311
1.1. Introduction	311
1.2. Commissions devoted to investigate Sámi rights	314
1.3. The Finnmark Act	315
2. Definition of Indigenoussness and the <i>Sámediggi</i>	318
3. Territorial rights	322
4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)	328
4.1. The Consultation Agreements	328
4.2. Protected areas	330
5. Summary of the Main Characteristics	332
6. Norjan pääpiirteiden tiivistelmä	335
References	338
<b>9. SWEDEN</b>	<b>341</b>
1. The General Legal Context and Basis for Sámi Rights	341
2. Definition of Indigenoussness and the <i>Sámediggi</i>	343
3. Territorial rights	347
4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)	351
4.1. Introduction	351
4.2. Protected areas	351
5. Summary of the Main Characteristics	353
6. Ruotsin pääpiirteiden tiivistelmä	355
References	358
<b>10. SOME REMARKS ON THE CRITERIA TO REGISTER IN THE SÁMI ELECTORAL ROLL IN SWEDEN</b>	<b>361</b>
1. Introduction	361
2. The criteria to register in the Sámi electoral roll in Sweden	361
3. The historical legacy of the Swedish state's policy: the "category-split"	363
4. Concluding remarks	364
References	365



<b>11. AOTEAROA NEW ZEALAND</b>	<b>367</b>
1. The General Legal Context and Basis for Māori Rights and Interests	367
1.1. Introduction	367
1.2. The Treaty of Waitangi 1840	370
1.3. The Waitangi Tribunal and Treaty Settlements	371
1.4. Treaty Principles	372
2. Definition of Indigenoussness	373
3. Territorial rights	375
4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)	377
4.1. Introduction	377
4.2. Māori world-views	378
4.3. The Resource Management Act (RMA)	379
4.4. Protected areas	380
5. Summary of the Main Characteristics	382
6. Aotearoa Uuden-Seelannin pääpiirteiden tiivistelmä	385
References	388
<b>12. CANADA</b>	<b>390</b>
1. The General Legal Context and Basis for Aboriginal Rights	390
1.1. Introduction	390
1.2. Constitutional protection of Aboriginal and treaty rights	394
1.3. The doctrine of Aboriginal rights	395
2. Definition of Indigenoussness	396
3. Territorial rights	404
3.1. Introduction	404
3.2. The <i>Calder</i> case	405
3.3. Aboriginal rights	406
3.4. Aboriginal title	409
4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)	411
4.1. The basis for the State's duty to consult Aboriginal peoples	411
4.2. Aboriginal world-views	412
4.3. Environmental legislation	413
4.4. Protected areas	414
5. Summary of the Main Characteristics	415
6. Kanadan pääpiirteiden tiivistelmä	418
References	422
<b>13. IMPLEMENTING ILO 169 IN LATIN AMERICA</b>	<b>425</b>
1. Introduction	425
1.1. Aim of this Chapter	425
1.2. Methodology	425
1.3. The Role of Domestic Implementation in the Context of ILO 169	427

2. Contemporary Indigenous Reality in Latin America	428
2.1. Discrimination	428
2.2. Determining Development	429
2.3. Access to Public Services	431
2.4. Human Security	432
2.5. Assimilation and Restricting Indigenousness	432
3. The Importance of the Inter-American Court of Human Rights	434
4. Who is Indigenous?	437
4.1. Self-identification	437
4.2. The Role of Discrimination	438
4.3. Domestic Norms and Census Questions	439
4.4. Self-Identification and Self-Determination	441
4.5. Group Acceptance: Indigenous Persons without Legal Recognition?	442
4.6. Different Levels of Indigenousness?	443
4.7. Interim Conclusions	445
5. Land Rights	446
5.1. Origins	446
5.2. Different Types of Land Rights	447
5.3. Impact of International Law	450
5.4. Practical Realisation	452
5.5. Co-Management	453
5.6. Interim Conclusions	455
6. The Duty to Consult	457
6.1. ILO 169	457
6.1. The Situation in different Latin American Countries	458
6.1.1. Peru	458
6.1.2. Bolivia	463
6.1.3. Chile	466
6.1.4. Colombia	468
6.1.5 Ecuador	471
6.1.6. Brazil	473
6.1.7. Argentina	474
6.1.8. Mexico	475
6.1.9. Guatemala	476
6.1.10. Venezuela	478
6.1.11. Costa Rica	478
6.1.12. Honduras	478
6.1.13. Paraguay	479
6.1.14. Nicaragua	479
7. Concluding Remarks	479
8. Summary	483

9. Latinalaisen Amerikan pääpiirteiden tiivistelmä	487
References	491
<b>14. CONCLUSIONS FROM THE COMPARATIVE PART – LESSONS TO BE LEARNED</b>	<b>503</b>
1. General comments	503
2. Defining Indigenousness	505
3. Territorial rights	506
4. Participatory rights (State's duty to consult)	506
5. Concluding comments – lessons to learn	507
***	
<b>15. KESKEISIMMÄT JOHTOPÄÄTÖKSET JA SUOSITUKSET</b>	<b>509</b>
1. Saamelaisten maankäyttöön ja -hallintaan liittyvät oikeudet	509
2. Saamelaismääritelmä	514
3. Neuvottelukulttuurin parantaminen	516
4. Suositukset pähkinänkuoressa	517
<b>15. GUOVDDÁŠ LOAHPPAÁRVALUSAT JA ÁVŽŽUHUSAT</b>	<b>520</b>
1. Sámiid eanageavaheapmái ja -hálddašeapmái laktáseaddji rievttit	520
2. Sápmelašmeroštallan	525
3. Ráđđádallankultuvrra buorideapmi	527
4. Ávžžuhusat oanehaččat	529

## ESIPUHE

Kansainvälisen oikeuden ja erityisesti alkuperäiskansaoikeuden tutkijana en ole aiemmin joutunut tarkastelemaan läheltä vastaavaa ilmiötä kuin miksi Suomessa alkuperäiskansamäärittely on muodostunut. Kyseessä on moniulotteinen ja ulkopuolisille helposti sekavalta näyttävä asia, johon kytkeytyy erilaisia intressejä: identiteetin ja elämäntavan puolustamista, mahdollisista erityisoikeuksista osalliseksi pyrkimistä sekä saamelaisten oikeuksien ja erityisesti Saamelaiskäräjien vallan vastustamista. Alkuperäiskansaoikeustutkijana on luonnollista haluta edistää alkuperäiskansojen oikeuksien toteutumista. Tämä toive ei tee tutkijasta epätieteellistä. Objektivisen oikeustieteellisen tutkimuksen kriteerit liittyvät siihen, että oikeudellisesta aineistosta ja kirjallisuudesta analysoidaan kaikki asiakokonaisuuteen vaikuttavat puolet huomioiden, ottaen huomioon myös oikeudellisia asiakirjoja koskeva oikeusasiantuntijoiden vallitseva tulkinta. Ei-objektivistista tutkimusta on sellainen, jossa kokonaisuudesta irrotetaan osasia, jotka tukevat omaa argumentaatiota, jättäen muut osat huomiotta, ja muodostetaan asiasta tulkintoja, jotka eivät vastaa kansallisen tai kansainvälisen oikeuden asettamia reunaehtoja.

Tutkijana minulla ei ole ollut kiinnostusta aikaisemmin ottaa julkisesti kantaa saamelaismäärittelyä koskevaan keskusteluun. Tämä valtioneuvoston hanke osui kuitenkin niin likeisesti oman tutkimuskenttäni ytimeen, että työnkuvaani liittyen päätin sitä hakea. En ole tähän saakka ollut kovinkaan aktiivinen päätöksentekijöiden suuntaan. Tutkijoiden tehtävä onkin ensisijaisesti vain tuottaa mahdollisimman monipuolista tieteellistä tietoa päätöksenteon tueksi. Vaikka valtioneuvosto on nimenomaan pyytänyt työryhmältä konkreettisia suosituksia, joita pyritään tarjoamaan, lopullisten ratkaisujen saamelaisten oikeuksien eteenpäin viemiseksi on tapahduttava päätöksentekijöiden toimesta. Yhteistyö Saamelaiskäräjien kanssa on välttämätön kaikissa saamelaisia koskevissa oikeuskysymyksissä. Mahdollista ILO sopimus No. 169:n ratifioimista tai saamelaiskäräjälain muuttamista ei voida tehdä ilman Saamelaiskäräjien myötävaikutusta. Saamelaisten perustuslaillinen ja kansainvälisoikeudellinen asema alkuperäiskansana on kiistanaton. Saamelaisten itsehallintoon kuuluvia tehtäviä varten saamelaiset valitsevat keskuudestaan Saamelaiskäräjät. Tämän tosiseikan tunnustaminen ei tee tutkijasta Saamelaiskäräjien asianajajaa. Tutkimuksessa ei ole epäröity kritisoida myöskään Saamelaiskäräjien toimintaa siltä osin kun sen on nähty olevan epäjohtonmukaista tai yhdenvertaisuusperiaatteen vastaista.

Määritelmäkysymyksen lisäksi valtioneuvoston hankkeessa on pyydetty ottamaan kantaa alkuperäiskansojen maahan liittyviin oikeuksiin sekä tarkastelemaan niitä sekä muissa maissa että kansainvälisen oikeuden valossa. Saamelaisten oikeuksien kannalta onkin huolestuttavaa, että ILO sopimus No. 169:n ratifiointi on kytketty alkuperäiskansamäärittelmään tavalla, johon ei ole kansainvälisen oikeuden näkökulmasta oikeudellisia perusteita. ILO sopimus No. 169 ei tarkoita saamelaisuuden uudelleen määrittelyä Suomessa eikä myöskään saamelaisten maahan liittyvien omistusoikeuksien tunnustamista tai ”palauttamista.” Tämä näkemys vastaa niin yleistä kansainvälisen oikeuden asiantuntijoiden näkemystä kuin kansainvälisen työjärjestön (ILO) sekä niiden valtioiden käytäntöä, jotka ovat sopimuksen ratifioineet. ILO sopimus No. 169:n ratifiointi ilman maanomistusoikeuksien turvaamista olikin jo todella lähellä vuonna 2015 hallituksen esityksen (HE 264/2014) pohjalta. Saamelaiskäräjälain ja saamelaismäärittelmän kytkeminen ILO sopimus No. 169:n ratifiointiin oli kuitenkin kenties harkitsematonta. Saamelaismäärittelmän muutoksen, mikäli määritelmä halutaan muuttaa, tulisi tapahtua saamelaiskäräjälakiuudistuksen yhteydessä, täysin riippumatta ILO sopimus No. 169:n ratifioinnista.

Tutkijana ei ole ollut helppoa tarttua yhteen kiistanalaisimmista oikeuskysymyksistä Suomessa. On epämiellyttävää joutua tarkastelemaan materiaalia, jonka pohjalta on pakko muodostaa näkemyksiä, jotka saattavat aiheuttaa mielipahaa sellaisissa ihmisissä, joiden intressejä tai hen-

kilökohtaista elämää esitetyt asiat suoraan sivuavat. Tarkoitukseni ei ole vähimmässäkään määrin loukata ketään. Kaikkein eniten toivoisin, että saamelaismääritelmä ratkeaisi niin, että kaikki osapuolet tuntisivat sen menevän oikeudenmukaisesti. Tällä hetkellä saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta on kuitenkin mahdollistanut sellaiset näkemykset, joita voi olla vaikea sovittaa yhteen. On sängen ongelmallista, että Suomessa säädettiin laki, jota ei alun perin eikä tähän päivään mennessäkään ole tarkoitettu tulkittavaksi sanamuodon mukaisesti. Tämä lainsäätäjän harkitsemattomuus ja siihen liittyvä perustuslakivaliokunnan lausunto ovat mahdollistaneet tapahtumaketjun, joka on ollut saamelaisten itsehallinnon kehittymisen kannalta ongelmallinen eikä ole ollut kenenkään oikeusturvan kannalta edullinen. Tätä näkemystä tukee laajasti analysoitu korkeimman hallinto-oikeuden tapausaineisto, erityisesti vuoden 2015 päätökset.

Toivon tämän raportin tarjoavan eväitä ratkaista saamelaisia koskevat avoimet oikeudelliset kysymykset kuten perustuslaillisen itsehallinnon turvaaminen lainsäädännössä sekä mahdollinen ILO sopimus No. 169:n ratifiointi. Pohjoismaiseen saamelaissopimukseen, lopullisen sopimustekstin ollessa vielä julkaisematon, ei oteta tässä raportissa kantaa kuin hyvin yleisellä tasolla. Sopimus tukee saamelaisia yhtenä kansana valtioiden rajoista riippumatta. Oikeusministeriön tiedotteen 21.12.2016 mukaan sopimuksesta on saavutettu neuvottelutulos ja Suomen hallitus lähtee edistämään sopimuksen ratifiointia neuvottelutuloksen pohjalta.

Tahdon kiittää lämpimästi kaikkia tutkimukseen osallistuneita kollegoitani: Christina Allardia, Stefan Kirchneriä, Sanna Valkosta, Alexandra Xanthakia, Nigel Banksia, Jacinta Rurua, Jérémie Gilbertiä, Per Selleä, Ulf Mörkenstamia ja Audra Simpsonia. Erityiskiitokset osoitan tutkimusavustajalleni Laura Olsénille. Ilman Lauran apua tiukassa aikataulussa en olisi pystynyt käymään läpi korkeimman hallinto-oikeuden tapauksia näin kattavasti. Tämän lisäksi kiitän hankkeen johtoryhmän puheenjohtajaa, oikeusministeriön kieli-, demokratia ja perusoikeusyksikön johtaja Johanna Suurpäättä, neuvotteleva virkamies Satu Kaskista sekä muita johtoryhmän jäseniä hyvästä yhteistyöstä, tuesta ja luottamuksesta. Lopuksi lämmin kiitos Outi Länsmanille, Richard Foleyille ja Henri Wimanille tekstien kääntämisestä, Sami Kotirannalle lähde- ja sisällysluettelon tekemisestä, Suvi Lyytiselle taitosta sekä Arktisen keskuksen henkilökunnalle, erityisesti hallinnon välle sekä tietoasiantuntija Arto Vitikalle kotisivujen tekemisestä ja ylläpitämisestä.

Valtioneuvostolle kunnioittavasti, 30.12.2016 Rovaniemellä

Leena Heinämäki  
Hankkeen vastuullinen johtaja

# 1. VALTIONEUVOSTON SELVITYS JA TUTKIMUSHANKE VNK/2040/48/2015: Mitä oppeja kansainväliset kokemukset antavat alkuperäiskansa-asioista?

Leena Heinämäki

Valtioneuvosto julkisti 7.12.2015 haettavaksi valtioneuvoston päätöksentekoa tukevan selvitys- ja tutkimustoiminnan määrärahat. Haku perustui valtioneuvoston päätöksentekoa tukevaan selvitys- ja tutkimussuunnitelmaan (3.12.2015), jonka tavoitteena on luoda perusta tutkimustiedon systemaattiselle ja laaja-alaiselle käyttämiselle päätöksenteossa, tiedolla johtamisessa ja toimintakäytännöissä.<sup>1</sup>

Selvityksen ja tutkimuksen suorittajat valittiin avoimella menettelyllä. Hakemukset pyydettiin toimittamaan valtioneuvoston kansliaan 18.1.2016 mennessä. Hakemusten arviointi ja vertailu toteutettiin kahdessa vaiheessa: soveltuvuusvaatimusten täyttymisen arviointi ja hakemusten sisällöllinen vertailu. Hankkeen päävastuullinen ministeriö on oikeusministeriö. Muut hankkeesta vastaavat ministeriöt ovat ulkoministeriö, opetus- ja kulttuuriministeriö sekä maa- ja metsätalousministeriö. Hakemuksen jätti neljä tutkimusryhmää. Valtioneuvosto 19.2.2016 kirjatulla päätöksellä suoritetun hakemusten arvioinnin perusteella valitsi tämän hankkeen toteutettavaksi. Päätöksen perustelujen mukaan ”hanke vastasi parhaiten hakuilmoituksessa esitettyjä tavoitteita. Siinä on hyvin oivallettu tarvittava tietopohja ja hanke tuo selvästi lisäarvoa päätöksenteon tueksi.”<sup>2</sup> Hankkeen nimi on ”Saamelaiden oikeuksien toteutuminen: kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus.” Hankkeelle perustettiin johtoryhmä, jota johtaa oikeusministeriön demokratia-, kieli- ja perusoikeusyksikön johtaja Johanna Suurpää.

Hankkeen merkityksellisyyden noteerasi myös Euroopan neuvoston ministerikomitea kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea, joka totesi arvostavansa sitä, ettei Suomen hallitus peräytynyt lopullisesti hallituksen esityksestä ILO sopimus No. 169:n ratifioimiseksi, vaan käynnisti tutkimuksen alkuperäiskansojen määrittelyyn ja maa-oikeuksiin liittyen. Komitean näkemyksen mukaan tämä voi tuoda uusia näkökulmia sekä oikeudellisia ja poliittisia vaihtoehtoja maan käyttöön liittyviin kysymyksiin.<sup>3</sup>

## 1. Valtioneuvoston määrittämä tietotarpeen kuvaus

Valtioneuvosto on määritellyt hankkeeseen liittyvän tietotarpeen seuraavasti: ”Suomen alkupe- räiskansa saamelaisiin liittyviä hankkeita kuten ILO:n alkuperäiskansaoikeuksia koskevan so- pimuksen nro 169 ratifiointia on valmisteltu usean hallituskauden aikana. Viime hallituskaudella annettu HE ILO 169 sopimuksen ratifioinnista on edelleen vireillä eduskunnassa. Saamelaisiin alkuperäiskansana liittyvät hankkeet ovat usein herättäneet ristiriitoja, ja niiden eteenpäin vie- minen on kohdannut vaikeuksia. Pohjaksi ao. asioissa etenemiselle tarvitaan nyt parempaa tietoa alan kansainvälisistä sitoumuksista sekä niiden pohjalta konkreettista oikeusvertailevaa tietoa siitä, mitä ratkaisuja meihin rinnastettavat maat ovat tehneet alkuperäiskansaoikeuk- siin ml. maa-oikeuksiin liittyvissä asioissa sekä mitä elementtejä ne ovat sisällyttäneet alkupe- räiskansojen määritelmiin. Näitä tietoja ei tässä laajuudessa ole ollut aiemmin käytettävissä.

<sup>1</sup> Hankkeen budjetti on ollut 164 995 euroa, joka on käytetty pääasiassa palkkoihin ja matkakuluihin.

<sup>2</sup> VNK 2040/48/2015, 19.2.2015 Päätös selvitys- ja tutkimustoiminnan hankkeesta, avoin menettely.

<sup>3</sup> ACFC/OP/IV (2016) 002, hyväksytty 26.2.2016, julkistettu 6.10.2016, Para 39.

Tutkimus tuottaisi siis olennaista lisäarvoa, ja tiedot olisivat hyödynnettävissä paitsi ILO 169 sopimusta koskevassa ratkaisussa niin myös muissa saamelaisten asemaan liittyvissä hankkeissa. Kyse olisi oikeusvertailevasta tutkimuksesta, jossa hyödynnettäisiin myös poikkitieteellistä lähestymistapaa. Tutkimuksessa selvittäisiin aluksi alkuperäiskansaoikeuksiin liittyviä kansainvälisiä sopimuksia ja sitoumuksia sekä niiden soveltamiskäytäntöä. Maakohtaisen vertailun piiriin otettavia maita olisivat Pohjoismaiden lisäksi ainakin Kanada ja Uusi-Seelanti sekä valittuja ILO 169 sopimuksen ratifioineita maita. Vertailun piiriin otettaisiin myös relevantti Suomea koskeva aineisto kuten kansainvälisten sopimusvalvontaelinten saamelaisten asemaa koskevat suosituksen sekä KHO:n saamelaiskäräjälakia koskeva käytäntö. Vertailun pohjalta tuotettaisiin konkreettiset yhteenvedot alkuperäiskansa-asemaan, maa-oikeuksiin ja määrittelyihin liittyvistä kokemuksista ja vaihtoehdoista. Tutkimus edellyttäisi hyvää kansainvälisen oikeuden ml. ihmisoikeusnormien tuntemusta sekä metodisia valmiuksia oikeusvertaillevan tutkimuksen suorittamiseen. Tutkimusryhmän tulisi sisältyä myös muiden tieteenalojen (lähinnä yhteiskuntatieteet) asiantuntemusta.”<sup>4</sup>

## 2. Selvitys- ja tutkimushankkeen tarpeellisuus ja hankkeen vastaus tarpeeseen

Valtioneuvoston tilaama selvitys- ja tutkimushanke saamelaisten oikeuksien eteenpäin viemiseksi on ajankohtainen ja merkityksellinen, koska se pyrkii paneutumaan asiaan tuoreesta ja aiempaa huomattavasti laajemmasta näkökulmasta. Kuten valtioneuvoston määrittelemässä tietotarpeen kuvauksessa ja perusteluissa todetaan, saamelaisten oikeuksien eteenpäin vieminen on kohdannut haasteita, pikemminkin jumittanut paikoilleen. Ehdotettu saamelaiskäräjälain muutosesitys (HE 167/2014) ei saanut riittävää kannatusta eduskunnassa vuonna 2015 ja sen myötä joutui jäähyllä myös ILO sopimus No. 169:n ratifiointia koskeva ehdotus (HE 264/2014), jotka oli alun perin liitetty yhteiseksi paketiksi. ILO sopimus No. 169:ää ei ole Suomessa alun perin katsottu voitavan ratifioida lähinnä maa-oikeuksien takia. Sittemmin sekä ILO sopimus No. 169:n ratifiointi että saamelaisen kulttuuri-itsehallinnon kehittäminen saamelaiskäräjälain uudistuksen myötä ovat pysähtyneet saamelaismääritelmään liittyvien näkemysten ja tulkintojen takia, jotka ovat kansainvälisen oikeuden sekä perustuslain näkökulmasta ongelmallisia, kuten myöhemmin tuodaan esille.

Lähtökohtana saamelaisten oikeuksien toteutumiselle toimivat sekä Suomen perustuslaki että kansainvälinen oikeus. Tämän lisäksi on merkityksellistä tarkastella, minkälaisia käytäntöjä muualla maailmassa esiintyy liittyen alkuperäiskansojen maa-oikeuksien ja niihin kiinteästi kytkeytyvien osallistumisoikeuksien ratkaisemiseksi. Myös alkuperäiskansojen määritelmäkysymykseen voidaan etsiä laajempaa näkemystä muiden valtioiden käytänteiden kautta, jotka voivat olla hyvin tai ei niin hyvin toimivia alkuperäiskansojen oikeuksien näkökulmasta. Alkuperäiskansojen oikeudet on myös nähtävä osana kunkin valtion oikeudellista ja yhteiskunnallista järjestelmää. Parhaita käytänteitä voidaan kuitenkin kartoittaa päätöksenteon tueksi. Maakohtaisessa oikeusvertailussa ovat mukana Norjan ja Ruotsin lisäksi Uusi-Seelanti ja Kanada sekä ILO sopimus No. 169:n ratifioineita Latinalaisen Amerikan maita, erityisfokuksena Peru, Chile, Bolivia ja Kolumbia.<sup>5</sup>

Tämä hankehakemus pyrkii vastaamaan valtioneuvoston täsmällisesti määrittelemään selvitys- ja tutkimustarpeeseen. Se tarjoaa uusia näkökulmia ja konkreettisia ehdotuksia saamelaisten oikeuksien eteenpäin viemiseksi Suomessa. Kansainvälisiä elementtejä vahvasti sisältävän

<sup>4</sup> Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminta: 8.4. Mitä oppeja kansainväliset kokemukset antavat alkuperäiskansa-asioista? Koko: 165 000 euroa. Aikajänne 2016.

<sup>5</sup> Latinaista Amerikkaa koskevassa raportissa yleispiirteisesti käydään läpi kuitenkin kaikki ILO sopimus No. 169 ratifioineet valtiot: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Peru, Venezuela.

raportin pyrkimyksenä on vahvistaa myös Suomen tosiasiallista asemaa ihmisoikeuksien ja alkuperäiskansaoikeuksien edistäjänä. Saamelaisen oikeudet pystytään viemään kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle, jos poliittista tahtoa sekä riittävän laajaa tietopohjaa käytetään oikein. Raportti sisältää materiaalia sekä suomeksi että englanniksi. Englanninkielistä osiota voidaan käyttää Suomen ihmisoikeuspolitiikkaa tukevissa keskusteluissa.

### 3. Tutkimuksen toteuttajat ja menetelmät

Tutkimuksen päätoteuttajat ovat Lapin yliopiston Arktisen keskuksen Pohjoisen ympäristö- ja vähemmistöoikeuden instituutti konsortiossa Luulajan Teknillisen Korkeakoulun kanssa. Tutkimukseen on osallistunut kansainvälinen työryhmä, joka koostuu sekä oikeustieteen että yhteiskuntatieteen asiantuntijoista. Hanke on toteutettu pääasiassa kahden oikeustieteiden tohtorin, vanhempi tutkija Leena Heinämäki, Arktinen keskus, Lapin yliopisto ja apulaisprofessori Christina Allard, Luulajan Teknillinen Korkeakoulu, sekä yhden yhteiskuntatieteiden tohtorin, vanhempi tutkija Stefan Kirchner, Arktinen keskus, Lapin yliopisto, toimesta. ILO sopimus No. 169:ää koskevan analyysin on kirjoittanut OTT, professori Alexandra Xanthaki (Brunel Law School), yhteistyössä YTT Stefan Kirchnerin kanssa. Raportin oikeustieteellisiä osia ovat kommentoineet tai täydentäneet myös professori Nigel Bankes (University of Calgary), OTT, professori Jacinta Ruru (University of Otago) sekä OTT, professori Jérémie Gilbert (University of East London). Kaikki hankkeen oikeusasiantuntijat ovat perehtyneet laajalti alkuperäiskansojen oikeuksiin joko kansainvälisen oikeuden ja/tai kansallisen ja oikeusvertailun näkökulmasta. Tutkijat ovat tehneet läheistä yhteistyötä ja kommentoineet toistensa osuuksia. Suomalaista aineistoa on myös käännetty englanniksi yhdessä työskentelyä varten.

Suomea koskevan oikeudellisen aineiston on kirjoittanut OTT Leena Heinämäki, joka on myös kirjoittanut kansainvälisen oikeuden osuuden yhdessä YTT Stefan Kirchnerin kanssa lukuun ottamatta ILO sopimus No. 169:ää koskevaa analyysiä. Norjan, Ruotsin, Kanadan ja Uuden-Seelannin maaraportit on kirjoittanut OTT, apulaisprofessori Christina Allard. Latalaisen Amerikan maavertailun on tehnyt YTT Stefan Kirchner, joka tuntee Latalaisen Amerikan tilannetta myös sisältä päin asuessaan ja työskennellessään alueella. Vaikka Kirchner on yhteiskuntatieteiden tohtori, hän on toiminut kansainvälisen oikeuden ja alkuperäiskansaoikeuden parissa läheisesti koko akateemisen uransa ajan sekä työskennellyt mm. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa. Hän on toiminut myös Saksassa asianajajana sekä hallituksen neuvonantajana kansainvälisissä sopimuksissa, ja aloittaa vuoden 2017 alussa Arktisessa keskuksessa Arktisen oikeuden erikoistutkijana.

Allard on tehnyt useiden vuosien ajan oikeusvertailevaa tutkimusta erityisesti saamelaisen mutta myös muiden alkuperäiskansojen oikeuksien parissa. Hän on tehnyt vertailevaa tutkimusta sekä pohjoismaisessa että kansainvälisessä kontekstissa Kanadan ja Uuden-Seelannin osalta, mikä on ollut myös hänen väitöskirjatyönsä aiheena. Hän on perehtynyt erityisesti maankäytön sekä luonnonvara- ja ympäristöoikeuden kysymyksiin. Häntä pidetään yhtenä pohjoismaisen saamelaisoikeuden oikeusvertailevan tutkimuksen arvostetuimpana asiantuntijana.

Heinämäki on erikoistunut kansainväliseen alkuperäiskansaoikeuteen. Hänen tutkimuksensa keskiössä ovat olleet alkuperäiskansojen oikeudellisen aseman kehittyminen, osallistumisoikeudet (FPIC) sekä ihmisoikeuksia valvovien ja tulkitsevien elinten oikeustapakukset ja suositukset. Hänen erityisfokuksenaan ovat olleet arktiset alkuperäiskansat, mukaan lukien saamelaiset. Heinämäen väitöskirja (2010) tarkasteli alkuperäiskansojen oikeutta kulttuuriin ja perinteisiin elinkeinoiniin erityisesti ympäristöön- ja maankäyttöön liittyvissä kysymyksissä.



Xanthaki on maailmanlaajuisesti yksi kysytyimmistä asiantuntijoista alkuperäiskansojen oikeuksiin liittyen. Useat valtiot ja YK:n alaiset järjestöt ovat käyttäneet häntä neuvonantajana alkuperäiskansojen oikeuksia koskevien instrumenttien, kuten ILO sopimus No. 169:n ja YK:n alkuperäiskansajulistuksen tulkintaan liittyvissä kysymyksissä. Hän on julkaissut laajasti alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeudesta ja maa-oikeuksista.

Valtioneuvoston tietotarpeen määrittelyssä korostettiin myös muiden tieteiden, erityisesti yhteiskuntatieteiden roolia. Kuvauksen saamelaisuuden ja alkuperäiskansan määrittelyä koskevasta keskustelusta on kirjoittanut YTT, apulaisprofessori (Suomen Akatemian tutkijatohtori 31.8.2017 saakka) Sanna Valkonen. Tekstiä on kommentoinut YTT, apulaisprofessori Ulf Mörkenstam (Tukholman yliopisto) sekä YTT, professori Per Selle (Bergenin yliopisto), jotka ovat niin ikään kommentoineet ja täydentäneet Christina Allardin Ruotsia ja Norjaa koskevia maa-raportteja. Mörkenstam on myös kirjoittanut Ruotsia koskevaan raporttiin erillisen kappaleen. Valkonen, Mörkenstam ja Selle ovat kaikki perehtyneet saamelaisten yhteiskunnalliseen asemaan ja siihen liittyviin poliittisiin aspekteihin, ja julkaisseet laajasti tästä aihealueesta. Sekä Allardin että Valkosen tekstejä on kommentoinut myös YTT, professori Audra Simpson (Columbia University), jonka aihealueena on ollut erityisesti alkuperäiskansamäärittelyyn liittyvät kysymykset.

Tutkimusassistenttina sekä hankkeen viestintäkoordinaattorina on toiminut YTM, väitöskirjattutkija Laura Olsén, joka on muun ohella osallistunut keskeisesti erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden saamelaismäärittelmää liittyvän aineiston läpikäymiseen.

Tutkimus on pääasiallisesti oikeustieteiden alaan kuuluva oikeusdogmaattinen ja vertaileva tutkimus, joka pitää sisällään normien tulkintaa, hallituksen esityksiä, valiokuntien, työryhmien ja komiteoiden kannanottoja, oikeustapausten analyysiä, kansainvälisten ihmisoikeustoimielinten oikeuskäytännön sekä suositusten tarkastelua sekä oikeuskirjallisuuden läpi käymistä. Yhteiskuntatieteellinen asiantuntemus on kuitenkin tärkeää alkuperäiskansojen oikeuksia koskevassa tutkimuksessa, koska oikeusvertailun lisäksi tarvitaan tietoa ja ymmärrystä saamelaisten asemaan ja määrittelyyn liittyvistä sosiaalisista ja poliittisista kysymyksistä ja näkökohdista. Hanke on silti luonteeltaan pikemminkin pragmaattinen kuin teoreettinen, sillä sen tehtävä on ensisijaisesti tarjota tietoa ja konkreettisia ratkaisuehdotuksia päätöksenteon tueksi.

## 4. Sidosryhmien kuuleminen ja hankkeesta tiedottaminen

Hankkeessa katsottiin tärkeäksi myös paikallisten sidosryhmien kuuleminen. On perusteltua, että sidosryhmät tietävät hankkeesta ja voivat tuoda esille omia näkökantojaan liittyen saamelaisten oikeuksien toteuttamiseen. Kuuleminen aloitettiin saamelaisten yhdistysten kuulemisella Inarissa 27.4.2016. Tilaisuus järjestettiin samaan yhteyteen perustuslakivaliokunnan Inarin vierailun kanssa. Paikalle kutsuttiin samat saamelaisjärjestöt, jotka olivat saaneet kutsun perustuslakivaliokunnan kuulemiseen.<sup>6</sup> Tilaisuuteen osallistui muutaman saamelaisjärjestöä, mukaan lukien järjestöjä, jotka kyseenalaistavat tämän hetkisen saamelaismäärittelmän ja Saamelaiskäräjien johtaman saamelaisten itsehallinnon. Pääasiallinen keskustelu koski saamelaismäärittelmää ja sen erilaisia tulkintoja ja niistä aiheutuvia ristiriitoja Suomessa. Keskustelua käytiin myös historiallisista maa-oikeuksista, kiinteistö-oikeuksista ja niihin liittyvistä asiakirjoista, sekä isojaosta ja sen osittaisesta keskeneräisyydestä. Esille tuotiin tarve selvittää loppuun saakka edellä mainitut avoimet oikeuskysymykset. ILO sopimus No. 169:ään liittyi erilaisia käsityksiä ja tulkintoja maa-oikeuksien osalta ja keskustelu auttoi ymmärtämään, kuinka paljon

6 Suomen Saamelaisten keskusjärjestö ry, Suomen porosaamelaiset ry, Roavvenjårgga sámii searvi Mii rs, Sis-Suoma Sámesearvi, Bárbmun, City Sámit, Oulu Sámit, Sámisoster, Sámi siida, Johti sápmelaččat, Saa'mi Nue'tt, Vuohču sámii searvi, Anaráškielá servi rs, Sámi duoddji ry, Saamelaisneuvosto, Paliskuntain yhdistys, Suoma Sámi nuorat, Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaiset ry, Inarinsaamelaiset ry. Kolttien kyläkousta ja kolttien kolttakulttuurisäätiötä kuultiin erikseen 16.6.2016.

pelkoja ja huolia ja toisaalta kenties turhiakin toiveita ILO sopimus No. 169:n ratifiointiin liittyy. Tutkijan näkökulmasta yllätyksellisenä näyttäytyi se, että ILO sopimus No. 169:ää uskotaan voivan tulkita ilman oikeustieteellistä ja ihmisoikeuspohjaista asiantuntemusta, ikään kuin jokainen voisi poimia sopimuksesta niitä elementtejä, joiden arvelee tukevan omaa argumentaatiota.

Inarinsaamelaisten oikeudet ja heidän vähemmistöasemansa sekä kokemus syrjinnästä herättivät myös keskustelua. Esille tuotiin tarve tunnustaa inarinsaamelaisten asema erikseen lainsäädännössä. Esille nousi myös huoli siitä, kuinka paljon puhevaltaa erilaiset järjestöt, jotka eivät kaikkien mielestä edusta saamelaisia, ovat saaneet saamelaiskeskustelussa. Toisaalta Saamelaiskäräjiä kohtaan vallitsee suuri epäluottamus näiden järjestöjen keskuudessa, koska saamelaismääritelmän katsotaan jättävän ulkopuolelle mielivaltaisesti ihmisiä, jotka kokevat olevansa saamelaisia. Myöskin skeptisyyttä tätä tutkimusta kohtaan oli ilmassa sekä epäilyksiä siitä, onko tämä jälleen valtion tapa vain lykätä saamelaisten oikeuksien toteuttamista. Tilaisuus auttoi syventämään ymmärrystä siitä, kuinka ristiriitaiseksi ja tulenaraksi saamelaismääritelmäkysymys on päässyt muodostumaan. Tilannetta ei ole ainakaan helpottanut se, että ILO sopimus No. 169:stä on muodostunut vääristynyt käsitys kansainvälisen oikeuden vastaisen tulkintojen takia. Maaoikeuksia ei esimerkiksi varmastikaan turvattaisi siten, että yksityisten mahdolliset erityisperusteiset kalastusoikeudet kumottaisiin. Edellä mainitut oikeudet tulee vahvistaa Suomen oikeusjärjestyksen mukaisesti täysin riippumatta ILO sopimus No. 169:n ratifiointista eikä ILO sopimus No. 169:n ratifiointi voi johtaa niiden mitätöimiseen. Kuulemistilaisuudessa ehdotettiin myös Saamelaiskäräjienkin ehdottamaa totuus- ja sovittelukomission perustamista, pohjoisamerikkalaista mallia lainaten, valtion ja saamelaisten sekä muiden paikallisten välisten suhteiden korjaamiseksi ja ristiriitojen ratkaisemiseksi.

25.5.2016 järjestettiin Saamelaiskäräjien hallituksen kuuleminen. Keskustelussa tuotiin ilmi huoli saamelaisten oikeuksien pysähtymisestä sekä asian kiireellisen korjaamisen tarpeesta. Kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus nähtiin tervetulleeksi tuomaan uutta perspektiiviä jumiutuneeseen kansalliseen keskusteluun. KHO:n päätökset herättivät pohdintaa itseidentifikaatiosta ja sen aitouden arvioinnin vaikeudesta. Keskustelua käytiin myös saamelaisten luontosuhteesta, perinteisistä hallintajärjestelmistä ja niiden paremmasta huomioimisesta päätöksenteossa.

Hankkeessa kuultiin myös Kolttien kyläkokousta sekä kolttakulttuurisäätiötä 16.6.2016. Tilaisuudessa nousi esille se, että vaikka koltat osallistuvatkin kulttuurinsa kehittämiseen Saamelaiskäräjien kautta, heidän äänensä ja oikeutensa eivät tule riittäväksi huomioiduksi. Huoli kolttien vähemmistöasemasta ja kulttuurin ja perinteisten elinkeinojen uhanalaisuudesta nousi esille monin tavoin. Vaikka koltille kuuluukin lain mukainen oikeus kuulemiseen monessa asiassa, lausuntoja pyydetään usein niin lyhyessä aikataulussa, etteivät pienet resurssit riitä tarttumaan kaikkiin tärkeisiin kysymyksiin. Valtio ei kenties täysin vieläkään hahmota kolttien erityisasemaa, vaan ajatellaan että Saamelaiskäräjien kuuleminen riittää. Tähän asiaan toivottiin muutosta myös siltä osin, että kolttien edustus varmistetaan kaikissa työryhmissä ja neuvottelukunnissa. Myös resursseja tarvittaisiin lisää valtiolta siihen, että kolttien kyläkokousta voitaisiin kehittää "virallisempaan" suuntaan niin, että se pystyisi aidosti edustamaan koltia kaikissa kolttakulttuurin kannalta keskeisissä kysymyksissä.

Myös saamelaisten kotiseutualueen kuntia haluttiin tiedottaa hankkeesta sekä kuulla kuntien näkemyksiä saamelaisten oikeuksien toteutumisesta. Kuntakuulemisiin osallistui kunnanjohtajien lisäksi keskeisesti saamelaisasioiden kanssa tekemisissä olevia virkamiehiä ja paikoin kunnanhallituksen ja -valtuuston jäseniä. Keskustelusta päällimmäisenä jäi mieleen kuntien yleinen toive paremmasta neuvottelukulttuurista erityisesti Saamelaiskäräjien ja kuntien välillä. Kaikki keskusteltavat aiheet eivät suoraan liittyneet tämän tutkimuksen toimeksiantoon, mutta

ne autoivat ymmärtämään paikallisia olosuhteita ja Suomen Lapin erityistilannetta, jossa saamelaiset ja muut paikalliset elävät rinta rinnan ja harjoittavat osin samoja elinkeinoja. Tämä seikka on välttämätöntä huomioida saamelaisia koskevissa oikeudellisissa ratkaisuissa.

Utsjoen kunnan kuulemistilaisuus järjestettiin 24.5.2016. Saamelaisenemmistöisen Utsjoen kunnan kuulemisessa esille nousi keskustelu metsähallituslaista ja saamelaisten oikeuksien vesittymisestä lakiuudistuksen yhteydessä. Pääongelmaksi koettiin se, että saamelaiset perinteiset elinkeinot ovat uhattuna monesta suunnasta ja kuitenkin saamelaiset eivät voi hallinnoida maankäyttöä. Kuuleminen on usein muodollista eikä sillä tunnu olevan vaikutusta lopullisiin päätöksiin. Niin ikään maankäyttöoikeuksiin liittyen kritiikkiä sai osakseen myös riistahoitolain sekä kalastuslain muutokset ja erityisesti Tenojoen tilanne, josta keskustellaan laajasti tässä raportissa. Keskustelua käytiin myös saamelaisesta luontosuhteesta. Puheenvuoroissa todettiin, että saamelainen kulttuuri tulisi nähdä kokonaisvaltaisesti niin, ettei esimerkiksi elinkeinoja ja kieltä voida pitää toisistaan erillisinä asioina, kuten ei myöskään kieltä ja kulttuuria. Esille nousi haaste siitä, miten kulttuuria voisi paremmin välittää kielen ja muun opetuksen kautta, sillä saamelaislastenkin opetusmetodeista säädetään pääasiallisesti kansallisella eikä paikallisella tasolla. Saamelaiset eivät ole vain kieliryhmä vaan myös alkuperäiskansa. ILO sopimus No. 169:n ratifiointiin sekä saamelaiskäräjälakiuudistukseen kunnalla on myönteinen kanta.<sup>7</sup> Tilaisuudessa pohdittiin myös Utsjoen kunnan muista kunnista eroavaa tilannetta saamelaisenemmistöisenä kuntana. Kunta suhtautuu erittäin myönteisesti saamelaisten oikeuksien vahvistamiseen ja toivoo niiden pikaista edistämistä. Keskustelussa pohdittiin myös sitä mahdollisuutta, että Utsjoen alueella saamelaisten oikeuksia voitaisiin toteuttaa erityisillä järjestelyillä suhteessa muihin kuntiin.

Sodankylän kuulemistilaisuus järjestettiin niin ikään 24.5.2016. Keskustelussa nousi esille tarve sovittaa yhteen perinteisiä saamelaisia elinkeinoja sekä uudempia maankäytön muotoja. Saamelaiskäräjillä nähtiin olevan vahva asema maankäyttöä koskevissa kysymyksissä eikä sen vahvistamista entisestään nähty aiheelliseksi. Myös muiden paikallisten maankäyttöoikeudet tulisi suojata. Saamelaiskäräjiltä toivottiin myös enemmän tietoa konkreettisista toimenpiteistä sen suhteen, miten Saamelaiskäräjät haluaisivat vaikuttaa kuntien toteuttamiin toimenpiteisiin maankäyttöön liittyen. Yhteistyön lisäämistä Saamelaiskäräjien ja kuntien välille toivottiin. Keskustelua syntyi myös jonkunlaisen yhteistyöelimen perustamisesta, jossa kaikki osapuolet saisivat tasapuolisesti tuoda esille näkemyksiään. Jonkinlaista "sovittelijaa" tai ulkopuolista neuvotteluiden vetäjää pidettiin hyvänä ideana. ILO sopimus No. 169:n ratifiointiin suhtaudutaan kielteisesti tai vähintäänkin suurella varauksella. Saamelaiskäräjälain osalta huolta herättää saamelaismäärityksen tiukentaminen.<sup>8</sup>

Inarin kunnan kuulemistilaisuus järjestettiin 25.5.2016. Kuulemistilaisuudessa saamelaisten oikeuksien kohdalla korostettiin erityisesti kielellisten oikeuksien ylläpitämistä mahdollisimman hyvin. Kunnan toiminnassa halutaan myös huomioida inarinsaamelainen vähemmistö ja tarve suojella sitä. Myös muiden paikallisten elinkeinonharjoittajien oikeudet tulisi ottaa huomioon saamelaisten oikeuksista keskusteltaessa. Akwé:Kon työryhmän<sup>9</sup> toiminnan suhteen tuotiin esille tarve kiinnittää huomiota työryhmien alueellisen edustuksen tasapuolisuuteen niin että kaikki saamelaisryhmät tulisivat tasapuolisesti huomioiduksi maankäyttöä koskevassa suunnittelussa. Keskustelussa nousi myös rakentavia ehdotuksia tarpeesta lisätä Akwé:Kon ryhmien ja Metsähallituksen muille paikallisille ihmisille avoimien yhteistyöryhmien välistä vuoropuhelua. Historiallisiin ja kiinteistö-oikeudellisiin maa- ja metsäoikeuksiin toivottiin lisäselvityksiä ja valtion toivottiin ottavan vastuuta näiden oikeuksien täysipainoisesta toteuttamisesta, esimerkiksi erityisperusteisiin kalastusoikeuksiin liittyen. ILO sopimus No. 169:n pelätään luovan järjestelmän,

<sup>7</sup> Utsjoen kunnan lausunto 17.6.2014 hallituksen esitykseen eduskunnalle kansainvälisen työjärjestön (ILO) itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansojen koskevan yleissopimuksen nro 169 hyväksymisestä ja voimaansaattamisesta; Utsjoen kunnan lausunto 24.1.2014 saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 55/2013.

<sup>8</sup> Sodankylän kunnan lausunto hallituksen luonnosesityksestä eduskunnalle ILO:n yleissopimuksen Nro 169 hyväksymisestä, 32/49/2011 / Oikeusministeriö, Kh 183 § / 3.6.2014, liite nro 7; Sodankylän kunnan lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä, 7.1.2014, Kh 14.1.2014 § 5, liite 7.

<sup>9</sup> Akwé:Kon työryhmän liittyvät luonnon monimuotoisuussopimuksen täytäntöönpanoon, jota käsitellään seuraavassa kappalekokonaisuudessa.

jossa jo olemassa olevien mutta toteutumattomien oikeuksien päälle luotaisiin toinen järjestelmä. Kuten sanottu, tosiasiallisesti näin ei kuitenkaan voitaisi toimia. Keskustelussa nousi esille myös ehdotus, että mikäli asiakirjanäyttöön perustuvia maa-oikeuskanteita voitaisiin viedä tuomioistuimeen, valtion tulisi suunnata tähän varoja. Kunta suhtautuu kielteisesti ILO sopimus No. 169:n ratifiointiin sekä saamelaiskäräjälakiuudistukseen erityisesti saamelaismääritelmän osalta, johon ei toivota ainakaan tiukennusta. Myös Saamelaiskäräjien neuvotteluelvoitteen laajentamista vastustetaan.<sup>10</sup>

Enontekiön kunnan kuuleminen järjestettiin 15.6.2016. Tilaisuudessa tuli esille kunnan järjestämät kuulemiset ja ehdotus neuvottelukulttuurin parantamisesta lisäämällä kasvokkain järjestettäviä tapaamisia saamelaisten elinkeinonharjoittajien ja Saamelaiskäräjien kanssa. Kuulemisessa ehdotettiin Saamelaiskäräjien tekävän kirjallisen selkeän maankäyttöön liittyvän strategian, jossa kävisi ilmi konkreettiset toivomukset kunnan suhteen. Kunnassa halutaan olla avoimia neuvotteluille ja uusille innovatiivisille ideoille. Kuulemisessa painotettiin myös sitä, miten saamelaisuus on luonnollinen ja arvokas osa kuntaa. Kulttuuria ja erityisesti kieltä halutaan tukea, mutta elinkeinon suojassa tulee kunnan näkemyksen mukaan ottaa huomioon myös muiden kuin saamelaisten oikeudet yhdenvertaisuuden pohjalta. ILO sopimus No. 169:n ratifioinnin katsotaan mahdollistavan ristiriitojen lisääntymisen, jos sillä turvattaisiin erilaisia maankäyttöoikeuksia saamelaisille kuin muille ihmisille. Esille nousi myös ILO sopimus No. 169:ään liittyvä tiedon puute ja siitäkin mahdollisesti johtuva kielteinen suhtautuminen. Saamelaiskäräjälakiin suhtaudutaan varauksella erityisesti saamelaismääritelmän mahdollisen supistamisen osalta.<sup>11</sup>

Hankkeesta on tiedotettu myös internet-sivuston<sup>12</sup> kautta, jonka välityksellä erillisten sähköpostikutsujen lisäksi pääasiallinen tiedottaminen hankkeen aikana toteutetuista kuulemistilaisuuksista sekä järjestämästämme asiantuntijatyöpajasta tapahtui. 25.8.2016 Työ- ja elinkeinoministeriön tiloissa järjestettiin hankkeen tiimoilta asiantuntijatyöpaja, jonne kutsuttiin kaikki hankkeemme asiantuntijat, hankkeen ohjausryhmän jäsenet sekä oikeusministeriön erikseen paikalle kutsumia tahoja, joista suurin osa ei kuitenkaan päässyt osallistumaan. Työpajassa kuultiin yhteensä kymmenen asiantuntijapuheenvuoroa, joissa käsiteltiin alkuperäiskansaoikeuksia ja niiden toteutumista useista eri näkökulmista.<sup>13</sup> Työpajan yhteydessä tuotettiin neljä hankkeen kotisivuille ladattua asiantuntijavideohaastattelua<sup>14</sup>, joissa Xanthaki, Bankes, Kirchner ja Allard vastaavat Heinämäen kunkin asiantuntijan tutkimusintressien ja erikoistumisen pohjalta esittämiin kysymyksiin. Hankkeen tutkimusavustaja ja viestintäkoordinaattori Laura Olsén on myös kirjoittanut kaksi blogikirjoitusta osana VN TEAS:n<sup>15</sup> toivomaa viestintäsuunnitelmaa.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Kts. myös Inarin kunnan lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 55/2013, 19.2.2013, Dnro 37/00.04.00/2013; Inarin kunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle ILO:n yleissopimuksen nro 169:n hyväksymisestä, 2.6.2014, Dnro 230/00.04.00/2014.

<sup>11</sup> Enontekiön kunnanvaltuusto 20.6.2012, 17 § Enontekiön kunnan kanta ILO-169 yleissopimuksen sopimuksen ratifiointiin; 13.1.2014, 6 §, Enontekiön lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän luonnoksesta hallituksen esitykseksi saamelaiskäräjälain muuttamiseksi.

<sup>12</sup> <http://www.arcticcentre.org/Fl/hankkeet/saamelaistenoikeudet>.

<sup>13</sup> Ensimmäisessä paneelissa esityksen pitivät; Alexandra Xanthaki aiheesta *International Standards in Indigenous Rights Discourse*; Jacinta Ruru aiheesta *Maori definition in Aotearoa, New Zealand*; Christina Allard aiheesta *The Comparative Approach - What Can We Learn from One Another? (Indigenous rights in the Nordic Countries, Aotearoa New Zealand, Canada and Australia)*; Stefan Kirchner aiheesta *The Implementation of ILO No. 169 in Latin America: Land Rights and FPIC*; sekä Nigel Bankes aiheesta *Indigenous Land Rights and Self-governance Models in Canada*. Seuraavassa paneelissa kuultiin niin ikään viisi puheenvuoroa, jotka esittivät; Sanna Valkonen aiheenaan *Sámi Debate in Finland*; Leena Heinämäki aiheenaan *Sámi definition: Self-identification vs. Group Acceptance in International Law and the Supreme Administrative Court of Finland*; Ulf Mörkenstam aiheenaan *Sámi definition and the role of Sámi Parliament in Sweden*; Per Selle aiheenaan *Sámi definition and the role of Sámi Parliament in Norway* ja Audra Simpson aiheenaan *Indigeneity, Recognition and Group Acceptance*.

<sup>14</sup> <http://www.arcticcentre.org/Fl/hankkeet/saamelaistenoikeudet/haastattelut>.

<sup>15</sup> Valtioneuvoston selvitys ja tutkimustoiminta, <http://vnk.fi/valtioneuvoston-selvitys-ja-tutkimustoiminta>.

<sup>16</sup> Olsén, L., *Neuvottelukulttuurin parantaminen ja toimiva yhteistyö olennaisia saamelaisten oikeuksien edistämässä*, <http://tietokayttoon.fi/ajankohtaista/blogi/-blogs/alueellinen-neuvottelukulttuuri-ja-yhteisty-olennaisia-saamelaisten-oikeuksien-edistamisessa>; *Uusia tuulia saamelaisia koskevaan päätöksentekoon?* <http://tietokayttoon.fi/ajankohtaista/blogi/-blogs/uusia-tuulia-saamelaisten-oikeuksia-koskevaan-paatoksenteekoon->

## 5. Raportin rakenteesta ja sisällöstä

Raportti koostuu neljästä pääosioista. Ensimmäisenä käydään läpi saamelaisten oikeusasema Suomessa sekä siihen liittyen analysoidaan hallituksen esitystä 167/2014 saamelaiskäytäntöjä muuttamiseksi kansainvälisen oikeuden näkökulmasta. Tämän jälkeen kuvataan valtion pyrkimyksiä vahvistaa saamelaisten osallistumista maankäyttöön liittyvissä kysymyksissä, erityisesti metsähallituslakiin liittyviä ehdotuksia, jotka eivät sittemmin toteutuneet. Tilannetta pohditaan Suomen perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta kumpuavien velvoitteiden näkökulmasta. Tämän jälkeen tarkastellaan saamelaisten maankäyttöön liittyviä oikeuksia muussa lainsäädännössä. Omina erillisinä kappaleina käsitellään poronhoitoa, kalastusta sekä kaivoslain mukaista saamelaisen kulttuurin suojaa.

Toinen pääosio pitää sisällään saamelaismäärittelyn problematiikan tarkastelua kansainvälisen oikeuden sekä erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden tapauskäytännön valossa. Tässä yhteydessä tuodaan keskusteluun myös yhteiskuntatieteellinen kuvaus saamelaisten itsehallinnon kehittymisestä sekä saamelaisuuden määrittelyn ja saamelais- ja alkuperäiskansakeskustelun taustoista ja tapahtumista Suomessa.

Kolmas pääosio keskittyy alkuperäiskansojen kansainvälisoikeudelliseen asemaan sekä siihen liittyviin viimeaikaisiin kehityskuluihin. Analyysin pääfokuksena on alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus sekä erityisesti ns. ennakkosuostumuksen periaate (FPIC), joka on kehittynyt nopeassa ajassa alkuperäiskansaoikeuden kenties keskeisimmäksi periaatteeksi. Kappale pitää sisällään myös ihmisoikeuksia valvovien toimielinten oikeustapauksia ja kannanottoja, myös Suomen tilanteeseen liittyen. Niin ikään osio pitää sisällään ILO sopimus No. 169:n maaoikeusartikloja analysoivan erillisen kappaleen.

Neljäs pääkokonaisuus raportissa on oikeusvertaileva osio. Valtioista on mukana Norja, Ruotsi, Uusi-Seelanti, Kanada ja Latinalaisen Amerikan maita. Kussakin kappaleessa tarkastellaan alkuperäiskansojen oikeuksia omana kokonaisuutenaan maa- ja osallistumisoikeuksien sekä alkuperäiskansamäärittelyn näkökulmasta. Kokonaisuus pitää sisällään lopuksi erillisen yhteenveto-kappaleen, jossa pohditaan sitä, mitä muiden tarkasteltavien valtioiden oikeuskäytänteistä voitaisiin kenties soveltaa ratkaistaessa saamelaisten oikeuskysymyksiä Suomessa. Tämän lisäksi raportti pitää sisällään myös suomenkielisen kappaleen keskeisimmistä johtopäätöksistä ja suosituksista.

Suomea koskeva aineisto on kirjoitettu kokonaisuudessaan suomenkielellä. Kansainvälisen oikeuden osio on kirjoitettu englanniksi, mutta sitä on referoitu Suomea koskevassa kappaleessa suomenkielellä. Maaraporteista vain tiivistelmät on käännetty suomenkielelle. Keskeiset johtopäätökset ja suositukset on niin ikään kirjoitettu suomeksi ja käännetty pohjoissaameksi.

## 2. SAAMELAISTEN OIKEUDET SUOMESSA

Leena Heinämäki

### 1. Saamelaisten jo turvattu oikeudellinen asema alkuperäiskansana sekä sen kansallista täytöntöönpanoa koskevat ehdotukset hallituksen esityksessä 167/2014

Tämän kappaleen tarkoituksena on tuoda esille saamelaisten tämänhetkinen oikeusasema Suomessa alkuperäiskansana. Kappaleessa otetaan kantaa myös hallituksen esityksen 167/2014 suhteesta perustuslain ja kansainvälisen oikeuden velvoitteisiin saamelaisten itsehallinnon vahvistamispyrkimysten osalta. Hallituksen esitykseen saamelaismäärityksen muuttamiseksi otetaan erikseen kantaa kappaleessa kolme, vaikkakin, kuten korkein hallinto-oikeus (KHO) toteaa, määritelmäkysymystäkin on tarkasteltava itsehallinto-oikeuden valossa.<sup>1</sup> Tätä kappaletta tulee lukea nimenomaan saamelaisten itsehallinnon näkökulmasta, saamen kansan perustuslaillisesta ja kansainvälisoikeudellisesta asemasta käsin katsottuna. Määritelmää koskevat asiat on sen sijaan nähtävä ryhmän oikeusaseman rinnalla myös yksilöiden oikeusaseman turvaamisen kannalta.

Saamelaiset ovat EU:n ja Suomen ainoa oikeudellisesti tunnustettu alkuperäiskansa.<sup>2</sup> Saamelaisten asuttama alue ulottuu Keski-Norjasta ja -Ruotsista Taalainmaan ja Hedmarkenin pohjoisosista Suomen pohjoisosan yli Kuolan niemimaalle. Saamelaisia asuu myös näiden alueiden ulkopuolella. Norjassa saamelaisia on noin 50 000–70 000, Ruotsissa 15 000–20 000 ja Venäjällä 2 000.

Saamelaiskäräjien vuonna 2015 keräämien tietojen mukaan Suomessa on 10 463 saamelaista. Saamelaisten lukumäärä on viimeisen neljän vuoden aikana kasvanut 378:lla, lisäystä on tapahtunut nimenomaan saamelaisalueen ulkopuolella. Saamelaisten kotiseutualueella, joka käsittää Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kuntien alueen sekä Sodankylän kunnassa sijaitsevan Lapin paliskunnan alueen, asuu 3499 saamelaista. Alue on laajuudeltaan 35.000 km<sup>2</sup>. Saamelaiset ovat kotiseutualueellaan kolmasosan vähemmistönä alueen noin 18 700 asukkaasta. Saamelaisten kotiseutualueella Inarissa asuu eniten saamelaisia ja kunnan alueella käytetään kaikkia kolmea saamen kieltä. Vain Utsjoen kunnassa saamelaiset ovat enemmistönä.<sup>3</sup>

Suomessa puhutaan kolmea saamen kieltä: pohjoissaamea, inarinsaamea ja koltansaamea. Saamea puhuu alle puolet saamelaisista. Pohjoissaamea puhuu 70–80 % sekä inarinsaamea ja koltansaamea kumpaakin alle 15 % saamenkielisistä saamelaisista. Saamen kielellä tarkoitetaan saamen kielilain mukaan kaikkia Suomessa puhuttavia saamen kieliä.<sup>4</sup> Kaikki Suomessa puhuttavat saamen kielet ovat uhanalaisia, erityisesti pienemmät inarin- ja koltansaame.<sup>5</sup>

Saamelaisten oikeuksien perusta ja siitä johtuvien velvoitteiden lähtökohta on heidän perustuslaillinen asemansa alkuperäiskansana. Tämän lisäksi koltansaamelaisten oikeusasema on turvattu myös erillisellä kolttalailalla.<sup>6</sup> Perustuslain 17 §:n 3 momentissa saamelaisille turvataan oikeus alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Säännös turvaa saamelaisten aseman alkuperäiskansana siihen liittyvine kansainvälisistä sopimuksista ilmenevine oikeuksineen.<sup>7</sup> Niin ikään saamelaisille turvataan kulttuurinen itsehallinto perustuslain

<sup>1</sup> Kts. tämän tutkimusraportin kappale kolme.

<sup>2</sup> HE 248/1994; PeVM 12/1990 vp.

<sup>3</sup> Saamelaiskäräjien toimintaohjelma ja taloussuunnitelma 2016–2019, s. 3.

<sup>4</sup> Ibid., s. 4.

<sup>5</sup> Ibid., s. 9.

<sup>6</sup> Vuoden 1984 kolttalaki uudistettiin vuonna 1995 säädetyllä kolttalailalla (253/1995). Lain tavoitteena on edistää kolttaväestön ja -alueen elinolosuhteita ja toimeentulomahdollisuuksia sekä ylläpitää ja edistää kolttakulttuuria.

<sup>7</sup> HE 309/1993 vp, s. 65, HE 248/1994 vp.

121 §:n mukaisesti.<sup>8</sup> Saamelaisten oikeuksia on tästä syystä nimenomaan tarkasteltava ennen kaikkea alkuperäiskansaoikeuksina, ei pelkästään vähemmistöoikeuksina tai yleisinä kaikkia kansalaisia koskevinä oikeuksina, mitkä nekin tietenkin koskevat saamelaisia. Perustuslain rinnalla on otettava huomioon kansainvälinen oikeus ja sen jatkuvasti kehittyvä luonne. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on useissa yhteyksissä korostanut yhtenäisen perus- ja ihmisoikeusajattelun merkitystä ja pitänyt tärkeänä, että Suomen kansainvälinen ihmisoikeuspolitiikka ja kansallinen perus- ja ihmisoikeuspolitiikka tukevat toisiaan ja että Suomen kansainvälisen ihmisoikeuspolitiikan painopisteisiin liittyvien toimien toteutumisesta myös kotimaassa huolehditaan.<sup>9</sup>

Nyky-yhteiskunnassa pelkkää muodollista yhdenvertaisuutta ei enää kaikissa tapauksissa pidetä riittävänä, vaan pyrkimyksenä on varmistaa myös tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Tällöin pitää turvautua ns. positiiviseen erityiskohteluun. Sillä tarkoitetaan sellaisia oikeasuhtaisia erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen.<sup>10</sup> Tällainen poikkeamismahdollisuus mainittiin myös perusoikeusuudistuksen esitöissä,<sup>11</sup> jossa todetaan että ”säännös ei estäisi tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän (esimerkiksi naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia.”<sup>12</sup>

*Saamelaisia koskevien erityisoikeuksien tarkoituksena on luoda tosiasiallista tasa-arvoa ja edellytykset alkuperäiskansakulttuurin ja sen erityispiirteiden säilymiselle nykyajassa sekä tulevaisuudessa.* Perustuslaissa saamelaisille turvataan oikeusasema nimenomaan alkuperäiskansana. Alkuperäiskansaoikeuksien perimmäinen luonne on kollektiivinen silloin kuin ne ilmevät alkuperäiskansojen oikeuksia säätelevissä instrumenteissa. Niillä pyritään turvaamaan ryhmän – alkuperäiskansan – kulttuurin säilyminen ja kehittyminen ryhmän itsensä toivomalla tavalla. Ryhmä koostuu luonnollisesti yksilöistä, joita suojellaan ryhmän jäsenenä.

Suomessa alkuperäiskansaoikeuksien kehitys on jumittunut osittain siitä syystä, että niiden uskotaan, vastoin kansainvälisen oikeuden normien sanamuotoa tai tarkoitusta<sup>13</sup>, suojaavan ensisijaisesti yksilöiden oikeuksia suhteessa ryhmään. Totta onkin, että yleiset, Suomea sitovat ihmisoikeussopimukset asettavat reunaehdot niin alkuperäiskansojen oikeuksille kuin kansallisille oikeussäännöksillekin. Ryhmäoikeudet eivät tästä syystä saa olla yksilöitä syrjiviä vaan ne on taattava tasapuolisesti kaikille ryhmän jäsenille. Yleiset kaikkia ihmisiä koskevat ihmisoikeudet, joita voidaan soveltaa myös alkuperäiskansojen jäseniin, ovatkin pääasiassa luonteeltaan yksilöllisiä. Ne suojaavat ryhmän yksilöitä osana ryhmää. Ihmisoikeuksia valvovat elimet voivat esimerkiksi ottaa kantaa yksilöiden suojaamiseen ryhmän sisällä tasa-arvo ja yhdenmukaisuusperiaate silmällä pitäen.<sup>14</sup> Ryhmää edustavan toimielimen, kuten esimerkiksi Saamelaiskäräjien päättäessä siitä, kenet se hyväksyy saamelaiskäräjälueteloon, on sovellettava tulkinnan alaisia sääntöjä samalla tavoin ilman syrjintää kaikkia jäsenyyttä hakevia kohtaan.<sup>15</sup>

Alkuperäiskansojen kohdalla yksilöoikeuksiinkin liittyy kollektiivinen elementti. Esimerkiksi maaraportointijärjestelmässä yleisiä ihmisoikeuksia valvovat toimielimet antavat usein valtioille suosituksia ratkaista jonkun alkuperäiskansaryhmän oikeudellinen asema. Kansojen itsemääräämisoikeuden soveltaminen alkuperäiskansoihin on tuonut pysyvästi kollektiivisen elementin yksilökeskeiseen ihmisoikeusjärjestelmään. Myös alkuperäiskansojen oikeuksia suojaavat instrumentit, erityisesti YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus, ovat vaikuttaneet

<sup>8</sup> Saamelaisten oikeudesta käyttää omaa kieltään tuomioistuimessa ja muussa viranomaisessa sekä julkisen vallan velvollisuuksista toteuttaa ja edistää saamelaisten kielellisiä oikeuksia säädetään saamen kielilaissa (1086/2003). Saamen kieltä opetus- ja äidinkielenä sekä oppiaineena koskevia säännöksiä sisältyy muun ohella perusopetuslakiin (628/1998), lukiolakiin (629/1998), lasten päivähoitosta annettuun lakiin (36/1973) sekä terveydenhuoltolakiin (1326/2010).

<sup>9</sup> PeVM 13/2014 vp — HE 264/2014 vp; PeVL 52/2014 vp.

<sup>10</sup> Niemivuo, M., ”Suomen Perustuslaki ja Saamelaiset”, teoksessa K. Kokko (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja Sarja B no 30, Rovaniemi (2010), s. 103.

<sup>11</sup> HE 309/1993 vp.

<sup>12</sup> Ibid., s. 44.

<sup>13</sup> Tätä käsitellään tarkemmin kappaleissa 3 ja 6.

<sup>14</sup> Kts. kappale 3.

<sup>15</sup> Ibid.

yleisiä ihmisoikeuksia valvovien toimielinten ratkaisuihin ja kannanottoihin, jotka painottavat yhä enemmän alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta ja oikeuksien kollektiivista luonnetta.<sup>16</sup>

Saamelainen kulttuuri ymmärretään perustuslain säännöksessä laajana käsitteenä. Säännös ei rajoitu ainoastaan kielellisten oikeuksien turvaamiseen ja kehittämiseen, vaan se ulottuu laajemmin turvaamaan saamelaisten kulttuurimuotoa, johon kuuluvat myös saamelaisten perinteiset elinkeinot, kuten poronhoito, kalastus ja metsästys.<sup>17</sup> Saamelaiskulttuuriin kuuluvat myös perinteisten elinkeinojen nykyaikaiset soveltamismuodot.<sup>18</sup> Se, että saamelaiset käyttävät nykyisin moottorikelkkoja tai mönkijöitä kulttuuriin kuuluvansa elinkeinon harjoittamisessa, ei tee heistä yhtään vähemmän saamelaisia. Tämän kannan on ilmaissut myös YK:n ihmisoikeuskomitea.<sup>19</sup> Vaikka kulttuuri muuttuu, alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettiin liittyy edelleen erityisiä piirteitä, joita ulkopuolisten voi olla vaikea hahmottaa ja tunnistaa.<sup>20</sup>

Perinteiset elinkeinot eivät merkitse saamelaisille vain taloudellista toimeentuloa tai lappilaista elämäntapaa yleisessä mielessä, vaan ne ovat keskeinen osa saamelaista alkuperäiskansakulttuuria ja identiteettiä sekä yksilöllisellä että kollektiivisella tasolla. Niiden säilymisellä on näin ollen merkitystä myös niille saamelaisille, jotka asuvat saamelaisalueen ulkopuolella. Yhteys maahan on alkuperäiskansakulttuurien yksi keskeisimmistä elementeistä ympäri maailmaa. Saamelaisten luontosuhteen vaaliminen on keskeinen asia esimerkiksi city-saamelaisten yhdistyksen, City-Sámit ry:n toiminnassa.<sup>21</sup> Eräänä keskeisenä huolena useilla muualla kuin saamelaisten kotiseutualueella asuvilla saamelaisilla on se, kuinka vaalia perinteistä luontosuhdetta ja kuinka siirtää se seuraavalle sukupolvelle. Lainsäädäntö asettaa rajoituksia esimerkiksi ulkopuolaisille kalastusoikeuksille sukujen perinteisillä kalavesillä.<sup>22</sup>

Tämä ei tarkoita, etteikö suomalaisilla yleisesti ja Lapissa asuvilla usein erityisesti olisi vahva yhteys luonnon käyttämiseen joko harrastuksena, elinkeinona tai elämäntapana. Tästä syystä saamelaisten kulttuuri saattaa näyttäytyä ulkopuolisille tai paikallisillekin ihmisille hyvinkin samanlaisena kuin muu pohjoinen paikallinen kulttuuri. Ihmisoikeudet suojaavatkin kaikkien ihmisten oikeutta kulttuuriin yleisellä tasolla, sekä vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen oikeutta kulttuuriin erityisillä oikeussäännöksillä. Erytysäännösten tarkoitus on säilyttää alkuperäiskansojen kulttuurien erityispiirteet ja olemassaolo sekä estää alkuperäiskansakulttuurien lopullinen sulautuminen valtavirran kulttuuriin.

Alkuperäiskansojen kulttuurien säilymistä ei nähdä tärkeänä pelkästään heidän itsensä kannalta vaan niiden olemassaolon nähdään rikastuttavan koko maailman kulttuurien kirjoa ja ihmiskunnan yhteistä kulttuuriperintöä. Esimerkiksi saamelaisten kotiseutualueen kunnat, jotka suhtautuvat kielteisesti tai varauksella saamelaisten maa- ja metsäoikeuksien tai Saamelaiskäräjien osallistumisoikeuksien vahvistamiseen, näkevät sinänsä saamelaisen kulttuurin rikastuttavan kunnan elämää ja ovat valmiita tukemaan kielellisten oikeuksien toteutumista.<sup>23</sup> Alkuperäiskansojen oikeuksista puhuttaessa kulttuuri liittyy kuitenkin niin läheisesti maankäyttöön, ettei ihmisoikeuksien näkökulmasta sitä katsota voitavan suojella ilman, että alkuperäiskansoille turvataan oikeus käyttää maata kulttuurin mukaiseen elämäntapaansa sekä tulla suojelluksi kulttuuria vahingoittavaa muuta käyttöä vastaan.<sup>24</sup> Tästä juontuu ihmisoikeuksien ja alkuperäiskansaoikeuksien esittämä vaade alkuperäiskansojen tehokkaasta osallistumisesta maankäyttöön liittyviin ratkaisuihin heitä edustavien toimielinten kautta.

16 Tätä käsitellään tarkemmin kappaleessa 5.

17 HE 309/1993 vp, s. 65.

18 PeVL 38/2004 vp.

19 *I Länsman et al v. Finland*, Communication No. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), Para 9.3.

20 Katso YK:n ihmisoikeuskomitean kannanotto: Concluding observations on the Sixth periodic report of Finland, CCPR/C/FIN/CO/6, 22 August 2013, Para 16.

21 <http://www.citysamt.net/yhdistys.html>.

22 Kalastusoikeuksia käsitellään tarkemmin kappaleessa 3.

23 Tämä asia tuli esille vahvasti tutkimusprojektin kuntakuulemisissa.

24 Kts. kappale 5.



Ihmisoikeuksia valvovien toimielinten oikeuskäytännön ja kannanottojen mukaan alkuperäiskansojen perinteiset elinkeinot ja tästä syystä perinteinen maankäyttö katsotaankin kulttuurin yhdeksi tärkeimmistä nimittäjistä, kielen lisäksi tai sen rinnalla.<sup>25</sup> Tästä syystä ei myöskään saamelaisten kulttuurin oikeudellisesta suojasta voida puhua irrallaan maankäyttöön liittyvistä kysymyksistä. Vaikka enemmistö saamelaisista ei harjoitakaan täysipäiväisesti ja suuri osa ei laisinkaan perinteisiä elinkeinoja, niiden katsotaan muodostavan erottamattoman ja tärkeän osan saamelaisten kulttuuria. Alkuperäiskansaoikeudet on luotu nimenomaan ehkäisemään alkuperäiskansakulttuurin perinteisiä elementtejä katoamasta kokonaan. Yleisessä keskustelussa esille tuleva argumentti, jonka mukaan saamelaisen kulttuurin mukaista maankäyttöä ei tulisi erityisemmin suojella, koska vain murto-osa saamelaisista harjoittaa perinteisiä elinkeinoja, ei ole ihmisoikeusperiaatteiden mukainen. Eri asia on, jos saamelaiset itse päättäisivät luopua kokonaan perinteisistä elinkeinoista ja näkisivät esimerkiksi vain kielen kulttuurin keskeisimmäksi nimittäjäksi.

Alkuperäiskansaoikeuksia suojaavat oikeudelliset instrumentit painottavat kunkin kansan omaa näkemystä siitä, mitä elementtejä he näkevät kulttuuriinsa kuuluvan ja miten he tahtovat oikeuksiaan suojeltavan, ja korostavat alkuperäiskansoja edustavien instituutioiden asemaa kaikessa alkuperäiskansoja koskevassa päätöksenteossa. Myös esimerkiksi ILO sopimus 169:n kansallisissa ratkaisuisissa on alkuperäiskansoja edustavien virallisten instituutioiden näkemystä pidettävä hyvin keskeisenä.<sup>26</sup>

Hallituksen esitys 167/2014 saamelaiskäräjälain muuttamisesta ehdotti lakiin lisättäväksi säännöksen saamelaiskulttuurin keskeisistä piirteistä. Saamelaiskulttuuriin sisältyisivät ehdotuksen mukaan saamen kieli, saamelainen kulttuuriperintö, saamelaisten kulttuuri-ilmaukset, saamelaisten perinteinen tieto, perinteiset saamelaiselinkeinot ja niiden nykyaikaiset harjoittamisen muodot samoin kuin saamen käsityö ja muut saamelaisten alkuperäiskansana harjoittaman kulttuurin tavat ja muodot. Esityksen mukaan säännöstä ei olisi tarkoitettu tyhjentäväksi. Ehdotuksen mukaan laissa tarkoitettuun saamelaiskulttuuriin sisältyisikin myös muut kuin säännöksessä nimenomaisesti mainitut saamelaisten alkuperäiskansana harjoittaman kulttuurin erilaiset tavat ja muodot.<sup>27</sup> Kulttuurien keskeisten piirteiden kirjaaminen lakiin, varsinkaan kun niitä ei ole tarkoitus kirjata tyhjentävästi, selkiyttää kulttuurikäsitettä erityisesti perinteisten elinkeinojen ja siihen keskeisesti liittyvän maankäytön osalta. Tyhjentävät luettelot olisivatkin vastoin kansainvälisen oikeuden periaatteita. Esimerkiksi ILO sopimus 169 lähtee alkuperäiskansojen vapaudesta kehittää kulttuuriaan heidän omien prioriteettiansa mukaisesti.<sup>28</sup>

Kulttuuri ei ole staattinen tila vaan muuttuu ja sopeutuu aikaan ja yhteiskunnassa sekä ympäristössä vallitseviin olosuhteisiin. Tälle muutokselle on myös yhteiskunnan pystyttävä tekemään tilaa. Toisinaan erityisesti pohjoisessa asuvien ihmisten kuulee väittävän, ettei saamelaisessa kulttuurissa ole enää olemassa erityispiirteitä, jotka erottavat saamelaiset muusta paikallisesta väestöstä. Tämä väite tarkoittaisi, että saamelainen kulttuuri on jo kuollut. Olisi olemassa vain lappilainen kulttuuri. Tätä väitettä eivät luultavasti useimmat saamelaiset allekirjoita. Vaikka saamelaisten kulttuuri näyttää tänä päivänä hyvin erilaiselta kuin sata vuotta sitten, siinä on edelleen näkyviä ja näkymättömiä elementtejä, jotka ovat löydettävissä monista muistakin alkuperäiskansakulttuureista ja jotka tekevät saamelaiskulttuurista erityisen ja tunnistettavan. Oikeudelliselta kannalta keskeisintä on kuitenkin se, että saamelaiset muodostavat kansan, joka kokee olevansa olemassa ja tahtoo turvata olemassaolonsa myös pitkälle tulevaisuuteen. Tämä oikeus saamelaisille taataan Suomen perustuslaissa sekä niissä kansainvälisen oikeuden instrumenteissa ja periaatteissa, joihin Suomi on jo sitoutunut. Täysin riippumatta siis esimerkiksi ILO sopimus 169:n ratifiointitilanteesta Suomen tulee edelleen kehittää saamelaitten perustuslain 121 §:ssä turvattua kulttuuri-itsehallintoa kansainvälisen oikeuden kehitystä

25 Kts. kappale 5.

26 Kts. kappaleet 5 ja 6.

27 HE 167/2014 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, 3 a § Saamelaiskulttuuri.

28 Erityisesti sopimuksen artikla 7.

mukailten sekä taata saamelaisille suojattu maankäyttöoikeus ja tehokas ja todellinen osallistumisoikeus kaikessa päätöksenteossa, jolla on olennaisia vaikutuksia saamelaisille alkuperäiskansana, maankäyttö mukaan lukien.

Maankäyttöä koskevat ratkaisut kuuluvat asioihin, jotka ihmisoikeuksia valvovat toimielimet ovat nähneet keskeisimmäksi alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden ja osallistumisoikeuden elementiksi.<sup>29</sup> Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden kansainvälisen kodifioinnin myötä YK:n alkuperäiskansajulistuksen muodossa (2007) ihmisoikeuksia valvovat toimielimet ovat alkaneet korostaa, ettei pelkkä alkuperäiskansojen konsultaatio ole kaikissa tapauksissa riittävä, vaan on etsittävä etukätestä, vapaata ja riittävään informaatioon perustuvaa suostumusta (*free, prior and informed consent*) toimenpiteille, joilla on merkittävä ja laaja-alainen vaikutus alkuperäiskansojen elämään ja kulttuurin ja perinteisten elinkeinojen säilymiselle.<sup>30</sup>

Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus, jota pitkään vastustettiin sen ulkoisen, emävaltiosta irrottautumisen mahdollistavan aspektin takia, rantautui kansainväliseen oikeuteen ihmisoikeuksia valvovien toimielinten kannanottojen muodossa. Esimerkiksi YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) valvontaelin ihmisoikeuskomitea (IOK) alkoi soveltaa KP-sopimuksen artiklaa 1 – kansojen itsemääräämisoikeutta – alkuperäiskansoihin jo vuonna 1999.<sup>31</sup> Kun valtiot, Suomi mukaan lukien, sitten suostuivat raportoimaan alkuperäiskansojen oikeuksista myös artiklan 1 nojalla, ne hiljaisesti osoittivat hyväksyvänsä alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden, ainakin sen rajatussa, sisäisen itsehallinnon mukaisessa merkityksessä. Suomi on ollut tukemassa myös YK:n julistuksen sisältämää alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta, josta keskustellaan tarkemmin kappaleessa viisi.

YK:n ihmisoikeuskomitean oikeuskäytäntö loi pohjaa hyväksyä alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus myös YK:n alkuperäiskansajulistuksessa, jonka katsotaan pikemminkin kuin luovan uusia oikeuksia, kodifioivan jo olemassa olevia hyväksytyjä kansainvälisen oikeuden normeja ja periaatteita. Julistus myös tarkentaa ja saattaa ajan tasalle alkuperäiskansojen yleisesti hyväksytyjä oikeuksia, ja siihen viitataan niin ihmisoikeuselinten<sup>32</sup> kuin kansallisten tuomioistuintenkin taholta.<sup>33</sup> Tästä syystä julistus ei ole pelkästään ”poliittinen” sen perinteisessä merkityksessä vaan sillä on välitöntä ja välillistä oikeudellista merkitystä. Osa YK:n alkuperäiskansajulistuksen oikeuksista sisältyy jo olemassa oleviin kansallisiin oikeusjärjestelmiin, kuten Suomessa saamelaisten tunnustaminen alkuperäiskansaksi perustuslaissa sekä Saamelaiskäräjien asema alkuperäiskansaa edustavana instituutiona. YK:n julistus toimii myös vanhempien sitovien sopimusten, kuten ILO sopimus 169:n tulkintarunkona.<sup>34</sup> Suomi on syyskuussa 2014 YK:n yleiskokouksen yhteydessä pidetyssä alkuperäiskansojen huippukokouksessa hyväksynyt myös huippukokouksen loppuasiakirjan. Loppuasiakirja vahvistaa valtioiden sitoutumisen YK:n alkuperäiskansajulistukseen ja sen periaatteiden täytäntöönpanoon.<sup>35</sup>

Valtioiden edustajien ja ihmisoikeusvalvontaelinten kannanotoissa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus nähdään ennen kaikkea perustavanlaatuisena välineenä turvata alkuperäiskansojen kulttuuri. Kannanotoissa painottuu alkuperäiskansojen läheinen suhde sen

29 Kts. kappale 5.

30 Ibid.

31 YK:n ihmisoikeuskomitea on vedonnut KP-sopimuksen kansojen itsemääräämisoikeusartikklaan 1 alkuperäiskansojen kohdalla yhä lisääntyvässä määrin jo vuodesta 1999. Katso esimerkiksi Concluding Observations of the Human Rights Committee on Canada UN Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999); Concluding Observations on Mexico, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999); Norway, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112 (1999); Australia, UN Doc. CCPR/CO/69/Aus (2000); Denmark, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK (2000); Sweden, UN Doc. CCPR/CO/74/SWE (2002); Finland, UN Doc. CCPR/CO/82/FIN (2004); Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5 (2005); and the United States, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3 (2006); Concluding observations on the Sixth periodic report of Finland, CCPR/C/FIN/CO/6, 22 August 2013; Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Sweden, CCPR/C/SWE/CO/728 April 2016, paras 38-39; Concluding observations on the Sixth periodic report of Finland, CCPR/C/FIN/CO/6, 22 August 2013; Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Sweden, CCPR/C/SWE/CO/728 April 2016.

32 Kts kappale 5.

33 Kts. kappaleet 5, 12 ja 13. Katso yleisesti alkuperäiskansojen kansainvälisoikeudellisen aseman kehityksestä, Koivurova, T., ”Alkuperäiskansojen ihmisoikeudet”, teoksessa Ihmisoikeuksien käsikirja, T. Koivurova ja E. Pirjtanniemi (toim.), Tietosanoma (2013), 266-269.

34 Kts. kappaleet 5 ja 6.

35 Resolution adopted by the General Assembly on 22 September 2014, Outcome document of the high-plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples, GA/A/RES/69/2.

perinteisesti asuttamiin ja käyttämiin maihin.<sup>36</sup> Itsemääräämisoikeus liitetään sekä luonnonvarakysymykseen että osallistumisoikeuteen ja kieltoon riistää kansalta sen elinkeinot (means of subsistence).<sup>37</sup>

Saamelaisten kielellinen ja kulttuurinen itsehallinto lisättiin perustuslakiin jo vuonna 1995.<sup>38</sup> Perustuslain 121 §:n 4 momentin mukaisen kulttuuri-itsehallinnon käsite kytkeytyy perustuslain 17 §:n 3 momentin perusoikeussäännökseen.<sup>39</sup> Saamelaisille alkuperäiskansana turvattu perusoikeus harjoittaa ja ylläpitää kieltään ja kulttuuriaan sisältää itsessään ajatuksen siitä, että saamelaiset saavat itse määrätä näistä asioista ja ohjata niiden tulevaa kehitystä.<sup>40</sup> Tämä säännös on hyvin linjassa sekä YK:n alkuperäiskansajulistuksen että ILO sopimus 169:n kanssa. Haasteena on ollut laittaa tämä säännös täytäntöön riittävän vahvojen ja todellisten osallistumisoikeuksien ja neuvotteluelvoitteiden muodossa. Tämän kappaleen myöhemmässä osiossa tarkemmin käsitellyssä metsähallituslain muutoksen yhteydessä ehdotetut saamelaisten oikeuksia koskevat erityispykälät, jotka hyväksytystä laista poistettiin, olivat käytännön esimerkki saamelaisten maankäyttöön liittyvien osallistumisoikeuksien saattamisesta kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle.

## 1.1. Saamelaiskäräjälaki ja neuvotteluelvoite kansainvälisen oikeuden näkökulmasta

Sekä YK:n alkuperäiskansajulistus että ILO sopimus 169 painottavat alkuperäiskansoja edustavien instituutioiden asemaa.<sup>41</sup> Osallistuminen on turvattava ja neuvottelut on käytävä alkuperäiskansoja edustavien instituutioiden kanssa. Tämä säännös toteutuu Suomessa saamelaiskäräjälaissa,<sup>42</sup> jonka 1 §:n mukaan saamelaisilla on saamelaisten kotiseutualueella omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva itsehallinto sen mukaan kuin saamelaiskäräjälaissa ja muualla laissa säädetään. Tähän itsehallintoon kuuluvia tehtäviä varten saamelaiset valitsevat vaaleilla keskuudestaan Saamelaiskäräjät. Saamelaiskäräjälain 4 §:n mukaan saamelaisten kotiseutualueella tarkoitetaan Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kuntien alueita sekä Sodankylän kunnassa sijaitsevaa Lapin paliskunnan aluetta.

Saamelaiskäräjälakivalmisteluissa otettiin nimenomaisesti huomioon ILO sopimus 169:n edellyttämät oikeudet hallita mahdollisimman laajasti omaa taloudellista, sosiaalista ja kulttuurikehitystä sekä osallistua sen suunnitteluun alueellisella ja kansallisella tasolla.<sup>43</sup> Saamelaiskäräjälakia koskeva hallituksen esityksen (1994) lähtökohtana oli, että Suomen saamelaisten itsemääräämisoikeutta heitä erityisesti koskevissa asioissa pyritään kehittämään etno-poliittisen ratkaisun ja siihen liittyvien erityisten oikeuksien perustalta lähinnä saamelaisten kotiseutualueella.<sup>44</sup> Esityksen mukaan saamelaisten kulttuuri-itsehallinto olisi dynaamista ja saamelaiset voisivat itse kehittää sitä.<sup>45</sup> Esityksen katsottiin erityisesti heijastavan ILO sopimus 169:n 7 artiklaa, joka takaa alkuperäiskansoille oikeuden päättää omista ensisijaisista tavoitteistaan, jotka koskevat niiden elämää, mm. instituutioita sekä niiden asuttamiin tai muutoin käyttämiin

36 Kts kappale 5.

37 Ibid.

38 Se otettiin tuolloin perustuslakina voimassa olleen hallitusmuodon 51 a §:ksi.

39 Tämäkin säännös lisättiin perustuslakiin vuonna 1995. Se otettiin tuolloin toteutetun perusoikeusoikeusudistuksen yhteydessä hallitusmuodon 14 §:n 3 momenttiin.

40 HE 248/1994 vp.

41 Kts. kappaleet 5 ja 6.

42 Saamelaiskäräjälaki (974/1995) tuli voimaan 1.1.1996. Saamelaiskäräjälakia on sen voimaantulon jälkeen tarkistettu säännöksillä käräjien henkilöstön asemasta sekä saamelaiskäräjien kirjanpidosta ja tilintarkastuksesta (1725/1995), vaalien toimeenpanosta (1279/2002), hallinto-oikeudellisten säästösten soveltamisesta ja esteellisyydestä (1026/2003) sekä neuvotteluvollisuudesta kaivosmineraaleja sisältävän esiintymän etsintää ja hyödyntämistä koskevissa asioissa (626/2011). Saamelaiskäräjälakia tarkempia säännöksiä sisältyy saamelaiskäräjistä annettuun asetukseen (saamelaiskäräjäasetus, 1727/1995) sekä saamelaiskäräjien vaaleissa noudatettavasta menettelystä annettuun oikeusministeriön asetukseen (965/2006). Saamelaiskäräjät on hyväksynyt toimintaansa varten työjärjestyksen.

43 HE 248/1994 vp., s. 14. Vuoden 1990 eduskunnan sosiaalivaliokunnan esittämän kannanoton mukaan Suomessa olisi ryhdyttävä toimenpiteisiin ratifioinnin edellytysten luomiseksi. Lisäksi on valiokunnan mukaan jo ennen sopimuksen ratifiointia pyrittävä lainsäädännössä ja hallinnossa toimimaan yleissopimuksen säännösten ja hengen mukaisesti (SoVL 11/1990 vp).

44 HE 248/1994 vp.

45 Ibid.

maihin vaikuttavaa kehitystä, sekä hallita mahdollisuuksien mukaan omaan taloudellista, sosiaalista ja kulttuurikehitystä.<sup>46</sup>

Vaikka ILO sopimuksen artikla 7 ei sanamuotonsa mukaan sisällä alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta, se pitää sisällään keskeisiä itsemääräämisoikeuden elementtejä painottaen alkuperäiskansojen oikeutta priorisoida omia tavoitteitaan koskien heidän elämää, instituutioita ja perinteisiä maita sekä oikeuden hallita taloudellista, sosiaalista ja kulttuurikehitystä. Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa artiklaa 7 on pidetty alkuperäiskansojen sisäisen itsemääräämisoikeuden tai itsehallinnon ilmentymänä.<sup>47</sup> On luonnollista, että kansainvälinen työjärjestö ei vuonna 1989 halunnut puhua alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeudesta suoraan siihen liittyvän ulkoisen aspektin takia, millä tarkoitetaan ryhmän mahdollisuutta irrottautua emävaltiosta tietyin edellytyksin. Tätä heijastaa myös sopimuksessa oleva selitys siitä, ettei alkuperäiskansa-termin käytöllä ole kansainvälisoikeudellisia vaikutuksia.<sup>48</sup> Alkuperäiskansojen sisäisen itsemääräämisoikeuden tultua yleisesti hyväksytyksi on tyypillistä, että ILO sopimuksen osallistumisoikeuksia koskevat artikloja 6 ja 7 luetaan sittemmin itsemääräämisoikeuden valossa. On myös otettava huomioon, että ILO sopimus 169 on pian kolmekymmentä vuotta vanha, ja alkuperäiskansojen oikeudet ovat monelta osin kehittyneet ILO sopimus 169:n alkuperäistä tarkoitusta pidemmälle.

Osallistumisoikeudet sekä niistä juontuva konsultaatio- tai neuvotteluelvoite valtiolle on alkuperäiskansan itsemääräämisoikeuden tärkein kulmakivi. Kansainvälisen oikeuden mukaan tämä velvollisuus johtuu jo tosin alkuperäiskansojen oikeudesta kulttuuriin esimerkiksi KP-sopimuksen 27 artiklan mukaisesti. Kuten raportin kappaleessa viisi kuvaillaan, YK:n alkuperäiskansajulistuksen jälkeen YK:n ihmisoikeuskomitea on alkanut painottaa ennakkosuositumuksen periaatetta pelkän konsultaation sijaan. Artiklaa 27 on alettu lukea yhä enemmän itsemääräämisoikeusartiklan 1 valossa tai sen suuntaisena. Saman linjan ovat omaksuneet myös muita ihmisoikeussopimuksia valvovat elimet.<sup>49</sup> Vaikka ihmisoikeuksia valvovien toimielinten kannanotot eivät ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisuja lukuun ottamatta ole tiukasti oikeudellisesti sitovia, niiden oikeuskehitystä ja normien tulkintaa ohjaava vaikutus on erittäin vahva. Esimerkiksi Suomen korkein hallinto-oikeus (KHO) pitää ihmisoikeuksia valvovien toimielinten suosituksia suosituksia varsin auktoritatiivisina, ainakin jos ne ovat linjassa muiden oikeudellisten kannanottojen kanssa.<sup>50</sup>

Saamelaiskäräjien tehtävänä on saamelaiskäräjälain 5 §:n mukaan hoitaa saamelaisten omaa kieltä ja kulttuuria sekä heidän asemaansa alkuperäiskansana koskevat asiat. Tehtäviinsä kuuluvissa asioissa Saamelaiskäräjät voi tehdä viranomaisille aloitteita ja esityksiä sekä antaa lausuntoja. Näissä asioissa Saamelaiskäräjät käyttää lisäksi päätösvaltaa siten kuin saamelaiskäräjälaisissa tai muualla laissa säädetään. Lisäksi Saamelaiskäräjien tehtävänä on edustaa saamelaisia (6 §), laatia vuosittain valtioneuvostolle kertomus (7§), päättää saamelaisten yhteiseen käyttöön osoitettujen varojen jakamisesta (8 §) sekä neuvotella viranomaisten kanssa (9§).

Saamelaiskäräjät edustaa siis saamelaista alkuperäiskansaa niin kansallisissa kuin kansainvälisissäkin yhteyksissä. Kansainvälisissä yhteyksissä Saamelaiskäräjien edustajat voivat osallistua YK:n alkuperäiskansa-asioiden pysyvän foorumin sekä ihmisoikeusneuvoston ja sen alaisten mekanismien istuntoihin. Saamelaiskäräjillä ei kuitenkaan ole itsenäistä puheoikeutta YK:ssa. Käytännössä Saamelaiskäräjät voi puhua vain Suomen hallitukselle myönnetyn puheoikeuden perusteella tai YK-järjestelmään akkreditoidun tahon, kuten saamelaisneuvoston (Saami Council), välityksellä. Kansainvälisillä yhteyksillä tarkoitetaan myös osallistumista Suomen delegaation mukana ja tukemana saamelaisille keskeisten kansainvälisten sopimusten

46 Hallituksen esitys eduskunnalle saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön, HE 248/1994, PeVM 1/1995 SuVM 12/1994 PeVM 17/1994.

47 Kts. kappaleet 5, 6 ja 13.

48 Artikla 1, 3.

49 Kts. kappale 5.

50 Kts. kappale 3.

neuvotteluprosesseihin. Saamelaiskäräjät ovat olleet aktiivisesti edustettuna esimerkiksi kansainvälisen luonnon monimuotoisuussopimuksen (biodiversiteettisopimus) osapuolikokouksista ja 8 j artiklan työryhmissä.<sup>51</sup>

Saamelaiskäräjälain 9 §:n mukainen neuvotteluelvoite koskee laajakantoisia ja merkittäviä toimenpiteitä, jotka voivat välittömästi ja erityisellä tavalla vaikuttaa saamelaisten asemaan alkuperäiskansana ja jotka koskevat saamelaisten kotiseutualueella tapahtuvaa yhdyskuntasuunnittelua, valtionmaan, suojelualueiden ja erämaa-alueiden hoitoa, käyttöä, vuokrausta ja luovutusta, kaivosmineraaleja sisältävän esiintymän etsintää ja hyödyntämistä sekä valtion maa- ja vesialueella tapahtuvaa kullanhuuhtontaa, saamenkielisen ja saamen kielen koulutuksen sekä sosiaali- ja terveystalvelujen kehittämistä taikka muuta vastaavaa saamelaisten kieleen, kulttuuriin tai heidän asemaansa alkuperäiskansana vaikuttavaa asiaa. Maankäyttöön liittyvät moninaiset kysymykset voivat siis tulla luetuksi tämän pykälän neuvotteluelvollisuuden piiriin niiden ollessa laajakantoisia ja merkittäviä ja niiden vaikuttaessa saamelaiseen kulttuuriin ja alkuperäiskansa-asemaan.

Lain mukaisesti neuvotteluelvoitteen täyttämiseksi asianomaisen viranomaisen on varattava Saamelaiskäräjille tilaisuus tulla kuulluksi ja neuvotella asiasta. Neuvotteluelvollisuus ei perustuslakivaliokunnan lain säätämisen yhteydessä ilmaiseman kannan mukaan voi merkitä pidemmälle menevää menettelyllistä suojaa kuin esimerkiksi hallintomenettelylakiin (nykyisin: hallintolakiin) perustuva asianosaisen oikeus tulla kuulluksi omassa asiassaan. Neuvotteluelvollisuuden oikeudellinen vaikuttavuus rajoittuu siten siihen, että viranomaisen on pykälässä tarkoitetuissa asioissa varattava Saamelaiskäräjille tilaisuus tulla kuulluksi ja mahdollisuus neuvotella vireillä olevasta asiasta. Kuulemisen osalta kysymys on Saamelaiskäräjille varattavasta tilaisuudesta lausua käsityksensä esimerkiksi kirjallisesti jostakin ehdotuksesta, jonka toteuttaminen vaikuttaisi saamelaisten asemaan; neuvottelumahdollisuus tarkoittaa suoraa vuorovaikutusta viranomaisten edustajien kanssa.<sup>52</sup>

Jotta viranomaisen neuvotteluelvoite tulisi täytetyksi hyvän hallinnon vaatimusten mukaisesti, viranomaisen on huolehdittava siitä, että Saamelaiskäräjät saa riittävän ajan perehtyä neuvottelukysymykseen ja että neuvottelutilanne muodostuu muutoinkin saamelaisten edustuselimen kannalta kohtuulliseksi. Tarjotun neuvottelumahdollisuuden käyttämättä jättäminen ei toisaalta voi muodostua lopulliseksi esteeksi sille, että asianomainen viranomainen etenee asiassa vaikkapa omaan päätöksentekoonsa asti.<sup>53</sup> Perustuslakivaliokunta on eri yhteyksissä tuonut esiin, että kun kyse on esityksestä, joka liittyy kiinteästi saamelaisten omaan kieleen ja kulttuuriin, Saamelaiskäräjien edustus lainvalmistelussa tulee varmistaa alusta lähtien.<sup>54</sup> Saamelaiskäräjälain 9 §:ssä tarkoitettujen neuvotteluiden käyminen on viranomaisen päätöksenteon oikeudellinen edellytys pykälässä tarkoitetuissa hallintoasioissa.<sup>55</sup>

## 1.2. Neuvotteluelvoitteesta yhteistoimintavelvoitteeseen kansainvälistä oikeutta mukailien

2013 Oikeusministeriön asettama työryhmä ehdotti muutoksia saamelaiskäräjälakiin.<sup>56</sup> Ehdotusten pohjalta laadittiin hallituksen esitys 167/2014. Esityksen yleisenä tavoitteena on parantaa saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja Saamelaiskäräjien toimintaedellytyksiä. Saamelaiskäräjien tehtävän dynaamisuutta ja aktiivista toimintavelvoitetta edistää saamelaisten oikeuksia alkuperäiskansana pyritään niin ikään vahvistamaan esityksessä.

51 Kts. tämän kappaleen myöhempi osio.

52 PeVM 17/1994 vp., <https://www.edilex.fi/mt/pevm19940017>.

53 Ibid.

54 PeVL 21/2007 vp ja PeVL 40/2009 vp.

55 KHO 11.3.2003 T 516.

56 OM mietintöjä ja lausuntoja, Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, 55/2013, 20, [http://www.oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1382513081296/Files/OMML\\_55\\_2013\\_MIETINTO\\_196\\_s.pdf](http://www.oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1382513081296/Files/OMML_55_2013_MIETINTO_196_s.pdf).

Neuvottelumenettelysäännöstä ehdotetaan muutettavaksi viranomaisten ja Saamelaiskäräjien yhteistyötä aiempaa painottavamaksi.<sup>57</sup> Sääntelyn tarkoituksena on kansainvälisten toimielinten suositusten mukaisesti vahvistaa Saamelaiskäräjien oikeutta osallistua ja myötävaikuttaa päätöksentekoon saamelaisia erityisesti koskeissa asioissa. Lisäksi tarkoitus on korostaa sitä, että neuvottelumenettely on tavanomaista lausunto- ja kuulemismenettelyä pidemmälle menevä päätöksentekoon osallistumisen muoto.<sup>58</sup>

Ehdotuksen mukaan viranomaiset ja muut julkisia hallintotehtäviä hoitavat neuvottelevat yhteisymmärrykseen pyrkien Saamelaiskäräjien kanssa saamelaisten kotiseutualueella toteutettavista ja vaikutuksiltaan sinne ulottuvista sekä muista erityisesti saamen kieleen tai kulttuuriin taikka saamelaisten asemaan ja oikeuksiin alkuperäiskansana vaikuttavista laajakantoisista ja merkittävistä toimenpiteistä. Neuvottelumenettelyssä on annettava Saamelaiskäräjille myös oikea-aikainen mahdollisuus osallistua toimenpiteiden valmisteluun. Esityksen mukaan ehdotuksen mukaan käytävä kaikista sellaisista merkittävistä toimenpiteistä, jotka vaikuttavat erityisesti saamen kieleen tai kulttuuriin taikka saamelaisten asemaan tai oikeuksiin alkuperäiskansana siitä riippumatta, ulottuvatko toimenpiteen välittömät vaikutukset saamelaisten kotiseutualueelle. Viranomaisen tulisi ehdotuksen mukaan laatia neuvotteluista pöytäkirja.

Yhteistoimintavelvollisuuden lisäksi HE 167/2014 sisältää muitakin saamelaisten alkuperäiskansa-asemaa vahvistavia elementtejä. Esimerkiksi sääntelyä Saamelaiskäräjien toimivallasta ja tehtävistä ehdotetaan täydennettäväksi maininnalla käräjien tehtävästä edistää saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksien toteutumista. Maininnan tarkoitus on ilmentää sitä, että Saamelaiskäräjille kuuluu saamelaisten kulttuuri-itsehallinnosta huolehtivana toimielimenä myös saamelaiskulttuurin ja alkuperäiskansaoikeuksien aktiiviseen edistämiseen tähtäviä tehtäviä. Esityksessä ehdotetaan uudistettavaksi sääntelyä myös kertomusmenettelystä. Saamelaiskäräjät laatisi vastaisuudessa vuosittaisen kertomuksen suoraan eduskunnalle eikä enää valtioneuvostolle hallituksen kertomuksen laatimista varten. Tältä osin tavoitteena on tarjota eduskunnalle nykyistä keskitetympi mahdollisuus arvioida saamelaisia erityisesti koskevien asioiden tilaa ja kehitystä. Ehdotus myös korostaa Saamelaiskäräjien asemaa itsehallintoelimenä.<sup>59</sup>

Saamelaiskäräjät on lausunut yhteistoimintavelvoitteen olevan askel oikeaan suuntaan, muttei kuitenkaan täyttävän kansainvälisessä oikeudessa käyttöön otettua tietoon perustuvaa ennakkosuostumusta (free, prior and informed consent, FPIC).<sup>60</sup> Ennakkosuostumuksen periaate on kansainvälisen oikeuden parhaillaan nopeasti kehittyvää oikeudenalaa. Ihmisoikeussopimuksia valvovat toimielimet ovat ilmaisseet, että tapauksissa, joissa toimenpiteet aiheuttavat merkittävää ja laaja-alaista haitallista vaikutusta alkuperäiskansojen kulttuurille ja perinteiselle maankäytölle, pelkkä konsultaatio ei riitä vaan heiltä on saatava suostumus toimenpiteeseen.<sup>61</sup>

Valtiot eivät kuitenkaan yleisesti ottaen ole valmiita tulkitsemaan ennakkosuostumusta veto-oikeudeksi. Myös esimerkiksi YK:n julistuksen sanamuoto viittaa ennemminkin vahvaan pyrkimykseen saada suostumus kuin alkuperäiskansan oikeuteen sanoa ehdoton ei jollekin toimenpiteelle.<sup>62</sup> YK:n julistuksen mukaisia neuvotteluelvoitteita ja ennakkosuostumuksen periaatetta käsitellään laajemmin tämän raportin muissa osissa. Käytännössä ennakkosuostumus ei kuitenkaan ole niin radikaali uusi periaate kuin se usein ymmärretään. Velvoittaahan nyt jo KP-sopimuksen artikla 27, ettei toimenpiteellä saa olla huomattavaa tai olennaista (significant) haittaa alkuperäiskansojen perinteiselle kulttuurille. Mikäli huomattavan haitan kynnyks

57 HE 167/2014 vp.

58 Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö 55/2013, s. 79-80.

59 Eduskunnan kanslia kannattaa ehdotusta, jonka mukaan saamelaiskäräjien kertomus annettaisiin suoraan eduskunnalle ehdotetun 7 §:n mukaisesti. Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotiivistelmä, 22/2014, s. 11.

60 Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotiivistelmä, 22/2014, s. 11.

61 Katso kappale 5.

62 Kts. YK:n julistuksen Artiklat 19 ja 32.

ylittyy, oikeus kulttuuriin tulee loukatuksi. Kun tähän yhdistetään jäljempänä tarkemmin esitelty yleinen perus- ja ihmisoikeuksista kumpuava heikentämiskieltoa koskeva periaate<sup>63</sup> sekä kulttuuristen vaikutusten arviointi, on selvää, ettei käytännössä toimenpidettä, joka olennaisesti heikentää saamelaisten kulttuuria ja asemaa alkuperäiskansana voida toteuttaa ainakaan ilman Saamelaiskäräjien suostumusta. Eri asia on, voiko edes Saamelaiskäräjät antaa oikeudellisesti merkittävää suostumusta toimenpiteille, jotka heikentävät saamelaisten perinteisten elinkeinonharjoittajien oikeuksia merkittävästi. Tämä ei näyttäisi olevan sopusoinnussa ihmisoikeuksista johtuvien velvoitteiden kanssa.<sup>64</sup> Valtioiden, kuntien ja paikallisten kansalaisten ei tästä syystä tarvitse olla huolissaan ennakkosuostumusperiaatteesta, koska jo ihmisoikeudet kieltävät merkittävän haitan tuottamisen saamelaiskulttuurille. Ennakkosuostumuksen periaatteella ei myöskään voida heikentää kenenkään yksilön jo turvattuja oikeuksia. Ennakkosuostumuksen periaate (laajakantoisissa ja merkittävässä kysymyksissä, joilla voi olla huomattavaa haittaa saamelaiskulttuurille) tulisikin kirjata yhteistoimintavelvoitepykälään. Tämä lisäisi painoarvoa todelliselle neuvottelukulttuurille ja erottaisi neuvottelut kuulemisesta tai lausunnon antamisesta. Näin saatettaisiin Suomen lainsäädäntö näiltä osin kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle.

Lausuntokierroksella yhteistoimintavelvoitteen puutteeksi nähtiin sen täsmentymättömyys ja epäselvyys sen osalta mitä toimenpiteitä neuvotteluvollisuus koskee.<sup>65</sup> Yleisesti ottaen voidaan lausua, ettei luetteloja nähdä enää välttämättä tarkoituksenmukaiseksi varsinkaan jos niitä ei ole tarkoitus laatia tyhjentäviksi. Myös tämänhetkinen laki, vaikka sisältääkin luettelon, viittaa myös neuvotteluvallituksen ulottuvan ”muuhun vastaavaan saamelaisten kieleen, kulttuuriin tai heidän asemaansa alkuperäiskansana vaikuttavaa asiaan.” Neuvotteluvollisuutta täydennetään muulla lainsäädännöllä, jonka kansainvälisen oikeuden periaatteiden mukaisesti tulisi ainakin huomattavan merkittäviin kysymyksiin liittyen sisällyttää toimenpiteiden vaikutusten arviointi saamelaiselle kulttuurille ja heidän asemalleen alkuperäiskansana. Vaikutusten arviointivelvoite on kirjattu heikentämiskielon lisäksi esimerkiksi Suomen kaivoslakiin.<sup>66</sup>

Yhteistoimintavelvoitteen voidaan katsoa vastaavan ILO sopimus 169:n sisällyttämiä neuvotteluvallituksia. ILO:n asiantuntijakomitea on ilmaissut useassa yhteydessä, että 6 ja 7 artiklat ovat keskeisiä sopimuksen tulkinnan ja käytännön soveltamisen kannalta. Näiden artiklojen avulla pyritään varmistamaan, että alkuperäiskansoilla on todelliset mahdollisuudet vaikuttaa omaan elämäänsä liittyviin kysymyksiin sekä hallita omaa taloudellista, sosiaalista ja kulttuurista kehitystään, minkä katsotaan olevan koko sopimuksen tavoite.<sup>67</sup>

Alkuperäiskansojen oikeuksien ja toiveiden huomioon ottaminen laeissa, asetuksissa ja menettelyissä luo hyvät edellytykset yhteisymmärryksen saavuttamiselle. Käytävien neuvottelujen tavoitteena on oltava asioista sopiminen, mikä ei kuitenkaan välttämättä tarkoita alkuperäiskansojen veto-oikeutta. Samalla on tärkeää korostaa, että vaikka alkuperäiskansat eivät saa veto-oikeutta, tehtävät päätökset eivät saa loukata heidän sopimuksella turvattuja oikeuksiaan, joihin kuuluvat muun muassa maa- ja metsäoikeudet.<sup>68</sup> ILO sopimus No.169:n maa- ja metsäoikeusartiklojen tulkintaa käsitellään lähemmin kappaleessa kuusi.

Neuvotteluosapuolina on oltava valtio ja alkuperäiskansojen omat edustajainvälikokoukset – Suomen tapauksessa Saamelaiskäräjät sekä Kolttien kyläkokous kolttasaamelaisia koskevissa asioissa. Jotta neuvottelumenettelyt olisivat mahdollisimman tehokkaita, on tärkeää, että Suomi arvioi niitä säännöllisesti yhdessä Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen kanssa ja tekee niihin muutoksia tarpeen mukaan.<sup>69</sup> ILO sopimus 169:n mukaista neuvotteluvallitusta käsitellään

63 Katso tämän kappaleen metsähallituslakia käsittelevä kokonaisuus.

64 Saamelaiskäräjät eivät voisi esimerkiksi poronhoitajien puolesta suostua toimenpiteisiin, joilla olisi huomattavaa haittaa poronhoidolle.

65 Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotivistelmä 22/2014, s. 26–29.

66 Kaivoslakia ja muita heikentämiskielon sisältäviä lakeja käsitellään erikseen tämän kappaleen myöhemmissä osioissa.

67 Katso esimerkiksi ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No 169): A Manual, International Labour Organization 2013, s.15–20.

68 Handbook: For ILO Tripartite Constituents. Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No 169), 2013, s.16.

69 Kts. Vähemmistövaltuutettu, 2014, 99 Kysymystä ja vastausta ILO-169 sopimuksesta, s. 23.

vielä erikseen myöhemmin.<sup>70</sup> Suhteessa Suomen tämänhetkiseen saamelaiskäräjäoikeuslakiin voidaan kuitenkin todeta, että 9 §:n mukainen neuvotteluelvoite vastaa jo kohtalaisen pitkälle ILO sopimuksen 6 artiklan sisältöä, mikäli sitä sovellettaisiin tosiasiallisesti sopimuksen edellytysten mukaan. Saamelaiskäräjälain esitöiden mukaan tavoitteena oli eduskunnan sosiaalivaliokunnan lausunnon<sup>71</sup> mukaisesti luoda osaltaan edellytykset ILO sopimuksen ratifioinnille.<sup>72</sup> Artiklan 6 sanamuotoa ja tarkoitusta mukaillen neuvotteluja tulee kuitenkin käydä yhteisymmärryksen saavuttamiseksi, niin ettei kysymyksessä ole pelkästään muodollinen kuuleminen, jolla ei ole todellista vaikutusta asian lopputulokseen. ILO-yleissopimus 169:ää koskevassa hallituksen esityksessä (1990) esitetään, että näissä neuvotteluissa tulee vilpittömästi pyrkiä saavuttamaan yhteisymmärrys tai hyväksyntä ehdotetuille toimille.<sup>73</sup> Koska ILO sopimus 169 tulee lukea kokonaisuutena ja erityisesti artikkelit 6 ja 7 on tarkoitettu luettavaksi yhdessä, yhteistoimintavelvoitteen voidaan katsoa täyttävän kokonaisuudessaan kyseisten artiklojen luomat velvoitteet. Yhteistoimintavelvoite vastaa myös pitkälle YK:n julistuksen sekä oikeudellisesti sitovien ihmisoikeuksien valvontaelinten tämänhetkistä linjaa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuksiin liittyen. Näin ollen neuvotteluelvoitteen muuttaminen yhteistoimintavelvoitteeksi on perusteltu riippumatta ILO sopimus 169:n ratifioinnista. Pikemminkin se tulisi nähdä kiinteänä osana saamelaisten itsehallinto-oikeuden toimeenpanoa perustuslain ja kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle. Ennakkosuostumuksen periaate laaja-alaisissa tapauksessa olisi kuitenkin syytä sisällyttää yhteistoimintavelvoitteeseen kansainvälistä oikeuskehitystä mukaillen.<sup>74</sup>

Tämänhetkisen käytännön mukaan neuvotteluja käydään erilaisin menettelymuodoin. Saamelaiskäräjät antaa kirjallisia lausuntoja, on kuultavana asioiden valmistelun yhteydessä tai osallistuu asian valmistelutyöhön esimerkiksi työryhmyöskentelyn muodossa. Saamelaiskäräjiä kuullaan usein lausuntomenettelyllä. Myös varsinaisia neuvotteluita järjestetään kokousten muodossa. Käytäntö vaihtelee myös neuvotteluissa noudatettujen muotojen osalta. Tavanomaisen lausunnonantomahdollisuuden varaamisen on usein katsottu riittävän neuvotteluelvollisuuden täyttämiseksi. Kuitenkin, kuten HE 167/2014 todetaan, neuvotteluelvollisuuden tarkoitus aidosta vuoropuhelusta viranomaisen ja Saamelaiskäräjien kesken ei toteudu pelkässä lausuntomenettelyssä. Tämä huomio on erittäin keskeinen. Esityksen mukaan sääntelyä olisikin tarpeen tarkistaa kansainvälistä kehitystä paremmin vastaavaksi niin, että neuvottelu muodostuisi säädösperusteisesti tavanomaista lausuntomenettelyä pidemmälle meneväksi muodoksi vaikuttaa viranomaisen päätöksentekoon.<sup>75</sup>

Keskeisin kansainvälisestä oikeudesta tuleva velvoite onkin, että neuvottelut ovat ”todelliset” eli sisällöltään riittävän kattavat sekä se, että niitä käydään alkuperäiskansaa virallisesti edustavan instituution kanssa. Tästä syystä Saamelaiskäräjien aseman vahvistaminen ja selkeyttäminen saamelaisia edustavana instituutiona on perusteltua. Kansainvälinen oikeus antaa mahdollisuuden myös vahvistaa alkuperäiskansojen ”perinteisiä” instituutioita. Mikäli saamelaiset tahtovat virallistaa perinteisiä hallintomalleja, kuten siitajärjestelmää, kansainvälinen oikeus tarjoaa tähän mahdollisuuden. Kolttien kyläkokous (sobbar), joka on satoja vuosia valinnut kylänvanhimman (siijdd-oudolmaj), edustaa tällä hetkellä lailla vahvistettua alkuperäiskansan perinteistä hallintojärjestelmää. Nykyiseen kolttalakiin on sisällytetty edelleenkin kyläkokous<sup>76</sup>, mutta kylänvanhinta nimitetään siinä kolttien luottamusmieheksi.<sup>77</sup> Tästä syystä useassa lainsäädännössä on erikseen mainittu neuvotteluelvollisuus Kolttien kyläkokouksen kanssa. Näin pitäisi toimia myös kaikissa tulevilla säännöksissä, koska Kolttien kyläkokous on virallinen alkuperäiskansaa edustava instituutio, jolla on vahvistettu asema Suomen lainsäädännössä.

70 Kts. kappaleet 5, 6, 13.

71 SoVL 11/1990 vp.

72 HE 248/1994 vp.

73 HE 306/1990 vp.

74 Kts. kappale 5.

75 HE 167/2014 vp.

76 Kolttalaki 253/1995 42 ja 46 §.

77 Kts. Matti Sverloff, *Suenjiilin saamelaisten perintö*, Vammala (2003), s. 22 ja 136–137.



Taustana hallituksen esitykselle neuvotteluvaihtoehtojen vahvistamiseksi ovat myös kansainvälisten ihmisoikeusvalvontaelinten antamat kannanotot siitä, ettei saamelaisten osallistumis-oikeus heitä koskevassa päätöksenteossa toteudu tällä hetkellä tyydyttävällä tavalla. Ihmisoikeuksia valvovien toimielinten kannanottoja käsitellään tarkemmin kappaleessa viisi. Suomea koskevissa kannanotoissa korostuvat kehotukset luoda tarvittava lainsäädäntö, jossa turvataan maa- ja luonnonvaraoikeuksien toteutuminen erityisesti takaamalla saamelaisten ennakkosuostumuksen periaate heitä koskevassa päätöksenteossa.<sup>78</sup> Niin ikään peräänkuulutetaan Saamelaiskäräjien kulttuuriautonomian ja maan- ja luonnonvarojen käyttöoikeuksien vahvistamista.<sup>79</sup> Myös vuonna 2011 YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva erityistarkkailija James Anaya ilmaisi huolestuneisuutensa Pohjoismaiden kyvyttömyydestä viedä eteenpäin saamelaisten itsemääräämisoikeutta ja Saamelaiskäräjien rajoittuneesta mahdollisuudesta tehdä saamen kansaa koskevia itsenäisiä päätöksiä.<sup>80</sup>

Saamelaiskäräjälain uudistusta koskeva hallituksen esitys oli tarkoitus viedä läpi vuonna 2015 yhdessä ILO sopimus 169:n ratifiointia koskevan hallituksen esityksen kanssa. Sopimuksen ratifiointille ei kuitenkaan löytynyt riittävää kannatusta. Saamelaiskäräjälakiuudistusta on tarkoitus viedä eteenpäin vuonna 2017. Neuvotteluvaihtoehtojen vahvistamiselle sekä Saamelaiskäräjien aseman selkiyttämiseksi alkuperäiskansaa edustavana instituutiona on selkeät perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta juontuvat perusteet. Tämän lisäksi uudistuksella edesautetaan myös tulevia mahdollisia kansainvälisoikeudellisia velvoitteita kuten ILO sopimus 169:n ja Pohjoismaisen saamelais sopimuksen ratifiointia. Saamelais sopimusta koskevat neuvottelut on juuri saatu päätökseen joulukuussa 2016. Koska tämänhetkinen neuvotteluteksti ei ole julkinen eikä vastaa kaikilta osin enää vuoden 2005 sopimusluonnosta, Saamelais sopimukseen ei oteta kantaa kuin vain erittäin yleisellä tasolla.

Saamelaisten asemaa alkuperäiskansana Pohjoismaiden saamelais sopimus vahvistaisi. Saamelaiskäräjien vahva asema heijastuu jo itse sopimuksen laatimisessa. Norjan, Ruotsin, Suomen sekä kolmen valtion Saamelaiskäräjien kanssa neuvoteltavan Saamelais sopimuksen tavoitteena on luoda saamelaisten oikeusasemaa koskeva yhdenmukainen pohjoismaiden sääntely. Pohjoismaiden asiantuntijaryhmä laati luonnoksen pohjoismaiseksi saamelais sopimukseksi vuonna 2005.<sup>81</sup> Asiantuntijatyöryhmään kuului kustakin kolmesta maasta kaksi edustajaa, joista toisen nimitti kunkin maan Saamelaiskäräjät, sekä näiden kaksi varajäsentä. Oikeusministeriö asetti vuonna 2009 työryhmän arvioimaan sopimusluonnoksen suhdetta Suomen perustuslakiin ja muuhun kansalliseen lainsäädäntöön sekä Suomea sitoviin kansainvälisiin ihmisoikeusvelvoitteisiin.<sup>82</sup> Sopimusneuvottelut Norjan, Ruotsin ja Suomen kesken käynnistyivät maaliskuussa 2011. Neuvotteluvaihtoehtojen suunnitelmassa oli sekä valtioiden että Saamelaiskäräjien edustajia. Suomen valtuuskunnassa oli puolet hallituksen ja puolet Saamelaiskäräjien edustajia. Vaikka sopimusteksti ei ole vielä julkinen, oikeusministeriön edustajan mukaan sopimuksen keskiössä on konsultaatio/neuvotteluvaihtoehto osana saamelaisten itsemääräämisoikeutta, joka on sisällöllisesti ennakkosuostumusperiaatteen suuntainen.<sup>83</sup>

78 Esimerkiksi TSS-sopimusta valvova komitea CESCR Concluding Observations on the sixth periodic report on Finland, 17.12.2014, E/C.12/FIN/CO/6, para 9; KP-sopimusta valvova komitea UN Human Rights Committee, Concluding Observations on Finland, CCPR/C/FIN/CO/6 (22 August 2013), Para 16.

79 Rotusyrjintäkomitea: Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/FIN/CO/20-22, (2012), Para 11.

80 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, "The Situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland" (12 January 2011), Para 41.

81 Kts. Luonnos Pohjoismaiseksi saamelais sopimukseksi, Oikeusministeriö, työryhmämietintö 2009:18.

82 Ibid.

83 Haastattelu: Johanna Suurpää, oikeusministeriö, 5.9.2016.

### 1.3. Yhteenveto

Suomi on jo sitoutunut saamelaisten alkuperäiskansa-aseman ja itsemääräämisoikeuden turvaamiseen perus- ja ihmisoikeuksien mukaisesti. Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Lain mukaisesti saamen kansaa edustaa Saamelaiskäräjät, jonka kanssa tulee neuvotella kaikista kauaskantoisista ja merkittävistä toimenpiteistä, jotka vaikuttavat saamelaisten kulttuuriin ja alkuperäiskansaoikeuksiin. HE 167/2014 mukaiset edellä kuvaillut esitykset saamelaisten itsehallinnon vahvistamiseksi sekä neuvotteluelvoitteen muuttamisesta yhteistoimintavelvoitteeksi ovat hyvin linjassa yleisten ihmisoikeuksien ja alkuperäiskansaoikeuksien viimeaikaisten kehityskulkujen<sup>84</sup> sekä Suomen perustuslain kanssa. Myös perustuslakivaliokunta puoltaa hallituksen esityksiä saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja Saamelaiskäräjien toimintaedellytysten parantamiseen liittyen pitäen niitä tärkeinä ja tarpeellisina saamelaisten kulttuuria ja kieltä koskevan itsehallinnon kehittämiseksi.<sup>85</sup> Perustuslakivaliokunnan huomautuksia suhteessa saamelaismäärittelmään käsitellään tekstin myöhemmässä osiossa.

Esitys on kokonaisuudessaan varsin tasapainoinen ja monilta osin saamelaisten oikeudellista asemaa selkiyttävä, eikä ole nähtävissä mitään oikeudellista perustetta olla viemättä esitystä näiltä osin eteenpäin. Yhteistoimintavelvoitteeseen tulisi kirjata ennakkosuostumuksen periaate kansainvälisen oikeuden mukaisesti. Maa- ja metsätalouden osalta koskevaan ratkaisuesitykseen ja siihen liittyvään ILO sopimus 169:n maa- ja metsätalouden osien tulkintaan sekä saamelaismäärittelmää koskevaan ehdotukseen otetaan kantaa myöhemmin.

## 2. Saamelaisten maa- ja metsätalouden osien ratkaisupyrkimykset kansainvälisen oikeuden valossa

Suomen hallitus katsoi vuonna 1990, että mikäli Suomi ratifioi ILO sopimus 169:n, on saamelaisille turvattava voimassa olevaa lainsäädäntöä laajemmat oikeudet heidän perinteisesti omistamiinsa ja asuttamiinsa maihin ja näiden maiden luonnonvarojen käyttöön.<sup>86</sup> Näitä selvityksiä sekä aiheeseen liittyviä tutkimuksia käsitellään tarkemmin lyhyesti kappaleessa neljä. Selvitysten ja tutkimusten pohjalta ei ole kuitenkaan löydetty ratkaisua maa- ja metsätalouden osien ratkaisemiseksi. Selvitysten pohjalta ehdotettiin sangen kattavia yhteishallintamalleja, joista ei kuitenkaan päästy yhteisymmärrykseen. Saamelaisten oikeuksien kannalta nämä yhteishallintamallit olisivat olleet huomattava parannus nykyiseen tilanteeseen verrattuna. Niissä olisi myös huomioitu muiden paikallisten elinkeinonharjoittajien oikeudet. Seuraavan kappaleen tarkoituksena on valottaa saamelaisten oikeuksien ratkaisupyrkimyksiä metsähallituslain muutoksen yhteydessä, sekä analysoida tilannetta saamelaisten perustuslaillisten ja kansainvälisestä oikeudesta johtuvien oikeuksien näkökulmasta.

### 2.1. Saamelaisten osallistumisoikeuksien lisääminen valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksenteossa sekä metsähallituslakia koskeva esitys

Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen hallitusohjelman mukaan hallituksen tavoitteena oli ratifioida ILO sopimus 169 hallituskaudella 2011–2015, sekä kehittää saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja Saamelaiskäräjien toimintaedellytyksiä. Ohjelmaan kuului myös saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksien eteenpäin vieminen muun muassa maankäyttöön liittyvää lainsäädä-

<sup>84</sup> Katso kappale 5.

<sup>85</sup> PeVM 12/2014 vp — HE 167/2014 vp.

<sup>86</sup> Ks. HE 248/1994, s. 17.

däntöä selkiyttämällä sekä osallistumalla aktiivisesti kansainväliseen yhteistyöhön alkuperäiskansojen oikeudellisen ja tosiasiallisen suojelun vahvistamiseksi.<sup>87</sup>

Niin ikään kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma 2012–2013 kirjasi tavoitteeksi kehittää saamelaisten oikeuksia alkuperäiskansana erityisesti selkiyttämällä lainsäädäntöä saamelaisten oikeudesta osallistua saamelaisten kotiseutualueella olevien valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevaan päätöksentekoon. Tarkoitus oli luoda näiltä osin edellytyksiä myös ILO sopimus 169:n ratifiointille. Tarvittavat säännökset suunniteltiin otettavaksi Metsähallitusta koskevaan organisaatiolainsäädäntöön.<sup>88</sup>

Maa- ja metsätalousministeriö (MMM) asetti 16.7.2013 työryhmän valmistelemaan ehdotusta saamelaisten osallistumisoikeuksien lisäämiseksi valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksentekomenettelyssä saamelaisten kotiseutualueella. Työryhmän tehtävänä oli valmistella ehdotus saamelaisten osallistumisoikeuksien lisäämisestä valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksentekomenettelyssä ja tähän liittyen laatia ehdotus Metsähallitusta koskevaan lainsäädäntöön otettaviksi säännöksiksi Metsähallituksen yhteyteen perustettavasta toimielimestä. Työryhmän tuli ottaa työssään huomioon, että valtion tai yksityisten henkilöiden maa- ja vesialueiden omistusoikeuteen ja käyttöoikeuteen saamelaisten kotiseutualueella ei puututa miltään osin. Työryhmän tuli työssään ottaa huomioon myös muun paikallisen väestön osallistumisoikeudet ja mahdollisuudet harjoittaa perinteisiä elinkeinoja. Työryhmän tehtävänä oli laatia myös ehdotukset lakiin otettaviksi säännöksiksi poronhoidon, metsästyksen ja kalastuksen yleisestä edistämisestä saamelaisten kotiseutualueella ja tehdä ehdotukset tätä koskevien toimenpiteiden rahoittamiseksi. Työryhmä päätti kuitenkin olla tekemättä esitystä poronhoidon, metsästyksen ja kalastuksen yleisen edistämisen saamelaisten kotiseutualueella säätämistä Metsähallituksen tehtäväksi. Voimassa olevassa poronhoito-laissa, metsästyslaissa ja kalastuslaissa on omat säännöksensä näiden toimintojen edistämisestä.<sup>89</sup> Näitä kysymyksiä käsitellään erikseen tämän osion myöhemmissä alakappaleissa.

### 2.1.1. Saamelaisia koskevat erityissäännökset: heikentämiskiello ja vaikutusarviointi

Työryhmä esitti, että metsähallituslain uudistuksen yhteydessä uuteen lakiin otettaisiin velvoite soviittaa yhteen luonnonvarojen hoito, käyttö ja suojelu saamelaisten kotiseutualueella siten, että saamelaisten oikeus alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan turvataan.<sup>90</sup> Lakiin ehdotettiin niin ikään sisällytettäväksi oma lukunsa Metsähallituksen toiminnasta saamelaisten kotiseutualueella. Lukuun oli tarkoitus ottaa säännökset saamelaisten kotiseutualueella tapahtuvasta suunnittelusta, vaikutusten arvioinnista ja heikentämiskiellosta. Työryhmän perustelujen mukaan esitysten tarkoitus ”on yhtäältä suojata saamelaisten aineellisia alkuperäiskansaoikeuksia ja toisaalta turvata saamelaisten menettelylliset oikeudet toimia alkuperäiskansaoikeuksien toteutumiseksi”.<sup>91</sup> Tämä tarkoitus vastasi hyvin ihmisoikeuksien peruslähdekohtaa, jossa turvataan sekä oikeuden aineellinen (sisällöllinen) että menettelyllinen (proseduraalinen) aspekti. Esimerkiksi alkuperäiskansojen oikeuksien kohdalla tämä tarkoittaa yhtäältä sitä, että lainsäädännössä erikseen turvataan heille sisällöllisiä oikeuksia, ja toisaalta sitä, että he itse saavat osallistua oikeuksiensa toteutumisen suunnitteluun ja arviointiin, ja tätä kautta turvaamiseen. Lisäksi on taattava oikeus tehokkaiseen oikeussuojakeinoihin eli muutoksenhaku- tai valitusoikeus. Tämäkin ehdotettiin otettavaksi uuteen metsähallituslakiin, jossa Saamelaiskäräjillä ja Kolttien kyläkokouksella olisi oikeus hakea muutosta metsähallituksen tekemään hallintopäätökseen sillä perusteella, että päätös on heikentämiskiellon vastainen.<sup>92</sup>

87 Hallituksen julkaisusarja 1/2011, 22.6.2011, s. 20 ja 25.

88 Kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma 2012-2013, 18/2012, s. 53.

89 Saamelaisten osallistumisoikeuksien lisääminen valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksentekomenettelyssä saamelaisten kotiseutualueella –työryhmän mietintö, Työryhmämuistio mmm 2014:2.

90 Työryhmämuistio mmm 2014:2. HE 264/2014, ehdotus uuteen lakiin 16 a §.

91 Työryhmämuistio mmm 2014:2, s. 6.

92 HE 264/2014, ehdotus uuteen lakiin 16 b §.

Heikentämiskieltoon liittyvää harkintaa varten Metsähallitukselle oli tarkoitus säätää velvollisuus selvittää, yhteistyössä Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen kanssa, suunnitelmien vaikutukset saamelaisten oikeudelle alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan sekä harkita mahdollisten haittojen vähentämiseksi ja estämiseksi tarvittavat toimenpiteet.<sup>93</sup> Vaikutusten arviointia koskeva velvoite olisi vahvistanut saamelaiskäräjälain mukaista neuvotteluelvoitetta ja vastannut hyvin saamelaiskäräjälakiuudistuksen yhteydessä ehdotettua yhteistoimintavelvoitetta. Koska metsähallituslakia koskevien saamelaisoikeuspykälien nimenomaisesti katsottiin muodostavan ison osan saamelaisten maa- ja vesioikeusratkaisua (maankäyttö- ja osallistumisoikeudet), kulttuurivaikutusten arvioinnin voidaan katsoa muodostavan tällöin olennaisen osan sekä aineellisten että menettelyllisten oikeuksien turvaamisesta. Vaikutusten arviointi ilmenee implisiittisesti myöskin YK:n ihmisoikeuskomitean kokonaisharkinnassa ja haittojen ja hyötyjen punninnassa. Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta ”oikeudesta omaisuuteen” (Amerikan ihmisoikeussopimuksen artikla 21) ei tarkoita alkuperäiskansojen maa- ja vesioikeuksien osalta yksityisoikeudellista omistusoikeutta vaan nimenomaan maan vapaata käyttöoikeutta, vahvaa kulttuurista suojaa sekä neuvotteluelvoitetta tavoitteena yhteisön suostumus, yhdistettynä heikentämiskieltoon ja kulttuuristen vaikutusten arviointiin, joka kytkeytyy myös kompensatiovelvoitteeseen.<sup>94</sup> Haittojen kompensatiovelvoite ei käy automaattisesti esille heikentämiskieltoon ja vaikutusten arviointia koskevista säännöksistä. Se on kuitenkin esimerkiksi ILO sopimus 169:n lähtökohta tilanteissa, joissa valtiot käyttävät alkuperäiskansojen perinteisesti asuttamien alueiden luonnonvaroja.<sup>95</sup>

Heikentämiskielto oli tarkoitus kirjata lakiin siten, että sen mukaisesti saamelaisten kotiseutualueella sijaitsevat tai vaikutuksiltaan sinne ulottuvat, valtion maa- ja vesialueilla toteutettavat Metsähallituksen suunnitelmat ja hankkeet olisi laadittava ja toteutettava niin, etteivät ne olennaisesti heikennä saamelaisten mahdollisuuksia käyttää heille alkuperäiskansana kuuluvia oikeuksia harjoittaa perinteisiä saamelaiselinkeinoja tai muutoin ylläpitää ja kehittää kieltään ja kulttuuriaan. Suunnitelmat ja hankkeet eivät saisi heikentää myöskään kolttien elinolosuhteita tai mahdollisuuksia harjoittaa mainittuja elinkeinoja koltta-alueella.<sup>96</sup> Työryhmän Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen edustajien toivomuksena oli, että sanan ”olennaisesti” asemesta säännöksessä käytettäisiin ilmaisua ”vähäistä suuremmassa määrin”, kuten vesilaissa.<sup>97</sup>

Työryhmä perusteli olennaisuuskriteeriä viitaten perustuslakivaliokunnan aiempaan lausuntoon perusoikeusmyönteisestä lain tulkinnan ja soveltamisen tavasta sekä YK:n ihmisoikeuskomitean KP-sopimuksen 27 artiklaa koskevaan käytäntöön.<sup>98</sup> Työryhmä painotti, että ehdotettu heikentämiskielto koskisi Metsähallituksen kaikkea sellaista toimintaa, jonka vaikutukset ulottuvat saamelaisten kotiseutualueelle. Lisäksi pykälässä säädettäisiin Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen oikeudesta hakea muutosta Metsähallituksen tekemään hallintopäätökseen sillä perusteella, että se on heikentämiskieltoon vastainen.

Sanamuoto ”olennainen” tai ”merkittävä” (significant) tulee sekä ihmisoikeuskomitean oikeuskäytännöstä että saamelaiskäräjälain mukaisesta neuvotteluelvoitteesta. Se sisältyy myös mm. vuoden 2014 ympäristönsuojelulakiin<sup>99</sup> sekä vuoden 2011 kaivoslakiin.<sup>100</sup> Perimmäisenä ideana sanamuodolla on kertoa, ettei vaikutuksiltaan vähäinen toimenpide ole ehdottomasti kielletty tai vaadi kuulemista tai neuvottelua. Tämän vuoksi ”vähäistä suurempi” sanamuoto olisi voinut johtaa tiukempaan tulkintaan vaikka käytännössä vähäistä suurempi tai olennai-

93 HE 264/2014, ehdotus uuteen lakiin 16 a §.

94 Kts. esimerkiksi Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen tapaus *Saramaka v. Suriname* (Judgment of November 28, 2007), the Court states: *The concept of benefit-sharing, which can be found in various international instruments regarding indigenous and tribal peoples' rights, can be said to be inherent to the right of compensation recognized under Article 21(2) ACHR.* (Saramaka Para. 138); The Court states: *“benefit sharing may be understood as a form of reasonable equitable compensation resulting from the exploitation of traditionally owned lands and of those natural resources necessary for the survival of the Saramaka people.”* (Saramaka, Para. 140).

95 Artikla 15.

96 HE 264/2014, ehdotus muutetun metsähallituslain 16 b §:ksi.

97 Vesilaki 2011/587, 2 luku 8 §.

98 PeVL 32/2010 vp., s. 10.

99 Ympäristönsuojelulaki 527/2014, 49§.

100 Kaivoslaki 621/2011, 50 §.

nen voidaan katsoa tulevan lähelle toisiaan. Toisaalta metsähallituslain muuttamista koskeva ehdotus olisi pitänyt sisällään myös kulttuurivaikutusten arvioinnin, mikä vahventaa säännöstä olennaisesti esimerkiksi suhteessa vesilakiin, josta se puuttuu. Vaikutusten arvioinnissa ja neuvotteluprosessissa on joka tapauksessa tarkoitus pyrkiä yhteiseen näkemykseen asioiden tilasta. Kuten mainittu, työryhmän esitys sisälsi myös muutoksenhakuoikeuden Saamelaiskäräjille ja Kolttien kyläkokoukselle, mikäli ne katsovat olennaisen haitan kynnyksen ylittyvän.<sup>101</sup>

Huomionarvoista on kuitenkin, että yhdessäkään Suomen saamelaisia koskevassa oikeustapauksessa KP-sopimusta valvova ihmisoikeuskomitea ei ole katsonut ”huomattavan”, ”merkittävän” tai ”olennaisen” (significant) haitan ylittyvän. Komitea käyttää kokonaisharkintaa, jossa se punnitsee yhtäältä taloudellisen toimenpiteen hyödyt ja toisaalta saamelaisen kulttuurin suojan, jolloin huomattavaa vähäisemmän haitan ei katsota rikkovan saamelaisten 27 artiklan mukaista oikeutta kulttuuriin. Samanlaisen kokonaisharkinnan suorittaisi myös valitusinstanssi (hallinto-oikeus) Suomessa. Tämän takia huoli siitä, että heikentämiskielto johtaisi käytännössä Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen veto-oikeuteen on vailla oikeudellista perustetta. Edes ”vähäistä suuremman” haitan kiellon kirjaaminen ei olisi luonut veto-oikeutta. Se olisi kuitenkin saattanut yhtäältä luoda vahvemman tuntuksen oikeuden, josta olisi saattanut syntyä myös helpommin erimielisyyttä osapuolten välille. Toisaalta se olisi saattanut vaikuttaa tiukentavasti muutoksenhakuomioistuimen ratkaisuun ja tätä kautta luoda vahvemman suojan saamelaiselle kulttuurille.

Työryhmä mainitsee esimerkkeinä heikentämiskieltoon ja vaikutusten arviointiin liittyvästä hoidon ja käytön suunnittelusta, jota säännös koskisi, metsätalouden periaatteet ja hakkuusuunnitelmat, maan myynnin, oston ja vaihdon periaatteet, luonnonvarasuunnitelmien laatimisen, luonnonsuojelualueiden ja erämaa-alueiden hoito- ja käyttösuunnitelmien laatimisen, moottorikelkkareittien suunnittelun sekä maksullisten metsästyslupien ja kalastuslupien myöntämisperiaatteet, silloin kun niillä on olennainen merkitys saamelaisten harjoittamien elinkeinojen tai muun saamelaiskulttuurin kannalta.<sup>102</sup> Esitys vastaa hyvin maankäytön keskeisimpiä aspektejia, joilla on suoraa merkitystä saamelaiskulttuurille.

Esityksen mukaan kulttuuri olisi ymmärrettävä ehdotetussa säännöksessä laajana käsitteenä samaan tapaan kuin perustuslain 17 §:n 3 momentissa. Säännös ei siten rajoittuisi ainoastaan kielellisten oikeuksien turvaamiseen ja kehittämiseen, vaan se ulottuisi laajemmin turvaamaan saamelaisten kulttuurimuotoa, johon kuuluvat myös saamelaisten perinteiset elinkeinot, kuten poronhoito, kalastus ja metsästys sekä saamen käsityö. Selvittäminen koskisi ennen muuta Metsähallituksen luonnonvarasuunnittelua, joka on strategista maa- ja vesialueiden käytön suunnittelua valtion mailla.<sup>103</sup>

### 2.1.2. Saamelaisia koskevien erityispykälien poistamisen oikeusvaikutukset

Koska ILO sopimus 169:n ratifiointi ei edennyt päätökseen 2015, eikä uutta pyrkimystä nimenomaisesti kirjattu tavoitteeksi pääministeri Sipilän uuden hallituksen 2015 ohjelmaan<sup>104</sup>, metsähallituslakiuudistus päätettiin nopeassa aikataulussa viedä läpi poistaen alkuperäisessä esityksessä mukana olleet saamelaisaluetta koskevat erityispykälät heikentämiskieltoineen ja vaikutusarvioiteineen. Saamelaisia edustaville instituutioille tämä tuli totaalisenä yllätyksenä. Niitä kuultiin vasta kun laki oli selvästi jo päätetty viedä läpi ilman saamelaisaluetta koskevia erityispykälä.<sup>105</sup> Viime hetkellä tosin maa- ja metsätalousministeriö järjesti Saamelaiskäräjille saamelaiskäräjälain 9 §:n edellyttämän neuvottelun samassa yhteydessä, kun asiasta pidettiin

101 HE 264/2014 vp., 16 b §.

102 Työryhmämuistio mmm 2014:2, s. 9.

103 Ibid.

104 Hallituksen julkaisusarja 10/2015.

105 Saamelaiskäräjät toteaa perustuslakivaliokunnalle: ”Esitys on käytännössä valmisteltu salassa ja edellisen esityksen aikaiset alkuperäiskansan oikeuksia koskevat pykäläesitykset on kaikki jätetty pois neuvottelematta asiasta alkuperäiskansan edustajien kanssa.” Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, Eduskunnan Perustuslakivaliokunnan kuuleminen hallituksen esityksen HE 132/2015 johdosta, Dnro: 61/D.a.4/2016, 3.2.2016., s. 2.

Rovaniemellä yleinen kuulemistilaisuus.<sup>106</sup> Kyseisen lainkohdan osalta esitys oli tuossa vaiheessa jo ”päätetty”, joten neuvottelumenettelyn tarkoituksen kannalta ajankohta oli ilmeisen myöhäinen ja rinnastui lähinnä kuulemiseen. Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen lisäksi myös saamelaiset paliskunnat moittivat, ettei niitä ole kuultu lainvalmistelussa vaatien erityispykälien palauttamista.<sup>107</sup> Maa- ja metsätalousministeriön toimintaa kritisoitiin hyvin laajasti saamelaisten ihmis- ja perusoikeuksien vastaisena.<sup>108</sup> Erityisesti tapa, jolla lainuudistusta vietiin läpi, herätti vastustusta ja kritiikkiä useilta tahoilta, tosin myös paljolti muiden kuin saamelaisten oikeuksien takia.<sup>109</sup> Tässä yhteydessä on myös syytä todeta, että saamelaisten oikeuksia koskevia erityispykäläiä myös vastustettiin useiden yksittäisten tahojen, mm. Inarin ja Enontekiön kuntien, toimesta.<sup>110</sup>

Myös YK:n alkuperäiskansaoikeuksien erityisraportoija antoi Suomelle nuhteita saamelaisten oikeuksien sivuuttamisesta metsähallituslain muutoksessa.<sup>111</sup> Niin ikään YK:n ympäristöä ja ihmisoikeuksia koskeva erityisraportoija ilmaisi huolensa saamelaisten oikeuksien puutteellisesta toteutumisesta uudessa metsähallituslaissa.<sup>112</sup> Myös YK:n ihmisoikeusvaltuutetun toimisto kehotti Suomen hallitusta neuvottelemaan saamelaisten kanssa vielä Metsähallituksen uudelleenorganisoinnista ja ilmaisi, että uusi metsähallituslaki saattaa johtaa saamelaisten oikeuksien huomattavaan heikentymiseen saamelaisten perinteisten maiden ja luonnonvarojen käytössä. YK:n ihmisoikeusvaltuutetun toimisto ilmaisi myös huolestuneisuutensa siitä, että saamelaisten vapaa, tietoon perustuva ennakkosuostumus ei ole toteutunut metsähallituslakia uudistettaessa.<sup>113</sup>

Vieläpä Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntönnäpönnän valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea ilmaisi pettymystään saamelaisten oikeuksien poistamisesta metsähallituslain uudistuksessa, painottaen YK:n alkuperäiskansajulistuksen 19 artiklan mukaisia osallistumisoikeuksia. Komitea totesi nykyisen tilanteen olevan kireä ja johtavan pattitilanteeseen ellei rakentavaa dialogia edistetä.<sup>114</sup>

Maa- ja metsätalousvaliokunta puolustautui toteamalla mietinnössään, ettei metsähallituslainsäädännön uudistamisessa ole kysymys ILO 169 -sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, vaan lähinnä Metsähallituksen liiketoiminnan yhtiöittämisestä ja liikelaitossäädännön uudistuksesta. Mietinnön mukaan uudistuksessa saamelaisten asema pysyy ennallaan lakiehdotuksen 6 §:n säännöksillä ja aseman voidaan katsoa hivenen vahvistuvan lakiehdotuksen 39 §:n mukaisilla saamelaisten kotiseutualueelle perustettavilla neuvottelukunnilla. Valiokunta katsoo, että laajemmat saamelaisten kotiseutualueella tapahtuvaan suunnitteluun ja saamelaiskulttuurin heikentämiskieltoon liittyvät kysymykset tulee ratkaista ILO sopimuksen 169:n mahdollisen ratifoinnin yhteydessä.<sup>115</sup>

Päätöksentekijöiden olisi kuitenkin ollut syytä ottaa huomioon, että HE 264/2014 on edelleen vireillä eduskunnassa eikä ILO sopimus 169:n ratifoinnista ole päätetty luopua. Saamelaispykälien sisällyttämisellä uuteen lakiin olisi edesautettu ILO sopimus 169:n mahdollista tulevaa ratifointia, niin ettei lakia tarvitse muuttaa mikäli ratifointiin päädytään. Myös Wienin

106 21.10.2015.

107 13 saamelaispaliskuntaa Inarista, Utsjoelta, Enontekiöltä ja Sodankylän kunnan pohjoisosasta toimittivat asiasta yhteisen lausunnon ympäristöministeriölle ja maa- ja metsätalousministeriölle. Lausunnon ovat allekirjoittaneet kaikkien paliskuntien poroisännät. Saamelaispaliskuntiin kuuluvat Hammastunturin, Ivalon, Kaidoainin, Käsivarren, Lapin, Muddusjärven, Muotkatunturin, Näkkälän, Näätämon, Paatsjoen, Paistunturin, Sallivaaran ja Vätsärin paliskunnat. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaispaliskunnat\\_vastustavat\\_metsahallituslakiluonnoksen\\_viemista\\_eduskuntaan/8407614](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaispaliskunnat_vastustavat_metsahallituslakiluonnoksen_viemista_eduskuntaan/8407614) ; [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/paliskuntain\\_yhdistys\\_saamelaiskulttuurin\\_heikentamiskielto\\_olisi\\_suotavaa\\_palauttaa\\_metsahallituslakiesitykseen/8407923](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/paliskuntain_yhdistys_saamelaiskulttuurin_heikentamiskielto_olisi_suotavaa_palauttaa_metsahallituslakiesitykseen/8407923).

108 Kts. Luonnon hallituksen esitykseksi Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, lausunnotiviestelmä, 11.2.2016, MMM004:00/2014.

109 [http://yle.fi/uutiset/yli\\_100\\_000\\_nimea\\_metsahallituslakia\\_vastustavassa\\_listassa/8721147](http://yle.fi/uutiset/yli_100_000_nimea_metsahallituslakia_vastustavassa_listassa/8721147).

110 [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/useat\\_tahot\\_vastustivat\\_metsahallituslakiin\\_ehdotettuja\\_saamelaispykalia\\_pelkasivat\\_saamelaiskaraajien\\_vallan\\_kasvua/8396843](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/useat_tahot_vastustivat_metsahallituslakiin_ehdotettuja_saamelaispykalia_pelkasivat_saamelaiskaraajien_vallan_kasvua/8396843).

111 <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16897&LangID=E>.

112 Ulkoasiain ministeriö perustuslakivaliokunnalle, 02.02.2016, H EL7M0598-8-

113 [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/ykn\\_ihmisoikeusvaltuutetun\\_toimisto\\_kehottaa\\_suomen\\_hallitusta\\_vielä\\_neuvottelemaan\\_saamelaisten\\_kanssa\\_metsahallituksen\\_uudelleenorganisoinnista/8761078](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/ykn_ihmisoikeusvaltuutetun_toimisto_kehottaa_suomen_hallitusta_vielä_neuvottelemaan_saamelaisten_kanssa_metsahallituksen_uudelleenorganisoinnista/8761078).

114 ACFC/OP/IV (2016) 002, hyväksytty 26.2.2016, julkistettu 6.10.2016, Para 41.

115 Metsä- ja maatalousvaliokunnan mietintö MmVM 2, 2016 vp., HE 132/2015 vp.

yleissopimuksen<sup>116</sup> 18 artikla ohjeistaa valtiota olemaan tekemättä toimenpiteitä, jotka tekevät allekirjoitetun sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän tyhjäksi. Suomi on allekirjoittanut ILO-sopimus 169:n ILO:n 76. konferenssissa vuonna 1989. Perustuslakivaliokunta on käytännössään kiinnittänyt huomiota yleissopimuksen määräyksiin siitä huolimatta, että Suomi ei ole ratifioinut sitä, ja katsonut, ettei lainsäädäntöä saa kehittää yleissopimuksen vastaisesti.<sup>117</sup> Myös eduskunnan sosiaalivaliokunta on painottanut, että jo ennen ILO-sopimus 169:n ratifioimista on pyrittävä lainsäädännössä ja hallinnossa toimimaan sen säännösten ja hengen mukaisesti.<sup>118</sup>

On myös huomionarvoista, että metsähallituslakia koskevan hallituksen esityksen saamelaisia koskevassa kappaleessa viitataan perustuslain ja muun saamelaisia koskevan kansallisen lainsäädännön lisäksi KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean artiklaa 27 koskevaan tulkintaan, joka esityksen mukaan voidaan kiteyttää kolmeen päähuomioon: neuvotteluvollisuuteen, kokonaisvaltaiseen harkintaan ja vaikutusten arviointiin. Valtion viranomaisten tulee neuvotella saamelaisten kanssa suunnitelmistaan, jotka tulee tarvittaessa sopeuttaa 27 artiklan vaatimuksiin. Valtion on otettava alueella samanaikaisesti tapahtuva eri viranomaisten toiminta kokonaisvaltaisesti huomioon. Alueella aikaisemmin toteutettujen toimenpiteiden vaikutukset tulee ottaa kumulatiivisesti huomioon arvioitaessa vireillä olevan hankkeen vaikutuksia saamelaisten mahdollisuuksiin harjoittaa kulttuuriaan. Lisäksi valtion on punnittava suunnitellun toiminnan hyvät ja huonot puolet.<sup>119</sup> KP-sopimusta valvova ihmisoikeuskomitea on nimenomaan ottanut vuonna 2013 kantaa saamelaisten osallistumismahdollisuuksien puutteeseen maankäytöllisissä asioissa, kuten myöhemmin tässä kappaleessa tarkemmin kuvaillaan. Näin ollen aiemman metsähallituslakiluonnoksen saamelaisia koskevat erityispykälät olisivat tulleet nähdä sekä perustuslain että tämän hetkisen kansainvälisen oikeuden velvoitteiden kansallisena täytäntöönpanona riippumatta ILO-sopimus 169:n ratifiointitilanteesta.

Myös perustuslakivaliokunta otti kantaa saamelaisaluetta koskevien pykälien sisällyttämisen puolesta uuteen metsähallituslakiin. Lausunnossaan se toteaa Metsähallituksen toiminnan merkityksen olevan erittäin suurta perustuslaissa turvattujen saamelaisia alkuperäiskansana koskevien oikeuksien ja perustuslain saamelaisten kotiseutualueen itsehallintoa koskevan säännöksen kannalta. Tästä syystä valiokunta toteaa, että on ”varsin erikoista, että saamelaisten oikeuksia ei ole hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperusteluissa lainkaan käsitelty.” Valiokunta katsoo, että ”perustuslain 17 §:n 3 momentin ja 121 §:n 4 momentin säännökset ja niitä koskeva valiokunnan käytäntö sekä kansainvälisten ihmisoikeusvalvontaelinten kannanotot puoltavat tällaisten säännösten sisällyttämistä metsähallituksesta annettavaan lakiin.” Valiokunta viittaa hallituksen esitykseen 264/2014, jonka mukaan saamelaisaluetta koskevat säännökset vahvistavat saamelaisten oikeutta alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää kieltään ja kulttuuriaan. Perustuslakivaliokunta viittaa niin ikään myös omaan aiempaan kannanottoonsa kaivoslakiin sisältyvän saamelaisten oikeussuojan ja erityispykälien perustuslainmukaisuudesta.<sup>120</sup> Vaikka perustuslakivaliokunta katsookin metsähallituslain uudistusta kokonaisuutena ja toteaa, että annettava metsähallituslaki voidaan käsitellä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä, kannanotto saamelaisaluetta koskevien erityispykälien säilyttämisen puolesta on selkeä kannanotto Suomen tämän hetkisiin oikeudellisiin velvoitteisiin saamelaisia koskien. Perustuslakivaliokunta näkee, että erityispykälät olisivat toteuttaneet tämän hetkistä perustuslain ja kansainvälisen oikeuden edellyttämää oikeussuojan tasoa. Vaikka valiokunta mainitseeekin ILO-sopimus 169:n ratifiointipyrkimykset, se ei nimenomaisesti liitä erityispykälien sisällyttämistä ILO-sopimus 169:n ratifiointiin vaan perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta juontuviin velvoitteisiin.

<sup>116</sup> Asetus valtiosopimus-oikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen voimaansaattamisesta, SopS 33/1980.

<sup>117</sup> PeVL 30/1993 vp.

<sup>118</sup> SoVL 11/1990 vp.; HE 306/1990 vp.

<sup>119</sup> HE 132/2915 vp.

<sup>120</sup> PeVL 1/2016 vp.; HE 132/2015 vp.; PeVL 32/2010 vp., s. 9–10.

Suomea sitovat ihmisoikeusvelvoitteet asettavat vähimmäissuojatason niihin liittyville kotimaisille perusoikeusvelvoitteille. Tämä tarkoittaa sitä, että Suomea sitoviin ihmisoikeusvelvoitteisiin sisältyvä toteuttamisvelvoitteen minimisuoja-taso toimii vähimmäistasona vastaavalle kansalliselle minimisuoja-tasolle.<sup>121</sup> Toisin sanoen kansallista minimisuoja-tasoa ei voida asettaa ylikansallisesta velvoitteesta juontuvaa minimisuoja-tasoa alhaisemmaksi.<sup>122</sup> Perusoikeuksien yleinen heikentämiskielto kieltää perustuslaissa ja ihmisoikeusvelvoitteissa jo saavutetun tason heikentämisen.<sup>123</sup> Heikennyskiellon näkökulmasta toteuttamisvelvoitteeseen sisältyvä minimisuoja-taso asettaa näin sen perusoikeuden aineellisoikeudellisen toteutumisen vähimmäistason, jonka alapuolelle perusoikeuden aineellisoikeudellista toteutumisen tasoa ei voida tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä missään tilanteessa laskea.<sup>124</sup> Korkein oikeus (KKO) on myös tapauksessa 2012:11 katsonut, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan katsottiin määrittävän myös perustuslain 10 §:n minimisuoja-tason, minkä seurauksena korkein oikeus katsoi perustuslain 106 §:ään tukeutuen, ettei tuon tason vastaiseen lopputulokseen johtanutta lain säännöstä saanut soveltaa.<sup>125</sup>

Perusoikeussäännökset velvoittavat turvaamisoikeudellisesti julkista valtaa aktiivisesti ryhtymään tietyn tyyppisiin lainsäädäntötoimiin perusoikeuksien turvaamiseksi. Rautiaisen mukaan heikennyskiellon oikeusvaikutusten jäsentämisen kannalta on olennaista, edellyttääkö perusoikeussäännös jonkin perusoikeuden aineellista sisältöä toteuttavan toiminnon kehittämistä tietynlaiseksi vai edellyttääkö se ylipäänsä sen kehittämistä yhä paremmaksi. Jos perusoikeus edellyttää jonkin toiminnon kehittämistä jollekin konkreettiselle ”täydellisen toteutumisen” tasolle, se samalla kieltää heikentämisestä sitä tuon tason alle. Jos säännös ei sido toiminnon kehittämistä mihinkään tiettyyn perusoikeuden aineellisen sisällön toteutumisen tasoon vaan sen sijaan edellyttää jatkuvaa kehittämistä kohti ”täydellistä toteutumista”, voidaan Rautiaisen mukaan kaikenlaiset heikennykset suhteessa saavutettuun tasoon nähdä periaatteessa kielletyksi.<sup>126</sup> Perustuslain ja siihen liittyvien kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden voidaan edellyttää, että alemmassa lainsäädännössä saamelaisten oikeudet turvataan nimenomaan alkuperäiskansana tästä johtuvine velvoitteineen. Esimerkiksi kaivoslaki<sup>127</sup> lähtee nimenomaan tästä lähtökohdasta, ja on hyvä esimerkki perustuslain ja kansainvälisen oikeuden täytäntöönpanosta alemmassa lainsäädännössä.

Niin ikään erityispykälien sisällyttämisellä olisi vastattu yleiseen kansainvälisen oikeuden kehitykseen alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden ja osallistumisoikeuksien osalta että edistetty merkittävällä tavalla saamelaisten itsehallinnon toteutumista. Erityispykälien sisällyttämisestä lakiin olisikin pitänyt selvemmin artikuloida osana saamelaisten itsemääräämisoikeuden ja itsehallinnon kehittämistä eikä niinkään tai ainakaan pelkästään osana ILO sopimus 169:n ratifiointiprosessia. Oikeusministeriön lausunnossa lakiesitykseen liittyen tämä seikka tulee esille epäsuorasti. Lausunnossa viitataan MMM:n johtaman työryhmän mietintöön, jonka esityksen pääasiallisena tavoitteena on turvata säädösperusteisesti saamelaisten oikeus osallistua saamelaisten kotiseutualueella olevien valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevien päätösten valmisteluun sekä suojata saamelaisten oikeutta alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Oikeusministeriö muistuttaa myös, että Suomi on syyskuussa 2014 YK:n yleiskokouksen yhteydessä pidetyssä alkuperäiskansojen huippukokouksessa hyväksynyt myös huippukokouksen loppuasiakirjan, joka vahvistaa valtioiden sitoutumisen YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevaan julistukseen, joka toimii vuosien tiekarttana alkuperäiskansojen oikeuksien täytäntöönpanon edistämiseksi. Lausunnossa todetaan, kuinka YK:ssa seurataan järjestelmällisesti valtioiden toimenpiteitä niissä kirjattujen

121 Rautiainen, P., ”Perusoikeuksien heikennyskielto”, *Oikeus* 2013 (42); 3: 261–283, s. 167–168

122 Ibid. Katso myös Mikkola, M., ”Sosiaaliturvan leikkaukset Euroopan sosiaalisen peruskirjan valossa”. Teoksessa Hellsten-Hidén-Saksli (toim.), *Sosiaaliset oikeudet ja sosiaaliturva*, Kela, Helsinki (2001), s. 21–27, 25–26.

123 KM 1992:3, s. 163. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä perusoikeuskomitea katsoi mietinnössään kaikki perusoikeuden olennaiseen sisältöön kajoavat heikennykset kielletyiksi ja edellytti, että myös muun tyyppisten heikennysten välttämättömyyden olisi oltava aina valtiosääntöisen arvioinnin kohteena.

124 Rautiainen, P. (2013), s. 267.

125 KHO 2012:11.

126 Rautiainen, P. (2013), s. 266.

127 Kaivoslaki 621/2011



tavoitteiden saavuttamiseksi. Asiakirjoilla voidaan katsoa olevan Suomessa lainvalmistelussa ohjaava vaikutus. Oikeusministeriön lausunnossa viitataan erityisesti julistuksen maa- ja luonnonvaraoikeuksia koskeviin pykäliin, joiden nähdään kodifioivan heikennyskieltoa.<sup>128</sup> Ministeriön mukaan suunnitelmien arviointia koskevan säännöksen sisällyttäminen metsähallituslakiin puoltaa myös sen ristiriitoja ennaltaehkäisevä vaikutus. Yhteisellä arvioinnilla toteutetaan osaltaan myös saamelaiskäräjälain neuvotteluelvoitteen tarkoittamaa toimintaa.<sup>129</sup>

Metsähallitusuudistuksen läpiviennistä moitteita antanut YK:n erityisraportoija viittaa niin ikään YK:n alkuperäiskansajulistuksen 19 artiklaan sekä sen luomaan neuvotteluelvoitteeseen ja ennakkosuostumuksen periaatteeseen.<sup>130</sup> Artiklan mukaan valtioiden tulee neuvotella vilpittömässä mielessä ja toimia yhteistyössä kyseisten alkuperäiskansojen kanssa näiden omien edustuselinten kautta saadakseen niiden vapaan ja tietoon perustuvan ennakkosuostumuksen ennen kuin valtiot hyväksyvät ja panevat täytäntöön lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia toimia, jotka voivat vaikuttaa alkuperäiskansoihin. Myös Saamelaiskäräjät huomautti perustuslakivaliokunnan kuulemisessa kyseisen artiklan loukkaamisesta lainvalmistelun loppuun viemiseen liittyvän puutteellisen osallistumisen vuoksi.<sup>131</sup> Vuoden 2014 valtioneuvoston ihmisoikeusselonteossa Suomi ilmoittaa vahvistavansa, että alkuperäiskansojen oikeutta osallistua heitä koskevaan päätöksentekoon, mukaan lukien vapaa ja ennakkotietoon perustuva suostumus, tulee edistää YK:n yleiskokouksen hyväksymän alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen mukaisesti.<sup>132</sup> Ulkoministeriön lausunnossa perustuslakivaliokunnalle metsähallituslain uudistamiseen liittyen muistutetaan Suomeen kohdistuvista ihmisoikeusvalvontaelinten lukuisista huomautuksista sekä mahdollisista uusista kannanotoista. Lausunnossa käsitellään laajasti ennakkosuostumuksen periaatetta, jonka katsotaan pohjautuvan sekä itsemääräämisoikeuteen että yleisemmin alkuperäiskansojen oikeuteen kehitykseen, syrjimättömyyteen, kulttuuriin sen laajassa merkityksessä sekä maiden ja alueiden omistukseen, hallintaan ja käyttöön ja tämän myötä myös luonnonvaroihin.<sup>133</sup>

### 2.1.3. Neuvottelukunnat ja paikallisten osallistuminen

Työryhmän esityksen mukaan Metsähallituksen on toiminnassaan saamelaisalueella välttämätöntä kuulla muitakin kuin saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksiin pohjautuvia näkökohtia. Saamelaisten kotiseutualueen luonnonvaroja koskevaa lainsäädäntöä kehitettäessä on pidettävä huolta siitä, että valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevilla ratkaisulla otetaan riittävällä tavalla huomioon kaikki paikalliset intressit sekä turvataan kaikkien paikallisten tahojen osallistuminen asioiden valmisteluun ja keskinäinen vuorovaikutus asioita valmisteltaessa.<sup>134</sup> Tämä ehdotus vastaa hyvin saamelaisalueen olosuhteita ja on perusteltu. Saamelaiset elävät ja harjoittavat perinteisiä ja muita elinkeinoja yhdessä muiden paikallisten ihmisten kanssa saamelaisten kotiseutualueella. Saamelaisten oikeuksien turvaaminen ei voi heikentää muiden ihmisten oikeusasemaa. Se ei ole myöskään yleisten ihmisoikeuksien eikä alkuperäiskansaoikeuksien lähtökohta. Ihmis- ja alkuperäiskansaoikeuksilla pyritään turvaamaan vähemmistöasemassa olevan ryhmän tosiasiallisen tasa-arvon toteutuminen niin että ryhmällä on samalla myös oikeus säilyttää erityinen kulttuurinsa mukainen elämäntapa, kuten kieli tai perinteiset elinkeinot. Esimerkiksi ILO sopimus 169:n soveltamisessa on otettava huomioon myös muiden paikallisten ihmisten oikeudet ja olosuhteet. ILO sopimus 169:ää valvova komitea on useassa yhteydessä todennut, että yleissopimuksen tarkoituksena ei ole riistää muulta väestöltä

<sup>128</sup> Luonnos hallituksen esitykseksi Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, lausuntoyhteenveto 11.2.2016. MMM004:00, 2016, s. 3–4. Lausunnossa viitataan artikloihin 25, 26 ja 32.

<sup>129</sup> Ibid., s. 4.

<sup>130</sup> <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16897&LangID=E>.

<sup>131</sup> Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, Eduskunnan Perustuslakivaliokunnan kuuleminen hallituksen esityksen HE 132/2015 johdosta, Dnro: 61/D.a.4/2016, 3.2.2016., s. 2.

<sup>132</sup> Valtioneuvoston ihmisoikeusselonteko 2014, s. 24.

<sup>133</sup> Ulkoministeriö, Lausunto, Perustuslakivaliokunta, 2.2.2016, H EL7M0598-8.

<sup>134</sup> Työryhmämuistio mmm 2014:2, s. 10.

sen pitkäaikaiseen käyttöön perustuvia oikeuksia.<sup>135</sup> Tämä lähtökohta on otettava huomioon Suomen kansallisessa ratkaisussa saamelaisten maa-oikeuksia koskien, ILO sopimus 169:n ratifiointista riippumatta. Niin ikään Århusin sopimus<sup>136</sup> ja perustuslain 20 §:n mukainen ympäristöperusoikeus koskevat kaikkien ihmisten osallistumista elinympäristöönsä koskevaan päätöksentekoon. Saamelaisten lisäksi edellä mainitut säädökset ovat merkityksellisiä myös muille perinteisten elinkeinojen harjoittajille ja muille paikallisille ihmisille.

Perusoikeuksista on tässä tapauksessa otettava huomioon myös yhdenvertaisuus ja siihen liittyvä syrjintäkielto (perustuslain 6 §:n 1 ja 2 mom.) Kuten mainittu, nyky-yhteiskunnassa pelkkää muodollista yhdenvertaisuutta ei enää kaikissa tapauksissa pidetä riittävänä, vaan pyrki- myksenä on varmistaa myös tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Tällöin pitää turvautua ns. positiiviseen erityiskohteluun. Sillä tarkoitetaan sellaisia oikeasuhtaisia erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen.<sup>137</sup>

Positiiviseen erityiskohteluun perustuen kansainvälinen oikeus velvoittaa Suomea vahvistamaan saamelaisten osallistumisoikeuksia maankäyttöön liittyvissä kysymyksissä. Koska saamelaiset asuvat ja harjoittavat perinteisiä elinkeinoja rinta rinnan muiden paikallisten kanssa, tällöin on luonnollisesti tärkeää pohtia muidenkin kuin saamelaisten osallistumisoikeuksien toteutumista. Metsähallituslain muutosta koskevan työryhmän esitys saamelaisten kotiseutualueelle perustettavista kuntakohtaisista neuvottelukunnista vastasi nimenomaan tähän tarpeeseen.<sup>138</sup> Esityksen tarkoitus oli yhtäältä turvata saamelaisille perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta johtuva erityinen suoja alkuperäiskansana sekä toisaalta pääväestöön kuuluvien paikallisten ihmisten yleinen oikeus osallistua metsähallituksen suunnitteluun ja päätöksentekoon neuvottelukuntien kautta. Näistä vain jälkimmäinen toteutui uudessa laissa.

Ehdotuksessa tuodaan esille, että saamelaisten kotiseutualueen maa- ja vesipinta-ala on yhteensä yli kolme miljoonaa hehtaaria eli kymmenesosa Suomen koko pinta-alasta. Siitä yli 90 prosenttia on Metsähallituksen hallinnassa. Luonnonoloiltaan ja elinkeinorakenteeltaan saamelaisten kotiseutualueen kuntien välillä on suuria eroja. Valtion maa- ja vesialueiden käytön suunnittelussa on tärkeää ottaa riittävällä tavalla huomioon erilaiset intressit sekä turvata paikallisten tahojen osallistuminen asioiden valmisteluun. Siksi on perusteltua, että kutakin saamelaisten kotiseutualueen kuntaa varten asetettaisiin neuvottelukunta.<sup>139</sup>

Neuvottelukunnan tehtävänä olisi käsitellä valtion maa- ja vesialueiden sekä niihin kuuluvien luonnonvarojen kestäväää käyttöä ja hoitoa. Kuntakohtaisten neuvottelukuntien tehtävänä olisi toimia neuvoa antavina eliminä esimerkiksi metsätaloutta, hakkuusuunnitelmia, maan myyntiä, ostoa, vaihtoa ja vuokrausta, luonnonvarasuunnitelmia ja valtion retkeilyalueiden järjestyssään- töjä, moottorikelkkareittien ja -urien suunnittelua, maksullisia maastoliikennelupia, metsästys- lupia ja kalastuslupia koskevissa asioissa. Työryhmä näki tärkeänä, että neuvottelukunnissa olisivat edustettuina Saamelaiskäräjät, Kolttien kyläkokous ja asianomaiset kunnat. Neuvotte- lukuntaan voitaisiin nimetä myös muita paikallisia olosuhteita tuntevia asiantuntijoita.<sup>140</sup>

135 Observation (CEACR) - adopted 2003, published 92nd ILC session (2004) Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) - Norway (Ratification: 1990), para. 21 "The Committee notes the need to guarantee the land rights of both the Sami and non-Sami populations of the region, and recognizes that the solution must be fair, and perceived as fair, for both parts of the population. The Convention recognizes special rights for indigenous and tribal peoples in view of the vulnerability of their traditional way of life to the loss of land rights on which it is based, and the long occupancy that they often have practiced. **The Convention does not, however, contemplate depriving other parts of the national population of the rights they have also acquired through long usage.** In areas of Norway in which the Sami are the sole, or principal, inhabitants the implementation of this principle is much simpler than in Finnmark." (Lihavoitu teksti oma korostus).

136 Århusissa 25 päivänä kesäkuuta 1998 tiedon saannista, yleisön osallistumisoikeudesta päätöksentekoon sekä muutoksenhaku- ja vireillepano- oikeudesta ympäristöasioissa tehty yleissopimus, jonka eduskunta on hyväksynyt 21 päivänä kesäkuuta 2004 ja jonka tasavallan presidentti on hyväksynyt 13 päivänä elokuuta ja joka on tullut voimaan 30 päivänä marraskuuta 2004, 122/2004.

137 Niemivuo, M. (2010), s.103.

138 Työryhmämuistio mmm 2014:2, s. 6.

139 Työryhmämuistio mmm 2014:2, s.10.

140 Esityksessä mainitaan myös, että Ylä-Lapissa on muusta maasta poiketen runsaasti muun muassa erityisten etuuskien omistajia. Työryhmämuistio mmm 2014:2, s.10.

Saamelaiskäräjät on suhtautunut varauksella neuvottelukuntien perustamiseen. Lausunnoissaan se toteaa kuitenkin, ettei vastusta neuvottelukuntien perustamista, koska ne ovat hyvä tiedonvaihto- ja vuorovaikutuskanava. Sen sijaan Saamelaiskäräjät ilmaisee huolensa neuvottelukunnan lisäävän viranomaisten ja kuntien ohjausvaltaa Metsähallituksen toiminnassa tuoden uuden lausunnonantajaelimen, joka ei lisääisi saamelaisten osallistumismahdollisuuksia ja voisi todellisuudessa heikentää saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon vaikutusmahdollisuuksia.<sup>141</sup>

Uuden lain 39 §:ssä säädetään neuvottelukunnista, joita käytetään Metsähallituksen hallinnassa olevien valtioiden alueiden käyttöä koskevan päätöksenteon apuna paikallisen väestön aseman huomioon ottamiseksi ja toimintojen yhteensovittamisen edistämiseksi. Saamelaisten kotiseutualueeseen kokonaisuudessaan kuuluvaan kuntaan asetetaan kuntakohtaiset neuvottelukunnat, joiden tehtävänä on käsitellä valtion maa- ja vesialueiden sekä niihin kuuluvien luonnonvarojen kestävästä käytöstä ja hoitoa. Lakia koskevan asetuksen<sup>142</sup> 6 §:n mukaan maa- ja metsätalousministeriö asettaa enintään neljäksi vuodeksi kerrallaan neuvottelukunnat Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kuntien alueille. Kuhunkin neuvottelukuntaan kuuluu maa- ja metsätalousministeriön määräämä puheenjohtaja ja varapuheenjohtaja sekä seitsemän muuta jäsentä, joilla kullakin on varajäsen. Neuvottelukunnassa tulee olla Metsähallituksen, Saamelaiskäräjien, kunnan, paliskuntien, kalatalousalueen, valtion metsätalouden osakeyhtiöstä annetussa laissa<sup>143</sup> tarkoitetun osakeyhtiön, elinkeinoelämän ja kaupallisten kalastajien edustus. Inarin kuntaan asetettavassa neuvottelukunnassa tulee olla myös Kolttien kyläkokouksen edustaja.

On olennaista huomioida, ettei saamelaisten kotiseutualueelle asetettavien kuntakohtaisten neuvottelukuntien kokoonpano tai asioiden käsittely neuvottelukunnassa korvaa poronhoitolain 53 §:ssä tarkoitettua velvoitetta neuvotella asianomaisen paliskunnan kanssa suunniteltaessa valtion maita koskevia, poronhoidon harjoittamiseen olennaisesti vaikuttavia toimenpiteitä. Paliskuntain yhdistyksen ja Metsähallituksen välillä on voimassa sopimus yhteistyömenettelystä poronhoidon ja Metsähallituksen alaan kuuluvien maankäyttökysymysten yhteensovittamisesta.<sup>144</sup> Paliskuntien osallistumista neuvottelukuntiin voidaan pitää erittäin tärkeänä sekä saamelaisten että muiden poronhoitajien näkökulmasta. Niin ikään kalatalousalueen osallistuminen on merkittävää niin saamelaisten kuin paikallisten kalastusta harjoittavien näkökulmasta. Saamelaisten poronhoitoon ja kalastukseen liittyviä oikeuksia käsitellään erikseen myöhemmissä kappaleissa.

Saamelaisten kotiseutualueelle asetettavan neuvottelukunnan tehtävänä on antaa Metsähallitukselle lausuntoja ja tehdä Metsähallitukselle aloitteita metsätaloutta, valtion maan myyntiä, ostoa, vaihtoa ja vuokrausta, luonnonvarasuunnittelua, moottorikelkkareittien ja -urien suunnittelua, maastoliikenne-, metsästys- ja kalastuslupia sekä valtion vesien kalatalouskysymyksiä koskevissa asioissa.<sup>145</sup>

Enontekiön ja Utsjoen neuvottelukuntiin Saamelaiskäräjät sai ehdottaa kahta jäsentä varajäsenineen. Toinen jäsenistä toimii neuvottelukunnan puheenjohtajan tai varapuheenjohtajan tehtävissä. Inarin kuntaan Saamelaiskäräjät sai nimetä yhden edustajan varajäsenineen. Inarin kuntaan asetettavassa neuvottelukunnassa tulee olla myös Kolttien kyläkokouksen edustaja.<sup>146</sup>

Neuvottelukuntien toiminta on vasta käynnistymässä tämän kappaleen viimeistelyn aikana. Parhaimmillaan neuvottelukunnat voivat toimia hyvän neuvottelukulttuurin ja yhteistyön ke-

<sup>141</sup> Saamelaiskäräjien lausunto Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaan lakiesityksen johdosta, 24.11.2015, Maa- ja metsätalousministeriön lausuntopyyntö MMMOO4:00/2014, Dnro: 1216/D.a.2/2015, s. 12.

<sup>142</sup> Valtioneuvoston asetus Metsähallituksesta 247/2016.

<sup>143</sup> 235/2016.

<sup>144</sup> Paliskuntain yhdistys/Metsähallitussopimus, 4.4.2013, [http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Lite2\\_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d66](http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Lite2_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d66).

<sup>145</sup> Valtioneuvoston asetus Metsähallituksesta 247/2016.

<sup>146</sup> Saamelaiskäräjät ehdotti neuvottelukuntaa myös Sodankylän Lapin paliskunnan alueelle, [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaiskaraajat\\_valitsi\\_edustajansa\\_metsahallituksen\\_neuvottelukuntiin/8973843](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaiskaraajat_valitsi_edustajansa_metsahallituksen_neuvottelukuntiin/8973843).

hittäjänä saamelaisten kotiseutualueella. Neuvottelukuntien toiminta voi parantaa yhtäältä Saamelaiskäräjien sekä muiden paikallisten toimijoiden sekä toisaalta näiden toimijoiden ja Metsähallituksen välistä dialogia. Neuvottelukuntien toimiminen tai toimimattomuus on paljolti osapuolista, heidän tahtotilasta ja asenteista kiinni. Ongelmana saamelaisten oikeuksien toteutumisen kannalta neuvottelukunnissa on Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen edustajien suhteellisen pieni määrä. Alkuperäisen ehdotuksen mukaan neuvottelukunnat oli tarkoitus luoda saamelaisten oikeuksia koskevien pykälien lisäksi, ei niitä korvaamaan. Näin olisi varmistettu sekä saamelaisten erityinen oikeusasema alkuperäiskansana että muun paikallisväestön aktiivinen osallistuminen ympäristöään koskevaan päätöksentekoon.

#### 2.1.4. Metsähallituslain arviointia saamelaisten oikeuksien kannalta

Uusi metsähallituslaki tuli voimaan 15.4.2016.<sup>147</sup> Metsähallituksen metsätalousliiketoiminta siirrettiin lailla perustettavaan valtion kokonaan omistamaan metsätalousosakeyhtiöön EU-säädösten edellyttämällä kilpailuneutraalilla tavalla. Kansallispuistot, erämaa-alueet ja muut luonnonsuojelualueet pysyvät nykyisessä käytössä ja niiden hoidosta vastaa Metsähallituksen julkisia hallintotehtäviä hoitava yksikkö, Luontopalvelut. Luontopalvelut on laissa eriytetty asianmukaisesti liiketoiminnasta ja se toimii ympäristöministeriön ohjauksessa. Valtion maa- ja vesialueet säilyvät Metsähallitus-liikelaitoksen hallinnassa, ja perustettava Metsähallituksen tytäryhtiö saa niihin käyttöoikeuden.<sup>148</sup> Ylä-Lapin laajoja alueita siirtyy uuden lain myötä perustettuun kolmanteen tase-erään, joka on liiketoimintojen taseeseen kuuluvan peruspääoman osa, mutta sille ei aseteta tuottovaatimusta. Aikaisemmin näitä alueita oli sisällytetty muuhun pääomaan ilman tuottovaatimusta ja ne olivat luontopalveluiden vastuulla. Tasejärjestely on herättänyt huolia tuottovaatimusten kasvamisesta myöhemmin, jos alueita halutaan hyödyntää tulevaisuudessa. Se helpottuu tämän järjestelyn myötä.

Luonnollisesti myös Saamelaiskäräjät on ilmaissut huolensa siitä, että alueelle avautuisi uusia hyödyntämismahdollisuuksia, jotka mahdollisesti uhkaisivat saamelaista kulttuuria ja perinteisiä elinkeinoja.<sup>149</sup> Saamelaiskäräjät muistuttaa lausunnossaan, että perinteisten saamelaislinkeinojen kanssa kilpaileva maankäyttö heikentää jo nyt merkittävästi saamelaiskulttuurin harjoittamisedellytyksiä ja pitää välttämättömänä, että myös Metsähallituksen tulostavoitteissa ja tulosoajauksessa huomioidaan saamelaiskulttuurin suoja.<sup>150</sup> Raitio onkin todennut väitöskirjassaan, että saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksien täydellinen tunnustaminen edellyttää, että saamelaisten kotiseutualueella valtionmetsät täytyisi erottaa liikelaitoksen taloudellisesta tavoitteesta tehdä metsänhakuilla voittoa.<sup>151</sup>

Saamelaisten oikeuksien turvaaminen alkuperäiskansana jää uudessa metsähallituslaissa kauas MMM:n työryhmälle asetettuja tavoitteita saamelaisten osallistumisoikeuksien vahvistamiseksi valtion maa- ja vesialueilla osana saamelaisten itsehallinnon kehittämistä kansainvälisten velvoitteiden mukaiseksi. Ehdotuksilla nimenomaan oli tarkoitus selkiyttää ja vahvistaa aiemman metsähallituslain<sup>152</sup> saamelaisten oikeuksia yleisinä yhteiskunnallisina velvoitteina käsittelevää kohtaa, jossa todetaan, että Metsähallituksen hallinnassa olevien luonnonvarojen hoito, käyttö ja suojelu on sovittava yhteen saamelaiskäräjistä annetussa laissa<sup>153</sup> tarkoitettul-

147 Laki Metsähallituksesta 234/2016.

148 <http://mmm.fi/metsahallituslain- uudistaminen>.

149 Pääministeri Sipilälle esittämässään lausunnossa Saamelaiskäräjät toteaa, että Metsähallituksen uudelleenorganisoinnin yhteydessä Metsähallituksen maa- ja vesialueita (erityisesti virkistymetsät) siirrettiin saamelaiskulttuurin kannalta epäedullisempiin tase-eriin. Myöskään Metsähallituksen metsätaloustoiminnan osakeyhtiölle siirtämisen vaikutuksia saamelaiskulttuurin harjoittamisedellytyksiin ei selvitetty asianmukaisesti. Taustamuistio 12.8.2016.

150 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi. Eduskunnan Perustuslakivaliokunnan kuuleminen hallituksen esityksen HE 132/2015 johdosta, 3.2.2016, Dnro: 61/D.a.4/2016. Saamelaiskäräjät ilmaisi myös kyseisessä muistiossa huolensa osakeyhtiöittämisestä. Osakeyhtiöllä ei olisi velvollisuutta noudattaa julkisuuslakia, koska se voisi vedota liikesalaisuuteen. Julkisuuslakia ei lain 4 §:n mukaan sovelleta osakeyhtiöissä. Saamelaisten kotiseutualueella hakkuukohteista on neuvoteltu saamelaiskäräjien ja paliskuntien kanssa hyvinkin tarkasti ja hakkuu kohteita on voitu muuttaa neuvottelujen perusteella. Yhtiö voisi nykyisessä mallissa vedota liikesalaisuuteen hakkuuiden suunnittelussa.

151 Raitio, Kaisa, "You Can't Please Everyone" – Conflict Management Practices, Frames and Institutions in Finnish State Forests, Joensuu yliopisto, 2008, s. 246.

152 30.12.2004, 1378.

153 974/1995.

la saamelaisten kotiseutualueella siten, että saamelaisten kulttuurin harjoittamisen edellytykset turvataan, sekä poronhoitolaissa tarkoitettulla poronhoitoalueella siten, että poronhoitolaissa säädetyt velvoitteet täytetään.<sup>154</sup> Sama yleinen velvoite ilman erityispykälää tuli kirjatuksi uuteen metsähallituslakiin.<sup>155</sup> Uusi laki ei sisällä työryhmän esityksen mukaista mainintaa saamelaisista alkuperäiskansana tai velvollisuutta turvata heidän oikeutensa alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kulttuuriaan.

Kuten mainittu, maa- ja metsätalousvaliokunta totesi, että saamelaisten oikeudet eivät heikkene vaan paranevat hieman aiempaan lakiin nähden neuvottelukuntien muodossa. Neuvottelukunnan toiminta voisi toki parhaimmillaan edistää kaikkien paikallisten ihmisten etuja, saamelaiset mukaan lukien. Kaksi edustajaa yhdeksästä, sekä erillinen paliskuntien edustus ei kuitenkaan vielä edistä saamelaisten itsehallinnon toteutumista Suomessa. Uuden metsähallituslain ei voida katsoa täytäntöönpanevan saamelaisten itsehallintoa eikä kansainvälisen oikeuden mukaisia velvoitteita. Metsähallituslain saamelaispykälää valmistelleen MMM:n johtaman työryhmän tarkoituksena oli nimenomaisesti edistää saamelaisten perustuslaillisen itsehallinnon toteutumista sekä osallistumisoikeuksien saattamista kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle. Työryhmän tarkoituksena oli myös varmistaa, että muiden paikallisten ihmisten osallistumisoikeudet turvataan. Jälkimmäisessä tehtävässä uusi metsähallituslaki näyttää onnistuvan hyvin. Pohjoisen hyvinvoinnin ja yhteiskuntarauhan turvaamiseksi on ehdottoman tärkeää, että muidenkin paikallisten kuin saamelaisten osallistumisoikeudet turvataan. Tätä ei kuitenkaan jo olemassa olevien Suomea sitovien oikeussääntöjen mukaisesti voida tehdä niin, että saamelaisten oikeuksien toteuttaminen erillisinä alkuperäiskansaoikeuksina jäädytettäisiin nykyiselle tasolle alemmassa lainsäädännössä. Alkuperäiskansaoikeudet ja kulttuuri-itsehallinto antavat erityisen oikeussuojan verrattuna yleisiin, kaikkia paikallisia ihmisiä koskeviin osallistumisoikeuksiin.

Metsähallituslain ollessa saamelaisten oikeuksien kannalta keskeisin säädös perustuslain ja saamelaiskäräjälain lisäksi, saamelainen kulttuuri-itsehallinto maankäyttöoikeuksien osalta voitaisiin toteuttaa nimenomaan metsähallituslain ja saamelaiskäräjälain kautta, täydennettynä muulla ympäristölainsäädännöllä, josta suuri osa jo ottaa huomioon saamelaisten oikeudet.

Ympäristövaliokunta nimenomaisesti totesi kaivoslakia koskevassa lausunnossaan, että lainsäädännön tulee muodostaa johdonmukainen ja aukoton kokonaisuus.<sup>156</sup> Voimassaolevassa ympäristölainsäädännössä on huomioitu saamelaisten oikeudet esimerkiksi heikennyskiellon ja erityisten osallistumis- ja muutoksenhakuoikeuksien muodossa. Kaivos-, ympäristönsuojelu-, ja vesilaissa on turvattu erityinen saamelaisen kulttuurin heikentämiskielto. Kaivoslain<sup>157</sup> 1 § vastaa tavoitteiltaan nykyisen Metsähallitusta koskevan lakiesityksen tavoitteita. Verrattuna metsähallituslain hallituksen esitykseen, kaivoslaki turvaa kuitenkin tavoitteet erityissäännöksillä, jotka ovat hyvin samantapaiset kuin suunnitellut saamelaisalueen erityissäännökset metsähallituslakiin. Tästä syystä metsähallituslakia ei olisi tullut säätää siten, että se ei ota huomioon niitä saamelaisten oikeuksia, joita on jo muussa lainsäädännössä huomioitu. Laki ei huomioi saamelaisten oikeuksien kannalta tärkeitä ympäristölakeja siten, että se muodostuisi johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi ympäristönsuojelu-, luonnonsuojelu-, erämaa-, rakennusperintö-, vesi-, ja kaivoslain sekä saamelaisten kotiseutualueetta, koltta-alueetta ja poronhoitoalueetta koskevan erityislainsäädännön kanssa. Metsähallituslakia olisikin pitänyt tarkastella osana ympäristölainsäädännön kokonaisuutta.<sup>158</sup> Heikennyskiellon liittäminen kaikkiin saamelaisten kan-

---

154 4 §.

155 6 §.

156 YmVL 7/2010 vp. — HE 273/2009 vp.

157 621/2011.

158 Katso esimerkiksi tutkija Heta Heiskanen lausunto ympäristövaliokunnalle, 16.2.2016,

<https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-42514.pdf>, katso myös Heta Heiskanen & Juha Lavapuro, Metsähallituslaissa tulee säätää saamelaisten oikeuksista, 22.1.2015, <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2015/11/22/heta-heiskanen-juha-lavapuro-metsahallituslaissa-tulee-saataa-saamelaisten-oikeuksista/>.

nalta keskeisiin ympäristölakeihin lisäksi koherenssia saamelaisten oikeuksien turvaamisessa ja madaltaisi tuomioistuinten kynnyistä soveltaa heikennyskieltoa punnintatilanteissa.<sup>159</sup>

Saamelaisten oikeusaseman kannalta myös tapa, jolla metsähallituslakiuudistus vietiin läpi, on ongelmallinen. Sekä kansallisesta että kansainvälisestä oikeudesta juontuva neuvottelovelvoite ja siihen liittyvä ennakkosuostumuksen periaate pitävät sisällään sen, että alkuperäiskansalla on todellinen mahdollisuus vaikuttaa heitä koskevaan päätöksentekoon sen kaikissa vaiheissa. Metsähallituslakia valmisteleavassa työryhmässä Saamelaiskäräjillä ja Kolttien kyläkokouksilla oli vahva osallistuminen ja tosiasiallinen vaikutusmahdollisuus. Työryhmän mukainen hallituksen esitys edusti Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen näkemystä. Kun saamelaisaluetta koskevat merkittävimmät saamelaisoikeuspykälät sitten päätettiin poistaa, ei pelkkää viime hetken kuulemistä tai lausuntopyyntöä voida katsoa hyvän hallintotavan mukaiseksi eikä se ilmennä perustuslain ja ihmisoikeuksien mukaista viranomaismenettelyä.

Hallituksen esitykseen johtavien säädösehdotusten vaikutusten arviointi tulee suorittaa oikeusministeriön laatimien ohjeiden pohjalta.<sup>160</sup> Oikeusministeriön laatimat ohjeet säädösehdotusten vaikutusten arvioinnista korostavat sidosryhmien mahdollisuutta osallistua säädösten valmisteluun. Ohjeiden mukaan tieto suunnitelluista muutoksista ja niiden vaikutuksista auttaa kohderyhmiä myös valmistautumaan vaadittaviin muutoksiin. Vaikutusarviointi ja sen tulosten avoin esittäminen lisäävät valmistelun ja päätöksenteon avoimuutta ja siten myös luottamusta päätöksentekoon.<sup>161</sup> Kuulemistä ei tule rajoittaa vain siihen tavomaiseen lausuntovaiheeseen, joka liittyy hallituksen esitysten valmisteluun, vaan kuulemistä ja sidosryhmien asiantuntemusta tulee hyödyntää koko valmistelun ajan. Lausuntokierroksen jälkeen arviointia voidaan jatkovalmistelussa tarkentaa saatujen lausuntojen pohjalta.<sup>162</sup> Ohjeiden mukaan ehdotettuja muutoksia ja niiden vaikutuksia ei tule verrata pelkästään nykytilaan vaan tarvittaessa myös odotettavissa olevaan kehitykseen, jos voimassa olevaa lainsäädäntöä ei muutettaisi.<sup>163</sup> Huomioon tulee ottaa esimerkiksi se, onko vireillä muita lainsäädäntöhankkeita tai muita muutoksia, jotka tulisi ottaa huomioon vaikutusten arvioinnissa.<sup>164</sup> Hallituksen esityksen laatimisohejissa ohjeistetaan tekemään selkoa perustuslain kannalta merkityksellisistä säännöksistä samoin kuin siitä, millä perusteella niiden katsotaan olevan perustuslain kanssa sopusoinnussa. Perustuslakivaliokunnan käytäntö tulee ottaa lakia valmisteltaessa asianmukaisesti huomioon, ja siitä on hallituksen esityksessä tehtävä selkoa ainakin viittausmaininnoilla kunkin asian kannalta tärkeimpiin valiokunnan lausuntoihin. Jos ehdotus on merkityksellinen perusoikeuksien kannalta, on varmistettava myös siitä, ettei ehdotus ole ristiriidassa Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Tarvittaessa esitellään ihmisoikeussopimusten noudattamista valvovien toimielinten oikeuskäytäntöä.<sup>165</sup>

Metsähallituslain saamelaisia koskevien oikeuksien vaikutusten arvioinnissa olisi tullut ottaa huomioon sekä saamelaiskäräjälain muutosta koskeva esitys että ILO sopimus 169:n ratifiointiesitys (2014), joista kummastakaan ei ole päätetty luopua. Myös parasta aikaa neuvottelujen alla oleva Pohjoismainen saamelaisopimus olisi niin ikään tullut ottaa huomioon. Voimaan ei olisi tullut saattaa lakia, joka jää sekä perustuslain että kansainvälisen oikeuden edellyttämän tason alapuolelle eikä ota huomioon ILO sopimus 169:n edellyttämiä periaatteita, jotka vahvistetaan myös YK:n alkuperäiskansajulistuksessa. Kaikkien edellä mainittujen kolmen alkuperäiskansojen oikeuksia koskevien instrumenttien tärkein periaate on juuri metsähallituslain uudistukseen tähtäävän MMM:n työryhmän mandaatti: saamelaisten osallistumisoikeuksien li-

159 Viljanen, J., Heiskanen, H., Raskulla, S., "Ihmisoikeuksien yleiset opit ja suomalainen ympäristöoikeudellinen argumentaatio", *Ympäristöjuridiikka* 1/2016: 86–109, s. 108.

160 Säädösehdotusten vaikutusten arviointi ohjeet, Oikeusministeriö 2007:6. Valtioneuvosto on 1 päivänä marraskuuta 2007 oikeusministeriön esittelistä antanut ohjeet säädösehdotusten vaikutusten arvioinnista. Uusia ohjeita säädösehdotusten vaikutusten arvioinnista ryhdytään soveltamaan välittömästi uusiin säädöshankkeisiin ja mahdollisuuksien mukaan jo käynnistyneisiin hankkeisiin. Ohjeet säädösehdotusten vaikutusten arvioinnista täydentävät Hallituksen esityksen laatimisohejia (2004), joissa kiinnitetään erityistä huomiota vaikutusten arviointiin ja edellytetään, että hallituksen esityksissä lyhyesti selostetaan ehdotettujen säännösten vaikutukset eli säännösten soveltamisesta aiheutuvat seuraukset.

161 Oikeusministeriö 2007:6, s. 7–8.

162 Ibid., s.13.

163 Ibid., s. 9.

164 Ibid., s.11.

165 Hallituksen esityksen laatimisohejeet, Oikeusministeriö 2004:4, s. 23–24.

sääminen maankäyttöön liittyvissä kysymyksissä. Kyseisen työryhmän loppuraportti itsessään ilmentää suurta osaa lakiuudistukseen liittyvästä vaikutusten arviointityöstä, joka tehtiin yhteistyössä Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen edustajien kanssa. Uutta lakia koskevasta hallituksen esityksestä, josta saamelaisten oikeuksia koskevat erityispykälät poistettiin, todellista vaikutusten arviointia muutamaa yleisluonteista kommenttia lukuun ottamatta ei ole löydettävissä. Näyttäisi siltä, ettei perustuslain antamaa vahvaa oikeutta saamelaisille alkupe- räiskansana ole sisäistetty päätöksenteossa. Kysymys ei ole siitä, annetaanko saamelaisille oikeuksia vaan siitä, että heidän oikeusasemansa on jo turvattu perustuslaissa ja kansainväli- sessä oikeudessa. Suomen valtio on näin ollen velvoitettu laittamaan täytäntöön saamelaisten itsehallinto alemmassa lainsäädännössä.

YK:n erityisraportoijan näkemyksen mukaan ilman erityispykälää, uusi metsähallituslaki hei- kentää huomattavasti saamelaisten oikeuksia, erityisesti heidän oikeuttaan kulttuuriin ja pe- rinteisiin elinkeinoihin sekä rajoittaa heidän maihin ja luonnonvaroihin liittyvien oikeuksien tunnustamista.<sup>166</sup> Uudella lailla on vähintäänkin saamelaisten oikeuksien kehitystä pysäyttävä vaikutus.<sup>167</sup> Poistetut erityispykälät olisivat niitä sen sijaan vahvistaneet saattaen ne perustus- lain ja kansainvälisen oikeuden edellyttämälle tasolle. Niiden poistaminen ei ainakaan tue ja mahdollisesti hankaloittaa Pohjoismaisen saamelaissopimuksen neuvotteluja sekä mahdollis- ta ILO sopimus 169:n ratifiointia, koska kansainvälisen oikeuden edellyttämää saamelaisten osallistumis- ja vaikutusmahdollisuuksia perinteisesti asuttamisensa ja käyttämiensä maiden hallintaan ei ole lainsäädännössä asianmukaisesti järjestetty. YK:n erityisraportoijan huomio siitä, että metsähallituslaki tämän hetkessä muodossa rajoittaa saamelaisten maa- ja luon- nonvaraoikeuksien tunnustamista, on näin ollen aiheellinen. Erityispykälien oli nimenomaan tarkoituksena vastata saamelaisten maaoikeuskysymykseen osallistumisoikeuksien vahvista- misella maankäytöllisissä kysymyksissä.

Metsähallituslakiin otetaan kantaa myös YK:n erityisraportoijan uusimmassa maaraportoinnis- sa, jossa hän tarkastelee saamelaisten oikeuksia ja asemaa Pohjoismaissa. Raportissa tode- taan, että uuden lain mukaiset neuvottelukunnat voivat jossain määrin vahvistaa saamelaisten oikeuksia. Raporttija esittää kuitenkin huolensa siitä, ettei laki ole riittävän selvä siltä osin, onko saamelaisilla todellisia mahdollisuuksia vaikuttaa heidän oikeuksiinsa liittyviin päätök- siin.<sup>168</sup> Raporttija toteaa, että saamelaisilla tulisi olla tasapuolinen edustus neuvottelukunnissa ja että neuvottelukunnilla tulisi olla selvästi määritelty mandaatti arvioida toimenpiteiden po- tentiaalisia vaikutuksia saamelaisten oikeudelle ylläpitää ja kehittää heidän kulttuuriaan ennen toimenpiteiden hyväksymistä.<sup>169</sup> Raportin johtopäätöksissä ja suosituksissa erityisraporttija toteaa että metsähallituslailla on huomattava merkitys saamelaisille ja että saamelaisia koske- vien erityispykälien poistaminen ei ole linjassa saamelaisia koskevien ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.<sup>170</sup>

Kuten tässä tutkimuksessa laajasti tuodaan esille, ihmisoikeuksia valvovat toimielimet ovat yhä enenevässä määrin alkaneet painottaa vahvoja ja tosiasiallisia osallistumisoikeuksia liittyen saamelaisten ja muiden alkuperäiskansojen perinteisesti asuttamiin ja käyttämiin maihin. Näis- tä keskeisimpänä voidaan mainita KP-sopimusta valvovan YK:n ihmisoikeuskomitean kannan- otto ja suositukset vuodelta 2013, jossa komitea vetoaa saamelaisten oikeuteen kulttuuriin, it- semääräämisoikeuteen ja yhdenvertaisuuteen.<sup>171</sup> Kannanotossaan komitea huomioi Suomen sitoutumisen ILO sopimus 169:n ratifiointiin, sekä mainitsee juuri MMM:n johtaman työryhmän, joka perustettiin saamelaisten osallistumisoikeuksien vahvistamiseksi maa- ja vesiasioihin liit- tyvässä päätöksenteossa. Komitea ilmaisee kuitenkin huolensa, että Saamen kansalla (the

<sup>166</sup> [http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16897&LangID=E\\_](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16897&LangID=E_)

<sup>167</sup> Metsähallituksen organisaatiomuutokset saattavat heikentää saamelaisten oikeuksia siten, että ne on ehkä vaikeampi ottaa tosiasiallisesti huomioon metsähallituksen liiketoiminnassa.

<sup>168</sup> Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the Human Rights of Sami People in the Sápmi Region of Norway, Sweden and Finland, 9.8.2016, A/HRC/33/42/Add.3.

<sup>169</sup> Ibid., Para 70.

<sup>170</sup> Ibid., Para 75.

<sup>171</sup> UN Human Rights Committee, Concluding Observations on Finland, CCPR/C/FIN/CO/6 (22 August 2013), Articles 1,26 and 27.

Sami people) ei edelleenkään ole riittävää mahdollisuutta osallistua ja vaikuttaa päätöksiin heidän kulttuurinsa ja elämäntapansa kannalta perustavanlaatuisissa asioissa, mukaan lukien maa- ja luonnonvaraoikeudet. Komitea toteaa myös, että julkisilla viranomaisilla voi olla puutteellinen ymmärrys tai tiedon soveltaminen saamelaiden elämäntapaan liittyen. Niin ikään Komitea huomauttaa oikeudellisen selvyden edelleen puuttuvan saamelaisten perinteisesti asuttamilla alueilla.<sup>172</sup>

Komitean suositusten mukaan valtion tulisi edistää saamelaisten oikeuksien täytäntöönpanoa vahvistamalla saamelaisia edustavien instituutioiden, kuten Saamelaiskäräjien päätöksentekovaltaa. Valtion tulisi lisätä pyrkimyksiä uudistaa lainsäädäntöä, joka täysipainoisesti turvaa saamen kansan (the Sami people) oikeudet heidän perinteisille maille, varmistaen saamelaisyhteisöjen ennalta tapahtuvan, vapaan ja informoidun osallistumisen heitä koskeviin poliittisiin prosesseihin ja kehittämishankkeisiin.<sup>173</sup>

Suositus painottaa saamelaisia edustavien instituutioiden, erityisesti Saamelaiskäräjien vaikutusmahdollisuuksien vahvistamista. Suositukseen oli tarkoitus vastata saamelaiskäräjälain muutoksella, ILO sopimus 169:n ratifioinnilla sekä metsähallituslain saamelaisia koskevilla erityispykälillä, jotka olisivat muodostaneet kokonaisuuden saamelaisten itsehallinnon viemässä kansainvälisen oikeuden velvoittamalle tasolle. Pohjoismaisen saamelaissopimuksen on tarkoitus osaltaan täydentää saamelaisten oikeuksien saattamista asianmukaiselle tasolle.

Saamelaiskäräjälain mukainen neuvotteluelvoite koskee luonnollisesti edelleen Metsähallituksen toimintaa sen sisältyessä myös uuden metsähallituslain 6 §:ään. Mikäli saamelaiskäräjälakiuudistus tuo yhteistoimintavelvoitteen lainsäädäntöön, sillä on luonnollisesti myös vaikutusta Metsähallituksen ja Saamelaiskäräjien väliseen yhteistyöhön vahvistavalla tavalla laajennetun neuvotteluelvoitteen muodossa riippumatta siitä, tarkistetaanko metsähallituslakia saamelaisten oikeuksien osalta. Saamelaiskäräjälain uudistukseen liittyen YK:n rotusyrjintäkomitea (CERD) ilmaisi huolensa saamelaiskäräjien hyvin rajoittuneista mahdollisuuksista vaikuttaa päätöksentekoon liittyen heidän oikeuksiinsa maihin ja luonnonvarojen käyttöön. Komitea suosittelee, että Suomen valtio, uudistaessaan saamelaiskäräjälakia, vahvistaa Saamelaiskäräjien kulttuuriautonomiamia ja maan- ja luonnonvarojen käyttöoikeuksia heidän perinteisesti asuttamilla maillaan.<sup>174</sup>

On syytä huomioida, että Metsähallitus on lisännyt yhteistyötä Saamelaiskäräjien, Kolttien kyläkokouksen ja muun paikallisen väestön kanssa myös yhteistyöryhmien muodossa koskien erämaa- ja luonnonpuistojen hoito- ja käyttösuunnitelmia. Näitä työryhmiä on tarkoitus jatkaa edelleen uudessa laissa erillisinä neuvottelukunnista. Saamelaisten osallistumista erämaa- ja luonnonpuistojen hoito- ja käyttösuunnitelmiin ns. Akwé:Kon työryhmissä käsitellään ja arvioidaan erikseen seuraavassa kappaleessa.

### 2.1.5. Yhteenveto

Riippumatta siitä, ratifioiko Suomi ILO sopimus 169:n tai Pohjoismaisen saamelaissopimuksen, Suomi on veloitettu edistämään saamelaisten perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta kumpuavaa alkuperäiskansa-asemaa ja kulttuuri-itsehallintoa. Keskeisimpänä elementtinä on saamelaisten todellinen mahdollisuus osallistua heidän kulttuurinsa säilymisen ja kehittämisen sekä heidän alkuperäiskansa-asemansa kannalta merkitykselliseen päätöksentekoon. Maankäyttö lukeutuu luonnollisesti yhteen keskeisimmistä kysymyksistä. Kaiken saamelaisten kannalta relevantin lainsäädännön tulisi heijastaa saamelaisten perustuslaillista asemaa. Uusia saamelaisten kannalta keskeisiä lakeja, joissa ei asianmukaisesti oteta huomioon saamelaisia alkuperäiskansana, ei tulisi säätää perustuslain ja kansainvälisen oikeuden veloitteiden vas-

<sup>172</sup> Ibid., Para 16.

<sup>173</sup> Ibid., Para 17.

<sup>174</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/FIN/CO/20-22, Para 11.



taisesti. Uusi metsähallituslaki ei toteuta perustuslaissa ilmaistujen saamelaisten oikeuksia tavallisen lain tasolla. Sen sijaan poistetut saamelaisia koskevat erityispykälät olisivat laittaneet täytäntöön perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta johdettavat velvoitteet.

Perustuslain 20 §:n 2 momentti edellyttää että julkinen valta pyrkii turvaamaan mahdollisuuden vaikuttaa elinympäristöään koskevaan päätöksentekoon. Samoin Suomi on veloitettu noudattamaan tiedonsaanti-, osallistumis- ja muutoksenhakuoikeuksia ympäristöpäätöksenteossa EU-lainsäädännön, Århusin sopimuksen<sup>175</sup> ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen<sup>176</sup> nojalla. Edellä mainitut normit suojaavat niin saamelaisten kuin muidenkin paikallisten oikeuksia. Tiedonsaantioikeuden osalta metsähallituslain organisaatiomuutos saattaa tuottaa ongelmia sen suhteen, ettei osakeyhtiön toiminta ole julkisuuslain alaista, joten liikesalaisuuteen vedoten yhtiö ei ole veloitettu takaamaan sellaista tietoa, joka olisi välttämätöntä esimerkiksi kulttuurin suojaamisen ja osallistumisen näkökulmasta. Muutoksenhaun osalta saamelaisia koskevien erityispykälien tarkoituksena oli taata myös muutoksenhaku Saamelaiskäräjille ja Kolttien kyläkokoukselle päätökseen, jonka ne katsovat olevan heikennyskiellon vastainen. Saamelaiskäräjillä on kaivoslain 165 §:n perusteella oikeus hakea muutosta lupapäätöksiin sillä perusteella, että luvassa tarkoitettu toiminta heikentää saamelaisten oikeutta alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Kolttien kyläkokouksella on vastaavasti oikeus hakea muutosta. Kaivoslain 165 § tai vesilain 15 luvun 2 §:n vastaava muutoksenhakuoikeus tulisi sisältyä myös nykyiseen metsähallituslakiin, jotta saamelaisille turvataan mahdollisuus tehokkaaseen oikeussuojaan.

Kuten maa- ja metsätalousvaliokunta totesi, metsähallituslainsäädännön uudistamisessa ei ollut kysymys ILO 169 -sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, vaan lähinnä Metsähallituksen liiketoiminnan yhtiöittämisestä ja liikelaitossäännösten uudistuksesta. Valiokunta katsoikin, että laajemmat saamelaisten kotiseutualueella tapahtuvaan suunnitteluun ja saamelaiskulttuurin heikentämiskieltoon liittyvät kysymykset tulee ratkaista ILO 169 -sopimuksen mahdollisen ratifioinnin yhteydessä. Mikäli ILO sopimus 169 ja/tai Pohjoismainen saamelaissopimus ratifioidaan, metsähallituslakia tulisi täydentää saamelaisten oikeuksia koskevin pykälin.

Myös perustuslakivaliokunta otti kantaa saamelaisaluetta koskevien pykälien sisällyttämisen puolesta uuteen perustuslakiin. Kuten mainittu, valiokunta katsoi, että ”perustuslain 17 §:n 3 momentin ja 121 §:n 4 momentin säännökset ja niitä koskeva valiokunnan käytäntö sekä kansainvälisten ihmisoikeusvalvontaelinten kannanotot puoltavat tällaisten säännösten sisällyttämistä metsähallituksesta annettavaan lakiin.” Perustuslakivaliokunta ei siis liitä saamelaisten oikeuksia koskevia pykälä suoraan ILO sopimus 169:ään, vaan nimenomaan perustuslaillisiin ja kansainvälisoikeudellisiin velvoitteisiin. Riippumatta ILO sopimus 169:n tai Pohjoismaisen saamelaissopimuksen ratifioinnista metsähallituslakia tulisi täydentää saamelaiskulttuurin heikentämiskielloilla, kulttuurivaikutusten arvioinnilla sekä muutoksenhakumahdollisuudella.

175 Århusissa 25 päivänä kesäkuuta 1998 tiedon saannista, yleisön osallistumisoikeudesta päätöksentekoon sekä muutoksenhaku- ja vireillepano-oikeudesta ympäristöasioissa tehty yleissopimus, jonka eduskunta on hyväksynyt 21 päivänä kesäkuuta 2004 ja jonka tasavallan presidentti on hyväksynyt 13 päivänä elokuuta ja joka on tullut voimaan 30 päivänä marraskuuta 2004, SopsS 122/2004.

176 SopsS 63/1999.

### 3. Saamelaisten osallistuminen Metsähallituksen hoito- ja käyttösuunnitelmien laatimiseen osana biodiversiteettisopimuksen täytäntöönpanoa

#### 3.1. Biodiversiteettisopimus ja saamelaiset

Rio de Janeirossa vuonna 1992 hyväksytty yleissopimus biologisesta monimuotoisuudesta (biodiversiteettisopimus) on tullut Suomessa voimaan 25.10.1994.<sup>177</sup> Yleissopimuksen tavoitteena on biologisen monimuotoisuuden suojeleminen, sen osien kestävä käyttö sekä perintöaineiksen käytöstä saadun hyödyn oikeudenmukainen ja tasapuolinen jako. Sopimusosapuolet tunnustavat monien perinteisen elämäntavan omaavien alkuperäis- ja paikallisyhteisöjen läheisen ja perinteisen riippuvuuden biologisista luonnonvaroista.

Yleissopimuksen 8 artiklan alakohdan j) mukaan kunkin sopimuspuolen tulee mahdollisuuksien mukaan ja soveltuvin osin... .. kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti kunnioittaa, suojella ja ylläpitää alkuperäiskansojen ja paikallisten yhteisöjen sellaista tietämystä, keksintöjä ja käytäntöä, joka sisältyy biologisen monimuotoisuuden suojelemiseen ja kestävästä käytöstä kannalta merkityksellisiin perinteisiin elämänmuotoihin ja edistää ja laajentaa niiden soveltamista mainittujen yhteisöjen luvalla ja myötävaikutuksella sekä rohkaista tietämyksestä, keksinnöistä ja käytännöstä saadun hyödyn tasapuolista jakoa.

Yleissopimuksen 10 artiklan (Biologisen monimuotoisuuden osien kestävä käyttö) alakohdan c) mukaan kunkin sopimuspuolen tulee mahdollisuuksien mukaan ja soveltuvin osin... ..suojella ja rohkaista biologisten luonnonvarojen perinteistä käyttöä vanhojen kulttuurien käytännön mukaisesti tavalla, joka soveltuu suojelemiseen ja kestävästä käytöstä edellytyksiin.

Sopimuksen englanninkielinen sanamuoto ”indigenous and local communities” (alkuperäis- ja paikallisyhteisöt) on neuvottelukompromissi sopimuksen osapuolten välillä. Sopimusta koskevissa asiakirjaluonnoksissa alun alkaen puhutaan alkuperäiskansoista.<sup>178</sup> Jotkut, erityisesti Afrikan valtioiden edustajat, eivät voineet hyväksyä alkuperäiskansa- käsitettä.<sup>179</sup> Aluksi ehdotettiin alkuperäisväestö (indigenous population) -termiä.<sup>180</sup> Paikallisyhteisö-terminiä vaadittiin mukaan otettavaksi sen takia, että esimerkiksi maanviljelijöiden joissakin valtioissa, kuten Intiassa, katsottiin olevan luonnon monimuotoisuuden säilyttämisen kannalta keskeisessä asemassa.<sup>181</sup>

Alkuperäiskansat ja sopimuksen osapuolet ovat kuitenkin sittemmin ehdottaneet alkuperäiskansa-termin käyttöönottoa biodiversiteettisopimukseen liittyvissä asiakirjoissa. Tältä osin yleissopimuksen osapuolikokous tekikin 12 osapuolikokouksessaan vuonna 2014 päätöksen yleissopimuksen dokumenteissa käytettävän ilmaisun muuttamisesta muuttamatta kuitenkaan

177 SopS 78/1994.

178 1988 Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity - *Report of the Ad Hoc Working Group on the work of its first session*, p.5, 17. The Working Group agreed that the needs and welfare of indigenous peoples must be given consideration in connection with the conservation of species, habitat and ecosystems; 1990 Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity - *Report of the Ad Hoc working group on the work of its second session in preparation for a legal instrument on biological diversity of the planet*, p.11, Annex I, C. Conservation Measures, Education: Finally, to achieve conservation goals, there must be recognition of the rights of indigenous peoples to benefit from their highly practical knowledge of local organisms and to incorporate their traditional uses of local ecosystems that often are consistent with conservation goals.

179 Katso yleisesti Afrikan valtioiden vaikeudesta hyväksyä alkuperäiskansoja, Kidd, K. & Kendrick, J., ”Mapping everyday practices as rights of resistance: indigenous peoples in Central Africa”, *The Politics of Indigeneity: Dialogues and Reflections on Indigenous Activism* (ed. Venkateswar, S & Hughes, E). London: Zed Books (2011); Barume, A. K., ”Responding to the Concerns of the African States”, in Claire Charters, and Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making The Declaration Work: The United Nations Declaration on The Rights Of Indigenous Peoples, IWGIA* (2009); Van Genugten, W., ”Protection of Indigenous Peoples on the African Continent: Concepts, Position Seeking, and the Interaction of Legal Systems”, 104 (1) *A.J.I.L.* 29 (2010).

180 1990 Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity - *Report of the Ad Hoc working group on the work of its third session in preparation for a legally binding instrument on biological diversity of the planet*, p.5-6. Preliminary discussion of elements of a global framework legal instrument 18. ... Other delegations expressed concern about the use of terms or concepts such as ”common heritage” and ”indigenous people”, and others recommended their deletion and the use of alternative expressions such as ”common interest or concern” and ”indigenous populations”. ...p.14-15 Annex I, Additional elements / amendments / comments concerning a framework legal instrument on biological diversity 2. The following deletions were also suggested: The term ”indigenous populations” was generally more accepted than ”indigenous peoples”. Some delegates preferred that the term ”indigenous” be replaced with ”local”.

181 Ibid. Katso Chakraborty, S.K., ”Conservation of Biodiversity and Farmers’ Rights in India: Issues and Perspective”, *Legal News and Views*, Vol. 24, No. 10, 2010.

sopimuksen alkuperäistä tekstiä.<sup>182</sup> Tämä käytäntö onkin nyt näkyvässä kaikissa yleissopimuksen uusissa asiakirjoissa. Esimerkiksi osapuolikokouksen joulukuussa 2016 hyväksymissä vapaaehtoisissa ohjeissa ennakkosuostumuksen periaatteeseen (FPIC) liittyen mainitaan erikseen alkuperäiskansat ja paikallisyhteisöt.<sup>183</sup> Niin ikään EU:n uudessa biodiversiteettisopimusta koskevassa kannanotossa, jossa hyväksytään FPIC periaate, puhutaan erikseen alkuperäiskansoista ja paikallisyhteisöistä.<sup>184</sup> Alkuperäiskansa-termin käyttäminen nähdään luonnollisesti tärkeänä sen takia, että kansainvälinen ja usein kansallinen oikeuskin turvaavat oikeuksia alkuperäiskansoille, tärkeimpänä heidän itsemääräämisoikeutensa. Kuten artikla 8 (j) kansallisen työryhmän loppuraportissa todetaan, biodiversiteettisopimuksen kontekstissa saamelaisten itsemääräämisoikeus liittyy erityisesti hyötyjen tasapuoliseen jakoon, luonnon monimuotoisuuteen liittyvään saamelaisten perinteisen tiedon turvaamiseen ja sitä koskevaan päätöksentekoon.<sup>185</sup>

Suomessa biodiversiteettisopimuksen alkuperäiskansoja koskevat veloitteet koskevat ympäristöministeriön linjauksen mukaan saamelaisia. Tätä käytäntöä on kyseenalaistettu esimerkiksi oikeuskanslerille vuonna 2014 tehdyllä kantelulla. Kantelun mukaan artiklan 8 (j):n soveltaminen pelkästään saamelaisiin perustuu virheelliseen käännökseen ”alkuperäiskansat ja paikallisyhteisöt” vs. ”alkuperäiset ja paikalliset yhteisöt”, eikä sitä tulisi soveltaa pelkästään saamelaisiin alkuperäiskansana. Kantelija pyysikin oikeuskansleria selvittämään, tulisiko biodiversiteettisopimuksen käännös laatia uudelleen ja tulisiko sen artiklan 8 (j) soveltamista harkita laajennettavaksi koskettamaan Suomessa myös muita yhteisöjä kuin saamelaisia. Oikeuskansleri pyysi lausunnon ympäristöministeriöltä, jonka toimialaan biodiversiteettisopimus kuuluu. Ympäristöministeriön lausunnon mukaan suomenkielisen käännöksen osalta kysymyksessä ei kuitenkaan ole käännösvirhe, vaan sopimuksessa tarkoitetaan nimenomaan alkuperäiskansoja. Ympäristöministeriö katsoi myös, että biodiversiteettisopimuksen hyväksymisen jälkeen alkuperäiskansojen käsite (indigenous peoples) on saanut YK:ssa laajan hyväksynnän ja sitä on nyttemmin YK:ssa käytetty ilmaisun ”indigenous communities” sijasta. Lausunnossa viitattiin myös biodiversiteettisopimuksen osapuolten välillä olevaan prosessiin, jonka tarkoituksena on, että tulevaisuudessa sopimukseen liittyvissä päätöksissä käytettäisiin ilmaisua ”indigenous peoples and local communities”, vaikka alkuperäistä sanamuotoa ei olekaan tarkoitus muuttaa. Tämä tukee ympäristöministeriön käsityksen mukaan myös sitä, että suomenkielinen teksti ei kantelussa tarkoitetuilta osin ole virheellinen. Ympäristöministeriö totesi myös, että perustuslain mukaan saamelaiset ovat Suomen ainoa alkuperäiskansa ja siten ainoa sopimuksen 8 artiklan (j) kohdan soveltamisalaan kuuluva alkuperäiskansa. Oikeuskansleri katsoikin, ottaen huomioon ympäristöministeriön lausunnon, ettei Suomen säädöskokoelman sopimussarjassa julkaistu biodiversiteettisopimuksen suomenkielinen käännös kantelussa tarkoitetuilta osin olisi ainakaan sillä tavoin virheellinen tai sopimuksen soveltamisalasta epäselvyyttä aiheuttava, että asia antaisi oikeudellisen perusteen toimenpiteisiin.<sup>186</sup>

Sopimusneuvotteluissa mukana olleet tietävät, että alkuperäiskansa – termi jätettiin sopimuksesta pois tiettyjen valtioiden vaatimuksesta. Sopimus koskee alkuperäiskansojen lisäksi kuitenkin muita paikallisyhteisöjä, joista ei kansallisten olosuhteiden vuoksi käytetä alkuperäiskansa-nimitystä, mutta joiden historialliset, kulttuuriset, kielelliset ja tapaoikeudelliset ominaisuudet vastaavat alkuperäiskansojen ominaisuuksia. Myös niiden luonnon monimuotoisuutta tukevaa perinnetietoa tulee voida suojata ja käyttää luonnon monimuotoisuuden suojelun edistämises-

182 Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 13.10.2014, UNEP/CBD/XII/12/F/12.

183 Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 17 December 2016, CBD/COP/DEC/XIII/18; Katso myös: VOLUNTARY GUIDELINES FOR THE DEVELOPMENT OF MECHANISMS, LEGISLATION OR OTHER APPROPRIATE INITIATIVES TO ENSURE THE [FREE,] PRIOR INFORMED CONSENT [OR APPROVAL AND INVOLVEMENT] OF INDIGENOUS PEOPLES AND LOCAL COMMUNITIES UNEP/CBD/WG8J/REC/9/1, 7 November 2015. Katso myös indigenous peoples and local communities, UNEP/CBD/COP/13/17, 30 September 2016, A GLOSSARY OF RELEVANT KEY TERMS AND CONCEPTS TO BE USED WITHIN THE CONTEXT OF ARTICLE 8(J) AND RELATED PROVISIONS.

184 The Council of the European Union, General Secretariat of the Council, 17 October 2016, 12988/16, Council Conclusions, Para 41:

41. NOTES that the concept of *free, prior and informed consent* is used in other international fora under legally as well as non-legally binding instruments; SUPPORTS that the voluntary guidelines, applied in accordance with domestic law, use the terminology “*Free, prior and informed consent*” for the involvement of indigenous peoples and local communities in decision-making procedures.

185 Biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen alkuperäiskansojen perinnetietoa käsittelevän artikla 8:n kansallisen asiantuntijaryhmän loppuraportti, kesäkuu 2011, s. 26.

186 5.6.2014, Dnro OKV/1879/1/2013.

sä, kuten artikla 8 (j) osana In Situ suojelun toimenpidevalikoimaa tarkoittaa. Lapissa, jossa saamelaisten ja joidenkin suomalaisten perinteiset elinkeinot ovat osin samat, pohditaan sopimuksen sovellettavuutta myös muihin kuin saamelaisiin. Sopimuksen sanamuoto antaa tähän myös mahdollisuuden ja on ymmärrettävää, että jotkut paikalliset perinteisten elinkeinojen harjoittajat voivat nähdä epäoikeudenmukaiseksi, että sopimusta sovelletaan vain saamelaisiin. Kysymys ei ole aivan yksiselitteinen. On ilmiselvää, että myös muilla paikallisilla perinteisten elinkeinon harjoittajilla on ympäristönkäyttöön ja luonnon monimuotoisuuden säilyttämiseen liittyvää arvokasta perinnetietoa. Tästä näkökulmasta on perusteltua, että myös muut kuin saamelaiset perinteisten elinkeinojen harjoittajat osallistuvat luonnon monimuotoisuuden säilyttämiseen tähtäävään suunnitteluun ja toimintaan.

Kuitenkin on otettava huomioon, että muiden paikallisten kuin saamelaisten osallistamiseksi Metsähallituksella on käytössä osallistavan suunnittelun työryhmiä, joihin nimenomaan osallistuvat etupäässä muut kuin saamelaiset.<sup>187</sup> Työryhmiin olisikin tärkeä saada mukaan mahdollisimman monipuolisesti esimerkiksi muita kuin saamelaisia poronhoitajia ja kalastajia. Myös metsähallituslain mukaiseen neuvottelukuntaan osallistuu pääasiassa muita kuin saamelaisia tahoja. Kaikkien paikallisten ihmisten osallistaminen heitä koskevaan ympäristöpäätöksenteoon onkin ensiarvoisen tärkeää, ja sille on myös oikeudellinen perusta. Mikäli esimerkiksi seuraavassa kappaleessa kuvatut Akwé:Kon-työryhmät avattaisiin kuitenkin kaikille paikallisille, joilla voi olla arvokasta luonnon monimuotoisuuteen liittyvää perinnetietoa, menetettäisiin jälleen yksi mekanismi, jolla pyritään toteuttamaan nimenomaan saamelaisten kulttuurista suojaa alkuperäiskansana ja näin ollen vahvistamaan saamelaisten perustuslaillista asemaa. Akwé:Kon-työryhmässä on merkille pantavaa se, että se edustaa nimenomaan paikallisia saamelaisia perinnetiedon haltijoita eikä yksinomaan Saamelaiskäräjiä. Yhteistyö ja vuoropuhelu Metsähallituksen muiden yhteistyöryhmien ja Akwé:Kon-työryhmän välillä olisi kuitenkin ensiarvoisen tärkeää niin saamelaisten kuin muiden paikallisten perinteisten elinkeinojen harjoittajien perinnetiedon huomioimiseksi ympäristöpäätöksenteossa.

### 3.1.1. Saamelaisten oikeudet Nagoyan pöytäkirjassa

Saamelaisten asemaa alkuperäiskansana on vahvistettu biodiversiteettisopimukseen liittyvässä geenivarojen saatavuudesta sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta jaosta Nagoyassa 29 päivänä lokakuuta 2010 tehdyssä pöytäkirjassa, joka tuli voimaan Suomessa 1.9.2016. Nagoyan geenivarapöytäkirja on ensimmäinen yleinen ja oikeudellisesti sitova kansainvälinen sopimus geenivarojen saatavuudesta ja hyötyjen jaosta. Pöytäkirjalla pyritään edistämään eri toimijoiden yhteistyötä luomalla yhtenäinen kansainvälinen sääntelyperusta geenivarojen ja niihin liittyvän alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen perinteisen tiedon saatavuudelle sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen jakamiselle. Samalla kun pöytäkirjalla edistetään geenivarojen ja perinteisen tiedon saatavuutta tutkimus- ja kehittämistarkoituksiin, järjestelmällä pyritään varmistamaan geneettisen materiaalin säilyvyyttä tuleville sukupolville sekä turvaamaan hyötyjen oikeudenmukaista ja tasapuolista jakoa luovuttajatahon ja käyttäjätahon välillä.<sup>188</sup>

Nagoyan pöytäkirjalla on huomattava merkitys alkuperäiskansoille.<sup>189</sup> Sen johdannossa otetaan huomioon alkuperäiskansojen aseman ja oikeuksien kansainvälinen kehitys viittaamalla vuonna 2007 hyväksytyyn YK:n julistukseen alkuperäiskansojen oikeuksista. Pöytäkirjaa koskevan hallituksen esityksen mukaan Suomen lainsäädännössä ei ole tunnustettu pöytäkirjassa tarkoitetuille paikallisyhteisöille oikeudellista asemaa, joten esityksessä ehdotetaan pöytäkirjan

<sup>187</sup> Kts. esim. Ylä-Lapin luonnonvarasuunnitelma Kausi 2012-2021, Tolonen J. et al (toim), 2013.

<sup>188</sup> Kts. HE 126/2015.

<sup>189</sup> Kts. yleisesti Suseeya, K. R.M, "Negotiating the Nagoya Protocol: Indigenous Demand for Justice", *Global Environmental Politics*, August 2014, Vol. 14, No. 3:102-124; Harry, Bavikatte, K., and Shrumm, H. "Community Protocols and Access and Benefit Sharing." *Asian Biotechnology and Development Review* 12(3) (2010): 52.

määräykset pantavaksi täytäntöön vain saamelaisten osalta. Esityksessä viitataan Perustuslain 17 §:n 3 momenttiin, jonka mukaisesti Suomen ainoa alkuperäiskansa on saamelaiset.<sup>190</sup>

Pöytäkirjassa osapuolet veloitetaan varmistamaan, että alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen hallussa olevien geenivarojen käytöstä saatavat hyödyt jaetaan alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen geenivaroja koskevan kansallisen lainsäädännön mukaisesti ja oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla kyseisten yhteisöjen kanssa perustuen keskinäisesti sovituihin ehtoihin.<sup>191</sup> Kunkin pöytäkirjan osapuolen tulee kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti varmistaa, että alkuperäiskansoilla ja paikallisyhteisöillä olevaa geenivaroihin liittyvää perinteistä tietämystä käytetään alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen ennakosuostumuksella tai hyväksynnällä, ja että kyseiset yhteisöt osallistuvat prosessiin ja että keskinäisesti sovitut ehdot on luotu.<sup>192</sup> Pöytäkirjan mukaan osapuolten tulee ottaa pöytäkirjaan perustuvia veloitteita täytäntöön pannessaan ja kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti huomioon alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen tapaoikeus, käytännöt ja menettelyt, jotka liittyvät geenivaroihin liittyvään perinteiseen tietämykseen. Osapuolten tulee niin ikään varmistaa alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen tehokas osallistuminen prosessiin ja tiedottaa geenivaroihin liittyvän perinteisen tietämyksen mahdollisille käyttäjille heidän velvoitteistaan. Osapuolia kehoitetaan myös tukemaan toimintaa, jolla alkuperäiskansat ja paikallisyhteisöt kehittävät perinteiseen tietämykseen liittyviä asioita.<sup>193</sup>

Nagoyan pöytäkirjaa koskevan täytäntöönpanolain<sup>194</sup> 6 §:mukaan Saamelaiskäräjät hallinnoi tietokantaa, johon voidaan tallentaa tutkimus- ja kehittämiskäyttöön tarkoitettua geenivaroihin liittyvää saamelaisten perinteistä tietoa. Saamelaiskäräjien on ilmoitettava toimivaltaiselle viranomaiselle mitä ovat ne geenivarat, joita tietokannan tieto koskee. Lain 7 § mukaan oikeutta saada käyttöön 6 §:ssä tarkoitetun tietokannan tietoa haetaan toimivaltaiselta viranomaiselta. Hakemuksessa on yksilöitävä mistä geenivarasta on kyse, mikä on siihen liittyvän tiedon käyttötarkoitus ja kuka on käyttäjä. Toimivaltainen viranomainen ilmoittaa hakemuksesta Saamelaiskäräjille. Tiedon luovuttaminen tietokannasta käyttäjälle edellyttää, että toimivaltainen viranomainen hyväksyy Saamelaiskäräjien ja käyttäjän väliset keskinäisesti sovitut ehdot. Saamelaiskäräjät voi edellyttää luovutettavan tiedon käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisista ja tasapuolista jakamista saamelaisille siten, että niillä edistetään saamelaisten omaa kieltä, kulttuuria ja asemaa alkuperäiskansana. Toimivaltaisen viranomaisen on tarvittaessa neuvoteltava Saamelaiskäräjien kanssa keskinäisesti sovitusta ehdoista. Neuvotteluista on voimassa, mitä saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:ssä säädetään neuvotteluelvoitteesta.

Täytäntöönpano laki pitää sisällään myös saamelaiskulttuurin heikentämiskiellon. 8 §:n mukaan edellä 6 §:ssä tarkoitetun tietokannan sisältämän perinteisen tiedon käyttö ei saa vähäistä suuremmassa määrin heikentää saamelaisten mahdollisuuksia käyttää heille alkuperäiskansana kuuluvia oikeuksia ylläpitää ja kehittää kulttuuriaan sekä harjoittaa perinteisiä elinkeinojaan.

Saamelaiskäräjien muistiossa todetaan, että tällä hetkellä ei ole tiedossa että lääke-, kauneus ja muulla teollisuudella olisi kiinnostusta saamelaisten käyttämiin kasveihin, joihin liittyy erityistä perinteistä tietoa, teollisuuden raaka-aineena. Tämä ei poista sitä mahdollisuutta, ettei kiinnostusta voisi olla tulevaisuudessa.<sup>195</sup>

Kenties olennaisinta Nagoyan pöytäkirjan hyväksymisessä saamelaisten kannalta onkin perintetiedon ja tapaoikeuksien tunnustaminen olennaiseksi osaksi saamelaisten kulttuuria ja olemassaoloa alkuperäiskansana. Alkuperäiskansojen tapaoikeudet on tunnustettu niin YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevassa julistuksessa kuin ILO sopimus 169:ssä, kuten

190 HE 126/2015.

191 Artt. 5.

192 Artiklat 6 ja 7.

193 Artikla 12.

194 20.5.2016/394, laki biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan Pöytäkirjan täytäntöönpanosta.

195 Dnro 686/D.a.2/2013 Saamelaiskäräjien muistio Nagoyan pöytäkirjan alkuperäiskansoja koskevista velvoitteista.

seuraavassa kappaleessa tulee esille. Nagoyan pöytäkirja on tarkoitettu luettavaksi yhdessä muiden oikeudellisten instrumenttien kanssa, mukaan lukien yleiset ihmisoikeussopimukset sekä alkuperäiskansoja koskevat instrumentit. Se on omiaan vahvistamaan myös UNESCO:n kulttuuriperintösopimusten<sup>196</sup> soveltamista saamelaisten aineelliseen sekä aineettomaan kulttuuriperintöön.<sup>197</sup> Pohjoismaisen saamelaissopimuksen kannalta huomionarvoista on Nagoyan pöytäkirjan 11 artikla, joka koskee tilannetta, jossa geenivaroihin liittyvää perinteistä tietoa hallinnoi usean valtion alueella asuva alkuperäiskansa. Suomi ja Norja ovat lähteneet kuitenkin rakentamaan omia yksilöllisiä ratkaisuja Nagoyan pöytäkirjaan liittyvien saamelaisten oikeuksien kohdalla. Tulevaisuudessa pohditaan varmasti yhteispohjoismaista yhteistyötä ja saamelaisten mahdollisuutta yhdessä kansana osallistua geenivaroihin päättämiseen. Tämä olisi keskeistä vahvistamaan saamelaista kansaa ja sen itsemääräämisoikeutta. Pohjoismainen saamelaissopimus suojaa nimenomaan saamelaisia yhtenä valtioiden rajat ylittävänä kansana.

### 3.1.2. Akwé:Kon vapaaehtoiset ohjeet ja niiden soveltaminen Suomessa

Ympäristöministeriö asetti 18.6.2009 biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen (biodiversiteettisopimuksen) alkuperäiskansojen perinnetietoa käsittelevän artikla 8j:n kansallisen asiantuntijaryhmän, jonka tehtävänä oli koordinoida Suomen luonnon monimuotoisuuden suojelun ja kestäväen käytön strategian ja toimintaohjelman 2006–2016 tarkoittamia alkuperäiskansojen perinnetietoa koskevia toimenpiteitä sekä lisätä yleistä tietämystä yleissopimuksen artikla 8j:n liittyvän työohjelman sisällöstä ja tavoitteista erityisesti Suomen saamelaisten kannalta.<sup>198</sup> Työryhmän tavoitteena oli edistää työohjelman toimeenpanoa Suomessa eri ministeriöiden ja sidosryhmien yhteistyöllä sekä antaa osaltaan suosituksia yleissopimuksen soveltamiseksi ja toteuttamiseksi Suomessa.<sup>199</sup> Työryhmän tehtävänä oli niin ikään selvittää YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen ja saamelaisia koskevien muiden kansainvälisten julistusten ja sopimusten yhtymäkohtia yleissopimuksen alkuperäiskansoja koskeviin artikloihin sekä selvittää miten saamelaisten kotiseutualueella voidaan ympäristövaikutuksien arvioinnissa soveltaa biodiversiteettisopimuksen Akwé:Kon-ohjeita.<sup>200</sup>

Työryhmä esitti loppuraportissaan toimenpide-ehdotuksen, jonka mukaan saamelaisten kotiseutualueen maankäytön suunnittelussa ja ohjauksessa sovelletaan biodiversiteettisopimuksen Akwé: Kon-ohjeistusta kansallisen lainsäädännön puitteissa. Tavoitteeksi asetettiin, että kaikissa uusissa ja uudistettavissa saamelaisten kotiseutualueen hoito- ja käyttösuunnitelmissa sekä luonnonvarasuunnitelmissa noudatetaan Akwé:Kon-ohjeistusta. Hammastunturin erämaa-alueen hoito- ja käyttösuunnitelman laadinnassa kerättyjen kokemusten perustella laaditaan pysyvä menettelytapa Akwé:Kon-ohjeistuksen noudattamiselle Metsähallituksen toiminnassa.<sup>201</sup>

Yleissopimuksen 7. osapuolikokouksen hyväksymät<sup>202</sup> ja vuonna 2004 julkaistut vapaaehtoiset Akwé: Kon-ohjeet koskevat sellaisten hankkeiden kulttuuri-, ympäristö- ja sosiaalivaikutusten arviointia, joita aiotaan toteuttaa alkuperäiskansojen ja paikallisten yhteisöjen pyhillä paikoilla ja niiden perinteisesti asuttamilla tai käyttämillä maa- ja vesialueilla tai jotka todennäköisesti

<sup>196</sup> Yleissopimus maailman kulttuuri- ja luonnonperinnön soveltamisesta, hyväksytty 16.11.1972, tuli voimaan 13.2.1987, SopS 19/87; Yleissopimus aineettoman kulttuuriperinnön suojelemisesta, hyväksytty 17.10.2003, tuli voimaan 21.5.2013, 47/2013.

<sup>197</sup> Kts. yleisesti Heinämäki, L., Magga, A.-M., Ojanlatva, E., "Saamelaisten pyhät paikat kulttuuriperintöoikeuden ja tapaoikeuksien valossa", teoksessa Kilpisjärven poliittinen luonto, T. Nykänen ja L. Valkeapää (toim.), Suomalaisen kirjallisuuden seura, Helsinki (2016); 199-242.

<sup>198</sup> Työryhmän puheenjohtajana toimi Saamelaiskäräjien puheenjohtaja Klemetti Näkkäläjärvi. Työryhmässä olivat edustettuina ympäristöministeriö, ulkoasiainministeriö, oikeusministeriö, opetus- ja kulttuuriministeriö, maa- ja metsätalousministeriö, Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus, Metsähallitus, Lapin yliopiston Arktinen keskus, Suomen luonnonsuojeluliitto ry, Saamelaiskäräjät, Saamelaismuseum Siida ja Suomen ympäristökeskus.

<sup>199</sup> Biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen alkuperäiskansojen perinnetietoa käsittelevän artikla 8j:n kansallisen asiantuntijaryhmän loppuraportti, kesäkuu 2011, s. 2.

<sup>200</sup> Ibid., s. 2-3.

<sup>201</sup> Katso Akwé:Kon ohjeiden soveltaminen Hammastunturin erämaan käyttö- ja hoitosuunnitelmaan, Loppuraportti, Metsähallitus, 2013.

<sup>202</sup> Osapuolikokouksen päätös VI/7 A liitteinen.

vaikuttavat näihin alueisiin. Vapaaehtoiset ohjeet nimettiin niiden kokonaisvaltaisen luonteen korostamiseksi mohawkin kielen ilmaisulla, joka merkitsee ”kaikkea luomakunnassa”.<sup>203</sup>

Suomessa Akwé:Kon vapaaehtoisia ohjeita voidaan soveltaa saamelaiden kotiseutualueella toteutettavien hankkeiden kulttuuristen, ympäristöllisten, sosiaalisten vaikutusten arviointimenettelyissä. Niitä voidaan soveltaa mm. YVA-menettelyssä<sup>204</sup> sekä maankäyttö- ja rakennuslain toimeenpanossa. Saamelaiskäräjät on ehdottanut Akwé:Kon-ohjeistuksen laajentamista mm. edellä mainittuihin menettelyihin. Tällä hetkellä niitä sovelletaan vain Metsähallituksen erämaa- ja luonnonpuistoalueiden hoito- ja käyttösuunnitelmiin.<sup>205</sup> Akwé:Kon-ohjeiden laajemmalle käyttöön otolle voidaan nähdä perusteet saamelaisen kulttuurin ja perinteisen maankäytön kokonaisuuden ymmärtämiseksi sekä kumulatiivisten vaikutusten paremmaksi kartoittamiseksi. Erityisesti alkuperäiskansojen kohdalla sosiaalisia, kulttuurisia ja ympäristöllisiä vaikutuksia ei voida erottaa toisistaan, ja erilaiset toimenpiteet voivat kumulatiivisesti heikentää alkuperäiskansojen kulttuurin elinkelpoisuutta. Ohjeiden noudattamisella voidaan osaltaan toteuttaa saamelaiden perustuslakiin, muuhun lainsäädäntöön sekä kansainväliseen oikeuteen perustuvia säännöksiä.

Akwé:Kon-ohjeissa suositellaan, että ennen suunniteltua hanketta koskevaa ympäristövaikutusten arviointimenettelyä koottaisiin ympäristöä koskevat perustiedot alkuperäiskansa- ja paikallisyhteisöille erityisen merkittävien biologisen monimuotoisuuden osatekijöiden tunnistamiseksi. Selvitys tulisi toteuttaa yhteistyössä asianomaisten alkuperäiskansa- ja paikallisyhteisöjen kanssa, ja siinä on kerättävä tietoa muun muassa alkuperäiskansalle tärkeitä lajeista, uhanalaisista ja muista riskialttiista lajeista sekä niiden lisääntymiskausista, erityisen merkittävistä elinympäristöistä, paikallistaloudellisesti merkittävistä alueista kuten metsästy-, ansastus-, kalastus- ja keräilypaikoista sekä laidunmaista, pyhistä paikoista ja tärkeistä luontoympäristöistä.<sup>206</sup> Kulttuuristen vaikutusten arviointimenettelyssä ja erityisesti arvioinnin laajuuden selvittämisen ja vaikutusten rajauksen määrittämisen yhteydessä on puolestaan pyrittävä tunnistamaan seikat, jotka ovat kulttuurin kannalta erityisen keskeisiä. Niitä voivat olla muun muassa kulttuuriperintö, uskonnot, uskomukset ja pyhät opetukset, perinteiset käytännöt, sosiaalisen järjestyksen muodot, luonnonvarojen käyttöön liittyvät järjestelmät, kuten maankäyttötavat, kulttuurisesti merkittävät paikat, kulttuuristen resurssien taloudellinen arvottaminen, pyhät paikat, juhlamenot, kielet, tapaoikeuden järjestelmät sekä poliittiset rakenteet, roolit ja tavat.<sup>207</sup> Nykytilaa koskevat selvitykset ennen sosiaalisten vaikutusten arviointia sisältävät tietoja väestörakenteesta, asutuksesta, terveystilanteesta, työllisyydestä, infrastruktuurista ja palveluista, tulotasosta ja tulojen ja omaisuuden jakautumisesta, perinteisistä tuotantojärjestelmistä sekä alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen näkemykset omasta tulevaisuudestaan.<sup>208</sup> Ohjeiden mukaan vaikutusten arvioinnissa tulee ottaa huomioon kulttuuristen, ympäristöön liittyvien ja sosiaalisten osatekijöiden väliset vuorovaikutussuhteet.<sup>209</sup>

203 Ympäristöhallinnon ohjeita 1/2011, Akwé:Kon-ohjeet, s.7. Kts. yleisesti alkuperäiskansojen oikeuksista, biodiversiteetisopimuksesta ja Akwé:Kon ohjeiden soveltamisesta, Heinämäki, L., Herrmann, T., Neumann, A., "The Protection of Culturally and Spiritually Important Landscapes of Arctic Indigenous Peoples under the Convention on Biological Diversity and First Experiences from the Application of the Akwé:Kon Guidelines in Finland", *The Yearbook of Polar Law VI* (2015), 189-225, Brill.

204 Artiklan 3 kohdassa määrätään ympäristö- vaikutusten tutkimisesta yhteistyössä alkuperäiskansojen kanssa. Viranomaisten suunnitelmien ja ohjelmien ympäristövaikutusten arvioinnista annetussa laissa (200/2005, SOVA-laki) ja asetuksessa (347/2005) säädetään velvollisuudesta arvioida viranomaisten suunnitelmien ja ohjelmien ympäristövaikutuksia, ympäristöarvioinnin laatimisesta sekä siitä tiedottamisesta ja kuulemisesta. Laki ympäristövaikutusten arviointimenettelystä (468/1994, YVA-laki) koskee hankkeiden ympäristövaikutusten arviointia. YVA-menettelyn tavoitteena on edistää ympäristö- vaikutusten arviointia ja huomioon ottamista suunnittelussa ja päätöksenteossa. Menettelyn tavoite on mahdollistaa yleisön laaja osallistuminen.

205 Hammastunturin erämaa-alue: [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/hammastunturi\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/b3424bef-6618-40d0-b9ae-ae643027816c](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/hammastunturi_hks_vahvistettavaksi.pdf/b3424bef-6618-40d0-b9ae-ae643027816c); Kevon luonnonpuisto: [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/kevon\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/413726cd-b3e5-497b-a903-91bc01d05420](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/kevon_hks_vahvistettavaksi.pdf/413726cd-b3e5-497b-a903-91bc01d05420); Vatsärin erämaa-alue: <http://www.metsa.fi/vatsarisuunnittelu>; UKK: <http://www.metsa.fi/document-s/10739/8f644049-a5e2-4cf4-adfc-fe6b1948291e>; Mallan luonnonpuisto: [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/malla\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/a13697aa-4c52-4be2-8220-4ec9c2fa6842](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/malla_hks_vahvistettavaksi.pdf/a13697aa-4c52-4be2-8220-4ec9c2fa6842); Saanan alue: <http://www.metsa.fi/web/guest/kasivarsisuunnittelu>; Käsivarren alueen suunnittelu keskeneräinen 20.10.2016; Puljun erämaa-alue: [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/pulju\\_hks\\_vahvistettavana.pdf/14d303d3-00be-4373-b18d-634148b2b6e9](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/pulju_hks_vahvistettavana.pdf/14d303d3-00be-4373-b18d-634148b2b6e9); Muddusjärven alueen suunnittelu alkamassa: [http://www.metsa.fi/tiedotteet/-/asset\\_publisher/1im94Tprnc1a/content/metsahallitus-ja-muddusjarven-paliskunta-uuteen-yhteistyohon?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.metsa.fi%2Ftiedotteet%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_1im94T-prnc1a%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-6%26p\\_p\\_col\\_pos%3D1%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://www.metsa.fi/tiedotteet/-/asset_publisher/1im94Tprnc1a/content/metsahallitus-ja-muddusjarven-paliskunta-uuteen-yhteistyohon?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.metsa.fi%2Ftiedotteet%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1im94T-prnc1a%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-6%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2); Inarin Juutua-Tuulispään virkistysmetsän erityisalue suunnittelu ei vielä valmis 20.10.2016.

206 Akwé:Kon suomenkieliset ohjeet, Ympäristöhallinnon ohjeita 1/2011, Kohta 37.

207 Ibid., kohta 24.

208 Ibid., kohta 44.

209 Ibid., kohta 3 f.

Akwé:Kon-ohjeissa todetaan, että arviointimenettelyyn osallistuviin tahoihin saattavat kuulua hankkeesta vastaava, yksi tai useampi valtion laitos, alkuperäiskansa- ja paikallisyhteisöjä, osallisia sekä arvioinnin suorittavia teknisiä asiantuntijoita, todeten lisäksi, että kulttuuriset, ympäristö- ja sosiaaliset vaikutukset tulisi sisällyttää samaan arviointiprosessiin ja huomioiden ympäristövaikutusten arvioinnin perustavanlaatuiset osatekijät sellaisina kuin ne on kuvattu ohjeissa, jotka koskevat biologiseen monimuotoisuuteen liittyvien kysymysten sisällyttämistä ympäristövaikutusten arviointia koskevaan lainsäädäntöön ja/tai prosessiin sekä strategiseen ympäristövaikutusten arviointiin.<sup>210</sup>

Alkuperäiskansojen kulttuurin suojan vahvistamiseksi Akwé:Kon-ohjeet painottavat perinnetiedon ja tapaoikeuksien huomioon ottamista. Tästä syystä niiden soveltaminen voidaan nähdä uutena työkaluna, joka hienojakoisemmin kuin perinteiset ihmisoikeussopimukset, ottaa huomioon alkuperäiskansojen kulttuuriin liittyvät erityispiirteet. ”Perinteinen tieto” tarkoittaa ohjeissa alkuperäiskansa- ja perinteistä elämäntapaa noudattavien paikallisyhteisöjen perinteistä tietämystä, innovaatioita ja käytäntöjä, jotka ovat biologisen monimuotoisuuden säilyttämisen ja kestäväen käytön kannalta merkittäviä.<sup>211</sup> Perinteinen tieto on luonteeltaan käytännönläheistä ja se ilmenee erityisesti ympäristön hallinnassa ja elinkeinoissa. ”Tapaoikeus” tarkoittaa oikeutta, joka koostuu oikeudellisiksi vaatimuksiksi tai velvoittaviksi käyttäytymissäännöiksi katsotuista tavoista; käytäntöjä ja käsityksiä, jotka ovat niin keskeinen ja olennainen osa sosiaalista ja taloudellista järjestelmää, että niihin suhtaudutaan ikään kuin ne olisivat lakeja.<sup>212</sup> Kulttuuristen, ympäristö- ja sosiaalisten vaikutusten arviointimenettelyissä tulisi viitata muuhun asiaankuuluvaan kansalliseen lainsäädäntöön, asetuksiin ja ohjeisiin sekä kyseisen valtion ratifioimiin kansainvälisiin ja monenvälisiin ympäristösopimuksiin ja pöytäkirjoihin, jotka ovat tulleet voimaan.<sup>213</sup>

Akwé:Kon-ohjeiden soveltaminen voi parhaimmillaan toimia YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen kansallisen täytäntöönpanon välineenä erityisesti saamelaiden perinnetiedon ja tapaoikeuksien huomioon ottamisessa maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa. Julistuksen 26 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus perinteisesti omistamiinsa, hallussa pitämiinsä tai muutoin käyttämiinsä tai hankkimiinsa maihin, alueisiin ja luonnonvaroihin. Valtiot tunnustavat nämä maat, alueet ja luonnonvarat laissa ja suojelevat niitä lailla. Tässä tunnustamisessa on asianmukaisesti kunnioitettava alkuperäiskansojen tapoja, perinteitä ja maanhallintajärjestelmiä. 34 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus edistää, kehittää ja ylläpitää toimielintensä rakenteita sekä tunnusomaisia tapojaan, hengellisyyttään, perinteitään, menettelyjään ja käytäntöjään sekä mahdollisia oikeusjärjestelmiään tai -tapojaan kansainvälisten ihmisoikeusnormien mukaisesti.

Saamelaiset ovat käyttäneet ja käyttävät edelleen laajoja alueita perinteisiä elinkeinojaan eli poronhoitoa, kalastusta, metsästystä ja keräilyä varten. Luonnonkäyttöä ohjaavat saamelaisyhteisön arvot ja tapaoikeus, perinteet ja maankäyttöperinteet.<sup>214</sup> Saamelaiset tapaoikeudet ovat yhteisöllisiä sääntöjä, jotka ohjaavat maankäyttöä, elinkeinojen harjoittamista, yhteisön toimintaa ja ovat osa sosiaalista järjestelmää ja saamelaista oikeuskäsitystä. Selkeimmin saamelainen tapaoikeus ilmenee saamelaisessa poronhoito-, kalastus- ja keräilyperinteessä. Saamelaisporonhoitoa harjoitetaan yhä paikoin siidoissa, jotka ovat muutaman poroperheen muodostamia sukulaisuuteen perustuvia paimennusyksiköitä. Siita ohjaa poronhoidon harjoittamista omalla nautinta-alueellaan. Paliskunnan alueella paimentaa useimpia siitoja. Siitojen nautinta-alueiden rajat eivät ole staattisia, vaan niitä voidaan muuttaa laidunolosuhteiden mukaan ja siidat voivat myös yhdistyä.<sup>215</sup> Kalastuksen saamelaisiin tapaoikeuksiin liittyy, että

210 Ibid., kohta 7.

211 Ibid., kohta 6 h.

212 Ibid., Kohta 6 c.

213 Ibid., kohta 5.

214 Artikla 8 (j) Työryhmän loppuraportti, s. 6. Katso myös tarkemmin aiheesta, Helander-Renvall, E. ja Markkula, I., *Luonnon monimuotoisuus ja saamelaiset*, Suomen ympäristö 12/2011, Ympäristöministeriö.

215 Loppuraportti (2013), s. 9.



tiettyjen sukujen nautinnassa on omia järviä, lahtia tai jokien osia. Kaikki tuntevat omat alueensa ja pysyvät omilla nautinta-alueillaan. Huonoina kalavuosina on voitu mennä myös muiden siitojen alueelle pyytämään. Kalojen pyyntiin liittyvä saamelainen arvomaailma ja yhteisöllisyys ohjaavat tapaoikeutta.<sup>216</sup> Myös metsästyksen liittyvät perinteisiä tapoja ja tapaoikeuksia esimerkkinä vieläkin käytössä olevat riekonkaarteet ansapolkuina sekä se, ettei toisten nautinta-alueelle mennä pyytämään riekkoja.<sup>217</sup> Niin ikään keräilykulttuurissa periaatteena on ollut se, ettei luontoon ei saa jäädä jälkiä raaka-aineiden ottamisesta ja raaka-aineita otetaan vain sen verran kuin tarvitaan.<sup>218</sup>

YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen 11 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus harjoittaa ja elvyttää kulttuurisia perinteitään ja tapojaan. Tähän sisältyy oikeus ylläpitää, suojella ja kehittää niiden kulttuurien aiempia, nykyisiä ja tulevia ilmenemismuotoja, kuten arkeologisia ja historiallisia kohteita, esineitä, malleja ja seremonioita, tekniikkaa sekä kuvataiteita ja esittäviä taiteita ja kirjallisuutta. Saman artiklan mukaan valtiot hyvittävät tehokkaiden, yhdessä alkuperäiskansojen kanssa kehitettyjen järjestelmien avulla alkuperäiskansojen kulttuurisen, henkisen, uskonnollisen ja hengellisen omaisuuden, joka on otettu näiltä kansoilta ilman niiden vapaata ja tietoon perustuvaa ennakkosuostumusta tai loukatun niiden lakeja, perinteitä ja tapoja, ja tämä hyvitysmenettely voi sisältää palauttamisen. Artiklan 26 mukaan valtiot tunnustavat alkuperäiskansojen maat, alueet ja luonnonvarat laissa ja suojelevat niitä lailla. Tässä tunnustamisessa on asianmukaisesti kunnioitettava kyseisten alkuperäiskansojen tapoja, perinteitä ja maanhallintajärjestelmiä. Niin ikään 31 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus ylläpitää, hallita, suojella ja kehittää kulttuuriperintöään, perinnetietoaan ja perinteisiä kulttuuri-ilmaisujaan sekä tieteesä, teknologiansa ja kulttuuriensa eri ilmenemismuotoja, mukaan lukien inhimilliset ja geneettiset voimavarat, siemenet, lääkkeet, tieto eläinten ja kasvien ominaisuuksista, suullinen perinne jne. Niillä on myös oikeus ylläpitää, hallita, suojella ja kehittää tähän kulttuuriperintöön, perinnetietoon ja perinteisiin kulttuuri-ilmaisuihinsa liittyvää henkistä omaisuuttaan. Valtioiden toteuttavat yhdessä alkuperäiskansojen kanssa tehokkaat toimet, joilla tunnustetaan näiden oikeuksien käyttö ja suojellaan sitä. Saamelainen luonnon monimuotoisuuteen liittyvä perinteinen tieto ilmenee saamelaisessa luonnonkäytössä ja perinteisten saamelaiselinkeinojen harjoittamisessa sekä luontosuhteessa. Tieto välittyy saamen kielen luontoon, maastoon, säähän, poronhoitoon, käsitöihin, pyyntiin ja kalastukseen liittyvässä terminologiassa sekä saamenkielissä paikannimissä. Perinteistä tietoa siirretään tietoisen opettamisen, vanhemmilta sukupolvilta saadun mallin, joikujen ja suullisen kertomaperinteen kautta sekä poronhoito-, kalastus-, keräily käsityö- ja metsästyskäytännöissä.<sup>219</sup>

Myös ILO sopimus 169:n 8 artikla korostaa, että sovellettaessa kansallisia säädöksiä ja määräyksiä alkuperäiskansoihin on niiden tavat tai tapaoikeus otettava asianmukaisesti huomioon. Alkuperäiskansoilla on oikeus säilyttää omat tapansa ja instituutionsa näiltä osin kuin nämä eivät ole ristiriidassa kansallisessa oikeusjärjestelmässä määriteltyjen perusoikeuksien ja kansainvälisesti tunnustettujen ihmisoikeuksien kanssa. Niin ikään sopimuksen 13 artiklan mukaan hallitusten tulee kunnioittaa sitä erityistä merkitystä kyseisten kansojen kulttuurille ja henkisille arvoille, joka on näiden kansojen suhteella niihin maihin tai alueisiin, joilla ne asuvat tai joita ne muuten käyttävät ja erityisesti tämän suhteen yhteisöllisiä näkökohtia.

Mikäli Akwé:Kon-ohjeiden sisältämiä ympäristö-, sosiaali- ja kulttuurivaikutusten arviointia sovellettaisiin saamelaisten kotiseutualueen maankäyttöä koskeviin ratkaisuihin perinnetieto ja tapaoikeudet tosiasiallisesti huomioiden, ohjeet voisivat olla myös osa ILO sopimus 169:n sekä Pohjoismaisen saamelaissopimuksen kansallista täytäntöönpanoa. Innovatiivista Akwé:Kon-menettelyssä on myös se, että paikalliset Akwé:Kon-ryhmät koostuvat nimenomaan paikallisista perinteisten elinkeinojen ja saamelaiskulttuurin edustajista, jotka Saamelaiskäräjät nimeää.

216 Ibid. Katso myös yleisesti *Markkula, I. ja Helander-Renvall, E., Perinteisen tiedon käsikirja, Arktisen keskuksen tiedotteita 59, 2014.*

217 Loppuraportti (2013), s. 10.

218 Ibid.

219 Loppuraportti (2013), s. 8.

Tämänhetkisenä haasteena on ollut taloudellisten ja ajallisten resurssien puute tehdä riittävän kattavia arvioiteja perinnetietoa ja tapaoikeuksia koskien. Tätä tarkoitusta varten tulisi valtion osoittaa varoja Saamelaiskäräjille, jotta riittävän kattava vaikutusten arviointi ja perinnetiedon kartoitus olisi mahdollista. Saamelaiskäräjät on myös huomauttanut, ettei Akwé:Kon-työryhmien kannanottoja oteta riittävässä määrin huomioon hoito- ja käyttösuunnitelmissa.<sup>220</sup>

Akwé:Kon-ohjeiden soveltamisella Hammastunturin erämaa-aluetta koskevaan hoito- ja käyttösuunnitelmaan luotiin puitteet Akwé:Kon-ohjeiden soveltamiselle muissa Metsähallituksen laatimissa erämaiden ja luonnonpuistojen hoito- ja käyttösuunnitelmissa. Hammastunturin Akwé:Kon-työryhmän toimintaan osoitettiin resursseja ja valmistelijoita, joita ei muiden Akwé:Kon-työryhmien käytössä enää ole ollut. Monelta osin työ näyttäisi kuitenkin vielä olevan kesken siten, että selkeys ohjeiden soveltamisesta, työryhmien aktiivisuus ja omaaloitteisuus sekä Metsähallituksen edustajien rooli ja asenne vaikuttavat Akwé:Kon-ohjeiden toimivuuteen. Koulutusta ja tietoa selkeästi tarvitaan. Yksi toimivuutta lisäävä malli voisi olla se, että Akwé:Kon-ryhmissä olisi pysyvä palkattu sihteeri, jolla olisi tietotaito sekä yhteiset linjat hallussa. Akwé:Kon-ohjeiden on tarkoitus vahvistaa saamelaisten kulttuurin suojaa, mikä ei toteudu optimaalisesti jos vastuu jää pelkästään yksittäisille Akwé:Kon-ryhmille.

Akwé:Kon-ohjeiden pohjalta voitaisiin luoda myös kattavampi yhteishallinta-malli, jossa saamelaisilla olisi keskeisempi rooli myös alueiden ”vartijoina” ja dialogi Metsähallituksen kanssa olisi entistä tiiviimpää. Kuten tämän tutkimuksen maakohtaisissa vertailussa on tullut esille, muut maat ovat Suomea rohkeammin lähteneet viemään eteenpäin erilaisia yhteishallintamalleja, joissa alkuperäiskansojen oikeutta hallita perinteisiä alueita on vahvistettu. Tähän liittyviä ehdotuksia pohditaan raportin lopuksi suosituksia koskevassa kappaleessa.

## **4. Saamelaisten perinteisen maankäytön suojasta muussa lainsäädännössä**

Kuten aiemmassa kappaleessa todettiin, MMM:n työryhmän, (2013) jonka tehtävänä oli valmistella ehdotus saamelaisten osallistumisoikeuksien lisäämiseksi valtion maa- ja vesialueilla, mandaattiin kuului laatia myös ehdotukset lakiin otettaviksi säännöksiksi poronhoidon, metsästyksen ja kalastuksen yleisestä edistämisestä saamelaisten kotiseutualueella ja tehdä ehdotukset tätä koskevien toimenpiteiden rahoittamiseksi. Työryhmä ei kuitenkaan tehnyt ehdotuksia poronhoidon, metsästyksen ja kalastuksen yleisestä edistämisestä. Näiltä osin saamelaisten kulttuurisen itsehallinnon toteutuminen on vielä kesken ja tulisi saattaa päätökseen. Saamelaisten perustuslailliseen kulttuurin suojaan kuuluvat erikseen mainittuina elinkeinoina poronhoito, kalastus ja metsästys. Myös luonnontuotteiden keräily ja perinteinen käsityö katsotaan kulttuuriin kuuluviksi elinkeinoiksi. Tässä jaksossa käsitellään erillisinä kappaleina poronhoitoa ja kalastusta. Metsästystä käsitellään vain hyvin lyhyesti ja yleispiirteisesti. Myös kaivoslakia ja sen vahvuuksia ja täytäntöönpanoa koskevia parannusehdotuksia käsitellään erillisessä kappaleessa. Kappaleet eivät ole tarkoitettu kaiken kattavaksi selvitykseksi saamelaisten perinteisistä elinkeinoista, vaan niiden pääasiallinen tarkoitus on osoittaa, että lainsäädäntöä kehitettäessä on viranomaisten taholta jatkuvasti tiedostettu ja pohdittu saamelaisten erityisasemaa ja erityisoikeuksia maankäytön kysymyksissä. Tästä huolimatta heidän oikeutensa eivät heijastu esimerkiksi poronhoitoa ja kalastusta koskevassa lainsäädännössä perustuslain ja kansainvälisen oikeuden edellyttämällä tavalla. Kappaleessa ehdotetaan lisätoimenpiteitä, joilla voitaisiin parantaa saamelaisten perustuslaillista ja kansainvälisen oikeuden asettamaa suojaa.

<sup>220</sup> Saamelaiskäräjien taustamuistio pääministeri Sipilälle 12.8.2016.

## 4.1. Saamelaisten oikeudesta poronhoitoon

Poronhoito on keskeinen osa saamelaisten kulttuuria, joka nauttii sekä perustuslaillista että kansainvälisestä oikeudesta johtuvaa suojaa, kuten raportin aiemmissa kappaleissa on tuotu esille. Saamelaisten perustuslaillinen ja kansainvälisen oikeuden tunnustama asema alkupe-  
räiskansana sekä siihen liittyvä itsemääräämisoikeus ei kuitenkaan heijastu poronhoitoa koskevassa lainsäädännössä.

Saamelaisten kulttuurinen oikeus poronhoitoon on kuitenkin ollut esillä porolainsäädännön valmistelujen yhteydessä. Jo ensimmäiseen poronhoitolakiin vuodelta 1932<sup>221</sup> liittyen erinäisiä poronhoitoa koskevia kysymyksiä selvittämään asetettiin komitea, jonka mietinnössä<sup>222</sup> todettiin, että "poronhoitomme perustajilla lappalaisilla" oli "ikivanhaan käytäntöön nojautuva" ja "vahvistettu oikeus" kenenkään häiritsemättä käyttää "kaikkea lapeissaan olevaa maata" mm. "poronhoitotarkoituksiin".<sup>223</sup> Lakiin liittyvässä hallituksen esityksessä mainittiin, että lappalaisilla oli ollut valtiovallan vahvistama oikeus kenenkään häiritsemättä käyttää kaiken luontoisia maita poronhoitotarkoituksiin ja että Ruotsissa tämän käyttöoikeuden katsottiin nojautuvan yli-  
muistoiseen nautintaan. Poronhoitoa ei kuitenkaan esitetty varattavaksi lappalaisten erityiseksi oikeudeksi vaan yleiseksi käyttöoikeudeksi.<sup>224</sup>

Poronhoitolain kokonaisuudistuksen yhteydessä vuoden 1985 hallituksen esityksen mukaan poronhoito on tunturialueella saamelaiskulttuurin olennainen osa. Kuitenkaan saamelaisille ei edelleen ehdotettu mitään erityistä asemaa poronhoidossa. Poronhoito katsottiin luonteeltaan yleisoikeudeksi.<sup>225</sup> Sittenmaa- ja metsätalousministeriön työryhmä sai tehtäväkseen tarkastella eduskunnassa rauennutta poronhoitolakiehdotusta lähinnä saamelaiskysymysten osalta.<sup>226</sup> Hallituksen esityksessä eduskunnalle poronhoitolaiksi 1989<sup>227</sup> ei saamelaiskysymystä kuitenkaan käsitelty, vaan esityksessä viitattiin saamelaiskysymyksen osalta saamelaisasiain neuvottelukunnassa meneillään olevaan saamelaisoikeuksien selvitystyöhön.<sup>228</sup> Neuvottelukunta päätyi ehdottamaan, että saamelaisten kotiseutualueella sijaitsevasta valtion maasta muodostettaisiin lapinkylien omistama saamelaisyhteisö. Esitys ei kuitenkaan näiltä osin toteutunut.

Voimassa oleva poronhoitolaki<sup>229</sup> säädettiin ennen perusoikeusuudistusta. Poronhoitolaissa jätettiin saamelaisten oikeus poronhoitoon käsittelemättä, koska saamelaisten oikeudet olivat tuolloin erikseen selvitettävänä.<sup>230</sup> Nykyinen laki ei siten turvaa erikseen perustuslain 17 §:n 3 momentin tarkoittamalla tavalla saamelaisten kulttuurimuotoon kuuluvaa poronhoitoa. Myöskään saamelaiskäräjälain mukainen saamelaisten omaa kielitään ja kulttuuriaan koskeva itsehallinto ei heijastu poronhoitolakiin, vaikka poronhoito nimenomaan katsotaan kuuluvaksi saamelaisten kulttuuriin perustuslain merkityksessä, kuten tämän raportin ensimmäisessä si-

221 Poronhoitolaki 239/1932.

222 KM 1929:8.

223 KM 1929:8, s. 50-51. Komitean kannanotossa viitattiin Juhana III:n vakuuskirjeeseen vuodelta 1584, jossa lapinkylien lappalaisille vahvistettiin rajan sisällä "vanhana ja ylimuistoisena nautintana" kyseinen oikeus maahan (s.6). Perustelussa todetaan ettei kyseistä oikeutta ei ollut milloinkaan "nimenomaan kumottu", joten maankäyttöoikeus oli "periaatteellisesti voimassa" niillä alueilla, missä lappalaiset eivät olleet suomalaistuneet. Suomalaistumisella tarkoitettiin lähinnä uudisasukkaiksi ryhtymistä (s.8). Katso Hyvärinen, H., "Saamelaisten kulttuurin ja elinkeinojen sääntely", teoksessa Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta (Kai Kokko, toim.), Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja B numero 30 (2010), s. 128-130. Katso myös Joona, J., *Poronhoito-oikeus maankäyttöoikeutena*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1993, s.39-40, jossa hän toteaa, että sekä vuoden 1942 poronhoitolakikomitean mietinnön yleisperusteluissa että poronhoitolakitoimikunnan mietinnössä vuodelta 1976 oikeuden poronhoitoon maankäyttöoikeutena katsottiin perustuvan ikimuistoiseen nautintaan: "Poronhoidolla on ikimuistoisista ajoista asti ollut sen tarvitsema käyttöoikeus maahan omistus- ja hallintasuhteista riippumatta... Tälle laissa ilmoitetulle oikeudelle ei ole kuitenkaan tahdottu antaa sitä merkitystä, että se estäisi erilaisia hankkeita ja muita elinkeinoja valtaamasta ja pirstomasta porolaitumia." (KM 1976:36, s.2). Joona jatkaa, että edelleen katsottiin, että poronhoidon asema on uhanalaisempi kuin koskaan ja esitettiin poronhoidon aseman vahvistamista. Ikimuistoiseen oikeuteen harjoittaa poronhoitoa liitettiin siis uusi tavoite eli turvata lainsäädännöllä tämän oikeuden faktinen säilyminen. Joona, J., s. 40.

224 HE n:o 31/1930 vp. Myöskään seuraavassa poronhoitolakia (444/48) koskevassa hallituksen esityksessä (HE n:o 45/1945 vp) ei käsitelty lappalaisten erityistä oikeutta maankäyttöön. Katso analyysi: Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi, 1990:32, sisäasiainministeriö, s. 37.

225 HE n:o 69/1985 vp. 3 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan poronhoidon harjoittamisoikeus olevan luonteeltaan yleisoikeusperustainen ja että koska poronhoitoalueella suurin osa maista on valtion omistuksessa, "poronhoidon harjoittamisoikeuden oikeudellisella luonteella ei näyttäisi olevan erityistä käytännön merkitystä."

226 Työryhmämuistio MMM 1/988:24.

227 HE 244/1989 vp.

228 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi, 1990:32, sisäasiainministeriö s. 38.

229 Poronhoitolaki 14.9.1990/848.

230 Ks. PeVL 3/1990 vp.

sällöllisessä kappaleessa on tuotu esille. Perustuslain 22 § kuitenkin edellyttää, että valtiolta turvaa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumisen. Tästä syystä perustuslakivaliokunta toteaa vuonna 1990 poronhoitolakia koskevassa lausunnossaan, viitaten kansainvälisiin alkuperäiskansojen oikeuksia sisältäviin sopimuksiin, että sopimusveloitteet merkitsevät, että saamelaisväestön poronhoidon harjoittamista suojataan tarpeettomilta rajoituksilta. Korostaen poronhoidon tärkeyttä saamelaisten kulttuurimuodon osana valiokunta kiirehtii saamelaislakiehdotuksen valmistelua ja asian saattamista eduskunnan käsiteltäväksi. Valiokunta toteaa, että myöhemmin on mahdollista tarpeen mukaan muuttaa poronhoitolakia niin, että se on kaikin puolin sopusoinnussa säädettävän saamelaislain kanssa.<sup>231</sup> Myöhemmin saamelaiskäräjälakiin liittyen vuonna 1994 perustuslakivaliokunta toteaa, etteivät hallitusmuodon muutos ja saamelaiskäräjälaki vielä sellaisinaan toteuta elinkeinojen perustuslaillista asemaa alkuperäiskansalle, vaan se, ketkä saavat harjoittaa perinteisiä elinkeinoja eli poronhoitoa, metsästystä ja kalastusta, edellyttää nykyisten lainsäädäntöjärjestelyiden muutosta.<sup>232</sup>

Voimassa olevassa poronhoitolaissa saamelaista poronhoitoa ei ole huomioitu saamelaisten perustuslaillisena tai kulttuurisena oikeutena, vaan se nauttii samanlaista suojaa kuin ei-saamelaistenkin harjoittama poronhoito. Voimassa oleva poronhoitolain<sup>233</sup> 2 §:n 2 momentin mukaan erityisesti poronhoitoa varten tarkoitettulla alueella olevaa valtion maata ei saa käyttää sillä tavoin, että siitä aiheutuu huomattavaa haittaa porotaloudelle. Valtion maata voidaan tällä alueella luovuttaa tai vuokrata vain sillä ehdolla, ettei porojen aiheuttamista vahingoista saa korvausta.<sup>234</sup> Poronhoitolain 3 §:n mukaan poronhoitoa saa harjoittaa poronhoitoalueella maan omistus- ja hallintaoikeudesta riippumatta. Porot saavat laiduntaa ja ottaa ravintonsa vapaasti luonnosta riippumatta siitä, kuka alueen omistaa.<sup>235</sup> Poronhoitolain 4 §:n mukaan poroja saavat omistaa vain poronhoitoalueella pysyvästi asuvat Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion kansalaiset sekä paliskunnat.<sup>236</sup> Poronhoitoa hallinnoivat paliskunnat, jonka osakkaita ovat ne henkilöt, joiden poroja hoidetaan paliskunnan alueella.<sup>237</sup> Saamelaiskäräjät saa kuitenkin nimetä edustajansa mm. Paliskuntain yhdistyksen hallitukseen.<sup>238</sup> Poronhoitolain 53 §:n mukaan suunnitelllessaan valtion maita koskevia, poronhoidon harjoittamiseen olennaisesti vaikuttavia toimenpiteitä valtion viranomaisten on neuvoteltava asianomaisen paliskunnan kanssa.

Saamelaisten perinteiseen poronhoitoon liittyvää hallintomallia, eli nk. siitajärjestelmää, jossa poroja hoidetaan perheittäin tai suvuittain, ei oteta huomioon poronhoitolaissa. Poronhoitolain 7 ja 41 §:n mukaan pelkästään paliskunta vastaa siihen kuuluvien poronhoitajien porojen hoidosta ja määrää porojen laidunalueista. On huomionarvoista, että voimassa olevan poronhoitolain eduskuntakäsittelyssä perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan, että paliskuntajohtoinen poronhoitomalli ulotetaan esityksen mukaan myös sellaisiin (saamelais)paliskuntiin, joissa ”poroja hoidetaan perinteisesti toisella tavalla...esimerkiksi jakautuneena kolmeen erilliseen kyläkuntaan, ja kunkin kyläkunnan poroja hoidetaan erillään toisistaan.” Perustuslakivaliokunta toikin esille, että mainitusta syystä ”yhdenmukaiseen järjestelyyn tältä osin ei välttämättä pidäkään pyrkiä.”<sup>239</sup>

Perustuslakivaliokunnan kannanotto ei kuitenkaan heijastu nykyisessä poronhoitolaissa. Saamelaisten poronhoidon perustana oleva porolaidunoikeus on yleiskäyttöoikeutena jatkuvasti väistynyt maanomistajaksi katsotun valtion oikeuden ja siihen perustuvan muun käytön tiel-

231 Ibid.

232 PeVM 17/1994.

233 Poronhoitolaki 848/1990.

234 Myös erämaalaissa, maastoliikennelaissa ja kolttalaissa on erityisiä poronhoidon asemaa suojaavia säännöksiä.

235 Tähän ns. objektiiviseen poronhoito-oikeuteen voidaan katsoa kuuluvaksi myös eräät käytännön poronhoitoon liittyvät toimet ja puunotto-oikeus (PHL 40 §). Kts. Joona, J., ”Maa- ja vesialueiden yleiskäyttöoikeudet erityisesti Pohjois-Suomen alueella”, Oikeuskirja (toim. Martikainen, Petri). Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Sarja B 25 (1995), s. 269-272.

236 Ajoporoja voi omistaa myös sellainen henkilö, joka ei asu poronhoitoalueella. Lisäksi Paliskuntain Yhdistys voi omistaa poroja koe- ja tutkimustarkoituksia varten. Kts. Joona, J., (1995), Ibid. s. 270.

237 Paliskunta on oikeushenkilö, joka voi kantaa ja vastata toimialueensa poronhoitoa koskevissa asioissa. Ylin päätösvalta kuuluu paliskunnan kokoukselle, jossa kukin paliskunnan osakas saa tietyn rajoituksen äänestää yhtä monella äänellä kuin hänellä on lukuporoja. Paliskunnalla tulee olla hallitus, joka johtaa paliskunnan toimintaa (18 §), ja käytännön toiminnasta vastaava poroisäntä (19 §).

238 Poronhoitolaki 848/1990, 20 §.

239 PeVL 3/1990 vp s. 3.

tä.<sup>240</sup> Poronhoitolaki ei siten turvaa saamelaisten vapaaseen laiduntamiseen perustuvan poronhoidon eilinehtoja, joita ovat laidunrauha, laidunten yhtenäisyys ja laidunten määrä.<sup>241</sup>

Saamelaisten oikeus alkuperäiskansana sen sijaan huomioidaan porotalouden ja luontaiselinkeinojen rahoituslaissa<sup>242</sup>, joka korvattiin vuonna 2011 lailla porotalouden ja luontaiselinkeinojen rakennetuista.<sup>243</sup> Lain tavoitteena on parantaa porotalouden ja muiden luontaiselinkeinojen rakennetta ja toimintaedellytyksiä sekä edistää näitä elinkeinoja harjoittavien elinkeinotoimintaa sekä poronhoito- ja luontaiselinkeinoalueen kehittämistä asuinalueena kestävän kehityksen periaatteita noudattaen. Lain 1 §:n 2 momentissa säädetään, että lain mukaisissa toimenpiteissä on kiinnitettävä erityistä huomiota saamelaisten mahdollisuuksiin alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää kulttuurimuotoonsa kuuluvia elinkeinoja saamelaisten kotiseutualueella. Lain esitöiden mukaan kulttuuriin luetaan saamelaisten alkuperäiskansana harjoittamat elinkeinot. Näillä elinkeinoilla tarkoitetaan ensisijaisesti porotaloutta, mutta myös metsästystä ja kalastusta.<sup>244</sup> Tässä yhteydessä on myös syytä huomioida, että kolttalain<sup>245</sup> ja sen nojalla annetun koltta-asetuksen<sup>246</sup> nojalla voidaan tukea koltta-alueella asuvan koltan elinkeinotoimintaa ja asuntorakentamista.

Edellä mainitun rahoituslain 52 §:n mukaan saatuaan käyttöönsä vuotuiset määrärahat elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen on neuvoteltava Saamelaiskäräjien kanssa periaatteista, joita tämän lain ja sen nojalla annettujen säännösten lisäksi noudatetaan tuettavista kohteista päätettäessä. Neuvotteluissa on käsiteltävä varojen alueellista ohjaamista saamelaisalueella; varojen ohjaaminen porotalouteen ja muihin luontaiselinkeinoihin,<sup>247</sup> varojen ohjaaminen asuntorakentamiseen ja elinkeinojen tukemiseen saamelaisalueella; varojen ohjaaminen paliskuntien ja elinkeinojen harjoittajien hankkeisiin saamelaisalueella. Neuvotteluihin sovelletaan, mitä saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:ssä säädetään.

Aiemmassa, vuoden 2007 mukaisessa lakiin liittyvässä hallituksen esityksessä ei ollut vielä mukana toisen momentin saamelaisia koskevaa säännöstä. Perustuslakivaliokunta ottikin kantaa siihen, että hallituksen esitykseen ei sisältynyt lakiehdotuksen arviointia perustuslain 17 §:n 3 momentin valossa, jonka mukaan saamelaisille alkuperäiskansana on oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan, johon ”kuuluu keskeisenä juuri poronhoito.”<sup>248</sup> Valiokunta muistutti vuoden 2007 lausunnossaan lisäksi siitä, että Saamelaiskäräjien edustus on turvattava lainvalmistelussa alusta lähtien sekä periaatteesta olla ”unohtamatta muun paikallisen väestön oikeuksia.” Valiokunta piti tärkeänä, että valtioneuvoston piirissä ryhdytään kokonaisuudistukseen, jossa ”saamelaisten kulttuurinen ja oikeudellinen erityisasema otetaan asianmukaisesti huomioon”. Näiltä osin valiokunta viittasi aiempaan mietintöönsä, jossa valiokunta totesi, että saamelaisia koskevan EU-pöytäkirjan n:o 3 mukaan ”jäsenyys ei estä myöntämästä saamelaisille perinteisillä alueilla yksinoikeuksia poronhoidon harjoittamiseen”, kun taas ”muunlaisten yksinoikeuksien” toteuttaminen vaatii kaikkien sopimuspuolten suostumusta pöytäkirjassa mainittua menettelyä noudattaen.<sup>249</sup>

240 Hyvärinen, H., ”Saamelaisten perinteisen kulttuurin ja elinkeinojen suoja”, teoksessa K. Kokko (toim), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja B, nro 30, Rovaniemi (2010), s. 133.

241 Katso Heikkilä, L.: *Reindeer talk. Sámi Reindeer Herding and Nature Management*. Acta universitatis Lapponiensis 110. Rovaniemi 2006, s. 319. Poronhoitolain 23 §:ssä säännelty sukumerkki, joka tulee erityisesti poronhoitoa varten tarkoitettulla alueella mahdollisuuksien mukaan muodostaa vanhaan noudatettujen periaatteiden mukaisesti, on ainoa poronhoitolaissa saamelaiskulttuuriin suoraan liittyvä säännös. Sukumerkistäkin päättää kuitenkin Paliskuntain yhdistys. Saamelaisen kulttuurin kannalta olisi tärkeä myös huomioida saamen kielen suojeleminen ja edistäminen poronhoidossa. Kts. Toimenpideohjelma saamenkielen elvyttämiseksi, Opetus- ja kulttuuriministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä, 2012:7. Opetus- ja kulttuuriministeriön korkeakoulu- ja tiedepolitiikan osasto.

242 Vuonna 2000 porotalouslaki (161/1990) ja luontaiselinkeinolaki (610/1984) kumottiin ja niiden tilalle säädettiin porotalouden ja luontaiselinkeinojen rahoituslaki (45/2000). Sen 1 §:n mukaan lain mukaisissa toimenpiteissä on kiinnitettävä huomiota saamelaisten mahdollisuuksiin ylläpitää ja kehittää saamelaiskulttuuriin kuuluvia elinkeinoja saamelaisten kotiseutualueella. Rahoituslaki mahdollisti saamelaiskulttuuriin liittyvien elinkeinojen tukemisen.

243 Laki porotalouden ja luontaiselinkeinojen rakennetuista, 986/2011. Laki on tullut muutoslakineen (1676/2015) voimaan 1.1.2016.

244 HE 247/2010 vp., s. 41, Lain esitöiden mukaan, koska porotalous varsinkin saamelaisten perinteisesti harjoitamiin elinkeinoihin, tukijärjestelmää toimeenpantaessa on erityisesti tarkoitus kiinnittää huomiota siihen, ettei varoja kohdentamista saamelaisalueelle heikennetä, vaan sen suhteellinen osuus varojen kohdentamisessa säilyy edelleen. Lisäksi tavoitteena on tukiehtoja erällät osin muuttamalla parantaa mahdollisuuksia tukea paimennukseen perustuvaa poronhoitoa. HE 247/2010 vp, s. 31.

245 Kolttalaki 253/1995.

246 Koltta-asetus 133/1997.

247 Ks. muutoslaki 30.12.2015/1676.

248 PeVL 21/2007 vp. s. 2–3. Valiokunta viittaa lausuntoihin PeVL 29/2004 vp s. 2 ja HE 309/1993 vp s. 65/II.

249 PeVL 21/2007 vp. s. 2-3.

Saamelaisten poronhoidollisiin erityisoikeuksiin liittyen aiemmin ETA-säännöksistä johtuvan<sup>250</sup> poronhoitolain muutoksen yhteydessä perustuslakivaliokunta kiinnitti erityistä huomiota siihen, ettei poronhoitolain muuttamisen yhteydessä muutosta oltu valmisteltu saamelaisten kannalta asianmukaisesti.<sup>251</sup> Saamelaisvaltuuskunta oli ehdottanut 4 §:ään uutta 2 momenttia, jonka mukaan ”saamelaisten kotiseutualueella poroja saa omistaa alueella pysyvästi asuva saamelainen sekä lisäksi sellainen alueella pysyvästi asuva Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion kansalainen, joka lain voimaan tullessa omistaa poroja tai lain voimaan tultua saa niitä omistukseensa perinnön tai testamentin nojalla.”<sup>252</sup> Viitaten ehdotukseen, perustuslakivaliokunta toteaa ehdotuksen tarkoituksena olevankin juuri turvata saamelaisille etuoikeus poronhoidon harjoittamiseen kotiseutualueellaan. Valiokunnan käsityksen mukaan tämä tavoite, etenkin kun otetaan huomioon asiaan liittyvät kansainväliset sopimukset<sup>253</sup> ja poronhoidon tärkeys saamelaisten kulttuurimuodon osana, on katsottava sellaiseksi erityisperusteeksi, jonka vuoksi valtuuskunnan ehdotus voidaan hallitusmuodon 7 §:n estämättä toteuttaa tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä.<sup>254</sup>

Saamelaisten perustuslaillinen erityisoikeus poronhoitoon edellyttäisi kuitenkin sen huomioimista myös poronhoitolaissa. Poronhoitolain 2 §:n 2 momentti ei tarjoa nykymuodossaan 17 §:n 3 momentin sekä KP-sopimuksen 27 artiklan edellyttämää suojaa perinteiselle poronhoidolle. Analysoidessaan ILO sopimus 169:n ratifiointiperusteita Vihervuori toteaa, että kiistattomasti ILO:n sopimuksen vaatimukset poronhoidon osalta täyttäisi sellainen ratkaisu, jolla poronhoidosta säädettäisiin saamelaisten yksinoikeus saamelaisten kotiseutualueella. Tämä kuitenkin aiheuttaisi huomattavia muun paikallisen väestön elinkeinonharjoittamiseen ja yhdenvertaisuuteen liittyviä ongelmia.<sup>255</sup> Hän huomauttaakin, että ILO sopimus 169:n 34 artiklan mukaan sen täytäntöön panemiseksi tehtävien toimien laatu ja laajuus on ratkaistava joustavasti kunkin maan erityisolosuhteet huomioon ottaen. Niin ikään hän muistuttaa, että kansainvälinen oikeus lähtee vähemmistön suojelussa siitä, ettei alueen pääväestön jo saavuttamia etuja loukata.<sup>256</sup>

Vihervuori analysoi myös EU:n pöytäkirjan n:o 3:n vaikutuksia saamelaiseen poronhoitoon. Hän toteaa pöytäkirjan tunnustavan velvollisuudet ja sitoumukset, jotka Norjalla, Ruotsilla ja Suomella kansallisen ja kansainvälisen oikeuden nojalla on saamelaisiin nähden, ottaen huomioon että Norja, Ruotsi ja Suomi ovat sitoutuneet saamelaisten elinkeinojen, kielen ja kulttuurin sekä elämäntavan kehittämiseen. Saamelaisille saadaan yhteisen perustamissopimuksen estämättä myöntää yksinoikeuksia porotalouden harjoittamiseen perinteisillä saamelaisalueilla. Pöytäkirjaa voidaan myöhemmin laajentaa koskemaan muitakin perinteisiin saamelaiselinkeinoihin liittyviä saamelaisten yksinoikeuksia. Hän toteaa kuitenkin, että Suomessa saamelaisten yksinoikeutta ei voida muun paikallisen väestön ja heidän saavuttamiinsa etuihin liittyvän luottamuksensuojan vuoksi saattaa poikkeuksettomaksi. Tästä syystä Vihervuori ehdottaakin poronhoitolain tarkistamista niin, että laissa nykyistä selvemmin korostuu saamelaisten oikeus poronhoitoon saamelaisten kotiseutualueella. Niissä paliskunnissa, joiden poronhoitajista vähintään puolet on saamelaisia, olisi oikeus saada poronsa hoidetuksi vain saamelaisilla sekä

250 HE 192/1992 vp laiksi poronhoitolain 4 §:n muuttamisesta.

251 PeVL 1993/8 vp.

252 HE 1993/8 vp.

253 Viitaten lausuntoonsa 3/1990 vp, perustuslakivaliokunta mainitsee ILO sopimus 169:n, KP-sopimuksen 27 artiklan, Euroopan neuvoston ihmisoikeus-sopimuksen ja sen lisäpöytäkirjat sekä kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevan kansainvälisen yleissopimuksen. PeVL 3/1990 vp.

254 Valiokunnan käsityksen mukaan saattaa kuitenkin käydä niin, että valtuuskunnan ehdotus johtaisi sellaiseen tilanteeseen, jossa poroja nyt laillisesti omistava ja poronhoitoa saamelaisten kotiseutualueella harjoittava Suomen kansalainen ei enää olisikaan tähän oikeutettu. Taustaksi valiokunta viittaa siihen, että saamelaisten kotiseutualue ei ole yhteneväinen kuntajaotuksen kanssa ja että laki rakentuu paliskuntakeskeisen poronhoidon varaan (ks. esim. 9 §). Lausuntoonsa n:o 3/1990 vp vedoten valiokunta toteaa, ettei tällaista seurausta voitaisi pitää hyväksyttävänä hallitusmuodon 6 ja 7 §:n säännösten kannalta. Mainitussa yhteydessä valiokunta myös eritteli, miten menetellen tuolloin ehdotetut säännökset voitisiin sisällyttää tavalliseen lakiin. PeVL 1993/8 vp. Tuossa yhteydessä valiokunta totesi, että sääntelyä olisi täsmennettävä tai sitä olisi tulkittava niin, että poronhoitoalueelta pois muuttaneilla poronhoitajajana ja alueen ulkopuolella asuvalla poroja perinnöksi saaneilla on selkeä oikeus omistaa poroja määräajan ja saada ne hoidetuksi paliskunnan toimesta. Näin menetellen lakiehdotus voidaan tältä osin arvioituna käsitellä tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä. PeVL 1990/3 vp.

255 Vihervuori, P., Maahan, veteen ja luonnonvaroihin sekä perinteisiin elinkeinoihin kohdistuvat oikeudet saamelaisten kotiseutualueella, ILO:n alkuperäis- ja heimokansojen koskevan yleissopimuksen edellyttämät saamelaisten maahan ja vesiin kohdistuvia oikeuksia koskevat muutosehdotukset, 1999, s.118.

256 Ibid.

niillä muilla poronomistajilla, jotka asuvat paliskunnan alueella. Voimaantulosäännöksellä turvattaisiin muiden sellaisten poronhoitajien oikeudet, joilla on ehdotettavien säännösten tullessa voimaan oikeus saada poronsa hoidetuksi asianomaisessa paliskunnassa.<sup>257</sup>

Myös ILO sopimus 169:än ratifiointiedellytyksiä koskevan lausuntokierroksen yhteydessä 2012 Suomen Porosaamelaiset ry esitti, että poronhoito tulisi saamelaisten kotiseutualueella säätää saamelaisten erityiseksi oikeudeksi siirtymäsäännöksen avulla ja saamelaisten paliskuntien itsehallintoa turvata. Saamelaisporonhoidolle tulisi varata Paliskuntain yhdistyksen rahoituksesta oma erillinen rahoitus. Porotalous ja sen rahoitus tulisi turvata vähintään samalle tasolle kuin maatalouden tuki.<sup>258</sup>

Saamelaisten kulttuurisen suojan vahvistamisesta ei voida puhua erillään perinteisten elinkeinojen turvaamisesta. Poronhoito nähdään saamelaiskulttuurin keskeisenä nimittäjänä. Perustuslakivaliokunnan lisäksi muun muassa työelämä- ja tasa-arvovaliokunta on linjannut, että ”erityistä huomiota tulee kiinnittää saamelaisten oikeuksiin alkuperäiskansana ja saamelaiskulttuurin tärkeimmän aineellisen perustan eli poronhoidon turvaamiseen. Viranomaisten tulee suunnitelmallisesti edistää saamelaisten mahdollisuuksia harjoittaa poronhoitoa ja hankkia sillä toimeentulonsa.”<sup>259</sup> Saamelaiskäräjät on niin ikään esittänyt Porotalouden- ja luontaiselinkeinojen rahoituslakiin paimennustukea saamelaisen poronhoitomallin tukemiseksi ja säilyttämiseksi sekä petovahinkojen ennaltaehkäisemiseksi.<sup>260</sup>

Yhteenvedon voidaan todeta, että poronhoito ei ole Suomessa saamelaisten yksinoikeus. Siitä huolimatta perustuslaki ja kansainvälinen oikeus velvoittavat Suomea turvaamaan saamelaisten poronhoitoa alemmassa lainsäädännössä. Myös EU:n pöytäkirja n:o 3 mahdollistaa saamelaisen poronhoidon erityissuojan. Poronhoitolakiin olisikin selkeintä lisätä maininta saamelaisten perustuslaillisesta oikeudesta alkuperäiskansana sekä tähän asemaan liittyvä kulttuurin suoja. Saamelaisten itsemääräämisoikeus edellyttää myös Saamelaiskäräjien aseman vahvistamista poronhoitokysymyksissä. Kolttien kyläkokous on esimerkki saamelaisten perinteisestä hallintojärjestelmästä, joka nauttii lain suojaa. Kolttien kyläkokouksella olisi perusteltua olla Saamelaiskäräjien lisäksi vahvistettu oikeusasema poronhoitoon liittyvässä lainsäädännössä tai siihen liittyvässä erillisessä ohjeistuksessa. Saamelaisten siitajärjestelmän tunnustamista osaksi saamelaista poronhoitoa tulisi tukea ottamalla siidat paremmin huomioon poronhoitoon liittyvässä hallinnossa ja päätöksenteossa (siellä missä poroja yhä hoidetaan siidoittain) paliskuntien, paliskuntain yhdistyksen, Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen lisäksi. Kuten edellisessä kappaleessa mainittiin, sekä YK:n alkuperäiskansajulistus että ILO sopimus 169 velvoittavat valtioita ottamaan huomioon alkuperäiskansojen tapaoikeudet ja perinteiset hallintojärjestelmät.

Saamelaiskulttuurin heikentämiskielto tulisi sisällyttää johdonmukaisesti niin poronhoitolakiin kuin kaikkien saamelaisiin keskeisesti vaikuttavaan lainsäädäntöön. Tällaisilla erityissäännöksillä ei kuitenkaan saa olla muiden poronhoitajien oikeusasemaa heikentäviä vaikutuksia. Edellä kuvatut muutokset olisivat esimerkki vahvasti suojatusta käyttöoikeudesta, jolla ei kuitenkaan estettäisi muiden kuin saamelaisten perustuslaillista ja poronhoitolain vahvistamaa suojaa elinkeinoonsa. Saamelaiskulttuurin mukainen poronhoidon erityissuoja alemmassa lainsäädännössä toimisi myös osana Pohjoismaisen saamelaissopimuksen ja ILO sopimus 169:n täytäntöönpanoa, mikäli Suomi päättää ratifioida nämä sopimukset. Heikentämiskiellon yhteydessä tulisi myös laajoissa hankkeissa suorittaa kulttuuristen vaikutusten arviointi asianomaisen viranomaisen taholta, yhteistyössä Saamelaiskäräjien ja saamelaisten elinkeinojen harjoittajien kanssa. Koska poronhoito ei ole saamelaisten yksinoikeus, poronhoitolainsäädännön uudistus saamelaisten oikeuksien kohdalta edellyttäisi vaihtoehtojen pohtimista, jotka eivät heikentäisi muiden kuin saamelaisten poronhoitajien asemaa, ja joilla kuitenkin turvattaisiin saamelainen poronhoito kulttuuriin perustuvana erityisoikeutena.

257 Ibid., s. 124–125.

258 Oikeusministeriön mietintö ja lausuntoja 29/2012, Alkuperäiskansoja koskevan sopimuksen ratifiointiedellytykset, lausuntotiivistelmä, s. 13.

259 TyVM 7/2003 vp — HE 44/2003 vp.

260 Saamelaiskäräjien toimintaohjelma ja taloussuunnitelma 2016–2019, s. 15.

Metsähallitus ja Paliskuntain yhdistys ovat tehneet keskinäisen sopimuksen vuonna 2013, joka pitää sisällään sopimuksen neuvottelumenettelyistä sekä sopimuksen Metsähallituksen toiminnan ja poronhoidon yhteensovittamisesta.<sup>261</sup> Metsähallitus voisi myös sopimuksin tai ohjesääntöin vahvistaa Saamelaiskäräjien, Kolttien kyläkokouksen ja tarvittaessa siitojen osallistumista poronhoidon kysymyksiin, millä tuettaisiin saamelaiskulttuurin kokonaisvaltaisempaa huomiointia maankäyttöön liittyvissä ratkaisuissa.

## 4.2. Saamelaisten oikeudesta kalastaa

Saamelaisten oikeus kalastukseen juontuu poronhoito-oikeuden tapaan heidän perustuslaillisesta asemastaan alkuperäiskansana, sekä siihen liittyvästä oikeudesta kulttuuriin ja itsemääräämisoikeuteen. Perustuslain ja kansainvälisen suojelun taso ei toteudu tämänhetkisessä kalastuslainsäädännössä. Kalastuslainsäädännössä sen sijaan saamelaisilla voi olla oikeuksia kalastukseen omistajan, kuntalaisen tai erityisetuuden omistuksen kautta jäljempänä kerrotulla tavalla.

Saamelaisten kalastus kulttuurisena oikeutena on tunnustettu ja tunnustettu lainsäädännön valmistelussa. Jo edellisen kalastuslain<sup>262</sup> kokonaisuudistuksen yhteydessä päädyttiin siihen, että suurelta osin saamelaisväestölle kuuluvien vanhojen oikeuksien selvittämättömyyden vuoksi uutta lakia ei ulotettu koskemaan Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kuntaa.<sup>263</sup> Pohjoisten kuntien kalastuslakitoimikunta ehdotti mietinnössään pohjoisia kuntia varten erillistä kalastuslakia, jonka mukaisesti paikkakunnalla vakituisesti asuvilla saamelaisilla ja muillakin luontaistaloudesta elävällä henkilöllä olisi valtion ohella kalastusoikeus kylänrajan ulkopuolisiin vesiin.<sup>264</sup>

Maanomistajille kuuluvien vesialueiden erottamiseksi ja kalastuksen järjestämiseksi annettiin hallituksen esitys eduskunnalle Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa suoritettavaa vesialueiden rajankäyntiä sekä kalastamista pohjoisella vesialueella koskevaksi lainsäädännöksi.<sup>265</sup> Laki-ehdotuksessa kalastamisesta pohjoisella vesialueella hallitus otti neutraalin kannan valtion metsämaan alueelle jäävien vesien omistusoikeuteen nimittämällä ne pohjoiseksi vesialueeksi. Ehdotuksessa todettiin, että siinä ei kosketa saamelaisten omistus- ja hallintaoikeuteen pohjoisen vesialueen vesiin kysymyksen laajakantoisuuden vuoksi, vaan asia jätetään erikseen selvitettäväksi.<sup>266</sup> Asia on edelleen keskeneräinen ja saamelaisten kalastusoikeudet toteutuvat monelta osin puutteellisesti, mikä heijastuu esimerkiksi erilaisissa kalastusmuodoissa ja niihin liittyvissä lupakysymyksissä.

Perustuslakivaliokunta lausui hallituksen esitykseen liittyen vuonna 1978, että luontaistaloudesta huomattavan osan toimeentulostaan saavilla maata omistamattomilla kyseisten kuntien asukkailla, joista valtaosa kuuluu saamelaisväestöön, on perinteisesti ollut ja edelleenkin on vähintään nautintaperusteisiin oikeuksiin rinnastettava oikeus kalastukseen, mikä oikeus nauttii sekä ammattikalastuksen että kotitarviketalastuksen luonteisena hallitusmuodon 6 §:ssä tarkoitettua omaisuudenturvaa ehdotuksessa tiloilla tarkoitetuilla vesialueilla ja niiden ulkopuolille jäävällä pohjoisella vesialueella.<sup>267</sup>

Lausunnossa todetaan, että kalastuslakiehdotuksen 3 ja 4 §:n nojalla kalastus tulisi luvanvaraiseksi ja maksulliseksi, mitä se ei ole aikaisemmin ollut. Lisäksi viitataan siihen, että tämän kalastusoikeuden kanssa kilpailisivat myös muut kalastusoikeudet. Erikseen mainitaan esitetyn

261 Sopimus hyväksytty 4.4.2013, [http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Liite2\\_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d66](http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Liite2_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d66)

262 Kalastuslaki 286/1982.

263 Vuoden 1982 kalastuslain voimaantulo- ja siirtymäsäännöksiin lisättiin 129 § 4. momentti, jonka mukaan laki ei koske Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kuntien aluetta, joiden alueiden osalta kalastuslaki (503/51) siihen myöhemmin tehtyine muutoksineen jää edelleen voimaan. LtVM 18/1981 vp. Vuonna 1997 säädettiin, että vuoden 1982 kalastuslaki tulee voimaan myös kolmen pohjoisimman kunnan alueella.

264 KOM 1984:27, s. 8, Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi, 1990:32, sisäasiainministeriö, s. 35.

265 HE 243/1976 vp.

266 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi, 1990:32, sisäasiainministeriö s. 38.

267 PeVL 7/1978 vp.



rajankäyntilain 10 §, jossa oli kysymys yksityisten tilojen ylimuistaiseen nautintaan tai muuhun lailliseen perusteeseen nojautuvista tilojen kalastusoikeuksista kylän rajan ulkopuolelle jäävällä vesialueella.<sup>268</sup> Lausunnon mukaan erityisesti se, että mainitusta oikeudesta olisi tullut luvanvarainen ja maksullinen teki lakiehdotuksesta perustuslain vastaisen. Lausuntoa voidaan tulkita myös siten, että perustuslakivaliokunta näki ongelmaksi myös sen, että myös muilla perusteilla samalla alueella harjoitettava kalastus tulisi tosiasiallisesti rajoittamaan edellä kuvattua kalastusta.<sup>269</sup> Huomionarvoista on, että - viitaten Suomen ratifioimaan kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen - perustuslakivaliokunta esitti, että saamelaisväestön kulttuurimuotoon olennaisesti kuuluvaa kalastuselinkeinon harjoittamista suojataan aiheettomilta rajoituksilta. Tätä edistäisi valiokunnan näkemyksen mukaan, mikäli rajankäyntilain 10 §:ään, minkä tarkoituksena on suojata ylimuistaisen nautinnan kautta tai muulla tavoin laillisesti saatua yksityistä oikeutta vesialueeseen, liitettäisiin epäselvyyksien välttämiseksi ja saamelaisväestön oikeusturvan parantamiseksi 2 momentin loppuun lause, jonka mukaan laki on sama myös luontaistaloudessa elävän saamelaiskylän ylimuistaiseen nautintaan tai muuhun lailliseen perusteeseen nojautuvien vastaavien oikeuksien osalta.<sup>270</sup>

Perustuslakivaliokunnan kannanotto johti siihen, että vesipiirirajankäynnit toimitettiin yleisen lain eli vuoden 1902 välirajalain mukaan, eikä tilattoman saamelaisväestön oikeuksia kalastukseen otettu huomioon. Näitä oikeuksia ei ole myöhemminkään vahvistettu eikä kumottu.

Kalastuslakiuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta lausui 1981 niin ikään laki- ja talousvaliokunnalle, viitaten aiempaan lausuntoonsa kyseisten henkilöiden perustuslaillisesta omaisuudensuojasta, että valiokunnan kannasta huolimatta näiden vanhojen kalastusoikeuksien kohtalo on edelleen epäselvä ”eikä näitä vanhoja oikeuksia voida vaikeuksista järjestää tämän kalastuslakiehdotuksen yhteydessä”. Valiokunta huomautti, että pohjoisten kuntien kalastuskysymykset tuli viipymättä selvittää erikseen. Lisäksi viitattiin siihen, että Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kuntien vesipiirirajankäyntien osalta ei ole lainvoimaisia ratkaisuja.<sup>271</sup>

Tilattoman saamelaisväestön kalastusoikeus otettiin 1997 vuoden lakimuutoksella<sup>272</sup> kalastuslain 12 §:ssä huomioon siten, että Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kunnassa vakituisesti asuvilla henkilöillä, jotka harjoittavat ammattikalastusta, kotitarvekalastusta tai luontaiselinkeinoja, on oikeus saada korvauksetta lupa kalastuksen harjoittamiseen mainituissa kunnissa sijaitsevilla valtiolle kuuluvilla vesialueilla.<sup>273</sup> Perustuslakivaliokunta otti kantaa kalastuksen tuomiseen luvanvaraiseksi ja maksulliseksi Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kuntien saamelaisille. Lausunnon mukaan kyseistä muutosta ei pidä toteuttaa edes perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Valiokunta viittaa ILO sopimus 169:ään sekä aiemmassa lausunnossaan viittaamiin kansainvälisiin sopimuksiin.<sup>274</sup>

Kalastuslaki on sittemmin uudistettu ja uusi kalastuslaki tuli voimaan 1.1.2016. Uusikaan kalastuslaki ei siis erikseen turvaa saamelaisten oikeuksia, mutta saamelaisten oikeudet toteutuvat edelleen kuntalaisen oikeuksina myöhemmin kerrotulla tavalla. Saamelaisväestöstä vain kolt-tasaamelaisilla on saamelaisuuteen perustuva kalastusoikeus. Koltta-alueella asuvalla kolt-tasaamelaisella on kolttalain 9 §:n 7 kohdan mukaisesti oikeus ilman eri korvausta harjoittaa kalastusta koltta-alueella sijaitsevalla valtion vesialueella. Uusi kalastuslaki ei vaikuta tähän oikeuteen.

268 Ibid., s. 3.

269 Joona, J., *Pohjois-Lapin erityiset kalastusoikeuskysymykset*, Juridica Lapponica 36 (2011), s. 44.

270 PeVL 7/1978 vp., 3. Katso analyysi Joona, J. (2011), s. 4.

271 PeVL 5/1981 vp.

272 19.12.1997/1212.

273 Lausunnossaan 27/1997 perustuslakivaliokunta katsoi, että nykyiseen kalastuslakiin johtaneen esityksen voi katsoa ”osaksi turvaavan saamelaisten oikeutta” käyttää kyseisiä vesialueita. Perustuslakivaliokunta on lisäksi viitannut aiempiin lausuntoihinsa (7/1978 vp ja 5/1981 vp) lausunnossaan (PeVL 13/1989 vp) Tenojoen kalastussäännön eräiden määräysten hyväksymisestä.

274 PeVL 30/1993 vp; PeVL 3/1990 vp.

Maa- ja metsätalousministeriö asetti 25.11.2008 työryhmän, jonka tehtävänä oli selvittää kalastuslakiin (286/1982) liittyvät uudistustarpeet sekä tehdä ehdotus uudeksi kalastuslaiksi.<sup>275</sup> Saamelaiskäräjiä ei nimetty työryhmän jäseneksi, mutta työryhmän työtä tukevaan kalastusjaostoon nimettiin yksi Saamelaiskäräjien edustaja. Elinkeinojaostossa ei ollut saamelaisten edustajaa. Työryhmä ja jaostot olivat erittäin laajoja<sup>276</sup>, joten Saamelaiskäräjien edustusta vain yhdessä jaostossa ei voida pitää saamelaisen itsehallinnon kannalta onnistuneena. Saamelaiskäräjien tulisi osallistua kaikkeen lainvalmisteluun, jolla on merkittävä vaikutus heidän oikeuteensa alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää heidän kulttuuriaan. Kolttien kyläkokouksella ei myöskään ollut edustusta jaostoissa. Perustuslakivaliokunta on täsmentänyt saamelaiskäräjälain 9 §:n neuvotteluvaiheita siten, että Saamelaiskäräjien edustus on varmistettava alusta lähtien perustuslain 17 §:n 3 momenttiin liittyvissä lainvalmisteluasioissa.<sup>277</sup> Valiokunta on myös pitänyt tärkeänä, että valtioneuvoston piirissä ryhdyttäisiin kokonaisuudistukseen, jossa saamelaisten kulttuuriset ja oikeudelliset kysymykset otetaan asianmukaisesti huomioon nykyistä selkeämmin.<sup>278</sup> Kalastuslain kokonaisuudistus kuuluu yksiselitteisesti perustuslain 17 §:n 3 momentin piiriin. Perustuslakivaliokunnan kanta ei ole toteutunut kalastuslain valmistelussa.

Uuden lain 1 §:n mukaan lain tarkoituksena on parhaaseen käytettävissä olevaan tietoon perustuen järjestää kalavarojen ekologisesti, taloudellisesti ja sosiaalisesti kestävä käyttö ja hoito siten, että turvataan kalavarojen kestävä ja monipuolinen tuotto, kalakantojen luontainen elinkierto sekä kalavarojen ja muun vesiluonnon monimuotoisuus ja suojelu. Saamelaiskäräjät esitti pykälään lisättäväksi ”*suojelu sekä saamelaisten perinteisiin elinkeinoihin kuuluvan saamelaisen kalastuskulttuurin elinvoimaisuus.*”<sup>279</sup>

Saamelainen kalastuskulttuuri liittyy myös aiemmassa kappaleessa käsitellyyn biodiversiteettisopimukseen. Ympäristöministeriön asettama kansallinen artikla 8 (j)-työryhmä on loppuraportissaan todennut saamelaisen kalastusperinteen tulleen uhanalaiseksi ja esittänyt toimenpiteitä kalastusperinteen elvyttämiseksi ja turvaamiseksi.<sup>280</sup> Saamelainen kalastuskulttuuri on myös biodiversiteettisopimuksen suojelemaa tavanomaista luonnonkäyttöä.<sup>281</sup> Saamelaiskäräjät esittikin, että kalastuslain kokonaisuudistuksessa tulee turvata saamelaisen kalastuksen kulttuuristen tapojen säilyminen biodiversiteettisopimuksen edellyttämällä tavalla.<sup>282</sup> Tämän toteuttamiseksi kalastussäännösten vaikutuksia saamelaiselle kalastuskulttuurille olisi syytä arvioida kalastukseen liittyvissä hoito- ja käyttösuunnitelmissa.

Lakia koskeva hallituksen esityksessä viitataan perustuslain 17 §:n 3 momenttiin ja saamelaisten oikeuteen alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Niin ikään todetaan tämän säännöksen suojaavan saamelaisten perinteisiä elinkeinoja, kuten poronhoitoa, kalastusta ja metsästystä. Esityksessä todetaan kuitenkin, ettei perustuslaillinen oikeus kulttuuri-itsehallintoon tarkoita rajoittamatonta oikeutta perinteisistä elinkeinoista päättämiseen. Perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan elinkeinolla. Myös paikalliset asukkaat ovat perinteisesti voineet harjoittaa poronhoitoa, metsästää ja kalastaa samoin perustein kuin saamelaiset. Kalastuslain

275 Työryhmämuistio mmm 2012:3.

276 Työryhmämuistio mmm 2013:3, s. 4-5.

277 PeVL17/1994; PeVL 21/2007 vp.

278 Ibid.

279 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä uudeksi kalastuslaiksi, 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013, s. 5, [http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712\\_164142\\_saamkarajat\\_lausunto.pdf](http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712_164142_saamkarajat_lausunto.pdf).

280 Biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen alkuperäiskansojen perinnetietoa käsittelevän artikla 8:n kansallisen asiantuntijatyöryhmän loppuraportti, kesäkuu 2011, esim. s. 13, 44.

281 Artikla 10(c): sopimusosapuolien tulee suojella ja kannustaa biologisten resurssien tavanomaista käyttöä perinteisten kulttuuristen tapojen mukaisesti, jotka soveltuvat suojelun ja kestävästi käytön vaatimuksiin.

282 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä uudeksi kalastuslaiksi, 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013, s. 4. Saamelaiskäräjät toteaa lisäksi, että kalastuslaissa tulee asianmukaisesti turvata kielellisten oikeuksien toteutuminen ja saamen kielilain velvoitteet (1086/2003). Lakiluonnoksen vaikutuksia ei saamelaisten kotiseutualueella ja saamelaisten oikeuksia koskevilta osin olla arvioitu, mitä on pidettävä hyvin suurena puutteena. Jotta kalastuslaista voidaan säätää, on sen vaikutukset arvioitava huolellisesti. s.5.

ja sen nojalla säädettyjä kalastusoikeuden rajoituksia sovelletaan kaikkiin kalastusta harjoittaviin yhdenmukaisesti eikä kyseisten rajoitusten voida katsoa loukkaavan saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa.<sup>283</sup>

Hallituksen esityksen perustelut ovat saamelaisten oikeuksien toteutumisen kannalta ongelmallisia. Perustuslain 18 §:n 1 momentilla ei voida vesittää perustuslain 17 §:n 3 momenttia vaan molemmat oikeudet on turvattava yhdessä ja erikseen. Saamelaisille on alkuperäiskansana perustuslaissa turvattu *erityinen* oikeus kulttuuriin ja siihen liittyvään itsehallintoon. Esityksessä on oikein todettu, ettei 17 §:n 3 momentista voida johtaa ”rajoittamatonta oikeutta perinteisistä elinkeinoista päättämiseen.”<sup>284</sup> Siitä voidaan kuitenkin johtaa vähintäänkin ”tehokas ja tosiasiallinen osallistumisoikeus” perinteisistä elinkeinoista päättämiseen. Hallituksen esityksessä ei millään tavoin huomioida kansainvälisen oikeuden kehitystä, jossa mm. KP-sopimuksen 27 artiklaa valvova YK:n ihmisoikeuskomitea entistä voimakkaammin painottaa todellisia neuvotteluja, joiden tavoitteena tulee olla alkuperäiskansan suostumus niihin asioihin, jotka olennaisesti vaikuttavat heidän kulttuuriin sekä asemaan alkuperäiskansana.<sup>285</sup>

Saamelaisten itsemääräämisoikeuden ei voida nähdä tarkoittavan oikeutta käyttää maita ja vesisiä yksivaltaisesti. Sen sijaan ryhmän itsemääräämisoikeus ei voi toteutua, ellei saamelaisilla ole tehokasta ja todellista mahdollisuutta vaikuttaa perinteisistä elinkeinoista päättämiseen. Tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen tähtäävän positiivisen erityiskohtelun kannalta on hallituksen esityksessä ongelmallinen maininta siitä, että kalastuslain ja sen nojalla säädettyjä kalastusoikeuden rajoituksia sovelletaan kaikkiin kalastusta harjoittaviin yhdenmukaisesti eikä kyseisten rajoitusten voida katsoa loukkaavan saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa. Tosiasiallisen kulttuuri-itsehallinto tulee loukatuksi aina, kun alempi lainsäädäntö epäonnistuu laittamaan täytäntöön perustuslaista ja kansainvälisestä oikeudesta johtuvan erityisen suojan, joka edellyttää erityisiä toimenpiteitä kulttuurin turvaamiseksi. Erityisoikeudet voidaan vahvistaa siten, ettei myöskään muiden kuin saamelaisten perustuslaillista oikeutta loukata.

Saamelaisten kalastusoikeudet eivät siis ole kalastuslaissa saamelaisten erityisoikeuksia, mutta voivat toteutua vesialueen omistuksen tai erityisperusteisten kalastusetuuksien nojalla. Poikkeuksena on kolttien kolttalain<sup>286</sup> 9 §:n mukainen kalastusoikeus, johon kalastuslain 3 §:ssä viitataan. Voimassa olevan kalastuslain mukaan oikeus kalastaa ja määrätä kalastuksesta kuuluu aiemman lainsäädännön tapaan pääsäännön mukaan vesialueen omistajalle.<sup>287</sup> Kalastusoikeus nauttii perustuslain (PL 15 §) turvaamaa omaisuudensuojaa.<sup>288</sup> Kalastaminen voi pohjautua myös kiinteistöjen erityisperusteisiin kalastusoikeuksiin. Erityisperusteisilla kalastusetuuksilla tarkoitetaan muulle kuin vesialueen omistajalle kuuluvaa kalastusoikeutta, joka useimmiten liittyy tietyn toisen kiinteistön omistukseen.<sup>289</sup>

Lain määritelmän mukaan *erityisperusteisilla kalastusetuuksilla* tarkoitetaan sellaisia kiinteistönmuodostamislain<sup>290</sup> 2 §:n 1 kohdassa tarkoitettuja kiinteistöön kuuluvia yhteisiä tai yksityisiä erityisiä etuuksia, jotka oikeuttavat kiinteistön omistajan kalastamaan muutoin kuin vesialueen omistuksen tai osakkuuden perusteella toisen omistamalla vesialueella (*erityinen kalastusetuusalue*) taikka käyttämään erillistä kalastuspaikkaa, kuten lohi- tai siikapatoa taikka näihin verrattavaa kalapatopaikkaa, kulkutuspaikkaa, verkkopaikkaa tai muuta näihin verrattavaa kalastukseen käytettävää vesistön kohtaa (*erityinen kalastuspaikka*).<sup>291</sup>

283 HE 192/2014 vp.

284 Ibid.

285 Katso analyysi kappaleessa 5.

286 253/1995.

287 5§.

288 HE 192/2014 vp (Hallituksen esitys eduskunnalle kalastuslaiksi), s. 4-5. Ks. myös MMM 2012:2 (Kalastuslain kokonaisuudistuksen työryhmän mietintö), s. 46-47.

289 Erityisten etuuksien syntyminen on ollut hyvin tapauskohtaista. Erityiset etuudet kohdistuvat toisen osakunnan omistamalle tai yksityiselle vesialueelle tai valtion vesialueelle, ja näissä vesistöissä tiettyihin kalastuspaikkoihin. Erityinen etuus on voitu myöntää talolle tai jakokunnalle. Kts. Hyvönen, V., *Kiinteistönmuodostamisoikeus II. Kiinteistötoimitukset*, Espoo (2001), s. 496.

290 Kiinteistönmuodostamislaki 554/1995.

291 4 §.

Voimassa olevan kalastuslain 6 §:n mukaan sellaisen kiinteistön, johon kuuluu erityisperusteisia kalastusetuuksia, omistajalla on oikeus etuuden mukaisella tavalla kalastaa ja määrätä kalastuksesta.<sup>292</sup> Uudessa laissa ei enää puhuta ylimuistoisesta nautinnasta erityisetuksien perustana, kuten aiemmassa kalastuslaissa.<sup>293</sup> Sen sijaan uudessa laissa säädellään erityisperusteisten kalastusetuuksien yhteensovittamisesta vesialueen omistajien kanssa.<sup>294</sup> Hallituksen esityksessä kuitenkin mainitaan, että kiinteistöllä voi olla ylimuistoisesta nautinnan perusteella tai muulla perusteella laillisesti saatu erityinen etuus kalastuspaikkaan tai kalastukseen toiselle kuuluvalla vesialueella.<sup>295</sup> Kiinteistölle kuuluvat erityisperusteiset kalastusoikeudet tulisi kiinteistönmuodostamislain<sup>296</sup> 101 §:n mukaan selvittää ja ratkaista kiinteistönmäärittymistoimittuksessa. Kiinteistönmäärittymistoimitus tehdään lähtökohtaisesti kiinteistön omistajan tai muun asianosaisen hakemuksesta, mutta toimituskustannukset voidaan lain edellytysten täytyessä maksaa myös valtion varoista.<sup>297</sup>

Esimerkiksi Utsjoen, Inarin, Enontekiön, Muonion ja Kittilän kunnissa on vahvistettu noin 900 erityistä etuutta, jotka ovat muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta yhteisiä erityisiä etuuksia. Erityisten etuuksien osakaskiinteistöjen määrät vaihtelevat muutamasta aina satoihin osakkaisiin. Pohjois-Suomessa on kymmeniä tuhansia kiinteistöjä, joihin kuuluu erityinen etuus.<sup>298</sup> Näitä etuuksia omistavat sekä saamelaiset että muu paikallinen väestö.

Edellisen kalastuslain tapaan Ylä-Lapin kalastusasioista määrätään siten, että kalastuslain 10 §:n mukaan henkilöllä, jonka kotikuntalain (201/1994) 2 §:ssä tarkoitettu kotikunta on Enontekiö, Inari tai Utsjoki, on oikeus saada Metsähallitukselta korvauksetta lupa kalastukseen edellä mainituissa kunnissa sijaitsevilla valtiolle kuuluvilla vesialueilla. Lupa ei kuitenkaan koske Teno- ja Näätämojoen vesistön lohen ja taimenen nousualueita, Tuulomajoen ja Paatsjoen vesistöjen lohen ja taimenen nousualueita eikä Tornion- ja Unasjoen vesistöjen lohen ja taimenen nousualueita, joita koskevat erilliset luvat valtion vesialueille myöntää Metsähallitus.<sup>299</sup> Lohennyynnillä on keskeinen merkitys saamelaiskulttuurissa. Edellisen kalastuslain Ylä-Lapin kalastusta koskevassa 12 §:ssä ei ollut uuden lain kaltaista rajoitusta. Oikeusministeriö totesi lausunnossaan, perustuslain 17 §:n 3 momenttiin viitaten, olevan perusteltua, että saamelaisilla on Ylä-Lapin alueella oikeus korvauksetta saada lupa kalastaa, ja että tätä oikeutta on tarkoitus kaventaa. Ministeriö totesi edelleen, että hallituksen esityksen perusteluissa on käsitelty kalastusrajoitusten suhdetta saamelaisten oikeuteen harjoittaa perinteisiä elinkeinoja ja että saamelaisten kalastusoikeuden katsotaan siten nauttivan omaisuudensuojaa. Ministeriö ihmettelee, ettei tästä huolimatta Ylä-Lapin kalastusoikeuden rajoittamista ole perusteluissa käsitelty kuin yhdenvertaisuuden näkökulmasta. Ministeriön lausunnossa huomautetaan, että lainsäädäntöön on viime vuosina sisällytetty saamelaisten oikeuksia koskeva heikentämiskielto, ja että käsillä olevan esityksen osalta olisi syytä pohtia, tulisiko myös Ylä-Lapin kalastusoikeuden kuulua heikentämiskieltoon piiriin siten, että ehdotettua kavennusta ei tehtäisi vaan oikeus pysytettäisiin voimassa olevan 12 §:n mukaisessa laajuudessa. Lausunnossa todetaan niin ikään, että sekä voimassa oleva laki että ehdotettu laki asettaa saame-

<sup>292</sup> 6§.

<sup>293</sup> Kalastuslaki 1982/286, 13 §:n mukaan Ylimuistoisella nautinnalla tai muulla perusteella laillisesti saatu erityinen oikeus kalastuspaikkaan tai kalastukseen toisen kylän sisällä tai kylänrajan ulkopuolella jää edelleen voimaan sellaisena kuin sitä on vanhastaan käytetty. Ylimuistoinen nautinta kalastuspaikkaan on kuitenkin voimassa ainoastaan, milloin paikan rajat voidaan luotettavasti osoittaa.

<sup>294</sup> Kalastuslain 43 ja 44 §.

<sup>295</sup> Edellä tarkoitettu erityinen etuus kalastuspaikkaan tai kalastukseen toiselle kuuluvalla vesialueella voi kuulua yhdelle olemassa olevalle kiinteistölle tai se voi olla usealle kiinteistölle yhteinen. Tällaiset kalastusoikeudet ovat kiinteistönmuodostamislain 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettuja kiinteistön ulottuvuuteen kuuluvia yhteisiä tai yksityisiä erityisiä etuuksia, jotka oikeuttavat asianomaisen kiinteistön omistajan kalastamaan muutoin kuin vesialueen omistuksen tai osakkuuden perusteella toisen omistamalla vesialueella (erityinen kalastusetuusalue) taikka käyttämään erillistä kalastuspaikkaa, kuten lohisiika- tai muuta sellaisessa kalastuksessa käytettävää patopaikkaa, kulutuspaikkaa, verkkopaikkaa tai muuta näihin verrattavaa kalastuksessa käytettävää vesistön kohtaa (erityinen kalastuspaikka).

<sup>296</sup> 554/1995.

<sup>297</sup> HE 192/2014 vp.

<sup>298</sup> Guttorm, A., "Erityisperusteisista kalastusoikeuksista, osakaskunnan kalastusoikeuden käyttäminen ja mallisäännö" (2014), s. 3. <http://www.lapinkalatalouskeskus.net/assets/Materiaalit/Hankeraportit/JULKAISU-17-10-14-PROAG.pdf>.

<sup>299</sup> Hallituksen esityksen mukaan edellisen kalastuslain 12 §:ään sisältyvän kolmen pohjoisimman kunnan asukkaiden oikeuden saada mainittuja kuntia koskeva kalastuslupa on esitetty perustuvan lähtökohtaisesti vanhojen lapinkylien oikeuksiin, ja sen laajuutta on perusteltu kalastuksen kuulumisella saamelaiseen elämänmuotoon ilman asuinpaikkaa kuuluvia rajoituksia. Hallituksen esityksessä tuodaan esille mm. tutkija Joonan esittämä seikka, jonka mukaan lapinkylien oikeudet ovat historiallisesti kuitenkin koskeneet vain oman lapinkylän aluetta, eikä toisten lapinkylien alueille laajennettuja kalastusoikeuksia tunneta. Esityksessä kuitenkin katsotaan, että kalavesillä on ollut erityisen keskeinen merkitys pohjoisimpien kuntien asukkaille. Koska alueella käydyssä rajankäyntitoimittamisessa valtaosa vesialueista tuli valtion omistukseen, kuntien asukkaille ei ole katsottu tulleen riittäviä kalastusmahdollisuuksia. Siitä syystä kotikuntaan perustuvan oikeuden säilyttämistä voidaan esitetyssä laajuudessa pitää perusteltuna.

laiset eri asemaan keskenään, sillä ne saamelaiset, jotka asuvat Sodankylän kunnassa eivät kuulu Ylä-Lapin kalastusoikeuden piiriin.<sup>300</sup> Ministeriön lausunto on perusteltu, ja kalastuslakia tulisi tältä osin muuttaa.

Saamelaisille sekä useille muille paikallisille ihmisille kotitarvikekalastuksella on suuri merkitys. Saamelaisille kyse on yleisen pohjoisen kalastuskulttuurin lisäksi alkuperäiskansakulttuurista. Uudessa laissa kotitarvikekalastus rinnastetaan virkistyskalastukseen ja nähdään osana vapaa-ajan kalastusta.<sup>301</sup> Uudistettuun kalastuslakiin liittyvässä hallituksen esityksessä mainitaan, että suomalainen vapaa-ajankalastus on muuttunut yhä selvemmin kotitarvikekalastuksesta virkistyskalastuksen suuntaan. Nykyisin useimpien vapaa-ajankalastajien tärkeimpinä motiiveina kalastaa ovat harrastuksesta saadut luontokokemukset, pyyntielämykset ja rentoutuminen. Esityksessä todetaan vain että ”osalle kalastajista saalis ja mahdollisuus itse kalastaa koti-taloudessa käytettävä kala ovat kuitenkin tärkeitä.”<sup>302</sup>

Saamelaiskäräjät ehdotti omaa määritelmää kotitarvikekalastukselle, jolla tarkoitettaisiin kalastusta, jossa saalista käytetään kalastajan taloudessa ja lähisuvussa ja saaliilla on taloudellista merkitystä lain 91§:ssä tarkoitetun kotitarvikekalastajalle varatun ensimyyntioikeuden kautta. Saamelaiskulttuurissa kotitarvikekalastus käsittää lisäksi kalastuksen kulttuurisen ulottuvuuden ja kalastusperinteen. Kotitarvikekalastuksenpyyntivälineitä ovat verkko-, katiska ja koukkukalastus sekä tuulastus, kulleppynti, pitkäsiima, rysä ja isorysä sekä nuottaus. Saamelaiskäräjät toteaa, että saamelaisten harjoittama kotitarvikekalastus on ollut ja on perinteisenä elinkeinona tärkeä osa saamelaisten kulttuuria. Kotitarvikekalastusta ei voi rinnastaa vapaa-ajan kalastukseen, koska kotitarvikekalastuksella on taloudellista ja kulttuurista merkitystä. Kotitarvikekalastus on erotettava harrastusmaisesta vapaa-ajan kalastuskäsitteestä.<sup>303</sup>

Myös tässä kysymyksessä lainsäätäjän olisi ollut helppo korostaa kotitarvikekalastuksen merkitystä saamelaiselle kulttuurille ja sen nauttimalle perustuslain ja kansainvälisen oikeuden suojalle. Tämä olisi voitu tehdä ottamalla huomioon se, että saamelaisten lisäksi kotitarvikekalastus on merkityksellistä myös useille muille paikallisille ihmisille, jotka ovat perinteisesti harjoittaneet luontaiselinkeinojen tyypistä kalastusta. Kotitarvikekalastuksen näkeminen vain osana vapaa-ajan harrastustoimintaa osoittaa, ettei saamelaisten tai muiden perinteisen kalastuselinkeinojen harjoittajien ääni ole kuulunut riittävästi asiaa valmistelleissa työryhmissä. Tämä kysymys on hyvä esimerkki siitä, miksi Saamelaiskäräjien ja kotitarvikekalastajien tulisi päästä osallistumaan täysipainoisesti kaikkiin työryhmiin, joissa valmistellaan saamelaisten kannalta merkittäviä lainsäädäntötoimia. Jos kalastuslakia päätetään tarkistaa, tämä asia pitäisi myös ottaa huomioon.

Saamelaisten perustuslaillinen suoja kulttuuri-itsehallintoon pitää sisällään osallistumisen perinteisten elinkeinojen hallintaan. Kalastuksen hallinta on uudessa kalastuslaissa järjestetty siten, että vesialueet jaetaan niiden omistussuhteista sekä hallinnollisista rajoista riippumatta kalatalousalueisiin.<sup>304</sup> Kalatalousalueet ovat julkisoikeudellisia yhdistyksiä, joiden tarkoituksena on kehittää alueensa kalataloutta sekä edistää jäsentensä yhteistoimintaa kalavarojen kestävän käytön ja hoidon järjestämiseksi. Kalatalousalue voi tehdä sitoumuksia sekä hankkia nimiinsä tai käytettäväkseen omaisuutta. Kalatalousalueen jäseniä ovat alueen kalastusoikeuden haltijat sekä valtakunnalliset kalastusalan järjestöt. Saamelaiskäräjät esitti, että se olisi yksi kalatalousalueen jäsen saamelaisten kotiseutualueella, kalastusalan järjestöjen lisäksi.<sup>305</sup>

300 Lausunto, 24.1.2014, 223/43/2013, s. 3–4.

301 Kalastuslain 4 §:n määritelmän 19 kohdan mukaan tarkoitetaan vapaa-ajankalastuksella virkistys- ja kotitarvikekalastusta.

302 HE 192/2014 vp.

303 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä uudeksi kalastuslaiksi, 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013. [http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712\\_164142\\_saamkarajat\\_lausunto.pdf](http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712_164142_saamkarajat_lausunto.pdf), s. 5.-6.

304 12 §.

305 Saamelaiskäräjien lausunto, 3.2.2014, s.10.

Valtion kalatalousviranomaisia ovat maa- ja metsätalousministeriö sekä ne elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskukset, joille kalatalousasiat kuuluvat.<sup>306</sup> Maa- ja metsätalousministeriö vahvistaa luettelon valtakunnallisista kalastusalan järjestöistä viideksi vuodeksi kerrallaan.<sup>307</sup> Kalatalousalueen toimielimiä ovat yleiskokous, hallitus ja toiminnanjohtaja.<sup>308</sup> Kalatalousalueiden tehtäviin kuuluu mm. käyttö- ja hoitosuunnitelmaehdotuksen laadinta, hyväksytyt suunnitelman toimeenpano ja sen vaikutusten seuranta sekä muut laissa määritellyt tehtävät.<sup>309</sup> Saamelaiskäräjät esitti erillistä momenttia lisättäväksi hoito- ja käyttösuunnitelman laatimisvelvoitteeseen, jonka mukaan saamelaisten kotiseutualueella kalatalousalueiden tulee hoito- ja käyttösuunnitelmalla järjestää kalakannan hoito siten, että saamelaisen kalastuskulttuurin elinvoimaisuus turvataan eikä kalataloustoimenpiteillä saa vähäistä suuremmassa määrin aiheuttaa haittaa saamelaiskulttuurille.<sup>310</sup> Esitys on perusteltu saamelaisten oikeuksien näkökulmasta ja toteuttaisi osaltaan saamelaisen kulttuurin suojaa kalastuskysymyksessä.

Kalatalousalueen päätösvaltaa käyttää yleiskokous.<sup>311</sup> Saamelaisten kotiseutualueella Saamelaiskäräjillä on kalatalousalueen yleiskokouksessa oikeus yhteen edustajaan, jolla on kokouksessa läsnäolo- ja puheoikeus, mutta ei äänioikeutta. Käytännössä tämä tarkoittaa oikeutta tulla kuulluksi, millä ei välttämättä ole mitään vaikutusta asioiden ratkaisemiseen. Erityispuheteisten kalastusetuksien haltijoilla on oikeus yleiskokouksessa yhteen yhteiseen edustajaan.<sup>312</sup>

Uudella lailla perustetaan myös alueellinen kalatalouden yhteistyöryhmä avustamaan alueen kalatalousasioiden hoitamisessa, näkemysten yhteensovittamisessa sekä tutkimustiedon hyödyntämisessä. Yhteistyöryhmä asetetaan viideksi vuodeksi kerrallaan ja se koostuu kalatalousalueiden, kalatalous- ja ympäristöjärjestöjen, tutkimuksen, hallinnon, maakuntien liittojen sekä saamelaisten kotiseutualueella Saamelaiskäräjien edustajista. Kolttien kyläkokous ei ole edustettuna yhteistyöryhmässä, mikä ei vastaa kolttien erityistä oikeudellista asemaa kalastuksen osalta. Tämä asia pitäisi korjata. Yhteistyöryhmä arvioi käyttö- ja hoitosuunnitelmia ja niissä esitetyt käyttö- ja hoitotoimenpiteitä sekä tekee esityksiä eri alueiden käyttö- ja hoitosuunnitelmissa sekä valtakunnallisissa kalavarojen hoitosuunnitelmissa esitettyjen toimenpiteiden yhteensovittamiseksi.<sup>313</sup> Saamelaiskäräjät esitti, että saamelaisten kotiseutualueen osalta Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen on hyväksyttävä käyttö- ja hoitosuunnitelma.<sup>314</sup> Vaikkei aivan näin pitkälle mentäisikään, saamelaisten kotiseutualueella koskevien käyttö- ja hoitosuunnitelmien hyväksymisen yhtenä edellytyksenä on se, että saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:ssä säädettyä neuvotteluelvoitetta noudatetaan.<sup>315</sup> Ennakkosuostumuksen periaatetta sovellettaessa neuvottelut tulee käydä tavoitteena alkuperäiskansan suostumus.<sup>316</sup> Oikeusministeriö ehdotti, että yhteistyöryhmää koskevan 33 §:n 1 momenttiin olisi voitu lisätä esimerkiksi, että ”yhteistyöryhmän tulee erityisesti ottaa huomioon edellytykset harjoittaa perinteisiä saamelaiselinkeinoja ja muutoin ylläpitää ja kehittää saamelaiskulttuuria.”<sup>317</sup> Ehdotus oli hyvin perusteltu, ja tulisi ottaa huomioon, mikäli kalastuslakia avataan uudelleen saamelaisten perustuslaillisen ja kansainvälisoikeudellisen aseman turvaamiseksi alemmassa lainsäädännössä asianmukaisella tavalla.

306 Kalastuslaki 379/2015, 19 §.

307 Lain 19 §:n mukaan valtion kalatalousviranomaisia ovat maa- ja metsätalousministeriö sekä ne elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskukset, joille kalatalousasiat kuuluvat. Lisäksi tässä laissa erikseen säädettyjä kalataloushallinnon viranomaistehtäviä hoitavat Metsähallitus ja Luonnonvarakeskus sekä kalastuksenvälön osalta 99 §:ssä mainitut viranomaiset ja kalastuksenvälö.

308 23 §.

309 23 §:mukaan Kalatalousalueen tehtävät ovat: 1) kalavarojen kestävä käytön ja hoidon suunnittelu; kalavarojen käyttöön ja hoitoon liittyvä tiedotus; 2) käyttö- ja hoitosuunnitelmaehdotuksen laadinta, hyväksytyt suunnitelman toimeenpano ja sen vaikutusten seuranta; 3) kalavarojen käyttöön ja hoitoon liittyvä tiedotus; 4) kalastuksenvälön järjestäminen; 5) kalastuksen sekä kalakantojen hoitotoimenpiteiden seurantatietojen kerääminen; 6) kalastuksen yhtenäislupa-alueiden muodostamisen edistäminen vapaa-ajan ja kaupallisen kalastuksen tarpeisiin; 7) vesialueen omistajien kalatalousalueelle siirtämät tehtävät; 8) viehekalastuksesta kertyneiden korvausvarojen jako vesialueen omistajille; 9) muut elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen tulohajautukseen sekä tähän lakiin perustuvat tehtävät.

310 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä uudeksi kalastuslaiksi 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013, s. 10.

311 25 §.

312 25 §.

313 33 §.

314 Saamelaiskäräjien lausunto, 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013 s. 11.

315 HE 264/2014 vp.

316 YK:n julistuksen 19, 32 artiklat, kts. KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean tulkinta sopimuksen 27 artiklasta *Poma Poma v. Peru* CCPR/C/95/D/1457/2006 24 April 2009. Katso tarkemmin ennakkosuostumuksesta kappale 5.

317 Oikeusministeriön lausunto kalastuslain hallituksen esitysluonnoksesta, 21.4.2014, 223/43/2013, s.3-4.

Uudessa kalastuslailla on kuitenkin mahdollisuus suojella saamelaiskulttuuria poikkeuslupamenettelyssä. 47 §:n mukaan Elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus voi siirtoistutusta, kalanviljelytoimintaa, tutkimustyötä, kalastusperinteen ylläpitämistä, kalataloudellisten velvoitteiden toimeenpanemista tai hyödyntämistä taikka muuta kalavarojen käyttöön ja hoitoon liittyvää tarkoitusta varten perustellusta syystä myöntää poikkeusluvan esimerkiksi kielletyn kalastustavan, pyyntimenetelmän, kielletyn ajankohtana kalastamiseen, sallittua määrää suuremman saaliin ottamiseen tai rauhoitetun kalalajin kalastamiseen.<sup>318</sup>

Koska pykälällä voidaan nimenomaan suojata saamelaista kalastusperinnettä, siihen olisi ollut perusteltua lisätä saamelaiskulttuurin ja saamelaisen kalastusperinteen ylläpitäminen. Kalastuslaki, aivan kuten poronhoitolakikin, lähtee kuitenkin siitä, ettei saamelaisille nimenomaan turvata mitään erityistä suojaa suhteessa heidän perinteisiin elinkeinoihinsa. Suoja voitaisiin kuitenkin rakentaa ilman, että se heikentäisi muiden elinkeinon harjoittajien oikeuksia ja etuja. Saamelaiskäräjien lausunnon perusteella kalatalousaluetta sekä alueellista kalatalouden yhteistyöryhmää koskevaa sääntelyä kuitenkin muutettiin siten, että Saamelaiskäräjien osallistumis- ja puheoikeutta lisättiin aiemmin kuvatuin tavoin.<sup>319</sup>

Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon sekä itsemääräämisoikeuden toteutumisen kannalta olisi olennaista, että kalastusoikeuden lisäksi turvattaisiin myös oikeus hallinnoida tai ainakin tehokkaasti osallistua kalastuksen hallinnointiin. Tähän keskeisesti liittyy juuri esimerkiksi osallistuminen hoito- ja käyttösuunnitelmien laatimiseen ja niiden hyväksymiseen. Saamelaisten perinnetiedon huomioiminen ja sisällyttäminen hoito- ja käyttösuunnitelmiin olisi keskeistä ja heijastaisi myös biodiversiteettisopimuksen, YK:n alkuperäiskansajulistuksen sekä ILO sopimus 169:n mukaisia velvoitteita, sekä edesauttaisi luonnon monimuotoisuuden ja kalastuskysymyksen arviointia kokonaisvaltaisemmasta näkökulmasta.<sup>320</sup>

Kolttsaamelaiset ovat aktiivisesti pyrkineet edistämään alueensa vesistöjen suojelemista ja hoitamista yhteishallintasuunnitelmalla. Vuonna 2013 kolttsaamelaiset, yhteistyössä tutkijoiden, Pohjoismaisen ministerineuvoston, RKTL:n, kansainvälisten tutkimus- ja kansalaisjärjestöjen sekä venäläisten tahojen kanssa laativat Näättämojoen yhteishallintasuunnitelman.<sup>321</sup> Pohjana tämän suunnitelman laatimiselle oli YK:n ja IPCC:n<sup>322</sup> ilmastonmuutokseen liittyvä hanke, johon koltat osallistuivat. Hankkeen tuloksena yhteinen huoli lohesta ja sen pyynnin hallinnasta nousivat keskeiseksi kysymykseksi ja tärkeimmäksi tekijäksi ilmastonmuutokseen sopeutumisessa.<sup>323</sup> Yhteishallintasuunnitelmassa esitetään kolttsaamelaisten sekä muiden paikallisten, kuten Neidenin kylän kveenien, perinteisen tiedon mukaan ottamista tieteellisen tiedon rinnalle valtioiden väliseen lohipolitiikkaan.

Yhteishallintasuunnitelmassa painotetaan myös kolttsaamelaisten oikeuksien huomioimista kalastuskysymyksissä. Suunnitelma pitää sisällään työkaluja valuma-alueen elinvoimaisuuden ja luonnontilan ylläpitoon. Esimerkkeinä esitetään Näättämojoen rajat ylittävän kansallispuiston perustamista, yhteishallinnan vakiinnuttamista, lohen kutualueiden uudistamista sekä valuma-alueen rehevöitymisen estoa.<sup>324</sup> Osa suunnitelmista on jo laitettu täytäntöön.<sup>325</sup> Haasteena yhteistyöryhmällä on ollut saada viranomaiset aktiivisesti kiinnostumaan tästä vaihtoehtois-

318 Poikkeuslupa voidaan myöntää 1) kielletyn kalastustavan, pyyntimenetelmän tai kalastusvälineen käyttöön tai säilyttämiseen; 2) kielletyn ajankohtana kalastamiseen; 3) sallittua määrää suuremman saaliin ottamiseen; 4) sallittua määrää useampien pyydysten käyttämiseen; 5) vapautettavaksi määrätyn kalan pyytämiseen ja ottamiseen; 6) kalastamiseen kalastuskieltoalueella; 7) rauhoitetun kalalajin tai -kannan kalastamiseen.

319 HE 192/2014 vp, s.28.

320 Kts. yleisesti perinnetiedon huomioimisesta kalastuskysymyksissä, esim. Mustonen, T., "Communal visual histories to detect environmental change in northern areas: Examples of emerging North American and Eurasian practices", *Ambio* 2015:44:766-777.

321 Näättämo river collaborative management efforts by the Skolt Saami, Funded with the support of the Foreign Ministry of Finland, [http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/01/koltat\\_7taulua\\_p.pdf](http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/01/koltat_7taulua_p.pdf).

<http://www.lumi.fi/2013/04/lohikiistoihin-uusi-malli-yhteishallinnasta/>.

322 Indigenous Peoples Biocultural Climate Change Assessment Initiative, <http://ipcca.info/>.

323 <https://ourworld.unu.edu/en/the-skolt-sami-path-to-climate-change-resilience>.

324 <http://www.lumi.fi/2013/04/lohikiistoihin-uusi-malli-yhteishallinnasta/>. Katso yhteistyöryhmän raportti, [http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo\\_sisus\\_1205\\_p.pdf](http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo_sisus_1205_p.pdf), s. 104 alkaen.

325 Katso yhteishallintaryhmän kolme raporttia: [http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo\\_sisus\\_1205\\_p.pdf](http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo_sisus_1205_p.pdf); <http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Snowchange-Ponoi-and-Neiden-2013-Report.pdf>; <http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/09/Snowchange-Discussion-Paper-9.pdf>.

ta, oma-aloitteisesta hallintamallista, jossa kolttien perinteinen tieto ja näkemykset ovat vahvasti huomioon otettuna. Viranomaisyhteistyö olisi kuitenkin ensi arvoisen tärkeä esimerkiksi lupamyynnin, kestävän matkailun ja muun alueen kehittämisen kannalta. Toimivista yhteishallintamalleista on paljon kokemusta muualla maailmassa, esimerkiksi Norjassa, Ruotsissa, Uudessa-Seelannissa ja Kanadassa.<sup>326</sup>

Yhteenvetona voidaan todeta, että saamelaisten kalastus kulttuurisena oikeutena on tunnustettu ja tunnustettu pitkin matkaa lainsäädännön valmisteluissa, mutta saamelaisten perustuslaillinen ja alkuperäiskansaoikeudesta johtuva oikeus kalastukseen ei toteudu asianmukaisesti nykyisessä kalastuslainsäädännössä. Uuden lain 1 §:ään tulisi lisätä saamelaisten perinnetieto sekä kulttuurin elinvoimaisuus. Myös kalastukseen liittyvissä hoito- ja käyttösuunnitelmiin tulisi sisällyttää arvio kalastussäännösten vaikutuksista saamelaisten oikeuksille.

Uusi kalastuslaki rajaa tärkeitä lohijokia kuntalaisen korvauksettoman kalastuksen ulkopuolelle. Lohenpyynnillä on keskeinen merkitys saamelaiskulttuurissa. Oikeusministeriö on lakia koskevassa lausunnossaan todennut, että saamelaisten kalastusoikeuden katsotaan nauttivan omaisuudensuojaa, ja että tulisi pohtia, tulisiko Ylä-Lapin kalastusoikeuden kuulua heikentämiskiellon piiriin eikä kyseistä rajausta tehdä. Tätä olisi syytä pohtia uudelleen, jos kalastuslakiin tehdään muutoksia saamelaisten oikeuksien täysipainoiseksi toteutumiseksi. Myöskään kotitarvikekalastusta ei tulisi rinnastaa vapaa-ajan kalastukseen, vaan laissa pitäisi tunnustaa kotitarvikekalastuksen suuri merkitys saamelaisille ja myös muille paikallisille ihmisille, jotka harjoittavat luontaiselinkeinon tyyppistä kalastusta.

Saamelaisten perustuslaillinen suoja kulttuuri-itsehallintoon pitää sisällään osallistumisen kalastuksen hallintaan. Saamelaiskäräjien jäsenyys kalatalousalueessa saamelaisten kotiseutualueella on perusteltu etenkin kun kalatalousalueiden tehtäviin kuuluu käyttö- ja hoitosuunnitelman laadinta, hyväksytyn suunnitelman toimeenpano ja sen vaikutusten seuranta. Kalatalousalueen päätösvaltaa käyttää yleiskokous. Saamelaisten kotiseutualueella Saamelaiskäräjillä on kalatalousalueen yleiskokouksessa oikeus yhteen edustajaan, jolla on kokouksessa läsnäolo- ja puheoikeus, mutta ei äänioikeutta. Käytännössä tämä tarkoittaa oikeutta tulla kuulluksi, millä ei välttämättä ole mitään vaikutusta asioiden ratkaisemiseen. Erityisperusteisten kalastusetuksien haltijoilla on oikeus yleiskokouksessa yhteen yhteiseen edustajaan.

Uudella lailla perustetaan myös alueellinen kalatalouden yhteistyöryhmä avustamaan alueen kalatalousasioiden hoitamisessa, näkemysten yhteensovittamisessa sekä tutkimustiedon hyödyntämisessä. Yhteistyöryhmässä Saamelaiskäräjillä on edustaja, mutta Kolttien kyläkokoukselta tämä näyttäisi ainakin lainvalmisteluasiakirjojen mukaan puuttuvan, mikä ei vastaa kolttien erityistä oikeudellista asemaa kalastuksen osalta. Tämä asia pitäisi korjata. Tämän lisäksi kalastuslakiin tulisi sisällyttää saamelaiskulttuurin heikentämiskiello ja siihen liittyvä kulttuuri-vaikutusten arviointi.

#### **4.2.1. Tenojoen kalastussopimus ja saamelaisten oikeudet**

Tätä raporttia kirjoitettaessa Tenojoen kalastus on noussut polttavaksi puheenaiheeksi erityisesti paikallisten kalastusta harjoittavien saamelaisten sekä muiden paikallisten ihmisten keskuudessa. Koska Tenojoki on rajajoki ja koska sen alajuoksu on Norjan alueella, kalastusta Tenolla säädelläänkin kalastuslain lisäksi Suomen ja Norjan välisellä Tenojoen kalastuspiirin yhteisestä kalastussäännöstä tehdyllä sopimuksella ja siihen liitettyllä kalastussäännöllä.<sup>327</sup>

<sup>326</sup> Kts. kappaleet 8, 9, 11 ja 12.

<sup>327</sup> Edellinen kalastussopimus on saatettu voimaan perustuslainsäätämisyjärjestyksessä annetulla lailla Norjan kanssa Tenon kalastuspiiristä tehdyn sopimuksen ja siihen liittyvän kalastussäännön eräiden määräysten hyväksymisestä (1198/1989). Norjan kanssa Tenojoen kalastuspiirin kalastussäännöstä vuonna 1989 tehty sopimus ja siihen liittyvä kalastussääntö (SopS 94/1989) tulivat voimaan 1.1.1990.



Suomen ja Norjan väliset Tenojoen kalastussopimusneuvottelut sopimuksen uudistamiseksi käynnistyivät keväällä 2012. Uuden sopimuksen tarve liittyi lohikantojen kestäväen kalastuksen säätelyyn ja kantojen elvyttämiseen. Valtioneuvosto nimitti Suomen puolelle neuvotteluvaltuuskunnan, jossa oli myös Saamelaiskäräjien edustus. Vaikka Suomen ja Norjan neuvotteluvaltuuskunnat eivät saavuttaneet yksimielisyyttä Tenojoen kalastussopimuksesta ja -säännöstä, sopimus kuitenkin allekirjoitettiin syyskuun lopulla 2016.<sup>328</sup> Mikäli eduskunta hyväksyy voimaansaattamislain, uusi sopimus ja kalastussääntö astuisivat voimaan ennen Tenojoen kalastuskauden alkua eli viimeistään 20.5.2017.

Tenojoen vesistön alue on Suomen puoleiselta osaltaan hyvin pitkälle yksityisessä omistuksessa.<sup>329</sup> Saamelaisten kalastusoikeudet Tenojokea koskevassa sopimuksessa toteutuvat joko kalastusoikeuden haltijan tai alueella asumisen kautta. Tenon kalastuksessa voidaan erottaa neljä erilaista ryhmää eli 1) Tenojoen vesistön jokilaaksoissa vakinaisesti asuvat kalastusoikeuden haltijat; 2) alueen ulkopuolella asuvat kalastusoikeuden haltijat, jotka ovat saaneet oikeutensa perintönä; 3) Tenojoen vesistön jokilaaksoissa vakinaisesti asuvat, joilla ei ole maanomistukseen perustuvaa kalastusoikeutta; 4) alueen ulkopuolella asuvat kalastusoikeuden haltijat sekä ne, joilla ei ole kalastusoikeutta.

Uuden Tenojokisopimuksen johdannossa osapuolet tunnustavat luonnon monimuotoisuuden ja luonnonvarojen kestäväen hyödyntämisen merkityksen. Osapuolet tunnustavat saamelaisten alkuperäiskansaoikeudet ja paikallisväestön oikeudet ja luonnonvarojen merkityksen saamelaisille alkuperäiskansana kulttuurinsa ylläpitämiseksi, sekä muiden kalastusoikeuden haltijoiden oikeudet. Osapuolet painottavat tietojenvaihdon ja yhteistyön merkitystä yhteisten luonnonvarojen käytössä ja hoidossa sekä paikallisten kalastusoikeuden haltijoiden ja muiden paikallisten tahojen laajoja vaikuttamismahdollisuuksia kalastushoitoon. Erikseen johdanto-osassa viitataan kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 27 artiklaan sekä YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevaan julistukseen.<sup>330</sup> Artiklan 1 tavoitteena Tenojoen vesistön kalakantojen ekologisesti, taloudellisesti ja sosiaalisesti kestäväen käytön ja hoidon edistäminen. Kalakantojen hyödyntämisen ja hoidon tulisi perustua parhaaseen käytettävissä olevaan tietoon, mukaan lukien perinteinen tietämys.<sup>331</sup>

Saamelaisten kalastusoikeudet olivat olleet esillä jo aiemman Tenojokisopimuksen valmistelun yhteydessä, jolloin perustuslakivaliokunta, viitaten kahteen edellä mainittuun lausuntoonsa, totesi, että lausunnoissa mainituilla asukkailla on omaisuudenturvaa nauttiva oikeus sekä ammattikalastukseen että kotitarvekalastukseen. Valiokunnan käsityksen mukaan tällaisten maata omistamattomien asukkaiden, joista valtaosa kuuluu saamelaisväestöön, kalastusoikeus on voimassa omaisuudensuojaa nauttivana myös Tenojoen kalastuspiirissä.<sup>332</sup> Tämä on merkittävä kannanotto, joka ei kuitenkaan heijastu täysipainoisesti Tenojokisopimuksessa.

Perustuslakivaliokunta otti kantaa myös sopimuksesta aiheutuvien rajoitusten korvauskysymykseen. Valiokunta piti tärkeänä selvittää täsmällisesti, missä määrin kalastussäännön rajoitukset vaikeuttavat paikallisen väestön toimeentulomahdollisuuksia. Valiokunnan mukaan

328 Sopimuksen allekirjoittamista vastustivat kalastusoikeuden haltijoita edustavat tahot (osakaskunnat, Utsjoen kalastusalue, Tenon kiinteistönomistajat ry, Kalatalouden Keskusliitto, Lapin kalatalouskeskus, useat yksityishenkilöt), Utsjoen kunta, Saamelaiskäräjät, Lapin liitto sekä yrittäjien edustajat. Sopimusta vastustavien tahojen lausunnoissa katsottiin sopimuksen rajoittavan perustuslain vastaisesti omaisuudensuojaa sekä saamelaiskulttuurin suojaa. Lisäksi sopimuksen arvioitiin vaikuttavat erittäin haitallisesti Tenojokilaakson elinkeinoelämään, koska Suomesta myytävissä olevien matkailukalastuslupien määrä vähenisi olennaisesti nykytasosta. Sopimuksen allekirjoittamista vastustavissa lausunnoissa tuotiin myös esiin kaikuluotainten käyttöönoton tarve lohikantojen seurannassa. HE 30.9., s. 45 <http://mmm.fi/documents/1410837/3242910/Luonnos-HE-Tenosop-hyv%C3%A4ks-ja-voimaansaatto-30092016.pdf/120be885-6fcc-427c-95a5-9e30817fdb9b>. (Diaarinumeroa ei vielä saatavilla 22.10.2016).

329 KOM 1985:9 s. 4.

330 HE 30.9., Hallituksen esitys eduskunnalle kalastuksesta Tenojoen vesistössä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta sekä kalastuslain muuttamisesta, s. 46., <http://mmm.fi/documents/1410837/3242910/Luonnos-HE-Tenosop-hyv%C3%A4ks-ja-voimaansaatto-30092016.pdf/120be885-6fcc-427c-95a5-9e30817fdb9b>.

331 Ibid., s. 47.

332 PeVL 13/1989 vp – HE 53/ 1989 vp.

menetykset tuli korvata kohtuullisesti ja myös muiden kalastukseen oikeutettujen asema tuli järjestää kohtuulliseksi.<sup>333</sup>

Sopimuksen olennaisena osana on määräjain uusittava kalastussääntö, joka sisältää määräyksiä muun muassa kalastusluvista ja lupakiintiöistä, sallituista pyydyksistä, kalastusajoista, rauhoituspäivistä, kalastukselta kielletyistä alueista, pyyntivälineiden teknisistä ominaisuuksista, veneiden rekisteröinnistä sekä ennalta sovituista toimenpiteistä kalastuksen vähentämiseksi lohikantojen kehityksen poiketessa olennaisesti niiden hoitotavoitteista.<sup>334</sup>

Saamelaisten osalta keskeinen vastustus liittyi juuri siihen, että perinteisiä pyyntimenetelmiä rajoitettiin hyvin radikaalisti 80 % aiempaan nähden, kun taas muun kalastuksen rajoittaminen on selvästi vähäisempää. Nykyiseen sopimukseen verrattuna kalastusoikeuden ja kalastusveneiden käyttömahdollisuuksia muutettiin niin, että myös Tenon jokilaaksojen ulkopuolella asuville omistajille tulisi voimaansaattamislaissa säädetyin edellytyksin oikeus hankkia kalastusoikeutensa perusteella kalastuslupa niin sanotusta omistajakiintiöstä sekä mahdollisuus kalastusveneen rekisteröimiseen. Hallituksen esityksen mukaan menettelyllä pyritään parantamaan Tenon jokilaaksojen ulkopuolella asuvien asemaa siten, että heidän kalastusoikeutensa ydin säilyisi koskemattomana samalla kun mahdollistettaisiin saamelaiskulttuuriin kuuluvan perinnekalastuksen harjoitusmahdollisuus paikkakuntalaisille.<sup>335</sup>

Hallituksen esityksessä perustellaan lohikantojen tilan parantamisen edellyttävän kalastusrajoitusten huomattavaa lisäämistä kalastuskauden alussa, mikä edellyttää lisärajoituksia juuri perinteisten pyydysten käyttöön, joilla pyydytetään suuri osa heikommassa tilassa olevien lohikantojen saaliista.<sup>336</sup> Uudessa sopimuksessa kuitenkin perinteisen kalastuksen rajoitukset ovat niin huomattavia suhteessa muihin rajoituksiin, että huolta saamelaisen kalastuskulttuurin vaarantumisesta voidaan pitää perusteltuna.<sup>337</sup> Kaikki neuvottelukunnan paikalliset vastustivat sopimuksen kalastusrajoituksia. Utsjoella nousi asian tiimoilta ”kansanliikkeeksi” luonnehdittu vastarinta.<sup>338</sup> Tenon kalastussopimuksen neuvottelukunnan paikalliset utsjokelaiset jäsenet jättivät yhteisen eriävän mielipiteen Tenon sopimuksesta. Utsjoen paikallisedustajien eriävän mielipiteen keskeinen perustelu on, että Tenon uudet kalastusrajoitukset ovat perustuslain vastaisia. Perustuslaillisina ongelmina allekirjoittajat näkivät muun muassa omistusoikeuden käytön rajoittamisen, saamelaiskulttuurin harjoittamisen rajoittamisen, syrjimättömyyssuojan rikkomisen ja elinkeino-oikeuksien rajoittaminen.<sup>339</sup> Niin ikään neuvottelumenettely nähtiin hyvin puutteelliseksi. Utsjokelaisten mukaan sopimusta valmistelivat maa- ja metsätalousministeriön osastopäällikkö Suomen hallituksen edustajana ja Norjan hallituksen edustaja virkamiesten kesken. Neuvottelukunnan paikalliset jäsenet saivat kokouksissa kuulla mitä virkamiehet olivat sopineet. Arvostelun mukaan hallitus turvaa muualta kuin Utsjoelta olevien mökinomistajien perustuslain omaisuudensuojaa mutta leikkaa saamelaisten perusoikeuksia rajoittamalla perinteisiä pyyntimenetelmiä tai poistamalla oikeuden niiden käyttöön.<sup>340</sup>

Uudessa sopimuksessa suuri rajoitus on se, että pelkästään paikkakuntalaiset kalastusoikeuksien haltijat saavat käyttää perinteisiä pyydyksiä. Muilla paikkakunnilla asuvat kalastusoikeuksien haltijat, jotka eivät asu Utsjoen kunnassa vähintään puolta vuotta vuodessa, eivät saa enää pyytää perinteisillä pyydyksillä.<sup>341</sup> Alkuperäiskansojen oikeus kulttuuriin ja kulttuuriperin-

333 HE 30.9.2016. <http://mmm.fi/documents/1410837/3242910/Luonnos-HE-Tenosop-hyv%C3%A4ks-ja-voimaansaatto-30092016.pdf/120be885-6fcc-427c-95a5-9e30817fdb9b>. Tenojen kalakorvauslakiin perustuva lunastustoimitus on viivästynyt, koska Tenojen vesialueen omistus- ja käyttöoikeudet ovat olleet epäselvät. Tenojen vesialueen omistusoikeus on ratkaistu ns. vesipiirirajankäyntitoimituksissa, joissa on selvitetty, mitkä alueet kuuluvat millekin kylälle ja mitkä valtiolle. Korvauslain tullessa voimaan ei ollut tietoa siitä, mille taloille kuului ylimuistosen nautinnan perusteella erityisiä etuuksia toisen omistamalla vesialueella. HE 30.9.2016, s. 10. Kts. myös laki Tenojen Kalastussopimuksen kalastukselle aiheuttamien menetysten korvaamisesta (501/1991).

334 HE 30.9.2016, s. 1. <http://mmm.fi/documents/1410837/3242910/Luonnos-HE-Tenosop-hyv%C3%A4ks-ja-voimaansaatto-30092016.pdf/120be885-6fcc-427c-95a5-9e30817fdb9b>.

335 HE 30.9.2016, s. 36.

336 Ibid.

337 Kalastuksen sääntelyratkaisu: [http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/Teno\\_kalastussopimus\\_luonnos\\_300616/6fb34e02-996d-4f2d-b686-d75d85e2f167](http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/Teno_kalastussopimus_luonnos_300616/6fb34e02-996d-4f2d-b686-d75d85e2f167).

338 <http://yle.fi/uutiset/3-8995569>.

339 <http://yle.fi/uutiset/3-8998183>.

340 <http://yle.fi/uutiset/3-9013435>.

341 [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/totaalikielto\\_tenon\\_sopimusluonnos\\_kieltaa\\_perinteisen\\_pyyntin\\_kaupunkisaamelaisilta/9008554](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/totaalikielto_tenon_sopimusluonnos_kieltaa_perinteisen_pyyntin_kaupunkisaamelaisilta/9008554)

töön pitää sisäänrakennettuna oikeuden välittää kulttuuri seuraaville sukupolville. Saamelaiskäräjät onkin vaatinut, syrjimättömyysperiaatteeseen nojautuen, että koska Tenojoen kalastus pohjautuu juuri saamelaiselle kalastukselle, saamelaisille kalastusoikeuksien haltijoille ja heidän perillisilleen asuinpaikasta riippumatta olisi tullut myöntää erillinen kalastajaryhmästatus, jolla olisi ollut oikeus kalastaa kaikilla pyyntimuodoilla.<sup>342</sup>

Saamelaiskäräjät on kannellut oikeuskanslerille sopimusneuvottelujen menettelystä, jossa he katsovat, ettei saamelaiskäräjälain 9 §:n mukaista neuvotteluelvoitetta ole noudatettu asianmukaisella tavalla. Saamelaiskäräjät näkee, että saamelaiskäräjälain 9 §:n neuvotteluelvollisuuden mukaan Maa- ja metsätalousministeriön olisi tullut neuvotella Saamelaiskäräjien kanssa Tenojoen sopimusneuvottelujen aikana oikea-aikaisesti siten, että Saamelaiskäräjillä olisi ollut todellinen mahdollisuus neuvotella sopimuksen sisällöstä.<sup>343</sup>

Neuvotteluelvoitteen puutteellinen toteutuminen ei ainakaan voi johtua siitä, etteikö neuvotteluelvoitteen laajuus tai sisältö olisi ollut lainvalmistelijan tiedossa. Tenojokisopimuksen uudistukseen liittyvässä hallituksen esityksessä saamelaisten oikeuksia käsitellään poikkeuksellisen kattavasti verrattuna esimerkiksi kalastuslakia koskevaan hallituksen esitykseen. Esityksessä todetaan, että perustuslaki suojaa saamelaisten kulttuuria, johon kuuluvat heidän perinteiset elinkeinonsa kuten poronhoito, kalastus ja metsästyminen, ja että lohenkalastus Tenojoessa liittyy kiinteästi saamelaiseen kulttuuriin. Pyyntikulttuuriin liittyvät perinteiset pyyntimuodot, kuten pato- ja lohiverkkokalastus sekä kulkutuskalastus. Myös vapakalastus ja siihen liittyvä kalastusmatkailutoiminta ovat osa saamelaista kalastuskulttuuria.<sup>344</sup>

Esityksessä käsitellään saamelaisten oikeuksiin liittyen biodiversiteettisopimusta, Nagoyan pöytäkirjaa, KP-sopimuksen 27 artiklaa ja sen mukaista kollektiivista ulottuvuutta. Esityksessä todetaan, että alkuperäiskansan positiivista erityiskohtelua ei ole pidettävä syrjivänä suhteessa muuhun väestöön, mikäli toimien tarkoituksena on korjata olosuhteita, jotka estävät tai vaikeuttavat 27 artiklassa turvattujen oikeuksien toteutumista, jos ne perustuvat kohtuullisiin ja objektiivisiin kriteereihin. Niin ikään esityksessä viitataan YK:n alkuperäiskansajulistukseen, jonka todetaan heijastavan kansainvälisen oikeuden kehitystä ja valtioiden sitoutumista alkuperäiskansojen oikeuksien edistämiseen, ja jossa tunnustetaan mm. itsemääräämisoikeus.

Esityksessä niin ikään mainitaan, kuinka julistuksen myötä kansainväliseen oikeuteen on vaikiintunut vapaan ja tietoon perustuvan ennakkosuostumuksen käsite, jonka mukaan valtioiden on vilpittömin mielin neuvoteltava ja toimittava yhteistyössä alkuperäiskansojen kanssa näiden omien edustuselinten kautta saadakseen niiden vapaan ja tietoon perustuvan ennakkosuostumuksen ennen kuin valtiot hyväksyvät ja panevat täytäntöön lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia toimia, jotka voivat vaikuttaa alkuperäiskansoihin. Jotta ennakkosuostumus olisi tietoon perustuvaa, alkuperäiskansan edustajalle tulisi antaa kaikki asian kannalta merkittävät tiedot sekä niiden harkintaan ja käsittelyyn tulisi varata riittävästi aikaa. Suostumus edellyttää että alkuperäiskansalle annetaan mahdollisuus puoltaa tai vastustaa asiaa, johon suostumusta pyydetään. Esityksessä todetaan kuitenkin että mahdollisuus suostumuksen ilmaisemiseen tulee nähdä menettelynä eikä sitä tule tulkita veto-oikeudeksi, vaan lähinnä keinoksi varmistaa alkuperäiskansojen osallistuminen päätöksentekoon sellaisissa asioissa, joilla on suora vaikutus niiden asemaan ja oikeuksiin. Esityksessä viitataan myös saamelaiskäräjälain 9 §:n mukaiseen neuvotteluelvoitteeseen.<sup>345</sup>

Tämän analyysin pohjalta voidaan sanoa, että lainsäätäjä on ollut hyvin perillä siitä, että neuvottelujen on oltava oikea-aikaisia ja että Saamelaiskäräjillä on täytynyt olla todellinen mahdollisuus vaikuttaa neuvottelujen lopputulokseen. Tässä yhteydessä on myös syytä muistuttaa,

342 Lausunto 12.8.2016, Dnro 379/D.a.2/2016, s. 4.

343 [http://www.samediggi.fi/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1288&Itemid=39](http://www.samediggi.fi/index.php?option=com_content&task=view&id=1288&Itemid=39).

344 Lausunto 12.8.2016, Dnro 379/D.a.2/2016, s. 35.

345 HE 30.9.2016, s. 24-25. <http://mmm.fi/documents/1410837/3242910/Luonnos-HE-Tenosop-hyv%C3%A4ks-ja-voimaansaatto-30092016.pdf/120be885-6fcc-427c-95a5-9e30817fdb9b>.

että ennakkosuostumusperiaate ei johdu pelkästään YK:n julistuksesta, vaan oikeudellisesti sitovan KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean YK:n julistuksen jälkeen tekemistä linjauksesta, jonka mukaan laaja-alaisissa ja merkityksellisissä kysymyksissä pelkkä konsultaatio ei ole riittävä vaan tarvitaan alkuperäiskansan tai sen jäsenten suostumus.<sup>346</sup> Myös muut ihmisoikeuksia valvovat toimielimet ovat samalla linjalla.<sup>347</sup> Saamelaisten perinteiset elinkeinot, joita suojataan perustuslailla, ovat koko kulttuurin säilymisen perusedellytys, joten todelliset neuvottelut, joissa pyritään sopimaan asioista eikä niitä esitetä valmiina tai puolivalmiina, on myös KP-sopimuksen 27 artiklan sekä 1 artiklan edellytys alkuperäiskansakulttuurin suojelemiseksi.

Ulkoasiainministeriö antoi Tenojokisopimuksen uudistukseen liittyen kattavan lausunnon saamelaisten kalastusoikeuksista alkuperäiskansana, sisältäen analyysin kansainvälisen oikeuden tuomista velvoitteista vahvistaa saamelaiskulttuuria ja itsehallintoa muiden paikallisten perinteisten elinkeinojen harjoittajien asemaa unohtamatta. Lausunnossaan ulkoasiainministeriö tuo esiin KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean yleiskommentin sekä oikeuskäytännön, jossa komitea tulkitsee alkuperäiskansojen oikeuksia kollektiivisten oikeuksien nautinnan näkökulmasta. Lausunto sisältää myös analyysin vapaan ja tietoon perustuvasta ennakkosuostumuksesta (FPIC), joka heijastuukin sopimusta koskevassa hallituksen esityksessä. Ulkoasiainministeriö toteaaakin, että ennakkosuostumuksen periaatetta tulisi myös soveltaa nyt käsiteltävänä olevan sopimusluonnoksen ja kalastussäännön mahdollisen voimaantulon jälkeen soveltuvin osin sopimuksen ja kalastussäännön täytäntöönpanoon.<sup>348</sup> Toisessa samaan asiaan liittyvässä lausunnossa Maa- ja metsätalousministeriölle Ulkoasiainministeriö muistuttaa alkuperäiskansakulttuurin heikentämiskiellosta ja sen kansainvälisestä kytkäytymisestä myös YK:n alkuperäiskansajulistuksen maa-oikeusartikloihin<sup>349</sup>, joista juontuu valtion velvollisuus tunnustaa nämä maat, alueet ja luonnonvarat laissa ja suojeltava niitä lailla. Tässä tunnustamisessa on asianmukaisesti kunnioitettava kyseisten alkuperäiskansojen tapoja, perinteitä ja maanhallintajärjestelmiä.<sup>350</sup> Ministeriö muistuttaa myös heikentämiskiellosta vesilaisissa, kaivoslaissa ja ympäristönsuojelulaissa.<sup>351</sup>

On huomionarvoista todeta, että perinteisen tiedon huomioiminen artikla 1 tavoitteena on merkityksellinen saamelaisten oikeuksien kannalta ja sitä tulee tulkita yhdessä biodiversiteettisopimuksen kanssa. Perinteinen tietämys tulisi huomioida myös kalastuksen hallinnoinnissa, suojelutoimenpiteissä ja kalastukseen liittyvissä rajoituksissa, joiden yhteydessä tulisi suorittaa kulttuuristen vaikutusten arviointi. Kalastuslainsäädäntöä, niin kuin muutakin saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksiin suoraan vaikuttavaa lainsäädäntöä tulisi ohjata saamelaiskulttuurin heikentämiskielto. Heikentämiskielto ja kulttuuristen vaikutusten arviointi sekä saamelaisten tehokas osallistuminen kalastusta koskeviin kysymyksiin olisi sekä perustuslain että kansainvälisen oikeuden velvoitteiden mukaisesti syytä kirjata sekä kalastuslakiin että Tenojokisopimukseen. Suojelulliset toimenpiteet tulisi myös kohdistaa tasaisesti antaen erityinen suoja perinteisille kalastusmenetelmille. Myös muualla asuvien saamelaisten tulisi päästä osalliseksi perinteisillä menetelmillä kalastamiseen. Oikeusministeriön huoli siitä, etteivät saamelaisten kalastusoikeudet toteudu kuntalaisten oikeuksina Sodankylän saamelaisten osalta sekä muualla asuvien saamelaisten kalastusoikeudet olisi myös syytä ottaa huomioon kalastuslaissa sekä Tenojoen alueen saamelaisten osalta Tenojokisopimuksessa.

---

346 Katso tarkemmin kappale 5.

347 Ibid.

348 Suomen ja Norjan välillä Tenojoen kalastuksesta tehdyn sopimuksen allekirjoittaminen; ulkoasiainministeriön lausunto, 15.8.2016, HEL7M0521-10, s.3-5.

349 Lausunnossa käsitellään YK:n julistuksen artikloja 25 ja 26.

350 Artikla 26.

351 Ulkoasiainministeriö, lausunto HE kalastuksesta Tenojoen vesistöissä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen hyväksymisestä, 18.10.2016, Maa- ja metsätalousministeriölle, HEL7M1260-28.

### 4.3. Saamelaisten maankäyttöön liittyvistä oikeuksista muussa lainsäädännössä

Poronhoidon ja kalastuksen lisäksi metsästyks luetaan kuuluvaksi saamelaisten kulttuurin mukaiseksi elinkeinoksi, jota perustuslaki suojaa. Perinteisiin pyyntimuotoihin kuuluvat mm. riekonpyynti ja hirvestys. Saamelaisten oikeus metsästykseseen perustuu metsästyslain mukaiseen kuntalaisen yleiseen oikeuteen metsästää valtion mailla.<sup>352</sup> Kun voimassa oleva metsästyslaki hyväksyttiin, päätettiin luopua mahdollisuudesta antaa poikkeuksia luonnonsuojelulain metsästyksiellöstä. Tämä poikkeus voitiin luonnonsuojelulain<sup>353</sup> 4 §:n nojalla myöntää asetuksella tarpeelliseksi havaittuja poikkeuksia yleisellä suojelualueella tai sen lähistöllä asuvan väestön tai ”paimentolaislappalaisten edun kannalta” ja niitä oli aikaisemmin myönnetty asetuksen eräistä valtion omistamille alueille perustetuista kansallispuistoista<sup>354</sup> 6 §:n nojalla. Merkillä pantavaa saamelaisten oikeuksiin liittyen on tässä yhteydessä Oikeuskanslerin lausunto Lapin maakuntaliitto ry:n kanteluun. Oikeuskanslerin näkemyksen mukaan kaikkien kuntalaisten vapaa metsästysoikeus Lapin läänin kuntien valtionmaalla ei perustunut ylimuistoiseen nautintaan, mutta sen sijaan saamelaisilla tällainen oikeus saattoi olla. Lisäksi tietyillä tiloilla saattoi olla tilan perustamisasiakirjaan merkitty erityisperusteinen metsästysoikeus, joka oli luonnonsuojelulain mukainen saavutettu oikeus.<sup>355</sup> Kyseessä olevan asetuksen 6 §:n muutoksessa<sup>356</sup> säädettiin eräissä luonnonpuistoissa paikallisille asukkaille luvallisena metsästykseseen liittyvänä asiana avuttoman eläimen auttaminen ja lopettaminen, riistaeläinten haltuunotto ja riekon ansapyynti. Asetuksen siirtymäsäännöksen mukaan ”säännös ei vaikuta niihin oikeuksiin, joita saamelaisilla alueiden käyttämiseen voi olla, eikä myöskään niihin oikeuksiin, jotka perustuvat luonnonsuojelulain 8 §:ään”.<sup>357</sup> Saamelaisten kotiseutualueella sijaitsevilla luonnonsuojelualueilla metsästyks on pääosin sallittu. Riekon ansapyynti on sallittu vain kolmen pohjoisimman kunnan alueella. Kansallispuistossa metsästyks on sallittu vain alueen kuntalaisille. Luonnonpuistoissa metsästyks on kielletty, lukuun ottamatta Kevon luonnonpuistossa kuntalaisilla sallittua riekon ansapyyntiä.

Kokoon mukaan perusteltua olisi ajatella perustuslain 20.2 §:n valossa, että perustuslain 17.3 §:n suojaamaan saamelaisten kulttuuriin kuuluvana otettaisiin mahdollisuus metsästää kotiseutualueella näissä päätöksissä selkeästi huomioon sekä nykyistä lakia sovellettaessa että nimenomaisena säännöksenä uutta lakia valmisteltaessa. Samalla kuitenkin on varmistettava myös muiden yksityisten, käytännössä paikallisten asukkaiden ja maanomistajien, intressien sekä yleisen luonnonsuojelunintressin asianmukainen toteutuminen asettamalla tarvittaessa metsähallituslain mukaiset kiintiöt metsästykselle. Muutos ei välttämättä käytännössä toisi suuria muutoksia Metsähallituksen päätöksentekoon, mutta saamelaisten kulttuuristen perusoikeuksien toteutumisen kannalta se olisi tärkeä askel ennen kuin kysymys saamelaisten oikeudesta maahan ja veteen saadaan ratkaistua.<sup>358</sup>

352 Metsästyslaki 1993/615, 8 §:n mukaan henkilöllä, jonka kotikuntalainen (201/1994) 2 §:ssä tarkoitettu kotikunta on Lapin tai Kainuun maakuntaan kuuluvassa kunnassa tai Kuusamon, Pudasjärven tai Taivalkosken kunnassa, sellaisina kuin ne olivat 31 päivänä joulukuuta 2014, on oikeus metsästää kotikunnassaan valtion omistamilla alueilla. 9 §:n mukaan oikeudesta metsästää luonnonsuojelulain mukaisilla suojelualueilla on lisäksi voimassa, mitä siitä erikseen säädetään tai määrätään.

353 Luonnonsuojelulaki 71/1923.

354 932/1981.

355 Oikeuskanslerin tiedote 10.10.1994: ”Oikeuskansleri esittää Lapin asukkaiden vanhojen metsästysoikeuksien selvittämistä.” Oikeuskansleri selvitti asian kantelun johdosta ja totesi, että annettavan asetuksen voimaantulosäännökseen jo sisältyvä lausuma saamelaisten oikeuksien turvaamisesta. Oikeuskansleri katsoi jääneen näyttämättä, että kaikilla paikallisilla asukkailla olisi yksityisoikeudellinen ylimuistoiseen nautintaan perustuva vapaa metsästysoikeus kaikella valtion maalla Lapin läänin kunnissa, vaikka metsästyslain 8 §:n nojalla Lapin läänin kunnassa kotipaikan omaavilla henkilöillä on oikeus metsästää kotikuntansa valtion omistamilla alueilla. Tätä oikeutta voidaan 9 §:n mukaan rajoittaa luonnonsuojelulain mukaisilla suojelualueilla. Lappiin perustetuilla tiloilla saattaa kuitenkin olla tilan perustamiseen liittyen erityisperusteisia metsästysoikeuksia, jotka olisivat luonnonsuojelulain 8 §:n mukaisia saavutettuja oikeuksia. Oikeuskansleri esitti, että maa- ja metsätalousministeriö ja ympäristöministeriö selvittävät po. metsästysoikeuksia koskevan asian. Katso Hyvärinen, H. ”Saamelaisten perinteisen kulttuurin ja elinkeinojen suoja”, teoksessa K. Kokko (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja B, nro 30, Rovaniemi (2010), s. 139-140, alaviite 356.

356 1995/12.

357 1995/12, Kts. analyysi, Hyvärinen, H., (2010), s. 139-140.

358 Kokko, K., ”Saamelaiset ja ympäristönkäytön konfliktien sääntely”, teoksessa K. Kokko (toim.) (2010), s. 160.

#### 4.3.1. Kaivoslain mukainen saamelaisen kulttuurin suoja

Saamelaisten elinkeinoja koskeva kulttuurin suoja on pyritty turvaamaan erityisesti uudemmassa ympäristölainsäädännössä. Pisimmälle menevä oikeudellinen suoja löytyy kaivoslaista,<sup>359</sup> jonka lain tarkoitusta koskevan 1 §:n mukaan kaivoslain mukainen toiminta sovitetaan yhteen saamelaisten kotiseutualueella siten, että saamelaisten oikeudet alkuperäiskansana turvataan.<sup>360</sup> Yhteensovittamisessa otetaan huomioon myös, mitä kolttalaissa<sup>361</sup> säädetään kolttaväestön ja -alueen elinolosuhteiden ja toimeentulomahdollisuuksien edistämisestä sekä kolttakulttuurin ylläpitämisestä ja edistämisestä. Niin ikään lain soveltamisessa on otettava huomioon muu ympäristölainsäädäntö, mm. poronhoitolaki.<sup>362</sup>

Kaivoslain 38 §:n mukaan lupaviranomaisen tulee saamelaisten kotiseutualueella selvittää yhteistyössä Saamelaiskäräjien, alueen paliskuntien, alueen hallinnasta vastaavan viranomaisen tai laitoksen ja hakijan kanssa malminetsintäluvan, kaivosluvan tai kullanhuhdontaluvan mukaisesta toiminnasta aiheutuvat vaikutukset saamelaisten oikeudelle alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan sekä harkita haittojen vähentämiseksi ja estämiseksi tarvittavat toimenpiteet. Mitä 1 momentissa säädetään, koskee myös sellaisia saamelaisten kotiseutualueen ulkopuolella toteutettavia hankkeita, joilla on huomattava merkitys saamelaisten oikeuden kannalta alkuperäiskansana. Tämän lisäksi lupaviranomaisen tulee kolttaluodalla pyytää lausunto Kolttien kyläkokoukselta luvan mukaisesta toiminnasta kolttien elinkeinoille ja elinolosuhteille aiheutuvien vaikutusten selvittämiseksi. Lausunnotmenettelystä säädetään kolttalain 56 §:ssä. Niin ikään lupaviranomaisen tulee erityisellä poronhoitoalueella selvittää yhteistyössä alueella toimivien paliskuntien kanssa luvan mukaisesta toiminnasta aiheutuvat haitat poronhoidolle.

Asian selvittämiseksi lupaviranomainen voi tarvittaessa järjestää tilaisuuden, johon kutsutaan kuultavaksi Saamelaiskäräjien, Kolttien kyläkokouksen, Koltaneuvoston, asianomaisten paliskuntien, hakijan, alueen hallinnasta vastaavan viranomaisen tai laitoksen, kunnan, kalastusalueen ja yhteismetsien edustajat. Neuvotteluvaihtoesta säädetään lisäksi saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:ssä ja poronhoitolain 53 §:ssä.

Kaivoslain 50 § koskee luvan myöntämisen esteitä saamelaisten kotiseutualueella, kolttaluodalla ja erityisellä poronhoitoalueella. Malminetsintälupaa, kaivoslupaa ja kullanhuhdontalupaa ei saa myöntää, jos luvan mukainen toiminta:

- 1) yksin tai yhdessä muiden vastaavien lupien tai alueiden muiden käyttömuotojen kanssa olennaisesti heikentäisi saamelaisten kotiseutualueella edellytyksiä harjoittaa perinteisiä saamelaiselinkeinoja taikka muutoin ylläpitää ja kehittää saamelaiskulttuuria; 2) heikentäisi olennaisesti kolttien elinolosuhteita ja mahdollisuuksia harjoittaa elinkeinoja kolttaluodalla tai 3) aiheuttaisi erityisellä poronhoitoalueella huomattavaa haittaa poronhoidolle. Lupa voidaan kuitenkin myöntää 1 momentissa tarkoitettua esteestä huolimatta, jos este on mahdollista poistaa lupamääräyksin.

Kaivoslain 165 §:ssä on säädetty myös muutoksenhakumahdollisuus Saamelaiskäräjille ja Kolttien kyläkokoukselle. Saamelaiskäräjät voi hakea myös muutosta malminetsintälupaa, kaivoslupaa ja kullanhuhdontalupaa koskevaan päätökseen sillä perusteella, että luvassa tarkoitettu toiminta heikentää saamelaisten oikeutta alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa

359 621/2011.

360 Katso analyysi alkuperäiskansojen oikeuksista kaivoslainsäädännössä esim. Koivuova, T. and Petrétei, A.: Enacting a New Mining Act in Finland – How were Sami Rights and Interests Taken into Account? In: Nordisk Miljörettslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal (ed. Gabriel Michanek) 2014:1, ISSN: 2000-4273; Koivuova, T. and Petrétei, A., Enacting a New Mining Act in Finland - How Were Sami Rights and Interests Taken into Account? *Nordic Journal of Environmental Law* 2014:1, pp. 119–133.

361 253/1995.

362 Kaivoslain 3 §:n mukaan sen lisäksi, mitä tässä laissa säädetään, sovelletaan tämän lain mukaista lupa- tai muuta asiaa ratkaistaessa ja muotoon tämän lain mukaan toimittaessa muun muassa luonnonsuojelulakia (1096/1996), ympäristönsuojelulakia (86/2000), erämaalakia (62/1991), maankäyttö- ja rakennuslakia (132/1999), vesilakia (264/1961), poronhoitolakia (848/1990), säteilylakia (592/1991), ydinenergialakia (990/1987), muinaismuistolakia (295/1963), maastoliikennelakia (1710/1995) ja patoturvallisuuslakia (494/2009).

kieltään ja kulttuuriaan.<sup>363</sup> Niin ikään kolttien kyläkokous voi hakea muutosta sillä perusteella, että luvassa tarkoitettu toiminta heikentää koltta-alueella kolttien elinolosuhteita ja mahdollisuuksia harjoittaa elinkeinoja.<sup>364</sup>

Lain suoja saamelaiskulttuurille on kattava ja on hyvä esimerkki siitä, miten perustuslain ja kansainvälisen oikeuden mukaiset saamelaisten oikeudet voidaan laittaa täytäntöön alemmassa lainsäädännössä. Käytännössä ongelmana on kuitenkin ollut vaikutusten arvioinnin puutteellinen suorittaminen.

KHO linjaa kaivoslain mukaista vaikutusten arviointia tapauksessa 2014:111, jossa se päätyy kumoamaan Tukesin kullanhuuhtontapäätöksen lainvastaisena.<sup>365</sup> Kaivoslain osalta KHO toteaa, että aineellisista säännöksistä merkittävin on kaivoslain 50 §, jossa on lueteltu saamelaisten oikeuksien turvaamisen kannalta merkitykselliset luvan myöntämisen esteet. Pykälän säännösten tarkoitus on taata perustuslaista, KP-sopimuksesta ja poronhoitolaista johtuvien velvoitteiden toteutuminen. KHO viittaa hallituksen esitykseen (HE 273/2009), jossa on tältä osin todettu, että aiheutuvat haitat saamelaisten poronhoidolle on ennen päätöksen tekemistä selvitettävä ja harkittava, onko poronhoidon turvaamiseksi tarpeen hylätä hakemus tai hakemuksen johdosta annettavaan päätökseen otettavin määräyksiin esimerkiksi tarpeen rajoittaa toimenpiteiden suorittamista tiettyinä aikoina tai tietyillä paikoilla. Lisäksi on otettava huomioon, millä poronhoidon kannalta tärkeillä alueilla on voimassa valtauksia/kullanhuuhtontalupia, sekä miten suuria poronhoidon kannalta herkkiä tai tärkeitä alueita kysymyksessä olevat hakemukset koskevat. Samoin on otettava huomioon muut poronhoitoa häiritsevät käyttömuodot kyseisillä alueilla. KHO toteaa, että kaivoslakiin liittyvästä hallituksen esityksestä käy ilmi, että kaivoslain 50 §:n mukaisen lupaedellytysten harkinnan on tarkoitettu perustuvan lain 38 §:n mukaiseen menettelyyn ja siinä saatuun selvitykseen. Kyseinen pykälä täydentää saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:n, kolttialain 56 §:n ja sekä poronhoitolain 53 §:n mukaista neuvotteluelvoitetta. Lupaviranomaisen on selvitettävä vaikutukset lain 50 §:ssä säädettyihin seikkoihin yhteistyössä Saamelaiskäräjien, Kolttien kyläkokouksen, alueen paliskuntien, alueen hallinnasta vastaavan viranomaisen taikka laitoksen tai liikelaitoksen ja hakijan kanssa. Hallituksen esityksen mukaan arvioinnissa olisi lähinnä tarpeen kiinnittää huomiota saamelaiskulttuurin kannalta tärkeinä pidettäviin poronhoitoon kohdistuviin vaikutuksiin.

KHO myös nimenomaan toteaa, että vaikkei Saamelaiskäräjät käyttäisi sille varattua 9 §:n neuvottelutilaisuutta, kullanhuuhtontalupa-asiaa käsiteltäessä tulee kuitenkin ottaa huomioon myös mainittua lainkohtaa täydentävässä kaivoslain 38 §:ssä lupaviranomaiselle säädetty velvoite yhteistyössä Saamelaiskäräjien ja pykälässä mainittujen tahojen kanssa selvittää lain 50 §:ssä luvan myöntämiselle asetetut edellytykset.<sup>366</sup> Vaikutusten arviointi ei siis ole sama kuin kuuleminen tai lausunnon pyytäminen, vaan tulee erikseen suorittaa viranomaisen toimesta, yhteistyössä Saamelaiskäräjien kanssa. Kyse on viranomaisen, ei Saamelaiskäräjien velvoitteesta.

KHO viittaa Saamelaiskäräjien lausuntoihin, joiden mukaan Saamelaiskäräjillä ei hakemusten suuresta määrästä johtuen ole ollut resurssien puuttumisen vuoksi mahdollisuutta asianmukaisesti käsitellä sille lausunnon antamista varten toimitettuja hakemuksia.<sup>367</sup> Saamelaiskäräjät on lisäksi kiinnittänyt huomiota muun muassa siihen, että hakemusasiakirjoihin liitetyissä lausunnoissa tai muissa asiakirjoissa ei ole arvioitu 50 §:n mukaisten lupaedellytysten täyttymistä eikä asiakirjoihin sisälly karta-aineistoa, jonka perusteella se voisi arvioida hakemuksessa tarkoitettun alueen ja sen läheisyydessä olevien vastaavien alueiden yhteisvaikutuksen saame-

363 5 momentti.

364 6 momentti.

365 KHO 2014:111, 25.6.20014, T 1988, <http://www.kho.fi/fi/index/paatoksia/vuosikirjapaatokset/vuosikirjapaatos/1403502404022.html>.

366 Ibid.

367 KHO:n tapauksen mukaan Saamelaiskäräjät on ilmoittanut, että vuonna 2011 Saamelaiskäräjät antoi lausuntoja tai teki esityksiä ja aloitteita yhteensä 58 kappaletta. Esityksestä käy myös ilmi, että Saamelaiskäräjillä on tuolloin työskennellyt vain yksi virkamies elinkeino- ja oikeusasiasioiden parissa. Ibid. Internet-versiossa ei ole sivunumerointia.

laiskulttuuriin. Saamelaiskäräjät on edellä mainituista syistä pyytänyt Tukesia täydentämään hakemusasiakirjoja ja lähettämään tämän jälkeen uuden lausuntopyyntönsä kaikkien hakemusten osalta. Lisäksi Saamelaiskäräjät on pyytänyt, että Tukes järjestää kaivoslain 38 §:n 5 momentissa tarkoitetun neuvottelun, jotta eri osapuolet voisivat aikaisemman käytännön puuttuessa keskenään sopia menettelytavoista, yhteistyöstä ja vaikutusarviointien tekemisestä.<sup>368</sup>

Tukes ei ole toiminut Saamelaiskäräjien pyynnön mukaisesti, vaan se on jatkanut hakemuksen käsittelyä. Ratkaisuaan Tukes on tältä osin perustellut hakijan oikeusturvan huomioon ottamisella sekä Suomen perustuslain 21 §:n 1 momentilla, hallintolain 23 §:n 1 momentilla ja 33 §:llä. Kyseisten lainkohtien mukaan selvityksen esittämiseen on annettava asian laatuun nähden riittävä määräaika ja jokaisella on oikeus saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä. KHO:n mukaan asiassa tulee kuitenkin ottaa myös huomioon kaivoslain 38 § ja edellä ilmi käyvät saamelaisten aseman turvaamiseksi annetut säädökset ja KP-sopimuksen 27 artikla. Kyseessä on ollut uuteen kaivoslakiin sisältyvä saamelaiskulttuurin suojaamiseksi säädetty menettely, jonka tarkoituksena on taata kaivoslakiin ja edellä mainittuihin säännöksiin sisältyvien saamelaisten asemaa turvaavien aineellisten säännösten toteutuminen.<sup>369</sup>

Tapauksessa KHO katsoo, ettei kyseisessä tapauksessa kaivoslain 38 §:n mukainen eri osapuolten yhteistyötä edellyttävä menettely ei ole asianmukaisesti toteutunut eikä kyseisessä menettelyssä kertyneen selvityksen perusteella voida luotettavasti arvioida, täyttyvätkö kaivoslain 50 §:ssä säädetty luvan myöntämisen edellytykset. KHO toteaa, että Tukesin päätökseen tai valituksen johdosta annettuun lausuntoon ei ole kirjoitettu näkyviin niitä tosiseikkoja ja niistä tehtyjä johtopäätöksiä, joiden perusteella lupaviranomainen on arvioinut puheena olevan pykälän edellytysten täyttyvän. Asiakirjoista käy tältä osin ilmi vain se, että Tukes on katsonut annettujen lupamääräyksien ja kaivoslain säännöksiin riittävän takaamaan saamelaisille alkuperäiskansana turvattu aseman. Tukes on antanut lupamääräyksissään muun muassa edellä mainitun kiellon saamelaiselinkeinojen harjoittamisen edellytysten ja saamelaiskulttuurin ylläpidon ja kehittämisen heikentämisestä. KHO:n mukaan kyseinen lupamääräys on yleispiirteinen eikä siitä käy ilmi, mihin konkreettisiin toimiin luvan haltijan on ryhdyttävä kyseisen kiellon johdosta. Tosiasiallisesti kyseisessä lupamääräyksessä vain toistetaan kaivoslain 50 §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetty.<sup>370</sup>

KHO toteaa päätöksensä lopuksi, että kun otetaan huomioon, että saamelaiskulttuuriin kohdistuvien vaikutusten selvittämiseksi ja arvioimiseksi kaivoslain 38 §:ssä säädetty yhteistyömenettely ei ole onnistunut ja selvitys kaivoslain 50 §:ssä säädettyjen luvan myöntämisen esteiden osalta on siten edellä kerrotuin tavoin jäänyt puutteelliseksi, pelkästään lupamääräysten ja kaivoslain säännösten perusteella ei ole mahdollista arvioida saamelaiskulttuurin suojaamiseksi asetettujen luvan myöntämisedellytysten täyttymistä. Edellytykset asian oikeudelliselle arvioinnille siten puuttuvat. Tämän vuoksi Tukesin päätös on lainvastaisena kumottava.<sup>371</sup>

KHO:n päätös on merkittävä kannanotto juuri kaivoslain tarkoittamasta heikennyskieltoon liittyvästä vaikutusten arvioinnista. Saamelaiskäräjien näkemyksen mukaan vaikutusten arviointi ei ole kuitenkaan toteutunut kyseisen päätöksen jälkeenkään.<sup>372</sup> Kaivoslain muutosesityksen HE 57/2016 johdosta Saamelaiskäräjät on antanut kattavan esityksen eduskunnan ympäristövaliokunnan kuulemisen yhteydessä liittyen vaikutusten arvioinnin puutteellisen toteutumisen korjaamiseksi.<sup>373</sup> Kaivoslakia muutettiin 1.7.2016 koskien kullanhuuhtonnan lupien helpomaksi tekemistä.<sup>374</sup> Saamelaiskäräjien lausunnon mukaan puutteellisen vaikutusten arvioinnin

368 Ibid.

369 Ibid.

370 Ibid.

371 Ibid.

372 Saamelaiskäräjien lausunto kaivoslain muutosesityksen johdosta sekä esitys kaivoslain toimeenpanoon liittyvien ongelmien ratkaisemiseksi, Lausunto 27.4.2016, 251/D.a.4/2016, s.1., <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaistuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-56071.pdf>.

373 Lausunto 27.4.2016, 251/D.a.4/2016, s.2-7.

374 515/2016.



takia se on uuden kaivoslain säätämisen jälkeen joutunut edelleen valittamaan lähes kaikista saamelaisten kotiseutualueelle sijoittuvista koneellisista kullankaivuuluvista. Pääasiallisena valitusperusteena on nimenomaan ollut se, ettei kaivoslain 38 §:n tarkoittamaa vaikutusten arviointia ole asianmukaisesti suoritettu, jotta kaivosviranomaisen olisi voinut tehdä oikeisiin ja riittäviin tietoihin perustuvan harkinnan pohjalta ratkaisun luvan myöntämisen esteiden olemassaolosta yksittäisessä asiassa.<sup>375</sup> Saamelaiskäräjät huomauttaa, että kesällä 2014 korkeimman hallinto-oikeuden linjausten edellyttämää muutosta luvan myöntämisprosessiin ja itse lupien sisältöön ei edelleenkään ole toteutettu. Tästä huolimatta lupia myönnetään koko ajan.<sup>376</sup>

Ratkaisuna kaivoslain täytäntöönpanon loppuunsaattamiseksi ja erityisesti kaivoslain 38 §:n mukaisen harkinnan asianmukaisuuden varmistamiseksi Saamelaiskäräjät esittää uuden, Tuokesista ja myös muista olemassa olevista virastoista (Aluehallintovirasto ja ELY-keskus) erillisen, riippumattoman viranomaisvaltuuksin toimivan arviointi- ja valvontaelimen perustamista. Perustettavalla viranomaisella tulisi olla sekä ympäristöalan että saamelaiskulttuurin erityistä asiantuntemusta. Erityisesti saamelaiskulttuurin tuntemusta edellyttävien virkojen täyttö tulisi lisäksi suorittaa yhteistyössä Saamelaiskäräjien kanssa. Elemen tehtäviin kuuluisivat kaivoslain 38 §:n mukaiset vaikutusten arviointitehtävät sekä nykyisellään ELY-keskukselle kuuluvat ympäristölupien mukaiset valvontatehtävät saamelaisten kotiseutualueella. Saamelaiskäräjien mukaan elimelle olisi kenties tarkoituksenmukaista myöntää rinnakkaisvaltuudet myös kaivoslain 16 luvun mukaisiin valvontatehtäviin (kaivoslupa), jotta yhdelle viranomaiselle syntyisi mahdollisimman hyvä kokonaiskuva siitä, mitä saamelaiskulttuurin kannalta merkityksellistä saamelaisten kotiseutualueeseen kuuluvilla maa-alueilla tapahtuu. Tällöin myös valvonnan osalta saataisiin aikaan kustannussäästöjä ja kuitenkin viranomaiselle saataisiin aikaan kattavampi kokonaiskäsitys kulloinkin kyseessä olevien alueiden tilanteesta. Tällä menettelyllä saataisiin varmistettua kaivuulupien sisällön asianmukaisuuden lisäksi lupaharkinnan objektiivisuus, avoimuus ja lupaprosessin läpinäkyvyys. Muutoksella parannettaisiin näin merkittävästi muiden sidosryhmien ja ennen kaikkea muiden maankäyttäjien oikeusturvaa.<sup>377</sup>

Kaivoslaissa ongelmalliseksi voidaankin nähdä se, että vaikutusten arvioinnin tekee sama viranomaisen, jonka tehtävänä on toiminnasta päättäminen. Samoin kuin ympäristövaikutusten arviointikäytännössä, alkuperäiskansojen oikeuksiin ja kulttuuriin kohdistuvien vaikutusten arvioinnissa tulisi käyttää saamelaiskulttuurin hyvin tuntevaa asiantuntijaa, jonka tulisi mielellään kuulla Saamelaiskäräjien lisäksi saamelaisia perinteisten elinkeinojen harjoittajia, paliskuntien ja siitojen edustajia kumulatiivisten vaikutusten huomioon ottamiseksi. Mikäli Tuokes suorittaa vaikutusten arvioinnin, tätä varten pitäisi olla ainakin erillinen henkilö, jolla on riittävä tietotaito kyseisessä asiassa. Viranomaisen tulee myös ottaa huomioon, että, kuten KHO ratkaisussaan tuo esille, vaikutusten arviointi ei ole sama asia kuin kuuleminen tai lausunnon pyytäminen. Viranomaisten ja Saamelaiskäräjien välillä olisi tarpeen luoda todelliseen yhteistyöhön perustuva neuvotteluelin, mikä helpottaisi niin viranomaistyötä kuin Saamelaiskäräjienkin työtä valitusten vähenemisenä. Kasvokkain tapahtuvat neuvottelut eri osapuolten välillä sekä mahdollisesti jopa ulkopuolisen sovittelijan käyttäminen voisivat tuoda ratkaisun kaivoslain mukaisen saamelaisen kulttuurin suojan toteuttamiseen. Tästä hyötyisivät pitkällä tähtäimellä kaikki osapuolet. Toimivan mallin avulla vaikutusten arviointia voitaisiin suorittaa myös muun lainsäädännön puitteissa. Saamelaisen kulttuurin heikentämiskielto juontuu sekä perusoikeudesta että kansainvälisestä oikeudesta, erityisesti KP-sopimuksen 27 artiklasta, ja se on sisällytetty myös ympäristönsuojelulakiin ja vesilakiin, kuten jäljempänä mainitaan. Heikentämiskieltoon liittyy sisänrakennettuna vaikutusten arviointi, koska miten muuten voidaan mitata ”olennaisen haitan” kynnyksen ylittäminen. KP-sopimusta valvova ihmisoikeuskomitea on viimeaikaisen kehityksen, mm. YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen hyväksymisen jälkeen

375 Lausunto 27.4.2016, s. 1.

376 Lausunto 27.4.2016, s. 2.

377 Lausunto 27.4., s. 2.

tiukentanut osallistamiskriteeriä. Sen lisäksi, että komitea edellyttää elinkeinon pysyvän elinvoimaisena, se vaatii että alkuperäiskansojen kulttuuriin kohdistuvien huomattavien haittojen tapauksessa on saatava alkuperäiskansan ennakkosuostumus.<sup>378</sup>

Toisin kuin KHO, Pohjois-Suomen hallinto-oikeus päätyi hylkäämään seitsemän koneellista kullanhuhdonta tapauksta, joista Saamelaiskäräjät valittivat katsoessaan, ettei kaivoslain 38 §:n mukaista vaikutusten arviointia ollut suoritettu asianmukaisesti.<sup>379</sup> Hallinto-oikeuden päätöksistä käy esille, että se on tulkinnut 38 §:ää ensisijaisesti Saamelaiskäräjille varattuna ”mahdollisuutena” selvittää toiminnan vaikutukset saamelaisten kulttuurille ja oikeuksille. Päätöksessä KHO 4.10.2016 T 16/0311/1 Saamelaiskäräjät on Tukesille antamassaan lausunnossa korostanut, ettei kullanhuhdontaluvassa tarkoitettujen toiminnan vaikutuksia voida arvioida tapauskohtaisesti, vaan kuten kaivoslain 38 § edellyttää, on toiminnan vaikutuksia arvioitaessa otettava huomioon kaikki alueella ja sen läheisyydessä voimassa olevat luvat ja hakemukset sekä alueen muut käyttömuodot. Lupia on kuitenkin arvioitu yksittäistapauksina, eikä toiminnan kumulatiivisia vaikutuksia alueen ympäristöön ja poronhoitoon ole arvioitu asianmukaisesti. Arviointi on ollut vain yleispiirteistä.<sup>380</sup>

Tukes puolustautuu toteamalla, ettei kaivoslain 38 § anna Tukesille kaivosviranomaisena toimivaltaa ottaa huomioon kaikkia saamelaisalueille myönnettyjen kullanhuhdontalupien ja muiden maankäyttömuotojen yhteisvaikutuksia saamelaiskulttuurille. Kaivoslaki ei Tukesin tulkinnan mukaan myöskään velvoita näin laajaan selvitysvastuuseen. Tukesin lupaharkinta on aina tapauskohtaista ja kaivoslain 38 §:n ja 50 §:n vaatimuksia sovellettaessa näin ollen jokaisen lupaharkinnan osalta erikseen. Tukes katsoo vaikutusten kyseisessä tapauksessa olevan vähäisiä ja paikallisia. Arvioinnissa ei ole tullut esille esteitä, joita ei voitaisi poistaa lupamääräyksin, joten luvat on myönnetty. Annetuilla lupamääräyksillä on varmistettu, että luvan mukainen toiminta ei olennaisesti heikennä saamelaisten kotiseutualueella edellytyksiä harjoittaa perinteisiä saamelaiselinkeinoja taikka muutoin ylläpitää ja kehittää saamelaiskulttuuria.<sup>381</sup>

Hallinto-oikeus toteaa selvityksen riittävydestä seuraavaa: Tukes on luvanhakijoiden kullanhuhdontahakemuksen johdosta varannut Saamelaiskäräjille kaivoslain 38 §:n mukaisessa tarkoituksessa mahdollisuuden selvittää hakemuksen toiminnasta aiheutuvat vaikutukset saamelaisten oikeudelle alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan sekä harkita haittojen vähentämiseksi ja estämiseksi tarvittavia toimenpiteitä.

HaO:n mukaan kaivoslaissa tai kaivostoiminnasta annetussa valtioneuvoston asetuksessa (391/2012) ei ole tarkemmin säädetty kaivoslain 38 §:n 1 momentissa tarkoitettujen yhteistyömenettelyn muodosta tai siihen sisällytettävistä selvityksistä. Tukesin velvollisuutena on kuitenkin osaltaan turvata se, että kaivoslain 38 §:n mukaiselle asian selvittämistä koskevalle menettelylle on asianmukaiset edellytykset. Tämä tarkoittaa muun ohella sitä, että Saamelaiskäräjät saa käyttöönsä riittävän kattavan aineiston voidakseen arvioida haetun toiminnan vaikutukset saamelaiskulttuurin kannalta. Kun otetaan huomioon edellä mainittu Saamelaiskäräjille toimitettu selvitys, Saamelaiskäräjillä on ollut riittävän kattava ja asianmukainen aineisto. Sillä on ollut mahdollisuus antaa oma asiantuntija-arvionsa luvanhakijan kullanhuhdonta hankkeen vaikutuksista ottaen huomioon myös alueen muiden vastaavien hankkeiden ja muiden alueidenkäyttömuotojen vaikutukset saamelaiskulttuuriin sekä esittää haittavaikutusten vähentämiseksi tai ehkäisemiseksi tarvittavia toimenpiteitä. Saamelaiskäräjillä on siten ollut mahdollisuus osallistua yhteistyömenettelyyn. Tukes on varannut myös lvalon paliskunnalle kaivoslain 38 §:n mukaisessa tarkoituksessa mahdollisuuden selvittää hakemuksen mukaisesta toiminnasta aiheutuvat haitat poronhoidolle ja sitä kautta saamelaisten oikeudelle alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää kieltään ja kulttuuriaan.<sup>382</sup>

378 Katso kappale 5.

379 Pohjois-suomen HaO, 4.10.2016, T 16/0309/1, 16/0311/1, 16/0312/1, 16/0313/1, 16/0314/1, 16/0315/1, 16/0310/1.

380 KHO 4.10.2016 T 16/0311/1, s. 5.

381 Ibid., s. 6.

382 Ibid., s. 8.

Tapaukset osoittavat, että viranomaisilla on epäselvyyttä siitä, mitä kaivoslain 38 § oikeastaan edellyttää. KHO:n linjauksen mukaan se edellyttää nimenomaan aktiivisia toimia lupaviranomaiselta, kun taas Pohjois-Suomen hallinto-oikeus on tulkinnut pykälää lähinnä yhteistoimintavelvoitteena. KHO nimenomaisesti kuitenkin linjaa, että kyseessä ei ole kuuleminen tai neuvottelut saamelaiskäräjälain 9 §:n merkityksessä vaan viranomaisen velvollisuus aktiivisesti suorittaa vaikutusten arviointi silloinkin, kun Saamelaiskäräjät eivät käyttäisi sille varattua neuvottelu-oikeutta. Voi olla, että HaO on päätenyt hylkäävään ratkaisuun myös siitä syystä, että kullanhuuhdonnalla ei ole katsottu olevan erityisen suuria haittoja saamelaiselle kulttuurille. Saamelaiskäräjätkin on valittanut pääasiassa sen vuoksi, että vaikutusten arviointia ei ollut suoritettu oikein. Kysymys on siis nimenomaisesti vaikutusten arvioinnin puutteelliseen suorittamiseen liittyvä valitus. Valitukselle ei välttämättä olisi ollut lainkaan tarvetta, mikäli vaikutusten arviointi olisi suoritettu kattavammin ja asiasta päästy yhteisymmärrykseen viranomaisen ja Saamelaiskäräjien välillä.

Kulttuuristen vaikutusten arviointi kaivoslain 38 §:n merkityksessä, jonka KHO sille vuonna 2014 linjasi, ei toteudu myöskään Tukesin Geologiselle tutkimuskeskukselle 7.7.2016 myöntämässä malminetsintäluvassa Käsivarren alueelle, jossa saamelaiset harjoittavat poronhoitoa. Alue on keskeinen erityisesti yhden siidan (kyläryhmän) porojen talvilaidun ja sekä alueen paliskunnan että Saamelaiskäräjien mukaan malminetsinnällä on huomattavaa haittaa poronhoidolle.<sup>383</sup> Alueella on käynnissä tai suunnitteella monenlaista muutakin maankäyttöä, joten kumulatiiviset yhteisvaikutukset tulee myös selvittää kaivoslain nojalla. Päätöksestä ilmenee, että Tukes on tulkinnut vaikutusten arvioinnin lähinnä kuulemisena ja lausuntojen antamispyyntönä. Kaivoslakiin liittyvässä hallituksen esityksessä<sup>384</sup> 38 §:n 1 momentin tarkoitus on kuitenkin nimenomaan täydentää neuvotteluelvoitetta. Päätökseen<sup>385</sup> tai valituksen johdosta annettuun lausuntoon ei ole kirjoitettu näkyviin niitä tosiseikkoja ja niistä tehtyjä johtopäätöksiä, joiden perusteella lupaviranomainen on arvioinut 50 §:n pykälän edellytysten täyttyvän. Saamelaiskäräjät on kaikissa asiaa koskevissa lausunnoissa todennut, ettei vaikutusten arviointia ole suoritettu.<sup>386</sup> Malminetsintä lupahakemuksen liitteenä olevat selvitykset ovat hyvin yleisluontoisia ja osin puutteellisia sekä arvioitujen ympäristövaikutustensa osalta, että saamelaiskulttuurin harjoittamisedellytyksiin, mukaan lukien perinteiset elinkeinot, kohdistuvien vaikutustensa osalta. Metsähallitus on myös ilmaissut tämän kannan lausunnossaan.<sup>387</sup>

Kyseisessä tapauksessa myös kaivoslain 11 §:n 2 kohta, jossa kielletään olennaisen haitan aiheuttaminen elinkeinolle, on otettava huomioon.<sup>388</sup> Niin ikään perustuslain 18 §:n 1 momentin mukainen elinkeinon vapaus, 15 §:n omaisuuden suoja, 20 §:n mukainen ympäristöperusoikeus sekä 6 §:n syrjimättömyyskielto liittyvät läheisesti tähän tapaukseen. Päätöksestä ovat valittaneet sekä Saamelaiskäräjät että alueen paliskunta.

Eräs keskeinen seikka, jota myös pitäisi pohtia vaikutusten arvioinnin yhteydessä, on mahdollinen maksettava kompensatio haitoista myös elinkeinonharjoittajille. Kyseisessä tapauksessa GTK:n tulee korvata malminetsintäalueen maanomistajille korvauksia alueen käytöstä. Esimerkiksi poronhoitajille mitään korvauksia ei kuitenkaan makseta. Tätä asiaa olisi syytä pohtia myös Suomea koskevissa käytännöissä. Vaikka kyseessä ei olekaan omistusoikeus kiinteistöoikeudellisessa mielessä, on myös perustuslakivaliokunta ottanut useaan otteeseen kantaa, kuten aiemmin on tuotu esille, saamelaisten kulttuuristen elinkeino-oikeuksien tulevan ainakin lähelle omistusoikeutta. Kuten metsähallituslakia käsittelevässä kappaleessa tuli ilmi, esimerkiksi Amerikan tuomioistuin yhdistää kompensaaion luonnollisena osana kulttuuristen vaikutusten arviointiin. Myös ILO sopimus 169:n 15 artikla edellyttää, että luonnonva-

383 Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes), Päätös ML 2014: 0029, 7.7.2016, [http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4%C3%B6kset/ML20140029\\_paatost\\_Tukesnet.pdf](http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4%C3%B6kset/ML20140029_paatost_Tukesnet.pdf).

384 HE 273/2009 vp.

385 ML2014:0029, 7.7.2016, [http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4%C3%B6kset/ML20140029\\_paatost\\_Tukesnet.pdf](http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4%C3%B6kset/ML20140029_paatost_Tukesnet.pdf).

386 Ks. lausunnot löytyvät em. päätöksestä, *Ibid*.

387 Metsähallituksen lausunto, Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes), Päätös ML 2014: 0029, 7.7.2016.

388 Kaivoslakia koskevan hallituksen esityksen (HE 273/2009 vp.) perustelujen mukaan em. lainkohdassa muulla elinkeino toiminnalla tarkoitetaan poronhoitoa ja muita sellaisia elinkeinoja, jotka edellyttävät alueiden käyttöä.

rojen hyödyntämisessä alkuperäiskansojen on päästävä mahdollisuuksien mukaan osallisiksi tällaisen toiminnan aiheuttamasta hyödystä, ja niiden on saatava oikeudenmukainen korvaus kaikesta vahingosta, jota tällainen toiminta voi niille aiheuttaa. ILO:n vuoden 1996 oppaan mukaan ilmaisu ”mahdollisuuksien mukaan” on luettava yhdessä yleissopimuksen 6 ja 7 artiklojen kanssa.<sup>389</sup> Hallituksen esityksessä (264/2014) todetaan, että osallisuutta hyödyntämistoimien tuottoon voidaan arvioida tapauskohtaisesti ja kompensatiot voidaan toteuttaa eri muodoissa. Sen vuoksi asiasta ei ole lainsäädäntöä.<sup>390</sup> Vähemmistövaltuutetun raportissa ehdotetaan, että kyseeseen voivat tulla esimerkiksi valtion ja Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen väliset erityissopimukset tai verojen ja tuottojen uudelleenjakoa saamelaisten omien aloitteiden tukemiseksi.<sup>391</sup> Luonnollista ja oikeudenmukaista kuitenkin olisi, että kompensatio maksetaan ensisijaisesti niille, jotka haitasta kärsivät.

Yhteenvedona kaivoslain saamelaisten oikeuksien mukaisesta suojasta voidaan sanoa, että heikennyskiellon ja kulttuurivaikutusten arvioinnin sekä muutoksenhakumahdollisuuden sisällyttäminen kaivoslakiin ovat asianmukainen tapa saattaa saamelaisten perustuslailliset ja kansainvälisen oikeuden luomat velvoitteet alempaan lainsäädäntöön. Lainsäätäjä ei ole kuitenkaan ehtinyt loppuun saakka harkita, miten vaikutusten arviointi tulisi suorittaa. KHO:n voimassa oleva linjaus joka tapauksessa on, että vaikutusten arviointi kuuluu ensisijaisesti kaivoslupaviranomaiselle, ja se tulee suorittaa yhteistyössä Saamelaiskäräjien, paliskuntien ja tarvittaessa Kolttien kyläkokouksen kanssa. On selvää, ettei viranomaisen pysty tekemään kattavaa vaikutusten arviointia ilman saamelaistahojen tukea. Pohdittavia kysymyksiä ovat se, onko lupaviranomainen ylipäätään oikea instanssi tekemään vaikutusten arviointia vai pitäisikö se antaa jonkun riippumattoman instanssin tehtäväksi. Kuten tämän raportin johtopäätöksissä tulee esille, esimerkiksi Amerikan ihmisoikeustuomioistuin painottaa alkuperäiskansojen oikeuksia koskevissa tapauksissa juuri sitä, että vaikutusten arviointi tulee suorittaa riippumattoman ja asian substanssin osaavan tahon toimesta. Valitukset kuormittavat niin Saamelaiskäräjiä, elinkeinonharjoittajia, (sekä poronhoitajat että esimerkiksi kullankaivajat) lupaviranomaisia kuin tuomioistuimiakin. Yhteistyöryhmää eri toimijoiden välille onkin jo suunniteltu ja laitettu alulle. Kattavan ja toimivan mallin luominen, josta voitaisiin ottaa mallia myös muuhun maankäyttöön, olisikin ensiarvoisen tärkeää. Yhteistyöryhmään tulisi viranomaisten ja Saamelaiskäräjien lisäksi mielellään kuulua Kolttien kyläkokous, paliskunnat sekä siitojen edustajia. Tähän valtion olisi suunnattava tarvittavat resurssit.

#### 4.3.2. Muutama huomio muusta lainsäädännöstä sekä yhteenvedo

Saamelaiskulttuurin heikentämiskielto on kirjattu myös ympäristönsuojelulakiin.<sup>392</sup> Lain 49 §:n mukaisen ympäristöluvan myöntäminen edellyttää, ettei toiminnasta, asetettavat lupamääräykset ja toiminnan sijoituspaikka huomioon ottaen, aiheudu yksinään tai yhdessä muiden toimintojen kanssa olennaista heikennystä edellytyksiin harjoittaa saamelaisten kotiseutualueella perinteisiä saamelaiselinkeinoja tai muutoin ylläpitää ja kehittää saamelaiskulttuuria taikka olennaista heikennystä kolttien elinolosuhteisiin tai mahdollisuuksiin harjoittaa kolttalaissa tarkoitettuja luontaiselinkeinoja kolttala-alueella.<sup>393</sup> 42 § puolestaan säätää, että lupaviranomaisen on pyydettävä lausunto Saamelaiskäräjiltä, jos hakemuksen tarkoittaman toiminnan ympäristövaikutukset saattavat ilmetä saamelaisten kotiseutualueella, ja Kolttien kyläkokoukselta, jos ympäristövaikutukset saattavat ilmetä kolttalaissa tarkoitettulla kolttala-alueella.<sup>394</sup> Laissa säädetään myös viranomaisaloitteisiin menettelyihin liittyvästä vireillepano-oikeudesta. Lain 186 § sisältää säännökset Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen oikeudesta vireillepanoon, jos haitalliset vaikutukset ilmenisivät saamelaisten kotiseutualueella tai kolttala-alueella. Lisäksi lain 191 §:ssä säädetään Saamelaiskäräjien ja Kolttien kyläkokouksen oikeudesta hakea muutosta

389 ILO: Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention 169 (1996), s. 18.

390 HE 264/2014, Ilo sopimus 169:n 15 artiklaa käsittelevä kohta.

391 Vähemmistövaltuutettu, 99 kysymystä ja vastausta ILO 169-sopimuksesta, 2013, s. 33.

392 527/2014.

393 49 § kohta 6.

394 42 § kohta 4.

sellaiseen ympäristölupapäätökseen, joka koskee saamelaisten oikeutta alkuperäiskansana ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan tai kolttien elinolosuhteita ja mahdollisuuksia harjoittaa kolttalaissa tarkoitettuja elinkeinoja.

Niin ikään vesilain<sup>395</sup> 2 luvun 8 §:n mukaan saamelaisten kotiseutualueella vesitaloushanke on toteutettava siten, ettei se vähäistä suuremmassa määrin heikennä saamelaisten mahdollisuuksia käyttää heille alkuperäiskansana kuuluvia oikeuksia ylläpitää ja kehittää kulttuuriaan sekä harjoittaa perinteisiä elinkeinojaan.<sup>396</sup>

Saamelaisten oikeudet mainitaan myös luonnonsuojelulaisissa,<sup>397</sup> jonka 16 §:n mukaan saamelaisten kotiseutualueella sijaitsevista kansallis- ja luonnonpuistoissa on turvattava saamelaisten kulttuurin ylläpitämisen ja kehittämisen edellytykset. Niin ikään erämaalaissa saamelaiskulttuuri nauttii erityistä suojaa. Erämaalain<sup>398</sup> 1 §:n mukaan erämaa-alueita perustetaan alueiden erämaaluonteeseen säilyttämiseksi, saamelaiskulttuurin ja luontaiselinkeinojen turvaamiseksi sekä luonnon monipuolisen käytön ja sen edellytysten kehittämiseksi.<sup>399</sup>

Yhteenvetona voidaan todeta, että saamelaiskulttuuria koskeva heikentämiskielto ja siihen liittyvä vaikutusten arviointi sekä saamelaisten ympäristöön liittyvän perinnetiedon huomioon ottaminen tulisi kirjata johdonmukaisesti kaikkiin ympäristöön sekä maa- ja vesialueiden käyttöön liittyviin lakeihin perustuslain ja kansainvälisen oikeuden täytäntöön panemiseksi alemmassa lainsäädännössä. Olennaista on kehittää toimiva ja riittävän kattava malli vaikutusten arvioimiseksi. Yhteistyö viranomaisten ja Saamelaiskäräjien sekä saamelaisten elinkeinonharjoittajien välillä on keskeistä arviointivaikutuksia koskevan mallin suunnittelemisessa ja toimeenpanemisessa. Nämä toimenpiteet täydentäisivät saamelaiskäräjälain mukaista neuvotteluvelvoitetta, joka tulisi muuttaa yhteistoimintavelvoitteeksi hallituksen esityksen 167/2014 mukaisesti. Yhteistoimintavelvoitteen tulisi koskea Saamelaiskäräjien lisäksi Kolttien kyläkokousta. Neuvottelu/yhteistoimintavelvoite tulisi kirjata myös ainakin kaikkiin saamelaisten kulttuurin kannalta tärkeimpiin ympäristöä sekä maiden ja vesien käyttöä koskeviin lakeihin, joissa sitä ei vielä mainita. Myös kulttuurin mukaisille elinkeinoille koituvista haitoista tulisi korvata kohtuullinen kompensatio, joka voisi tulla kysymykseen esimerkiksi kaivoslain sekä metsähallituslain mukaisissa toimenpiteissä.

---

<sup>395</sup> 587/2011.

<sup>396</sup> Lain 11 luvun 6 §:n mukaan saamelaiskäräjille on varattava tilaisuus antaa lausunto, jos hanke sijoittuu tai sen vaikutukset ulottuvat saamelaisten kotiseutualueelle ja hanke voi vaikuttaa saamelaisille alkuperäiskansana kuuluviin oikeuksiin. Lain 15 luvun 2 §:n mukaan saamelaiskäräjillä on oikeus hakea vesilain nojalla tehtyyn päätökseen muutosta, jos vesitaloushanke sijoittuu tai sen vaikutukset ulottuvat saamelaisten kotiseutualueelle ja hanke voi vaikuttaa saamelaisille alkuperäiskansana kuuluviin oikeuksiin.

<sup>397</sup> Luonnonsuojelulaki, 1996/1096.

<sup>398</sup> Erämaalaki, 1991/62.

<sup>399</sup> Metsälaki (1093/1996) 12 § sisältää säännöksen velvoitteesta neuvotella Saamelaiskäräjien kanssa saamelaiskäräjälaisissa tarkoitettulla tavalla ennen saamelaisten kotiseutualueella olevan alueen suojametsäalueeksi määrittämistä.

# 3. SAAMELAISMÄÄRITELMÄ KANSAINVÄLISEN OIKEUDEN JA KHO:N TAPAUSTEN VALOSSA

Leena Heinämäki

## 1. Alkuperäiskansojen vis-à-vis saamelaisten määrittelystä kansainvälisessä oikeudessa

Maailmassa arvioidaan olevan noin 350–400 miljoonaa alkuperäiskansoihin lukeutuvaa henkilöä. Kansainvälinen oikeus ei sisällä oikeudellisesti sitovaa alkuperäiskansamääritelmää. Tämä johtuu pitkälle siitä, että alkuperäiskansoja edustavat järjestöt ovat nimenomaisesti vastustaneet virallista määritelmää, jonka valtiot hyväksyisivät.<sup>1</sup> Itsemääräämisoikeuteen vedoten alkuperäiskansat ovat lähteneet siitä, että niillä ja niitä edustavilla instituutioilla on suvereeni oikeus määrittellä itsensä alkuperäiskansana sekä määrätä siitä, keitä niiden ryhmäänsä kuuluu. YK:n alkuperäiskansojen pysyvä foorumi toteaa, että määrittelyssä on otettava huomioon sekä yksilön itseidentifikaatio että ryhmän hyväksyntä.<sup>2</sup>

YK:n erityisraportoija José Martínez Cobo, tutkiessaan YK:n toimesta alkuperäiskansojen vaikeaa sosiaalipoliittista tilannetta, otti käyttöön ”työmääritelmän” alkuperäiskansoista.<sup>3</sup> Tätä määritelmää on sittemmin käytetty kansainvälisesti erilaisissa YK:n foorumeissa<sup>4</sup>, mukaan lukien alkuperäiskansojen omat elimet, jotka kuitenkin ovat todenneet sen olevan vain työmääritelmä eikä soveltuvan kaikkiin alkuperäiskansoihin.<sup>5</sup>

Cobon määritelmän mukaan alkuperäiskansoja (indigenous communities, peoples and nations) ovat ne, joilla on historiallinen jatkuvuus ennen kolonialismia vallinneisiin yhteiskuntiin, jotka kehittyivät niillä alueilla, joilla tai osissa niissä, ne yhä asuvat. Niiden tulee niin ikään olla vähemmistöasemassa ja kokea itsensä erilaiseksi valtaväestöstä, joka nyttemmin asuttaa samoja alueita. Ne tahtovat suojella, kehittää ja siirtää tuleville sukupolville perinteiset alueensa sekä etnisen identiteettinsä, jotka muodostavat perustan niiden säilymiselle kansoina, omien kulttuuristen tapojensa, sosiaalisten instituutioidensa ja oikeusjärjestelmiensä mukaisesti. Määritelmä sisältää erilaisia elementtejä, joista yksi tai useampi voi koskea kyseistä alkuperäiskansaa. Elementtejä ovat mm. yhteinen perimä alueen alkuperäisten asukkaiden kanssa, erityinen kulttuuri (kuten uskonto, eläminen heimojärjestelmässä, tietyn alkuperäiskansan jäsenyys, pukeutuminen, elinkeino ja elämäntapa sekä kieli, joko ainoana kielenä, äidinkielenä tai kotikielenä tai muuten pääasiallisena käyttökielenä).<sup>6</sup> Cobon työmääritelmä sisältää sekä yksilön itseidentifikaation että ryhmähyväksynnän kriteerit. Määritelmän mukaan yksilön tasolla henkilö on sellainen, joka kuuluu tiettyyn alkuperäisväestöön itseidentifikaation kautta ja tulee

1 An example of the position of indigenous representatives is listed in the 1996 report of the Working Group on Indigenous Populations of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/21) as follows: “We, the Indigenous Peoples present at the Indigenous Peoples Preparatory Meeting on Saturday, 27 July 1996, at the World Council of Churches, have reached a consensus on the issue of defining Indigenous Peoples and have unanimously endorsed Sub-Commission resolution 1995/32. We categorically reject any attempts that Governments define Indigenous Peoples. We further endorse the Martínez Cobo report (E/CN.4/Sub.2/1986/Add.4) in regard to the concept of “indigenous”. Also, we acknowledge the conclusions and recommendations by Chairperson-Rapporteur Madame Erica Daeis in her working paper on the concept of indigenous peoples (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2).”

2 UN Permanent Forum on Indigenous Issues, Factsheet, Who are indigenous peoples? [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/5session\\_factsheet1.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/5session_factsheet1.pdf). Understanding the term Indigenous.

3 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Add. 1–4.

4 Ks. myös Maailmanpankin “OP 4.10 – Indigenous Peoples”, kappaleet 3 ja 4, jotka nojaavat pitkälti Cobon määritelmään, [http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20553653~menuPK:4564185~p\\_agePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html](http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20553653~menuPK:4564185~p_agePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html).

5 YK:n alkuperäiskansojen pysyvä foorumi katsoo yleismaailmallisen alkuperäiskansan määritelmän olevan tarpeeton, ja Cobon määritelmä on sen mielestä vain suhteellisen yleisesti hyväksytty käsitys, sillä esimerkiksi Afrikan ja Aasian valtiot eivät sitä hyväksy. The concept of indigenous peoples, background paper prepared by the secretariat of the permanent forum on indigenous issues (department of economic and social affairs, division for social policy and development secretariat) of the permanent forum on indigenous issues workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples (New York, 19–21 January 2004), [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_data\\_background.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_data_background.doc).

6 A) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; b) Common ancestry with the original occupants of these lands; c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc); d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); e) Residence on certain parts of the country, or in certain regions of the world; f) Other relevant factors.

tunnistetuksi ja hyväksytyksi kyseisen ryhmän taholta. Määritelmä korostaa, että edellä mainitun toteutuessa suojellaan ”näiden yhteisöjen suvereenia oikeutta ja valtaa päättää siitä, keitä niihin kuuluu, ilman ulkopuolista puuttumista.”<sup>7</sup>

ILO sopimus 169, kuten sitä koskevassa Kansainvälisen työjärjestön laatimassa oppaassa painotetaan, ei määrittele alkuperäis- ja heimokansoja vaan pelkästään kuvailee kansoja, joita se pyrkii suojelemaan.<sup>8</sup> ILO sopimusta koskevan oppaan mukaan alkuperäiskansoihin liittyviä elementtejä ovat perinteinen elämäntapa, valtaväestöstä poikkeava kulttuuri, kieli, perinteet, omat sosiaaliset organisaatiot ja poliittiset instituutiot sekä historiallinen jatkuvuus asumisessa tietyllä alueella. ILO:n laatima opas korostaa, että ILO:n huomion fokuksena on tämän hetkinen tilanne, vaikkakin historiallinen jatkuvuus on myös tärkeä. Pääasiallisena haasteena on kuitenkin se, kuinka parantaa alkuperäiskansojen elin- ja työskentelyolosuhteita niin, että ne voivat säilyä erillisinä kansoina, mikäli ne näin tahtovat.<sup>9</sup>

Vaikka ILO sopimus 169 ei suoraan määrittele alkuperäiskansoja, sopimuksen ensimmäisessä artiklassa kuvaillaan kuitenkin sopimuksen soveltamisalaan kuuluvia kansoja. Artiklan 1 kohdan a ja b alakohta sisältää objektiivisia kriteerejä. Kohdan a alakohdan mukaan yleissopimusta sovelletaan niihin itsenäisissä maissa eläviin heimokansoihin, joiden sosiaaliset, kulttuuriset ja taloudelliset olot erottavat ne muusta kansallisesta yhteisöstä ja joiden asemaa säännellään kokonaan tai osittain niiden omilla tavoilla tai perinteillä tai erityissääädöksillä tai –määräyksillä. Artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan yleissopimusta sovelletaan niihin itsenäisissä maissa eläviin kansoihin, joita pidetään alkuperäiskansoina sen vuoksi, että ne polveutuvat väestöstä, joka maan valloittamisen tai asuttamisen tai nykyisten valtionrajojen muodostumisen aikaan asui maassa tai sillä maantieteellisellä alueella, johon maa kuuluu. Alakohdan mukaan yleissopimusta sovelletaan vain sellaisiin kansoihin, jotka ovat oikeudellisesta asemastaan riippumatta säilyttäneet kokonaan tai osittain omat sosiaaliset, taloudelliset, kulttuuriset ja poliittiset instituutiot.<sup>10</sup>

Vaikka Suomessa keskustelu onkin, osin väärinymmärrysten tai virhetulkintojen johdosta, käynyt vilkkaana siitä, keitä yksilötasolla ILO sopimus 169 koskee, sopimuksen ensimmäisessä artiklassa kuvataan pelkästään sitä, minkälaiset ryhmät tulisi nähdä sopimuksen tarkoituksena alkuperäis- ja heimokansoina. Kysymys on pikemminkin lähtökohdista ja vallitsevista olosuhteista. Ensimmäisessä artiklassa ei siis määritellä henkilöitä, joita sopimus koskee, vaan kuvaillaan tunnusmerkistöjä, joiden perusteella alkuperäis- tai heimokansa voidaan tunnistaa ks. kansoiksi valtioiden taholta. Sopimuksen 1. artiklan 2 momentin mukaan itseidentifikaatiota tulee pitää perustavanlaatuisena kriteerinä määriteltäessä ne *ryhmät*, joihin sopimuksen artikloja sovelletaan.<sup>11</sup> Lähtökohdista on siis pidettävä sitä, että kyseinen ryhmä pitää itseään alkuperäis- tai heimokansana. Vaikka itse ILO sopimuksen kyseinen artikla ei mainitse mitään yksilöistä, sopimuksen tulkintaa ohjaavassa oppaassa korostetaan sekä objektiivisia että subjektiivisia kriteereitä, jotka koskevat myös yksilöitä. Objektiivisiin kriteereihin kuuluu, että tietty alkuperäis- tai heimoryhmä tai -kansa täyttää artiklan 1.1. kriteerit sekä tunnistaa ja hyväksyy henkilön kuuluvaksi ryhmäänsä tai kansaansa. Subjektiivisena kriteerinä on, että henkilö identifioituu kuuluvansa ryhmään tai kansaan, tai ryhmä pitää itseään sopimuksen tarkoituksena alkuperäis- tai heimokansana.<sup>12</sup> Itseidentifikaatiolla on siis sekä ryhmä- että yksilöulottuvuus, ja itseidentifikaation vastinpari on ryhmähyväksyntä, joka nähdään objektiivisena kriteerinä.

7 "On an individual basis, an indigenous person is one who belongs to these indigenous populations through self-identification as indigenous (group consciousness) and is recognized and accepted by these populations as one of its members (acceptance by the group). "This preserves for these communities the sovereign right and power to decide who belongs to them, without external interference".

8 ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No 169), A Manual, International Labour Organization 2003, Geneva, International Labour Office, s. 7.

9 Ibid.

10 ILO sopimus, 1 artikla. Suomenkielinen sanamuotoilu HE 264/2014 vp. Kts. yleisesti Scheinin, M., "Saamelaisen ihmisoikeudet, kulttuuri ja maankäyttö." Teoksessa M. Scheinin ja T. Dahlgren (toim.), Toteutuvatko saamelaisen ihmisoikeudet? Helsinki: Yliopistopaino (2001), s. 38–91.

11 Art. 1.2. Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply.

12 The Convention adopts an approach based on both objective and subjective criteria. Objective Criterion: A specific indigenous or tribal group or people meets the requirements of Article 1.1, and recognizes and accepts a person as belonging to their group or people. Subjective Criterion: This person identifies himself or herself as belonging to this group or people; or the group considers itself to be indigenous or tribal under the Convention. ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No 169), A Manual, International Labour Organization 2003, Geneva, International Labour Office, s. 8.

Tämä on sopimuksen soveltamisen keskeinen lähtökohta. ILO sopimus 169 korostaa myös alkuperäiskansoja edustavien instituutioiden asemaa heitä koskevassa päätöksenteossa.<sup>13</sup>

YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen 33 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus määrätä omasta identiteetistään tai jäsenyydestään tapojensa ja perinteidensä mukaisesti. Tämä ei heikennä alkuperäiskansoihin kuuluvien yksilöiden oikeutta saada asuinvaltioidensa kansalaisuutta. Alkuperäiskansoilla on niin ikään oikeus määrätä toimielintensä rakenteet ja valita niiden jäsenet omia menettelyjään noudattaen.<sup>14</sup> Julistuksen 8 artiklan 1 kohdan mukaan alkuperäiskansoilla ja niihin kuuluvilla yksilöillä on oikeus siihen, ettei niitä pakkosulauteta eikä niiden kulttuuria tuhota. 9 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla ja niihin kuuluvilla yksilöillä on oikeus kuulua alkuperäisyhteisöön (indigenous community) tai -kansakuntaan (nation) kyseisen yhteisön tai kansakunnan perinteiden ja tapojen mukaisesti. Tämän oikeuden käyttämisestä ei saa seurata minkäänlaista syrjintää. Julistuksen artikla 34 edellyttääkin, että alkuperäiskansojen oikeudelliset tavat, perinteet, menettelytavat ja käytännöt ovat sopusoinnussa kansainvälisesti tunnustettujen ihmisoikeusnormien kanssa. Tästä on luettava, että vaikka alkuperäiskansoilla onkin oikeus määrätä toimielimensä sekä valita jäsenensä, valinta ei voi perustua mielivaltaan eikä voi olla perusteettomasti syrjivä.<sup>15</sup>

KP-sopimusta valvova YK:n ihmisoikeuskomitean (IOK) oikeustapausten valossa yksilöiden oikeuksia voidaan kuitenkin rajoittaa ryhmän taholta, mikäli rajoitus on tarpeellinen ryhmän hyvinvoinnin ja elinkyvyn kannalta, mutta rajoittamiselle tulee silti aina olla objektiivinen ja kohtuullinen oikeutus sekä sen tulee olla linjassa KP-sopimuksen muiden säännösten kanssa.<sup>16</sup> Näin ollen esimerkiksi KP-sopimuksen artikla 2, joka sisältää syrjintäkiellon, on otettava tässä yhteydessä huomioon siten, ettei yksilö saa joutua syrjinnän kohteeksi. Niin ikään alkuperäiskansojen kohdalla on myös huomioitava sopimuksen 1 artiklan mukainen kansojen itsemääräämisoikeus. IOK on myös ottanut kantaa siihen, voidaanko ihmisryhmä, joka identifioi itsensä alkuperäiskansaksi, mutta jolta puuttuvat jotkut keskeisistä alkuperäiskansan tunnusmerkeistä, katsoa alkuperäiskansaksi. Tunnetuin tällainen tapaus on namibialainen Rehoboth Baster -kansa, joka katsoo itse olevansa alkuperäiskansa, mutta jota KP-sopimusta valvova ihmisoikeuskomitea ei sellaiseksi ole hyväksynyt.<sup>17</sup> Näin ollen itseidentifikaatio ei ole ryhmien määrittelyssä riittävä peruste vaan sen tulee pohjautua myös objektiivisiin tunnusmerkkeihin.

Yksilötasolla Euroopan neuvoston kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen 3 artiklan kirjallisissa perusteluissa korostetaan sitä, että kansalliseen vähemmistöön kuuluvan henkilön oikeutta vapaasti valita, kohdellaanko häntä vähemmistöön kuuluvana vai ei, ei ole ymmärrettävä siten, että yksilöllä olisi oikeus mielivaltaisesti valita, kuuluuko hän vähemmistöön, vaan hänen subjektiiviseen valintaansa tulee erottamattomasti liittyä yksilön identiteetin kannalta merkityksellisiä objektiivisia kriteereitä.<sup>18</sup>

Suomen saamelaisia koskien, Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoo-antava komitea on kiinnittänyt huomiota haasteisiin, joita Suomen hallituksen maarapor-

<sup>13</sup> Erityisesti Artikla 6. Kts. ILO opas, *Ibid.*, s. 17: This can include traditional institutions, e.g. councils of elders, village councils, as well as contemporary structures such as indigenous and tribal peoples' parliaments or locally-elected leaders who are recognized as true representatives by the community or people concerned. It will be different in every case.

<sup>14</sup> Article 33 1. Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions. This does not impair the right of indigenous individuals to obtain citizenship of the States in which they live. 2. Indigenous peoples have the right to determine the structures and to select the membership of their institutions in accordance with their own procedures.

<sup>15</sup> Katso esim., Myntti, K., Suomen saamelaisten yhteiskunnallinen osallistuminen ja kulttuuri-itsehallinto. Raportti Oikeusministeriölle, osa I. OM, lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1997. Helsinki 1997, s. 24.

<sup>16</sup> *Lovelace v. Canada*, 30 July 1981, HRC, no. 24/1977, A/36/40 (1981) U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981), *Kitok v. Sweden*, 27 July 1988, HRC, no. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985.; *Apirana Mahuika v. New Zealand* 27.10.2000, 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

<sup>17</sup> Ks. J.G.A. *Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia*, Communication No. 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (2000). Kyseisessä ratkaisussa (kappale 10.6) ihmisoikeuskomitea katsoi, että Rehobothien karjanlaiduntaminen Namibiassa ei ole alkuperäiskansan perinteisen elinkeinon harjoittamista, koska mm. vaikka ryhmällä on pitkä historia alueella, se ei ole tuottanut omaleimaista kulttuuria.

Katso analyysi, Koivurova, T., "Alkuperäiskansojen asema ja oikeudet kansainvälisessä oikeudessa", teoksessa K. Kokko (toim.), *Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta*, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja b nro 30, Rovaniemi 2010, s. 31.

<sup>18</sup> Para 35: This paragraph does not imply a right for an individual to choose arbitrarily to belong to any national minority. The individual's subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person's identity. Katso Framework Convention for the Protection of National Minorities and its Explanatory Report, H (95) 10, Strasbourg, February 1995, s. 15, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c10cf>.



teissa on tuotu esille pyrittäessä määrittelemään, kuka Suomessa on saamelainen. Vuonna 2001 komitea totesi, että asiaa tulisi priorisoida ja siinä tulisi saamelaisia asiaankuuluvalla tavalla kuullen pyrkiä saamaan aikaan ratkaisu, joka edesauttaisi sitä, että saamelaiset voisivat ylläpitää ja kehittää kulttuuriaan ja säilyttää identiteettinsä olennaiset ainesosat ottaen huomioon, että saamelaiset ovat maassa alkuperäiskansaa. Tässä yhteydessä hallituksen tulisi ottaa huomioon relevanttien elinten, erityisesti Saamelaiskäräjien näkemykset huomioon.<sup>19</sup> Vuonna 2006 komitea totesi saamelaismääritelmään liittyvän keskustelun jatkuvan ja toi esille, että Saamelaiskäräjät ovat ilmaisseet preferoivansa kieliperusteista määritelmää.<sup>20</sup> Komitea kehotti viranomaisia, yhdessä Saamelaiskäräjien kanssa jatkamaan asian tutkimista pohtien, toteutuuko oikeusvarmuus tyydyttävällä tavalla, kun nykyiseen määritelmän keskeisimmät kysymykset jäävät oikeuslaitoksen tulkinnan varaan.<sup>21</sup>

Vuonna 2010 komitea totesi, että saamelaismääritelmäkysymystä ei ole saatu eteenpäin, mutta korkeimman hallinto-oikeuden vuoden 1999 tulkinta on sisällytetty luonnokseen Pohjoismaisesta Saamelaispöytäkirjasta ja se näyttää hyväksyttävältä kaikkien osapuolten kannalta.<sup>22</sup> Komitea suosittelee avoimen dialogin jatkamista Saamelaiskäräjien kanssa kaikkiin määritelmäkysymyksiin liittyen.<sup>23</sup>

Uusimmassa, vuoden 2016 kannanotossa, komitea toteaa itseidentifikaation olevan puiteyleissopimuksen 3 artiklan kulmakivi.<sup>24</sup> Komitea toteaa, että se on aina pidättäytynyt tulkitsemasta lain mukaisia objektiivisia kriteereitä, ja että sen tehtävä on etupäässä huolehtia siitä, että henkilöt, jotka identifioivat itsensä vähemmistöihin kuuluvaksi, saavat nauttia oikeuksistaan. Vaikka valtioilla on harkintavalta sen suhteen, ketkä ovat oikeudenhaltijoita kansallisen lain ja kansainvälisten velvoitteiden puitteissa, niiden tulee etsiä joustavia ratkaisuja, jotka eivät ole keinotekoisia, ja ottavat kaikki vähemmistöryhmät huomioon niin että vähemmistöön kuuluvia henkilöiltä ei jätetä oikeudettomasti ulkopuolelle.<sup>25</sup> Samassa lauseessa komitea viittaa kansainvälisten velvoitteiden yhteydessä kansainvälisen rotusyrjintäkomitean alla mainittuun vuoden 2012 kannanottoon, jossa painotetaan saamelaisten itsemääräämisoikeutta päättää jäsenistään.<sup>26</sup> Komitea kiirehtii viranomaisia käynnistämään mahdollisesti valtiojohtoisen rakentavan korkeatasoisen dialogin kaikkien sellaisten saamelaisten kanssa, jotka toivovat tulla suojatuksi puiteyleissopimuksen nojalla, varmistaakseen, että kaikkien osapuolten intressit otetaan riittävällä tavalla huomioon eikä sellaisia yksilöitä, jota sopimuksella tulisi suojata, jätetä keinotekoisesti suojan ulkopuolelle.<sup>27</sup>

Yksilön itseidentifikaatioon liittyen YK:n rotusyrjintäkomitea<sup>28</sup> on antanut yleisen suosituksen n:o 8, jonka mukaan henkilön identifioitumisen ryhmän jäseneksi tulee perustua hänen samaisumiseensa tähän ryhmään, ellei päinvastaista näyttöä ilmene.<sup>29</sup> Vaikka komitea laittaakin vahvan painoarvon yksilön itseidentifikaatiolle, lauseen toinen puoli – ” if no justification exists to the contrary ” – ohjaa Thornberryn mukaan tulkintaa siten, ettei sellaisten henkilöiden tarvitse päästä jäseneksi ryhmään, joilla ei ole yhteyttä ryhmään tai joita ryhmä ei jäseneksi hyväksy.<sup>30</sup>

19 ACFC/INF/OP/1(2001)002, Adopted 22.7.2001, Para 21. Katso myös, Aarnio, E.J., Saamelaiskäräjälain muutostarpeet, Oikeusministeriön tilaama selvitysraportti, 3.5.2012, s. 17.

20 ACFC/OP/III(2006)003, Adopted 2.3.2006, Published 20.4.2006, Para 47.

21 Ibid., Para 48.

22 ACFC/OP/III(2010)007, Adopted 14.10.2010, Published 13.4.2011, Para 48.

23 Ibid., Para 49.

24 ACFC/OP/IV(2016)002, hyväksytty 26.2.2016, julkistettu 6.10.2016.

25 Ibid., Para 16.

26 Ibid., alaviite 11.

27 Ibid., Para 17.

28 YK:n rotusyrjintäkomitea valvoo YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen täytäntöönpanoa, SopS 37/1970.

29 YK:n rotusyrjintäkomitea toteaa: "having considered reports from States parties concerning information about the ways in which individuals are identified as being members of a particular racial or ethnic group or groups, is of the opinion that such identification shall, if no justification exists to the contrary, be based upon self-identification by the individual concerned."; General Recommendation VIII. Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par 1 &4), 22.08.1990.

30 Patrick Thornberryn mukaan tämä on "an important qualification in order to defeat absurd claims of belonging by those without community connection or acceptance", ks. Thornberry, P. "Integrating the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into CERD Practice", in S. Allen and A. Xanthaki (eds), Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Studies in International Law, Vol. 30, Oxford (2011), s. 83.

YK:n rotusyrjäntäkomitea on kuitenkin aiempina vuosina ottanut kantaa Suomen saamelaismääritelmään, painottaen ensin yksilön itseidentifikaatiota ilmaisten huolensa mahdollisesti liian suppeasta saamelaismääritelmästä, ja viimeisimmässä kannanotossaan kuitenkin korostanut alkuperäiskansan itsemääräämisoikeutta määritellä omat jäsenensä. Vuonna 2003 kannanotossa komitea ilmaisee, että Suomen lain ja KHO:n tulkinnan valossa määritelmä on liian rajoittava siten että siinä painotetaan pääasiallisesti, jollei yksinomaisesti kieliperustetta riittävästi huomioimatta itseidentifikaatiota. Tästä syystä komitea ehdottaa valtion antavan enemmän painoarvoa yksilön itseidentifikaatiolle, jota painotetaan myös yleissuosituksessa n:o 8.<sup>31</sup> Komitea toisti kantansa vuoden 2009 johtopäätelmissä, ja piti sekä Saamelaiskäräjien että KHO:n tulkintaa saamelaismääritelmästä liian kapeana.<sup>32</sup>

Sen sijaan uusimmassa, vuoden 2012 johtopäätelmissä, komitea päivitti kannanottonsa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden tunnustaen. Komitea toi esille KHO:n 2011 vuoden ratkaisulinjan ja ilmaisi huolensa, ettei tuomioistuin anna riittävää painoarvoa YK:n alkuperäiskansajulistuksessa hyväksytyille alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeudelle (art.3), erityisesti sen oikeudelle määrätä identiteetistään tai jäsenistään omien tapojensa ja perinteidensä mukaisesti (art. 33) pitäen sisällään oikeuden olla tulematta pakkosulautetuksi tai joutua tilanteeseen, jossa kulttuuri katoaa (julistuksen art. 8 sekä rotusyrjäntäsopimuksen artikla 5). Komitea suosittelee, että määriteltäessä siitä, kuka saa äänestää Saamelaiskäräjien vaaleissa, valtio antaa riittävää painoarvoa saamen kansan itsemääräämisoikeudelle liittyen heidän oikeusasemaansa Suomessa määritellä heidän omasta jäsenyydestään ja olla tulematta pakkoassimilaation kohteiksi.<sup>33</sup>

Komitean linjanmuutos on ymmärrettävä vähemmistöoikeuksien näkökulmasta. Perinteisesti vähemmistöoikeudet ovat pyrkineet ensisijaisesti huolehtimaan yksilöoikeuksista. Alkuperäiskansaoikeuden kehittymisen myötä pikkuhiljaa myös vähemmistösopimuksia valvovat elimet alkavat ottaa huomioon ja enemmän painottaa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta. Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuteen liittyä olennaisena oikeus päättää jäsenyydestä. Kuitenkin vähemmistöoikeuksia valvovat toimielimet edelleen pyrkivät varmistamaan myös, ettei yksilöitä, jotka identifioivat itsensä vähemmistöihin, jätetä keinotekoisesti ryhmien ulkopuolelle.

Rotusyrjäntäkomitean viimeisin kannanotto ei kuitenkaan heijastu korkeimman hallinto-oikeuden vuoden 2015 päätöksiin, vaikka se mainitaankin niissä. KHO:n sanamuotoilusta käy esille, että tämä johtuu erityisesti siitä, että perustuslakivaliokunta piti myöhemmässä kappaleessa analysoitua saamelaiskäräjälain muutosehdotusta liikaa ryhmähyväksyntää korostavana.<sup>34</sup>

Komitea perustaa kannanottonsa niiden tietojen varaan, mitä sille kulloinkin välitetään. Siihen, mitä kautta komitea on saanut tietoa siitä, että Saamelaiskäräjät ja KHO tulkitsisivat saamelaismääritelmää liian suppeasti, ei tämän tutkimuksen kautta ole löydetty luotettavaa vastausta. Yksilöt tai järjestöt ovat voineet olla tässä asiassa aktiivisia. Lapinkylien yhteistyöjärjestö lähetti ainakin Lappalaispoliittisen ohjelman (2000) YK:n Geneven toimistoon 25.2.2000. Uuteen komitean linjaan on todennäköisesti vaikuttanut YK:n julistuksen hyväksymisestä seuraavan laajan kansainvälisen alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden tunnustamisen lisäksi Saamelaiskäräjien Suomen määräaikaisraporttiin tekemä oma selvitys saamelaismääritelmästä ja saamelaiskäräjälueteloon hakeutuvista ihmisistä, joita Saamelaiskäräjät ei tunnista saamelaisiksi.<sup>35</sup>

31 CERD Concluding Observations on Finland, 10.12.2003, CERD/C/63/CO/5, Para 11.

32 CERD Concluding Observations on Finland, 13.3.2009, CERD/C/FIN/CO/19, Para 13.

33 CERD Concluding Observations on Finland, 23.10.2012, CERD/C/FIN/CO/20-22, Para 12.

34 Perustuslakivaliokunnan kannanottoa käsitellään seuraavissa kappaleissa.

35 Saamelaiskäräjien lausunto 24.5.2011 ulkoasiainministeriölle Suomen yhdistettyä 20.–22. määräaikaisraporttia YK:n rotusyrjäntäkomitealle. Kts. Aarnio, Saamelaiskäräjälain muutostarpeet, 2012, s. 17.–18. Kts myös Observations by the Saami Council with regard to Finland's 20<sup>th</sup>, 21<sup>st</sup>, and 22<sup>nd</sup> Periodic Reports to the Committee for the Elimination of Racial Discrimination, 13.August 2012.

Suomessa KHO:ta myöten seurataan erittäin tarkasti kansainvälisten ihmisoikeuselinten kannanottoja. Ihmisoikeuksia valvovat toimielimet ovat kuitenkin hyvin pitkälle niiden tietojen varassa, joita heille kulloinkin toimitetaan jonkun kyseisen vähemmistön/alkuperäiskansan tilanteesta. Tästä syystä kannanotot saattavat muuttua toimitetun informaation perusteella. Tämä pitäisi pystyä huomioimaan niille asetetussa painoarvossa.

Yhteenvetona voidaan lausua, että kansainvälisen oikeuden mukaan alkuperäiskansakysymyksessä itseidentifikaatiolla tarkoitetaan sekä ryhmän tunnistamista itsensä alkuperäiskansaksi että yksilön samaistumista tiettyyn alkuperäiskansaryhmään. ILO sopimus 169:n artikla 1 puhuu nimenomaan kansoista (peoples) jota ei voi suomentaa ”henkilöiksi”, kuten suomalaisessa akateemisessä keskustelussa on toisinaan tehty.<sup>36</sup> Kuten kappaleessa kuusi tuodaan esille, kansainvälistä oikeutta tulee tulkita tekstien sanamuodon lisäksi ottaen huomioon sopimuksen tarkoitus sekä sopimus kokonaisuudessaan. ILO sopimus 169:n tulkintaa ohjaa myös Kansainvälisen työjärjestön sitä varten laatimat oppaat, joista löytyy myös ohjeet artiklan 1 soveltamiselle yksilötasolla, kuten aiemmin tuotiin esille. ILO-oppaan mukaan yksilön itseidentifikaatio nähdään subjektiivisena kriteerinä ja ryhmähyväksyntä puolestaan objektiivisena kriteerinä. Molemmat on otettava huomioon. Yksilön tulee identifioitua alkuperäiskansan jäseneksi ja ryhmän tulee hänet tunnistaa ja hyväksyä. Tästä syystä tulkinta siitä, että Suomen tilanteeseen sovellettuna ILO sopimuksen 1 artiklan nojalla kuitenkin voitaisiin määritellä tai ”löytää” yksilöt, joita sopimus koskee<sup>37</sup> irrallaan siitä kysymyksestä, tunnistaako/hyväksyykö ryhmä kyseiset yksilöt kuuluvaksi ryhmään, on ongelmallinen niin ILO sopimus 169:n kuin kansainvälisen alkuperäiskansaoikeuden näkökulmasta. Se ei vastaa paremmin ILO sopimuksen sanamuotoa kuin tarkoitustakaan, eikä sitä voida pitää perusteltuna tulkintana kansainvälisen oikeuden kannalta, eikä yleisenä kansainvälisen oikeuden asiantuntijoiden kantana. Sen sijaan on täysin yksiselitteistä, ettei alkuperäiskansa saa syrjiä jäseniään asettamalla esimerkiksi erilaiset kriteerit eri yksilöille ryhmään pääsyn edellytyksenä. Määritelmän kriteerit eivät myöskään saa olla keinotekoiset. Tätä kysymystä pohditaan lähemmin seuraavassa kappaleessa.

Julkisen keskustelun statuksettomista saamelaisista on aloittanut kasvatustieteiden tohtori Sarivaara, jonka mukaan Suomessa on statuksettomia saamelaisia, jotka vastoin oikeudellista perustetta jäävät Saamelaiskäräjien vaaliluettelon ulkopuolelle, koska Saamelaiskäräjät ei tunnista/hyväksy heitä jäsenikseen. Sarivaaran mukaan saamelaiseksi tulisi Suomessa hyväksyä henkilöt, jotka pitävät itseään saamelaisina<sup>38</sup> ja jotka todistavat olevansa saamensukuisia.<sup>39</sup> Tämä tarkoittaisi sitä, että kaikki henkilöt, joilla on hyvinkin kaukaisia esi-isiä, jotka on merkitty vanhoissa maarekistereissä lappalaisten joukkoon, tulisi hyväksyä saamelaiseksi, mikäli he itse näin tahtovat. Kyseisessä keskustelussa painottuu pelkästään yksilön näkökulma eikä siinä oteta huomioon ryhmän näkökulmaa. Kansainvälisen oikeuden mukaisesti näitä kahta aspektia ei voida kuitenkaan erottaa toisistaan ja niille on asetettu reunaehdot, objektiiviset ja subjektiiviset kriteerit sekä syrjintäkielto.

Alkuperäiskansojen oikeuksia koskevat kansainvälisen oikeuden normit eivät tosiasiallisesti ole aivan niin tulkinnanvaraisia kuin mitä suomalaisessa keskustelussa on esitetty. Sopimuksen artiklat on luettava sekä yhdessä muiden sopimuksen artiklojen, sopimuksen tarkoituksen että muun kansainvälisestä oikeudesta kumpuavan normiston kanssa.

<sup>36</sup> "ILO-sopimuksen ensimmäisen artiklan mukaan sopimus koskee sellaisia henkilöitä, jotka polveutuvat sen alueen alkuperäisestä väestöstä, johon maa kuuluu, ja jotka ovat säilyttäneet ainakin osittain perinteisiä instituutioitaan." Kts. Joonas, J., "Kuka kuuluu alkuperäisväestöön? Historian vastauksia tämän päivän kysymyksiin", *Lakimies* 4/2003, s. 734–755, s. 734.

<sup>37</sup> Ks. Joonas, T., *ILO Convention 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, *Juridica Lapponica* 37, University of Lapland, Rovaniemi (2012), s. 147–169 ja 266–275.

<sup>38</sup> Kuten kappaleessa neljä on tuotu esille, Sarivaaran mukaan edes itseidentifikaatiota ei välttämättä kaikissa tapauksissa pidetä olennaisena kriteerinä, vaan nimenomaan polveutuminen on pääkriteeri saamelaisuudelle.

<sup>39</sup> Sarivaara, E., *Saamelaismääritelmän tulkinnasta ja soveltamisesta*, 3/(2012); kts. myös yleisesti Sarivaara, E., *Statuksettomat saamelaiset, Paikantumisia saamelaisuuden rajoilla*, akateeminen väitöskirja, Lapin yliopisto, Kasvatustieteellinen väitöskirja, Diedut 2/2012.

Se, kuka Suomessa kuuluu alkuperäiskansaansa eli saamelaisiin, on tällä hetkellä määritelty saamelaiskäräjälaissa ja sitä koskevassa Saamelaiskäräjien ja KHO:n tulkintakäytännössä, minkä oikeellisuutta, objektiivisuutta ja ongelmakohtia arvioidaan erikseen seuraavassa kappaleessa. ILO sopimus 169 ei itsessään luo eikä edellytä uutta määritelmää Suomen alkuperäiskansatilanteeseen. Tilanne olisi toinen, jos Suomesta voitaisiin todentaa joku muu alkuperäiskansa kuin saamelaiset. Mikäli tämän ryhmän voitaisiin katsoa täyttävän ILO sopimus 169:n 1 artiklan mukaiset kriteerit ja ryhmä pitäisi itseään alkuperäiskansana, se voisi vaatia Suomen valtion tunnustamaan sen alkuperäiskansa-status sekä lähtökohtaisesti itse määritellä jäsenensä omien käytänteidensä, tietyn objektiivisen kriteeristön, syrjimättömyysperiaatteen ja kansainvälisten ihmisoikeusperiaatteiden mukaisesti. Jos tällainen ryhmä muodostuisi ja saisi oikeudellisen statuksen, se mitä todennäköisimmin itsekin tahtoi määritellä omat jäsenensä eikä ottaa ryhmäänsä niitä, joita se ei tunnista ryhmäänsä kuuluvaksi.

Tämä hypoteettinen esimerkki ei silti tarkoita sitä, etteikö Suomessa ole yksilöitä, jotka täyttävät saamelaismääritelmän itseidentifikaation ja objektiiviset kriteerit ja ovat kuitenkin voineet jäädä Saamelaiskäräjien vaaliluettelon ulkopuolelle vastoin tahtoaan. Tähän saattaa olla useita syitä, joita pyritään avaamaan seuraavassa kappaleessa. Tämän tutkimuksen tarkoituksena ei kuitenkaan ole ottaa kantaa yksilöiden identiteettiin eikä samaistumisen aitouteen, varsinkaan kyseenalaistaa niitä, vaan valottaa tätä asiaa saamelaiskäräjälain ja sitä tulkitsevan Saamelaiskäräjien ja KHO:n käytännön pohjalta. Asia on erittäin sensitiivinen ja asian ympärillä käytävää kiistaa voidaan pitää surullisena kaikkien osapuolten näkökulmasta.

Tässä yhteydessä tulkoon vielä kerratuksi, että niin ILO sopimus 169:ää tulkitsevan oppaan kuin YK:n alkuperäiskansajulistuksenkin valossa on selvää, että alkuperäiskansaryhmän tulee ensisijaisesti päättää keitä siihen kuuluu. Alkuperäiskansojen järjestöt, jotka osallistuivat vahvasti YK:n julistuksen laatimisprosessiin, ovat pitäneet koko ajan lähtökohtana alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta sekä itsestään selvää oikeutta määritellä itse niin omat edustajalimmet kuin jäsenensäkin. Kuitenkin on pidettävä mielessä, että kansainvälisen oikeuden mukaan jäsenyyttä koskeva kriteeristö ei voi olla yksilöitä perusteettomasti syrjivää ja ihmisoikeusperiaatteiden vastaista silloinkaan kuin eriarvoiseen asemaan asettaminen perustuisi alkuperäiskansojen omiin tapoihin ja käytänteisiin. Yksilön oikeusturvan kannalta on tällöin perusteltua kysyä, miten varmistetaan, että syrjimättömyysperiaate toteutuu käytännössä. Vähemmistöoikeustutkija Alfredsson ottaa kantaa tähän kysymykseen vähemmistöjen osalta todeten että yksilö päättää, onko hän vähemmistöryhmän jäsen ja ryhmän tulee hyväksyä yksilö perustuen ryhmään liittyviin ominaispiirteisiin, ei mielivaltaisesti. Hänen mukaansa ryhmän päätös tulee pystyä saattamaan puolueettoman tahon arvioitavaksi.<sup>40</sup> Näkemystä voidaan pitää perusteltuna. Alkuperäiskansojen kohdalla puolueettoman ulkopuolisen tahon käyttämistä joudutaan kuitenkin pohtimaan alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden valossa. On perusteltua miettiä esimerkiksi Suomen tilannetta, jossa KHO viime kädessä päättää ketkä ovat saamelaisia. Cobon määritelmä painottaa ryhmän suvereenia oikeutta määritellä jäsenyydestä ilman ulkopuolisten tahojen asiaan puuttumista.<sup>41</sup> Perustellulta näyttäisikin, että ulkopuolisen puolueettoman tahon, kuten tuomioistuimen tai muun vastaavan valvontaelimen rooli olisikin juuri nimenomaisesti varmistaa, ettei alkuperäiskansan jäsenyydestä päättävä taho, kuten Saamelaiskäräjät, sovelta lain kriteerejä eri tavoin eri yksilöiden kohdalla, eikä niinkään pyrkii sinänsä selvittämään, kuka on saamelainen. Asiaa käsitellään tarkemmin seuraavassa kappaleessa.

40 Alfredsson toteaa, että "An individual decides whether he/she is a member of a minority; and the group must accept the individual concerned on the basis of the characteristics, do so in a nonarbitrary fashion, and it must be possible to subject the group's decision to independent review." Ks. Alfredsson, G., "Institutional Trends - Minority Rights", s. 15, <https://www.wcl.american.edu/hracademy/Class2-Reading3MinorityRightsNormsandInstitutions.pdf.pdf>.  
41 Kts. esim. Koivurova, T., "Alkuperäiskansojen asema ja oikeudet kansainvälisessä oikeudessa", teoksessa K. Kokko (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja b nro 30, Rovaniemi (2010), s. 35.

Vuodelta 2005 olevan Pohjoismaista saamelais sopimusta koskevan luonnoksen perusteluissa todetaan, että niissä asioissa, joissa syntyy erimielisyyttä jonkun pitämisestä saamelaisena, tuomioistuimen tulee saamelaisten itsemääräämisoikeuden mukaisesti painottaa saamelaisten laitosten käsitystä asiasta.<sup>42</sup> Perusteluissa todetaan, että Suomen KHO on pitänyt tätä näkökulmaa lähtökohtanaan useissa ratkaisuihin, jotka koskevat äänioikeutta Saamelaiskäräjien vaaleissa, katso etenkin KHO 1999:55.<sup>43</sup> Edelleen todetaan, että jos jokin saamelainen laitos ei tunnustaisi jotakuta henkilöä saamelaiseksi perusteilla, jotka ovat syrjiviä tai mielivaltaisia, tuomioistuimen tulee soveltaa tämän määräyksen objektiivisia kriteerejä turvatakseen yksilön oikeudet.<sup>44</sup>

## 2. Saamelaismääritelmästä KHO:n oikeustapausten valossa

Tämän kappaleen tarkoituksena on analysoida korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) tapaus-ten pohjalta saamelaismääritelmää ja sen ongelmakohtia Suomessa. Laajan aineiston pohjalta on tarkasteltu KHO:n päätösten perusteita sekä perusteluja, joille päätökset pohjautuvat. Tarkoituksena on ollut selvittää, onko päätöksistä löydettävissä johdonmukainen linja, jossa samankaltaisia tilanteita arvioidaan samankaltaisesti eli yhdenvertaisesti vaiko mahdollisesti erilaisesti, mihin KHO:n vuonna 2011 käyttöönottama ”kokonaisharkinnan” punninta antaa periaatteellisen mahdollisuuden. Tällöin KHO ei enää nojaudukaan päätöksissään saamelaiskäräjälakiin vaan muodostaa ”kokonaisharkinnan” sellaisissa tapauksissa, joissa mikään lain kriteeristö ei sinällään täyty siinä mielessä, miten Saamelaiskäräjät ja KHO sitä yleisesti tulkitsevat, mutta henkilö identifioi itsensä saamelaiseksi ja esittää asialle erilaisia perusteluja.

Tärkeä saamelaisia yksilöinä koskeva perusoikeus on yhdenvertaisuus ja siihen liittyvä syrjintäkielto.<sup>45</sup> Koska julkisessa keskustelussa on esitetty, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan tai hallituksen päätökset eivät perustu yhdenvertaisuuteen vaan ovat yksilöitä kohtaan syrjiviä, myös tätä asiaa on tutkittu KHO:n tapaus-ten valossa. Keskeistä on ollut siis tarkastella, soveltaako Saamelaiskäräjät samoja kriteereitä perusteettomasti eri tavoin eri yksilöiden kohdalla, ja mikäli näin, tapahtuuko sitä säännönmukaisesti (kuten julkisessa keskustelussa toisinaan väitetään) vai onko kysymyksessä harvalukuiset poikkeustapaukset. Tutkimuksessa on pyritty selvittämään, niin pitkälle kuin se on mahdollista, johtuvatko erilaiset perusteettomilta näyttävät tulkintakäytännöt virheistä vai onko niissä tarkoituksen hakuisuutta tavalla, joka voidaan tulkita syrjinnäksi.

Tutkimusaineisto rajautuu vain päätöksiin, joista on valitettu KHO:een, lukuun ottamatta yhtä Saamelaiskäräjien hallituksen päätöstä, jossa hyväksyttiin kymmenen henkilöä vastoin vaalilautakunnan ja hallituksen yleistä saamelaiskäräjälain tulkintaa. Seuraavan kauden Saamelaiskäräjien hallitus haki päätökselle purkua KHO:sta, siinä kuitenkin onnistumatta. Tässä tutkimuksessa ei siis pystytä ottamaan kantaa niihin tapauksiin, joita Saamelaiskäräjät ei ole hyväksynyt jäsenikseen, mutta jotka eivät ole valittaneet KHO:een. Merkille pantavaa on kuitenkin, että julkisessa keskustelussa viitataan yksittäistapauksiin, joiden pohjalta on kuitenkin luotu päätelmä siitä, että Saamelaiskäräjien valinta perustuu mielivaltaan ja on yleisesti syrjivää. Näiden yksittäisten tapaus-ten kohdalla ei yleensä selvitetä tarkempia syitä erilaiselle kohtelulle. Ulkopuolisten on tällöin mahdotonta arvioida, onko erilaiselle kohtelulle luonnollinen selitys, esimerkiksi se, että saman perheen henkilöt ovat hakeutuneet vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n eri kohtien perusteella, joista vain oikeaan kohtaan vetoava pääsee sisälle. Saamelaiskäräjät tutkii tapauksia vain niissä esitettyjen väitteiden ja väitteet todistavien asiakirjojen pohjalta arvioiden myös asiakirjojen luotettavuutta. Niin ikään Saamelaiskäräjien

42 Pohjoismainen Saamelais sopimus, suomalais-, norjalais-, ruotsalais-, saamelaisen asiantuntijatyöryhmän 27. lokakuuta 2005 luovuttama luonnos, s. 158.

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Perustuslain 6 §:n 1 ja 2 mom.

vaalilautakunta ei hyväksy vaaliluettelon myöskään ihmisiä, joiden lähisukulaisia koskeviin Saamelaiskäräjien hallituksen hyväksymispäätöksiin se on hakenut aiempaan virheeseen vedoten purkua KHO:lta siinä kuitenkaan onnistumatta. Niin ikään vaalilautakunta ei hyväksy henkilöiksi saamelaisia, joita se ei katso saamelaiseksi, vaikka KHO olisikin hyväksynyt henkilöiden lähisukulaisia vastoin Saamelaiskäräjien näkemystä. Näin muodostuu tilanteita, joissa samasta perheestä jotkut voivat tulla hyväksytyksi kun taas toiset eivät. Tämän kaltaisia tapauksia on tarkemmin selvitetty tässä jaksossa.

Aineiston pohjalta pyritään ottamaan siis kantaa siihen, kuinka hyvin KHO ja Saamelaiskäräjät onnistuvat määrittelemään saamelaisuuden objektiivisten kriteerien pohjalta. Kappaleessa käsitellään ensin KHO:n päätöksiä ja lopuksi Saamelaiskäräjien objektiivisuuden ja yhdenvertaisuusperiaatteen noudattamisen kannalta epäselviltä näyttäviä päätöksiä.

## 2.1. KHO:n 1999 vuoden selkeä linja

Saamelaisuus määritellään saamelaiskäräjälain<sup>46</sup> 3 §:ssä. Sen mukaan saamelaisella tarkoitetaan tässä laissa henkilöä, joka pitää itseään saamelaisena, edellyttäen:

1. että hän itse tai ainakin yksi hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään; tai
2. että hän on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa; taikka
3. että ainakin yksi hänen vanhemmistaan on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan tai saamelaiskäräjien vaaleissa.

Vuoden 1999 Saamelaiskäräjien vaaleja varten Saamelaiskäräjien vaalilautakunta laati vaaliluettelon äänioikeutetuista lisäten edellisten (saamelaisvaltuuskunnan) vaalien vaaliluettelon viran puolesta edellisen vaalin vaaliluettelossa olleiden 4672 henkilön lapsina 436 uutta äänioikeutettua. Lisäksi vaalilautakunta hyväksyi 80 uutta henkilöä äänioikeutetuksi saamen kieleen liittyvällä perusteella. Lappalaisista polveutumisen perusteella hakeutui vaaliluettelon 1128 henkilöä. Osa heistä oli vedonnut myös kieliperusteeseen. Näistä hakijoista vaalilautakunta hyväksyi kieliperusteella vaaliluettelon merkittäväksi 20. Määräajassa 765 henkilöä haki vaalilautakunnalta oikaisua. Lautakunta hyväksyi hakemuksista 25.<sup>47</sup>

Vaalilautakunnan päätökseen tyytymättömistä 726 henkilöä vei määräajassa oikaisuvaatimuksensa Saamelaiskäräjien hallituksen ratkaistavaksi. Hallitus hyväksyi hakijoista yhden (1) otettavaksi vaaliluettelon. Hallituksen päätöksestä valitti määräajassa 712 henkilöä Saamelaiskäräjien kokoukselle. Se hyväksyi hakijoista 26 lisättäväksi vaaliluettelon.<sup>48</sup>

Saamelaiskäräjien päätökseen haki muutosta korkeimmalta hallinto-oikeudelta (KHO) 656 henkilöä. Näistä KHO hyväksyi seitsemän hyläten näin 649 muuta hakemusta. Näistä neljä henkilöä KHO hyväksyi saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella vuoden 1870 veroluetteloiden nojalla, kaksi henkilöä sillä perusteella, että heidän vanhempansa oli juuri oikaisu-hakemuksen kautta päässyt luettelon, ja yhden henkilön saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella hänen vanhempansa ollessa saamelaiskäräjälueuettelossa. Viimeksi mainituista tapauksissa kahdessa oli kysymys hakijan tekemistä menettelyvirheistä Saamelaiskäräjien vaaliluettelon hakemisen yhteydessä. KHO otti kuitenkin oma-aloitteisesti asiat uudelleen käsiteltäväksi ajan säästämiseksi, koska hakijat täyttivät kriteerit tulla merkityksi Saamelaiskäräjien

<sup>46</sup> Laki saamelaiskäräjistä, 17.7.1995/974.

<sup>47</sup> Aarnio, E. J. (2012), s. 16. Saamelaiskäräjien toimintakertomus vuodelta 1999, s. 11–12.

<sup>48</sup> Ibid.

vaaliluetteloon. Viimeksi mainitussa tapauksessa valittajan vanhempi oli hyväksytty vaaliluetteloon sen jälkeen kuin hakijaa ei ollut sinne hyväksytty, minkä jälkeen KHO purki hylkäyspäätöksen ja määräsi hakijankin vaaliluetteloon merkittäväksi. Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on vuonna 2003 hakenut purkua sekä Saamelaiskäräjien päätökseen merkitä ks. vanhempi että KHO:n päätöksen merkitä ks. valittaja luetteloon. Purkua on perusteltu virheellä. Tässä kappaleessa käsitellään esimerkein hyväksytyjen tapausten argumentaatiota ja perusteista sekä käydään läpi vuosikirjapäätös esimerkkinä hylätystä tapauksesta, jossa KHO selkeästi linjaa oman tulkintansa vuonna 1999.

Tapauksessa KHO 22.9.1999 T 3183,<sup>49</sup> *Saamelaiskäräjien vaalilautakunta* on 17.2.1999 hylännyt valittajan pyynnön, että hänet merkitään vuonna 1999 toimitettavien Saamelaiskäräjien vaalien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella. *Saamelaiskäräjien vaalilautakunta* on 14.4.1999 hylännyt vaalilautakunnan edellä mainitusta päätöksestä tehdyn oikaisuvaatimuksen. *Saamelaiskäräjien hallitus* on 12.5.1999 hylännyt vaatimuksen vaalilautakunnan 14.4.1999 tekemän päätöksen muuttamisesta. *Saamelaiskäräjät* on valituksenalaisella päätöksellä hylännyt valittajan Saamelaiskäräjien hallituksen päätöksestä tekemän valituksen.

KHO:ssa valittaja, vaikka pyytääkin itsensä merkitsemistä saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, tuo esille, että hänen isänsä sekä molemmat isovanhemmat ovat oppineet saamen kielen ensimmäisenä kielenä. *Saamelaiskäräjät* on lausunnossaan korkeimmalle hallinto-oikeudelle esittänyt muun ohella, että virkatodistuksen asiakirjanäytössä on virheitä lapin kielen merkinnän osalta.<sup>50</sup>

KHO aloittaa analyysinsä toteamalla, että Hallituksen esityksessä eduskunnalle saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön (HE 248/1994 vp), sen pääasiallista sisältöä koskevassa jaksossa ehdotettiin, että saamelaisten oikeus muihin väestöryhmiin nähden yhdenvertaiseen kohteluun hallinnossa turvataan etnisen kulttuuri- itsehallinnon perustalta. Saamelaisilla olisi oikeus vaikuttaa nykyistä laajemmin heitä erityisesti koskevien asioiden valmisteluun ja päätöksentekoon. Hallituksen esityksen mukaan "saamelaisen käsite on esityksessä pysytetty sikäli entisellään, että henkilön on toisaalta pidettävä itseään saamelaisena ja toisaalta hänellä tulee olla asiallisena perusteena saamelaisuudelleen saamenkielinen syntyperä. Näihin asiallisiin perusteisiin esitetään lisättäväksi kaksi uutta perustetta. Nykyiset kielellisellä perusteella määritellyt saamelaiset ovat lappalaisten jälkeläisiä kuten edellä on esitetty. Osa näistä jälkeläisistä on saattanut kadottaa saamen kielen äidinkielenään jo niin kauan sitten, että heitä ei aiemman määritelmän mukaan enää pidetä saamelaisina. Tämän vuoksi esitettiin, että saamelaisena pidettäisiin saamenkielisestä syntyperästä riippumatta myös sellaisen henkilön jälkeläistä, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa." Hallituksen esityksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan "uutena perusteena ehdotetaan 2 kohdassa, että saamelaiseksi katsottaisiin myös lappalaisten jälkeläiset ilman, että heidän tarvitsisi esittää näyttöä omasta tai takenevan polven sukunsa saamen kielen taidosta. Säännösten mukaisesti henkilö olisi saamelainen, mikäli joku hänen vanhemmistaan tai esivanhemmistaan olisi merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi valtion viranomaisen pitämässä rekisterissä. Näitä maaveroja ja niiden maksuvelvollisia henkilöitä tilittäviä rekisterejä olisivat maakirjat, veronkantoluetelot ja henkikirjat."<sup>51</sup> Hallituksen esityksessä todetaan myös, että "tällaisten rekistereiden pito lopetettiin vuonna 1923 maaverotuksen lakkauttamisen myötä, joten rekisteriin merkityjä henkilöitä ei juuri ole elossa. Ensimmäisiksi huomioon otettavaksi viranomaisrekistereiksi ehdotetaan vuoden 1875 luetteloja, mistä säädettäisiin tarkemmin asetuksessa. Tämä tarkoittaa

49 KHO 22.9.1999 T 3183.

50 s. 2.

51 s. 4.

käytännössä sitä, että 1800-luvun alkupuolella syntyneestä lappalaisesta alkaen hänen suoraan alenevassa polvessa oleva jälkeläinen voidaan katsoa saamelaiseksi. Mikäli mentäisiin ajallisesti vielä kauemmas, saattaisivat näyttövaikeudet lisääntyä kohtuuttomasti ja hakijan tosiasiallinen yhteys saamen kansaan saattaisi olla kyseenalainen.”<sup>52</sup>

KHO viittaa perustuslakivaliokunnan mietintöön (PeVM 17/1994 vp), jossa lausutaan tältä osin, että “saamelaiskäräjiä koskevan lakiehdotuksen 3 §:ssä määritellään saamelaisen käsite. Valiokunta yhtyen sinänsä lakitekstiin huomauttaa, ettei laki tavanomaisten tulkintasääntöjen perusteella oikeuta esityksen perusteluissa mainittua mahdollisuutta, jonka mukaan asetuksella voitaisiin säätää vuoden 1875 luettelot laissa tarkoitetuiksi yksinomaisiksi viranomaisrekistereiksi. Valiokunta ei myöskään pidä tarkoituksenmukaisena täydentää lakia tässä suhteessa erillisin asetuksenantovaltuuksin.”<sup>53</sup>

Korkein hallinto-oikeus toteaa lähtevänsä siitä, että saamelaiskäräjälain 3 §:ää on tulkittava lain 1 §:ssä ilmaistun lain tarkoituksen pohjalta eli että lailla turvataan saamelaisille alkupepäiskansana omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinto. Näitä kulttuuri-itsehallintoon kuuluvia tehtäviä varten saamelaiset valitsevat vaaleilla keskuudestaan Saamelaiskäräjät. Lain tarkoitus on otettava huomioon myös tulkittaessa 3 §:n 2 kohtaa, jonka mukaan saamelaisella tarkoitetaan henkilöä, joka pitää itseään saamelaisena, edellyttäen, että hän on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa.

KHO jatkaa toteamalla, että perustuslakivaliokunnan mietinnössä olleella huomautuksella siitä, että asetuksella ei voida säätää vuotta 1875 lakiehdotuksen 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettujen luetteloiden perusvuodeksi, ei tuomioistuimen käsityksen mukaan puuttu lain 1 §:ssä ilmaistuun lain tarkoitukseen saamelaisten itsehallinnosta eikä sitä voida myöskään pitää suoranaishan kannanottona lakiehdotuksen 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettuun saamelaismäärittelmän sisältöön vaan ensisijaisesti lainsäädäntöjärjestystä koskevana huomautuksena. Tulkittaessa lain 3 §:n 2 kohtaa säännökselle ei siten voida antaa lain tarkoituksesta ja lain muista säännöksistä riippumatonta merkitystä. KHO viittaaakin suoraan pykälän 1 kohdan edellytykseen kieliperusteesta. Niin ikään KHO:n mukaan äidinkielen merkitys ilmenee myös lain 1 §:ssä käytetystä sanamuodosta ”omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinto”.<sup>54</sup>

KHO jatkaa toteamalla, että alkuperäiskansan tärkeä tunnusmerkki on oma kieli. Ennen saamelaiskäräjälakia kieli oli ainoa niin sanottu objektiivinen peruste vastaavanlaisessa asemassa olleen saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa. Ruotsissa ja Norjassa kieli on vastaavissa säännöksissä keskeinen saamelaismäärittelyn peruste. Näiden maiden saamelaiset kuuluvat samaan alkuperäiskansaan kuin Suomen saamelaiset. Kieliperusteinen saamelaismäärittely voi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 3 kohdan mukaan ulottua neljään sukupolveen.<sup>55</sup>

KHO selvittää, kuinka saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta on lisäys aikaisempaan saamelaisvaltuuskunnasta annetun asetuksen mukaiseen, yksinomaan kieliperusteiseen määrittelmään. Lainkohta koskee maa-, veronkanto- ja henkikirjaan merkittyjä tunturi-, metsä- ja kalastajalappalaisia. Nämä maaveroihin liittyvät rekisterit koskivat asutushistorian mukaan koko historiallista Kemin Lappia, arviolta noin kolmasosaa Suomen pinta-alasta. Verotus oli riippuvainen maan käyttötavasta. Lapissa verotettavat oli merkitty maakirjaan joko lapinkylän lappalaisiksi tai maanviljelyskylän uudisasukkaiksi. Lain 3 §:n 2 kohdassa mainitut saamelaismäärittelyn

---

52 Ibid.

53 s. 4-5.

54 s. 5.

55 Ibid.



perusteena käytettävät asiakirjat antavat näytön siitä, mistä maankäyttömuodosta henkilöä verotettiin, mutta ei selvitystä siihen, oliko henkilö kieleltään ja kulttuuriperinnöltään saamelainen vai suomalainen. KHO:n mukaan verotuksellista, elinkeinon perustuvaa taloudellista sidettä saamelaisuuteen ei voida pitää niin tärkeänä kuin kielellistä sidettä.<sup>56</sup>

Kyseiset lappalaisten maaveroja koskevat rekisterit ovat ajalta 1550–1923. KHO tuo esille, että maaveroperusteinen tunnusmerkki voisi siten ulottua yli kymmenenkin sukupolven taakse ja joka tapauksessa paljon kauemmas taaksepäin kuin kieliperusteinen tunnusmerkki. Tällaista eroa ja maaveroperusteisen tunnusmerkin asettamista etusijalle ei lailla ole tarkoitettu. Yhteys alkuperäiskansaan sekä tarve omaa kieltä ja kulttuuria koskevaan kulttuuri- itsehallintoon on riippuvainen ajan kulumisesta niin maaveroperusteisessa kuin kieliperusteisessakin tunnusmerkissä.<sup>57</sup>

KHO painottaa, että alkuperäiskansan määrittämisessä on merkitystä annettava myös alkuperäiskansan omalle käsitykselle siitä, keitä ryhmään kuuluu, toisin sanoen millaiset edellytykset henkilön tulee täyttää jäseneksi hyväksymiselle tai tunnustamiselle. Muutoin asiassa voitaisiin nähdä pyrkimystä sulauttaa alkuperäiskansa pääväestöön. Saamelaiskäräjälain 1 §:n mukaan kysymyksessä on saamelaisten kulttuuri-itsehallinto. KHO toteaa, että ”perustuslakivaliokunta ei edellä selostetulla huomautuksellaan siitä, että asetuksella ei ilman laissa olevaa valtuutusta voida säätää vuotta 1875 lain 3 §:n 2 kohdan perusvuodeksi, jolloin säännöksen tulkinta jäi tältä osin avoimeksi, ole Korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan voinut olettaa säännöksen tulkinnanvaraiseksi jäämisen voivan olennaisesti lisätä saamelaiskäsitteen piiriin kuuluvien määrää.”<sup>58</sup>

Johtopäätöksissään KHO vielä täsmentää, että saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta on lain valmistelun perusteella ja 3 §:n 1 kohtaan nähden tulkinnanvarainen. KHO katsoo, että 2 kohdan tulkinnassa on otettava huomioon hallitusmuodon 14 §:n 2 momentissa ja 51 a §:ssä saamelaisille alkuperäiskansana turvatut oikeudet sekä saamelaiskäräjälain 1 §:ssä säädetty lain tarkoitus, jonka mukaan tämän lain mukaisesti turvataan saamelaisille alkuperäiskansana omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinto. Juuri kulttuuri-itsehallintoon kuuluvia tehtäviä varten saamelaiset valitsevat keskuudestaan Saamelaiskäräjät. Saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdassa on jäänyt tarkemmin määrittelemättä, milloin sanottuihin rekistereihin asianomaisen henkilön esivanhempien on viimeksi ollut oltava merkittyinä, jotta lainkohdassa tarkoitettu edellytys täytyisi, eikä määrittelyä perustuslakivaliokunnan ilmaiseman kannan mukaan myöskään voitu ottaa asetukseen ilman laissa olevaa tätä koskevaa asetuksenantovaltuutusta. KHO:n käsityksen mukaan ajankohtaa ei voida ulottaa kuinka kauaksi tahansa eikä ainakaan pidemmälle kuin saamelaismäärittelyn pääperusteena oleva kieliperuste ulottuu. Muutoin hallitusmuodon edellä mainituissa säännöksissä ja saamelaiskäräjälain 1 §:ssä tarkoitettu saamelaisille alkuperäiskansana turvattava omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinnon toteutuminen saattaisi vaarantua.<sup>59</sup>

Valittaja on esittänyt arkistoviranomaisen todistuksen, josta ilmenee, että henkilö on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty lappalaiseksi vuoden 1870 henkikirjassa. KHO toteaa, että kun asiakirjoista lisäksi ilmenee, että tämä henkikirjaan merkitty henkilö on valittajan isän äidin isä, valittajaa on pidettävä saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettuna saamelaisena. Tämän vuoksi KHO purkaa valituksenalaisen päätöksen ja määrää, että valittaja on saamelaiskäräjälain 23 §:n 3 momentin nojalla lisättävä vaaliluetteloon äänioikeutettuna.<sup>60</sup>

---

56 s. 6.

57 Ibid.

58 s. 6.

59 s. 7.

60 Ibid.

Päätöksestä ei käy ilmi Saamelaiskäräjien argumentaatiota. Päätöksen perusteena voidaan kuitenkin olettaa olevan sama, kuin toisessa, vuosikirjapäätöksessä, KHO 22.9.1999 T 3181<sup>61</sup>, jossa vaalilautakunta ensinnäkin katsoo, että saamenkieli äidinkielenä eli kieliperuste on tähän saakka ollut ja on edelleenkin on saamelaisten etnisen ryhmän määräytymisen pääperuste. Tämän perusteen nojalla hakija voi lain 3 §:n I kohdan mukaisesti johtaa saamelaisuutensa isovanhempien sukupolvesta saakka ja 3 kohta huomioon ottaen vielä sukupolvea kauempaa eli kolmannelta takanevasta sukupolvesta saakka. Koska kieliperuste ulottuu vain kolmanteen sukupolveen saakka, vaalilautakunta on katsonut, että se ei voi hyväksyä saamelaisuuden perustaksi lappalaista esi-isää koskevaa muodollista asiakirjanäyttökään eli *lappalaisperustetta* miten kaukaa historiasta tahansa, vaan että kieliperusteen mukaisella kolmannen polven esivanhemmalla ja vuodella 1875 on merkitystä lakia tulkittaessa. Saamelaiskäräjät on halunnut pitäytyä tiukasti tässä vuodessa, jota ehdotettiin saamelaiskäräjälakiin takarajaksi. KHO on kuitenkin katsonut vuoden 1870 tulevan riittävän lähelle kyseistä vuotta.

On syytä tuoda esille, että KHO ei ole kuitenkaan hyväksynyt huomattavasti vanhempia vuosia saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan tulkinnan perustaksi. Juuri mainitussa vuosikirjaratkaisussa KHO 22.9.1999 T 3181, käyttäen edellisessä tapauksessa kerrottua argumentaatiota, ei katso, että valittaja on saamelainen sillä perusteella, että hänen esivanhempansa on merkitty vuoden 1762 maakirjaan ja hylkää valituksen. Valittaja pitää itseään saamelaisena ja kuvailee itseidentifikaatiotaan seuraavasti: ”Rekisterimerkinnän tekemisestä kuluneen ajan perusteella ei voi tehdä johtopäätöstä, ettei henkilöllä olisi yhteyksiä saamelaiseen kulttuuriin taikka ettei hän harjoittaisi saamelaiselinkeinoja. Saamelaiskulttuurin ja -elinkeinojen erottaminen muiden lappalaisten elinkeinosta ja kulttuurista on keinotekoista ellei mahdotonta. Uudistilalliset ovat harjoittaneet esimerkiksi porotaloutta aivan samoin kuin saamelaisiksi merkityt henkilöt. Samoin kalastajalappalaiset ovat pitäneet karjaa kuten uudistilallisetkin.”<sup>62</sup>

Tapauksessa Saamelaiskäräjien vaalilautakunta huomauttaa lukuisiin muihinkin hakemuksiin liittyen, että hakijat eivät ole väittäneet kuuluvansa johonkin saamen kansan elävään ja toimivaan yhteisöön. Hakijat ovat pitäneet itseään saamelaisina, koska heidän esi-isänsä on merkitty lappalaisrekisteriin ja he siten katsovat täyttävänsä kansainvälisessä oikeudessa käytetyn alkuperäiskansa- tai alkuperäiskansalaismääritelmän. Vaalilautakunta ei kuitenkaan anna suurta merkitystä hakijan tällaiselle samaistumiselle saamelaiseksi, koska se vain toistaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan mukaisen rekisteriperusteen sanomatta mitään henkilön saamelaisesta identiteetistä. Saamelaisten kansanryhmään kuulumiselle esitetyt, henkilön poronhoitoon, kalastukseen, metsästykseseen ja saamelaiskäsitöihin liittyvät perustelut ovat myös todistusarvoltaan vähäisiä, koska kyseiset elinkeinot ovat lain mukaan jo pitkään olleet avoinna kaikille. Vaalilautakunta ei ole tässä edellä esitetyn samaistumisen nojalla tunnistanut ketään hakijoista saamelaisen kansanryhmän ja sen yhteisöjen jäseneksi ja on lisäksi katsonut, ettei hakijalla ole tarvetta saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon tarkoittamaan erityiskohteluun hallinnossa. Lappalaisperusteella vaaliluetteloon on hakeutunut 1 128 henkeä, mikä on 24 prosenttia saamelaisten äänioikeutettujen määrästä (4 672) vuoden 1999 vaaleissa. Vaalilautakunta toteaa määrän olevan niin huomattava, että siihen olisi kiinnitetty huomiota jo hallituksen esityksessä, mikäli tällaiseen äänioikeutettujen lisäykseen olisi pyritty. Vaalilautakunnan mielestä minkä tahansa lappalaisperusteisissa hakemuksissa esitetyn lappalaisen esi-isän hyväksyminen äänioikeuden perustaksi vuoden 1999 vaaleissa merkitsisi myöhemmissä vaaleissa vaalilautakunnan mielestä saamelaisten täydellistä syrjäyttämistä heille jo turvatusta kulttuuri-itsehallinnosta koko lainsäädännöllisen uudistuksen tarkoituksen vastaisesti.<sup>63</sup>

Vaalilautakunnan mukaan saamelaiskäsitteen tulkinnan lähtökohtana on saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevan lainsäädännöllisen uudistuksen tarkoitus, jolla hallituksen esityksen perustelujen mukaan pyrittiin turvaamaan olemassa olevalle saamelaisten etniselle ryhmälle

61 KHO 22.9.1999 T 3181.

62 s. 16.

63 s. 3.

oikeus muihin väestöryhmiin nähden yhdenvertaiseen kohteluun hallinnossa etno-poliittisen kulttuuri-itsehallinnon perustalta. (HE 248/1994 vp). Saamelaiseksi tuli hallituksen esityksen perustelujen mukaan katsoa henkilö, joka samaistui saamelaiseksi ja täytti yhden lain 3 §:n 1-3 kohtien objektiivisen kriteerin, ja jonka pääperusteena oli tosiasiallinen kuuluminen saamelaisten ryhmään: saamelaiseksi synnyttään, ei tulla eikä päästä. Tosiasiallinen kuuluminen saamelaisten ryhmään ilmeni kuulumisena saamelaisten epävirallisiin yhteisöihin. Kohtien 1-3 mukainen etninen saamelaistryhmä saattoi olla jonkin verran nykyistä suurempi, mutta lisäyksellä ei katsottu olevan edes maininnan arvoisia vaikutuksia nykyisten saamelaisten asemaan (HE 248/1994 vp).<sup>64</sup>

Saamelaiskäräjien vaalilautakunta muistuttaa, että lain tulkinnan tulee olla eduskunnan perustuslakivaliokunnan tarkoittamalla tavalla perusoikeusmyönteinen (PeVM 25/1994 vp). Hallitusmuodon 14 §:n 3 momentti turvaa saamelaisille alkuperäiskansana oikeuden ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan, mihin hallituksen esityksen perustelut sisällyttävät myös saamelaisten perinteiset elinkeinot kuten poronhoidon, kalastuksen ja metsästyksen. Säännöksen tarkoituksena on hallituksen esityksen mukaisesti turvata kielellisten ja kansallisten vähemmistöryhmien sekä näiden ryhmien omaperäisen kulttuurin säilyminen (HE 309/1993 vp). Vaalilautakunnan perustelujen mukaan perusoikeussäännös sisältää saamelaisille ryhmänä kuuluvan oikeuden, johon lappalaisperusteella vaaliluetteloon hakeutuvat henkilöt eivät voi vaalilautakunnan mielestä yksilötasolla nojata ainakaan saamelaistryhmän olemassaolon ja etujen vastaisesti. Hakijoiden kauan sitten katkenneen lappalaisyhteyden hyväksyminen saamelaisten nykyisen kulttuuri-itsehallinnon perustaksi merkitsisi suomenkielisen ja suomalaista kulttuuripiiriä edustavan väestön määräysvallan lisääntymistä saamelaisten ylläpitäessä ja kehittäessä omaa kieltään ja kulttuuriaan perusoikeussäännöksen mukaisesti. Tämä tilanne olisi vaalilautakunnan mielestä ristiriidassa saamelaisten perusoikeuksien toteutumisen kanssa ja se voisi johtaa saamelaisten kielen ja kulttuurin nopeaan häviämiseen. Saamelaiskäräjät on katsonut laajennetun saamelaiskäsitteen voivan merkitä sitä, että saamelaiseksi jouduttaisiin katsomaan henkilöitä, jotka yleisen elämäkokemuksen mukaan kuuluvat nykyään pääväestöön eivätkä saamelaisvähemmistöön. Vaalilautakunta muistuttaa, että Saamelaiskäräjät on vuodesta 1996 lähtien vaatinut, että saamelaismääritelmä muutetaan takaisin kieliperusteiseksi. Oikeusministeriö ottikin vuoden 1998 keskeiseksi tulostavoitteekseen saamelaismääritelmän täsmentämisen osana saamelaisten perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteuttamista. Ministeriön tarkoitus oli muuttaa määritelmä kieliperusteiseksi. Muutosta ei kuitenkaan toteutettu.<sup>65</sup>

Vaalilautakunta tuo esille valittajien vetoamisen ILO sopimus 169:ään ja toteaa, ettei sopimus määrittele alkuperäiskansaan kuuluvia henkilöitä yksilötasolla.<sup>66</sup> KHO ei lähde avaamaan tarkemmin tätä kysymystä mutta keskustelee ILO sopimus 169:stä yhdessä saamelaisten itsehallintokysymyksen kanssa sekä toteaa, että ILO Sopimus 169:n artiklan I b kohdan mukaan yleis-sopimus koskee niitä itsenäisissä maissa eläviä kansoja, joita pidetään alkuasukkaina, koska he polveutuvat väestöstä, joka maan valloituksen tai asuttamisen tai nykyisten valtionrajojen muodostumisen aikaan asui maassa tai sillä maantieteellisellä alueella, johon maa kuuluu, ja jotka oikeudellisesta asemastaan riippumatta ovat säilyttäneet kokonaan tai osittain omat sosiaaliset, taloudelliset, kulttuuriset ja poliittiset instituutionsa.<sup>67</sup>

Vaalilautakunta tuo valituksessa esille näkemyksensä siitä, että pääväestöön kuuluvat henkilöt, jotka perusteetta kutsuvat itseään lappalaisiksi, ovat järjestäytyneet saamelaisten oloja vaikeuttavaksi ja saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa vastustavaksi yhdistykseksi, mikä kiristää kansalaisryhmien välisiä suhteita saamelaisten kotiseutualueella. Huomattava osa lappalaisperusteeseen nojautuvista hakemuksista oli alun perin lähetetty tällaisen ryhmän kautta oi-

64 Ibid.

65 s. 6–7.

66 s. 8.

67 s.17.–18.

keusministeriölle, kuten Suomen hallituksen 13. ja 14. raportista YK:n rotusyrjintäkomitealle tarkemmin ilmenee.<sup>68</sup>

Vaalilautakunta tuo esille myös oikeusministeriön ja Enontekiön kunnan 17.3.1996 Enontekiöllä järjestämässä tilaisuudessa annetun asiakirjanäyttöä koskevan harhaanjohtavan tiedon, jonka mukaan vuoden 1875 maakirjoissa ja sen jälkeen tehdyissä asiakirjoissa ei ollut merkittynä lappalaisia ja että heitä tuli etsiä lähinnä 1700-luvun luetteloista. Väärä tieto vuoden 1875 luettelon lappalaismerkintöjen puutteellisuudesta välittyi myös sekä oikeusministeriön tilaamaan tutkimukseen saamelaiden kulttuuri-itsehallinnosta (Myntti 1997: 68-69) että vähemmistöjen poliittista asemaa koskevaan väitöskirjatutkimukseen (Myntti 1998:339). Vaalilautakunnan mukaan Oulun maakunta-arkiston todistuksesta vaalilautakunnalle 11.5.1999 ilmenee kuitenkin, että lappalaiset luettelallaan sekä vuoden 1875 maa- ja kantokirjoissa ja että sen jälkeenkin lappalaisia koskevat muut asiaan vaikuttavat luettelot jatkuvat aina vuoden 1948 henkikirjaan saakka.<sup>69</sup>

Vaalilautakunta kertoo myös valituksessa kuinka jo ennen vaalivuoden alkua huomattava osa hakijoista toimitti Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistys ry:n kautta hakemuksia oikeusministeriöön eikä Saamelaiskäräjille. Suurin osa hakijoista hoiti itse hakeutumistaan vaaliluetteloon. Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistys ry ja sen aloitteesta perustetut ”lapinkyläyhdistykset” huolehtivat valtakirjalla suurimman osan hakijoiden oikaisuvaatimuksista ja vaalivalituksista Saamelaiskäräjille. Lapinkyläyhdistykset kehottivat henkilöitä hankkimaan asiakirjoja todistaakseen saamelaiset sukujuurensa. Vaalilautakunta väittää, että Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistys ry on oikeusteitse pyrkinyt syrjäyttämään Saamelaiskäräjät tehtävistään ja vastustaneet julkisuudessa saamelaiden kulttuuri-itsehallintoa.<sup>70</sup>

Vaalilautakunta korostaa, että saamelaisuus on kuulumista saamelaisiin yhteisöihin. Vaalilautakunnan mukaan lappalaisperusteisista hakijoista ei kukaan väittänyt hakemuksessaan kuuluvansa johonkin saamelaiseen yhteisöön. Muutamit taas eivät pitäneet itseään saamelaisena, vaan alkuperäiskansaan kuuluvana henkilönä, lappalaisena tai juridisesti saamelaisena. Saamenkieleen liittyvää perustetta (3 §:n 1 ja 3 kohta) hakijat käyttivät lähinnä toissijaisesti sen jälkeen, kun hakemus oli lappalaisperusteella hylätty. Alunperin lappalaisperusteisista hakijoista (1 128) on kieliperusteella hyväksytty ennen Saamelaiskäräjien käsittelemiä valituksia muutamia kymmeniä henkilöitä.<sup>71</sup>

Vaalilautakunta linjaa, kuinka pelkän asiakirjanäytön hyväksyminen henkilön saamelaisuuden perustaksi on ongelmallinen sinänsä ja vielä ongelmallisempi se on ilman ajallista rajausta. Valittajan esi-isää koskeva asiakirjamerkintä ”lappalainen” maaverotusta koskevissa asiakirjoissa osoittaa asiakirjan laatimisen aikaista kameraalioikeudellista todellisuutta. Mitä kauempana tuo todellisuus on ajallisesti tästä hetkestä, sitä pienempi on todennäköisyys siitä, että pelkkä esi-isää koskeva asiakirjamerkintä tarkoittaisi myös valittajan kuulumista saamelaiden nykyiseen etniseen ryhmään. Toisekseen esi-isän merkitys jälkeläisten lukumäärän kannalta kasvaa, mitä kauemmas taaksepäin historiassa mennään. Indisiona saamelaisuudesta todennäköisyys heikkenee ja merkitys kasvaa, mitä etäämpää historiasta esi-isä löytyy valittajan saamelaisuuden perustaksi. Vaalilautakunta toteaa, että esimerkiksi se, että vuoden 1739 maakirjan yhden lappalaisen jälkeläisinä on vaaliluetteloon hakeutunut 237 henkeä, mikä määrä kerrottuna kaikilla tuon vuoden maakirjan ”Suomen” lappalaisilla (424) tarkoittaisi teoriassa 100 488 äänioikeutettua. Vastaavasti vuoden 1825 maakirjan yhden lappalaisen jälkeläisinä hakeutuneista 244 henkilöstä päädyttäisiin kertolaskulla maakirjan kaikkien 127 lappalaisen 30 988 äänioikeutettuun jälkeläiseen. Kun saamelaisia äänioikeutettuja on nyt noin 5 000, uusien äänioikeutettujen määrät merkitsisivät saamelaiden kulttuuri-itsehallinnon tarkoituksen romut-

68 s. 8.

69 s.10.

70 s.11.

71 Ibid.

tamista, kuten valtioneuvoston asettaman rasisminvastaisen valtuuskunnan kannanotoista oikeusministeriölle ilmenee (25.4.1996 ja 11.9.1998).<sup>72</sup>

Vaalilautakunnan mukaan pelko jäädä vaille maahan ja luontaiselinkeinoihin kohdistuvia oikeuksia on johtanut muitakin kuin saamelaisia hakeutumaan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon lappalaisen esi-isän perusteella. Lappalaisen esi-isän löytyminen ja sen mukana seuraavat, maahan kohdistuvat mahdolliset oikeudet, eivät kuitenkaan tee hakijoista saamelaisia.<sup>73</sup>

Kuten kappaleen alussa mainittiin, kaksi hakijaa pääsi vuonna 1999 KHO:n päätöksellä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon sillä perusteella, että heidän vanhempansa oli oikaisuvaatimuksen kautta päässyt juuri aiemmin Saamelaiskäräjien luetteloon. Molemmissa tapauksissa Saamelaiskäräjien hylkäyspäätös johtui samasta menettelyvirheestä. Tapauksessa KHO 22.9.1999 T 3186<sup>74</sup> hakija ei ole Saamelaiskäräjistä annetun lain 26 §:n mukaisesti vaatinut vaalilautakunnalta oikaisua vaalilautakunnan 17.2.1999 tekemään päätökseen. Kun hakijalla ei ole ollut oikeutta saattaa vaalilautakunnan päätöstä suoraan Saamelaiskäräjien hallituksen ratkaistavaksi, Saamelaiskäräjien hallituksen on tullut jättää hakijan oikaisuvaatimus tutkimatta ja Saamelaiskäräjien hylätä hakijan Saamelaiskäräjien hallituksen päätöksestä tekemä valitus. Tämän vuoksi KHO, ottaen huomioon Saamelaiskäräjistä annetun lain 41 §:n, hylkää valituksen.<sup>75</sup>

KHO on kuitenkin hallintolainkäyttölain 64 §:n nojalla tämän valitusasian yhteydessä ilman hakemusta tutkinut asian vaalilautakunnan päätöksen purkuna. KHO toteaa, että saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 3 kohdan nojalla saamelaisella tarkoitetaan tässä laissa henkilöä, joka pitää itseään saamelaisena, edellyttäen, että ainakin yksi hänen vanhemmistaan on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan tai Saamelaiskäräjien vaaleissa. Hakijan äiti on merkitty Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon 7.4.1999. Hakija on sen vuoksi saamelaiskäräjistä annetun lain mukainen saamelainen ja hän on näin ollen lain 21 §:n nojalla äänioikeutettu Saamelaiskäräjien vaaleissa. Tämän vuoksi KHO purkaa Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan 17.2.1999 tekemän päätöksen, jolla hakijan hakemus tulla merkityksi Saamelaiskäräjien vaalien vaaliluetteloon on hylätty. Viivytyksen välttämiseksi KHO asiaa Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle palauttamatta ottaa välittömästi tutkittavakseen hakijan hakemuksen tulla merkityksi vaaliluetteloon. Hakija on saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 3 kohdassa tarkoitettu saamelainen, minkä vuoksi KHO määrää, että hänet on saamelaiskäräjistä annetun lain 23 §:n 3 momentin nojalla lisättävä vaaliluetteloon äänioikeutettuna.<sup>76</sup>

Tapauksessa KHO 22.9.1999 T 3182<sup>77</sup> *Saamelaiskäräjien vaalilautakunta* on 17.2.1999 hylännyt valittajan pyynnön, että hänet merkitään vuonna 1999 toimitettavien saamelaiskäräjien vaalien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella. *Saamelaiskäräjien vaalilautakunta* on 14.4.1999 hylännyt vaalilautakunnan edellä mainitusta päätöksestä tehdyn oikaisuvaatimuksen. *Saamelaiskäräjien hallitus* on 12.5.1999 hylännyt vaatimuksen vaalilautakunnan 14.4.1999 tekemän päätöksen muuttamisesta. *Saamelaiskäräjät* on valituksenalaisella päätöksellä hylännyt valittajan Saamelaiskäräjien hallituksen päätöksestä tekemän valituksen.

KHO:lle lähettämässään hakemuksessa valittaja on esittänyt Saamelaiskäräjien 11.–13.7.1999 pitämän kokouksen päätöksen, josta ilmenee, että hänen isänsä on katsottu saamelaiskäräjälain mukaiseksi saamelaiseksi ja merkitty äänioikeutetuksi Saamelaiskäräjien vaaleissa. *Saamelaiskäräjät* on lausunnossaan KHO:lle ilmoittanut yhtyvänsä valittajan valitukseen siltä osin kuin hänen vaatimuksensa koskee Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon hyväksymistä saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan nojalla. Valittajan isä oli tullut hyväksytyksi vasta sen jälkeen,

72 s. 12.

73 s.13.

74 KHO 22.9.1999 T 3186.

75 s.2.

76 s. 2–3.

77 KHO 22.9.1999 T 3182.

kun Saamelaiskäräjät oli hylännyt hakijan valituksen. KHO katsoo valittajan näin ollen saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdassa tarkoitetuksi saamelaiseksi ja tämän vuoksi kumoaa valituksenalaisen päätöksen ja määrää, että valittaja on saamelaiskäräjälain 23 §:n 3 momentin nojalla lisättävä vaaliluetteloön äänioikeutettuna.

Kuten mainittu, Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on hakenut purkua 19.9.2003 sekä omaan päätökseensä merkitä ks. edellisen valittajan isä vaaliluetteloön että ks. KHO:n päätökseen merkitä edellinen valittaja saamelaiseksi 3 §:n 3 kohdan mukaan.

Tapauksessa KHO 19.9.2003 T 2236<sup>78</sup> Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on KHO:lle 7.8.2003 saapuneessa hakemuksessaan pyytänyt, että edellisen tapauksen (KHO 22.9.1999 T 3182) valittajaa koskeva KHO:n päätös puretaan. Ratkaisevaa asian aikaisemmassa käsittelyssä on ollut, että ks. valittajan isä oli Saamelaiskäräjien päätöksen mukaan katsottu saamelaiskäräjälain mukaiseksi saamelaiseksi ja merkitty äänioikeutetuksi Saamelaiskäräjien vaaleissa. Päätös hyväksyä valittajan isä vaaliluetteloön syntyi vaalilautakunnan mukaan Saamelaiskäräjien kokouksen päätöksessä äänestyksen jälkeen kokouksen aikana esitetyn näytön perusteella. Koska näyttö oli puutteellinen, kokouksen päätös perustui ilmeiseen erehdykseen. Erehdyksen aiheutti valitusten massakäsittely (yli 700 valitusta). Ko. valittaja on merkitty vaaliluetteloön äänioikeutettuna tämän päätöksen seurauksena KHO:n määräyksestä. Vaalilautakunta vaatii, että päätös tulee purkaa julkisen edun vastaisena.<sup>79</sup> Ko. valittajan isää koskevasta purkuhakemuksesta (KHO 19.9.2003 T 2234<sup>80</sup>) käy ilmi, että päätöksen perusteluna hänen hyväksymiselleen Saamelaiskäräjien vaaliluetteloön, vastoin vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien hallituksen näkemystä Saamelaiskäräjien kokouksessa perustui väitteeseen hänen isoisänsä saamenkielisyydestä kokouksessa esitetyn suullisen ilmoituksen perusteella. Hakija oli hakeutunut vaaliluetteloön kieliperusteen 3 §:n 1 kohdan lisäksi 2 ja 3 kohtienkin perusteella. Vaalilautakunta pitää näyttöä erittäin puutteellisena ja toteaa, ettei väestötutkimuksesta eikä muista asiakirjoista ilmene, että isoisän kieli olisi ollut saamenkieli, joten tällä perusteella kumpaakaan edellä mainituista hakijoista ei olisi tullut merkitä saamelaiseksi.<sup>81</sup>

Tutkittuaan asiaa KHO toteaa, että hallintolainkäyttölain 63 §:n 1 momentin 2 kohdan nojalla päätös voidaan purkaa, jos päätös perustuu ilmeisesti väärään lain soveltamiseen tai erehdykseen, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen. Lain 63 §:n 1 momentin 3 kohdan nojalla päätös voidaan purkaa, jos asiaan on tullut sellaista uutta selvitystä, joka olisi olennaisesti voinut vaikuttaa päätökseen, eikä hakijasta johdu, että uutta selvitystä ei ole aikanaan esitetty. KHO toteaa, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on hakemuksessaan KHO:lle ilmoittanut Saamelaiskäräjien purettavaksi haetun päätöksen syntyneen henkilön isoisän kokouksessa esitetyn suullisen näytön perusteella. Hakemuksen mukaan tämä näyttö olisi ollut puutteellinen. Hakemuksen tueksi ei kuitenkaan ole esitetty uutta selvitystä, joka olisi olennaisesti voinut vaikuttaa päätökseen tai jonka perusteella päätöksen voi katsoa perustuneen erehdykseen. Tämän vuoksi KHO hylkää Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan hakemuksen.<sup>82</sup>

Saamelaiskäräjien vaalilautakunta perustelee purkua virheellä, joka tapahtui kiireessä massakäsittelyn vuoksi. Kyseessä ei kuitenkaan ollut vaalilautakunnan virhe vaan se, että Saamelaiskäräjien kokous, vastoin vaalilautakunnan ja hallituksen päätöstä, äänestyspäätöksellä hyväksyi henkilön saamelaiseksi suullisen todistuksen perusteella. Menettely on erikoinen, ottaen huomioon, että lähtökohtaisesti vaalilautakunta, kuten myös hallitus ja käräjien kokouskin vaativat kirjallisia todisteita kieliperusteen tueksi. Voidaan myös pohtia, että KHO:n näkökulmasta saattaa näyttää oudolta, että vaalilautakunta hakee purkua Saamelaiskäräjien kokouksen päätökselle. Tätä seikkaa pohditaan tuonnempana myös ryhmähyväksynnän valossa.

78 KHO 19.9.2003 T 2236.

79 s.1.

80 KHO 19.9.2003 T 2234.

81 s. 3.

82 s. 3-4.

## 2.2. Väli vuodet 2003 ja 2007: purkuja ja epäselvyyksiä

On huomionarvoista todeta, että vuonna 2003 Saamelaiskäräjien vaalilautakunta haki purkua 16 päätökselle, jotka oli hyväksytty saamelaiseksi Saamelaiskäräjien kokouksen omilla päätöksillä. Vaalilautakunta vetoaa virheisiin, jotka tapahtuivat tilanteessa, jossa hakemuksia oli käsiteltävänä yli 700 lyhyessä ajassa. Kysymyksessä ei siis ole vaalilautakunnan itsensä tekemät virheet, vaan tapaukset, jotka Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien hallitus ovat hylänneet mutta Saamelaiskäräjien kokous on äänestyksen kautta hyväksynyt saamelaiseksi käräjien kokouksessa aikana esitetyn näytön perusteella. Vaalilautakunta pitää päätöksiä virheellisenä näytön puutteellisuuden vuoksi. Saamelaiskäräjien kokouksen näkemys on siis poikennut vaalilautakunnan sekä Saamelaiskäräjien hallituksen näkemyksestä. Tällainen seikka saattaa näyttäytyä oudolta KHO:lle. Purkuhakemuksissa vaalilautakunta kyllä perustelee Saamelaiskäräjien kokouksen lautakunnan mielestä väärää päätöstä, joka perustui puutteelliseen kieliperusteen näyttöön ja selventää asiaa KHO:lle. KHO hylkää kaikki purkuhakemukset, mikä johtaa siihen, että myös purkuhakemusten kohteena olevien henkilöiden lähisukulaiset, jotka hakeutuvat saamelaiskäräjälueteloon, ensin hylätään vaalilautakunnan toimesta ja sen jälkeen hyväksytään KHO:ssa. Eli vuonna 2003 KHO hyväksyy 8 sellaisen henkilön lähisukulaista, joille Saamelaiskäräjien vaalilautakunta haki purkua samana vuonna. Kyseessä on joko 1999 virheellisesti hyväksytyt henkilön jälkeläinen tai sisar. Yksi henkilö on tullut hyväksytyksi siten, että KHO hyväksyi ensin hänen äitinsä vuonna 2003, äidin ollessa vuonna 1999 virheellisesti hyväksytyjen sisar, jonka seurauksena myös lapsi hyväksyttiin.<sup>83</sup> Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ei siis jatkossakaan hyväksy sellaisten henkilöiden lähisukulaisia, joita koskeviin päätöksiin se on hakenut purkua virheellisenä. Tästä johtuu ilmeinen ristiriita Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan ja KHO:n tulkinnan välillä, mikä on omiaan saamaan Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan päätökset näyttämään epä johdonmukaisilta, vaikka ne seuraavatkin sen omaa logiikkaa.

Tapauksessa KHO 19.9.2003 T 2231<sup>84</sup> valittaja pyytää tulla merkityksi Saamelaiskäräjien vuoden 2003 vaaliluetteloon sillä perusteella, että hän pitää itseään saamelaisena ja hänen isänsä on saamelainen ja hänen isänsä veli oli merkitty saamelaiskäräjien vuoden 1999 vaaliluetteloon. Tapaus käsittelee saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan problematiikkaa sekä saamelaiskäräjien ja KHO:n erilaista tulkintaa tästä kohdasta.

Saamelaiskäräjien hallituksen perustelujen mukaan hakijan isää ei ole merkitty eikä olisi voitu merkitä saamelaisvaltuuskunnan tai Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Vaikka voitaisiinkin katsoa, että hakijan vanhempi olisi voitu merkitä vaaliluetteloon, tämä johtaisi siihen, että vaaliluettelomerkintä muodollisena merkintänä tulisi tärkeämmäksi kuin KHO:n vuosikirjaratkaisussaan 22.9.1999 taltio 3181 saamelaisuuden pääperusteeksi katsoma kielellinen peruste. Hakijan vaatimus tulla merkityksi Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella edellyttää, että jompikumpi hänen vanhemmistaan on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan tai Saamelaiskäräjien vaaleissa. Hakijan isä on kuitenkin elossa. Häntä ei ole merkitty näihin vaaliluetteloihin. Siinäkin tapauksessa, että isällä olisi saamelaiskäräjälain 3 §:n mukaiset objektiiviset perusteet saamelaisuudelleen, hän ei ole kirjallisesti vaatinut, että hänet hyväksytään vaaliluetteloon. Hän ei ole liioin ilmoittanut kirjallisesti vaalilautakunnalle, että hän pitää itseään saamelaisena. Tällainen samaistumisedellytys lisättiin saamelaisvaltuuskunta-asetuksen saamelaismääritelmään (3 §:n 2 momentti) asetusta uudistettaessa (988/1990), mistä lähtien se on ollut voimassa. Nykyinen saamelaiskäräjälain (974/1995) 3 §:n saamelaismääritelmä edellyttää henkilön pitävän itseään saamelaisena. Vuoden 2002 loppuun voimassa olleen vaaliluettelomerkintää koskevan 23 §:n valmistelutöissä todetaan, että täydennettäessä vaaliluetteloa tulee 3 §:ssä asetetun samaistumisedellytyksen toteuttamiseksi tiedustella kirjallisesti henkilöltä, pitääkö hän itseään saame-

<sup>83</sup> KHO 19.9.2003 T 2223 – T 2230.

<sup>84</sup> KHO 19.9.2003 T 2231.

laisena (HE 248/1994 vp s. 27). Vuoden 2003 vaaliluettelon laatimista koskee uusi lain 23 a § (1279/2002). Lainkohtaa koskevien yksityiskohtaisten perustelujen mukaan henkilö voidaan ottaa vaaliluetteloon vain itse tehdyn pyynnön perusteella (HE 234/2002 vp s. 15). Mainituista lähtökohdista hakijan isää ei olisi voitu merkitä saamelaisvaltuuskunnan eikä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon vuodesta 1990 lähtien.<sup>85</sup>

Saamelaiskäräjien hallitus tuo ilmi, että hakijan lähin saamen kieltä ensimmäisenä kielenään osannut isovanhempi on hakijan mukaan liittämän vuoden 1962 väestötutkimuksen mukaan hänen isänsä äidin isänisä. Näistä lähtökohdista hakijan isää ei olisi voitu merkitä saamelaisvaltuuskunnan vaaliluetteloon vuoteen 1990 mennessä. Saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaa perusteltiin lain yksityiskohtaisissa perusteluissa kohtuuskäytännöllä, joiden mukaan saamelaiseksi katsotun henkilön lapsella on oikeus samaistua vanhempansa identiteettiin (HE 248/1994 vp s. 24). Hakijan isää ei ole katsottu eikä edes edellä mainitun lainsäädännön mukaan olisi voitu katsoa saamelaiseksi. Hakijan isän saamelaisesta identiteetistä ei ole muuta tietoa.<sup>86</sup>

Niin ikään Saamelaiskäräjien hallitus vetoaa siihen, että kieliperuste on korkeimman hallinto-oikeuden vuoden 1999 vuosikirjaratkaisun mukaan pääperuste saamelaisen määrittelyssä. Kieliperusteella (saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohta) henkilö ei voi johtaa saamelaisuuttaan kauempaa kuin isovanhemmistaan eli kolmannesta polvesta. Kieliperusteella määräytyneen vaaliluetteloon merkityn saamelaisen lapsella on 3 §:n 3 kohdan mukaan oikeus tulla merkityksi saamelaiseksi luetteloon vanhemman oikeuden perusteella. Hallituksen esityksessä tätä oikeutta perusteltiin lapsen oikeudella samaistua vanhemman identiteettiin. Oikeus saamelaisuuteen vanhemman saamelaismerkinnän perusteella on siten johdannainen tai toissijainen peruste pääperusteeseen verrattuna. Toissijaisen perusteen käyttäminen lain kirjaimen mukaisesti tarkoittaa sitä, että hakijan vanhempi ei voi johtaa saamelaisuuttaan kauempaa kuin isovanhempien vanhemmista, mutta lapsi voi tosiasiallisesti johtaa saamelaisuutensa isovanhempiensa isovanhemmista saakka ja vaaliluettelomerkintöjen lisääntyessä seuraavien sukupolvien myötä vaikka kuinka kaukaa tahansa pelkästään vanhempansa saamelaismerkinnän perusteella. Tällä tavoin toissijainen saamelaisperuste tulee tärkeämmäksi kuin saamelaisuuden pääperusteena oleva kieliperuste. Käytännössä se tarkoittaa myös sitä, että hakijan tosiasiallinen yhteys saamen kansaan tulee sukupolvi sukupolvelta yhä kyseenalaisemmaksi, mitä yhteyttä on lainkohdan (3 §:n) valmistelutöissä pidetty tärkeänä samoin kuin näyttövaikeuksien välttämistä (HE 248/1994 s. 24).<sup>87</sup>

Hakijan isoäiti merkittiin vaaliluetteloon kieliperusteella, koska yksi hänen isovanhemmistaan oli oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Sen kauempaa sukupolvien takaa isoäiti ei olisi 3 §:n 1 kohdan kieliperusteella voinut johtaa saamelaisuuttaan. Lain 3 §:n 3 kohta johtaa sananmukaisesti tulkittuna siihen, että kyseisen isoäidin lapsi, hakijan isä voisi johtaa saamelaisuutensa muodollisesti äitinsä saamelaismerkinnästä, mutta tosiasiallisesti isoisänsä isästä. Näistä lähtökohdista vaaliluettelomerkintään liittyvä johdannainen oikeus tulee laajemmaksi kuin pääperusteen kieliperusteen mukainen oikeus. Saamelaiskäräjät tuo esille, että johdannaiselle oikeudelle ei myöskään ole loppua, vaan se voi lain kirjaimen mukaan ulottua hakijaan ja hänen mahdollisesti tultua merkityksi vaaliluetteloon hänen lapsiinsa ja niin edelleen loputtomiin.<sup>88</sup>

KHO toteaa päätöksessään, että asiakirjojen mukaan hakijan isoäiti on merkitty vaaliluetteloon sillä perusteella, että yksi hänen isovanhemmistaan oli oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Tämän mukaisesti hakijan isä voisi saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella tulla merkityksi vaaliluetteloon. Se, ettei hän ole ilmoittanut haluavansa tulla luetteloon merki-

---

85 1-2.

86 s. 3.

87 Ibid.

88 s. 4.



tyksi, ei poista hänen lapsensa oikeutta tulla siihen merkityksi, mikäli tämän edellytykset siihen muuten täyttyvät. Hakija on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena. Tämän johdosta KHO katsoo, että hakijalla on oikeus saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan nojalla tulla merkityksi vaaliluetteloon. KHO kumooa valituksenalaisen päätöksen ja määrää, että hakija on lisättävä Saamelaiskäräjien vuoden 2003 vaalien vaaliluetteloon äänioikeutettuna.<sup>89</sup> KHO:n tulkinta on ymmärrettävä mutta 3 §:n 3 kohdan tarkoituksen kannalta hieman kyseenalainen. Tarkoituksenahan on varmistaa, että nimenomaan lapsella on oikeus samaistua vanhempansa identiteettiin. Mikäli vanhempi ei koe olevansa saamelainen, ei tällaista oikeutta ole, vaan henkilön tulisi hakeutua vaaliluetteloon joko saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 tai 2 kohdan perusteella. Kuten Saamelaiskäräjien hallitus tuo esille, henkilön on pidettävä itseään saamelaisena. Tätä asiaa hallitus ei kuitenkaan ilmeisesti ollut tiedustellut isältä, mikä olisi periaatteessa ollut mahdollista, jos isä on ollut elossa. Toisaalta, se, että henkilö ei ole merkitty Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon (vaikka olisi voitu) ei tietenkään todista sitä, etteikö henkilö voisi kokea olevansa saamelainen. Suomessa on tiedetysti saamelaisia, jotka eivät ole vaaliluettelossa, koska eivät ole sinne pyrkineet. Saamelaiskäräjien näkökulma siitä, että 3 §:n 3 kohta voi jatkua vaikka miten pitkälle tulevaisuuteen ilman kielikriteerin säilymistä on myös olennainen. Tätä seikkaa pitäisi pohtia mahdollisen saamelaiskäräjälain muutoksen yhteydessä. Tapausta ei voi luonnehtia yhdenvertaisuusperiaatteen rikkomiseksi tai syrjinnäksi Saamelaiskäräjien puolelta, vaan kyse on Saamelaiskäräjien ja KHO:n erilaisesta tavasta tulkita saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaa.

Toisessa vuonna 2003 hyväksytyssä tapauksessa KHO 19.9.2003 T 2232<sup>90</sup> valittaja katsoo, että hänet on oikeudettomasti jätetty pois vuoden 2003 saamelaiskäräjävaalien vaaliluettelosta, ja on Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle 4.4.2003 saapuneessa kirjoituksessaan vaatinut asiaan oikaisua. Hänen äitinsä ensiksi oppima kieli on tunturisaame, ja hänen sisarensa on merkitty vaaliluetteloon. Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on 24.4.2003 jättänyt käsittelemättä tai oikeastaan hylännyt hakijan oikaisuvaatimuksen. Päätöksen perustelujen mukaan hakija ei ollut toimittanut pyyntöä vaaliluetteloon merkitsemiseksi vaaliohjesäännössä määrättyyn määräaikaan 31.12.2002 mennessä.

*Saamelaiskäräjien hallitus* on saamelaiskäräjälain 26 §:n 2 momentin (1279/2002), 3 §:n 1 kohdan, 23 §:n ja 23 a §:n (1279/2002) nojalla hylännyt hakijan oikaisuvaatimuksen tulla merkityksi Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Hakija ei ollut kirjallisesti ilmoittanut vaalilautakunnalle, pitääkö hän itseään saamelaisena.<sup>91</sup> KHO toteaa, että koska valittaja pitää itseään saamelaisena ja hänen äitinsä ensiksi oppima kieli on ollut saame ja hänet on merkitty Saamelaiskäräjien vuoden 2003 vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan nojalla, valittaja tulee merkitä vuoden 2003 vaaliluetteloon äänioikeutettuna. KHO ei siis tapauksissa, joista sisällön puolesta ei ole epäselvyyttä, palauta tapauksia Saamelaiskäräjille muodollisten puutteiden takia, vaan ratkaisee asian suoraan valittajan pyynnöstä.

Vuonna 2007 KHO hyväksyi 12 niiden henkilöiden lähisukulaista, joille Saamelaiskäräjien vaalilautakunta oli hakenut purkua vuonna 2003 vedoten 1999 vuonna tapahtuneisiin virheisiin.<sup>92</sup>

Seuraava tapaus valottaa monimutkaista asiaa, joka näyttää epämääräiseltä, mikäli kaikkien siinä mainittujen sisarusten tilannetta ei selvitetä tarkemmin. Tapauksessa KHO 20.9.2007 T 2335<sup>93</sup> valittajan Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle esittämien perustelujen mukaan hänen isänsä olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa hänen isänsä saamenkielisyyden perusteella. Lisäperusteena hakija on esittänyt, että viisi hänen sisarustaan on jo aikaisemmin hyväksytty mainittuun vaaliluetteloon. Tapauksesta käy myös ilmi, että sekä valittajan veljen tytär että myös sisaren poika on jo hyväksytty vaaliluetteloon. Viisi heistä

<sup>89</sup> s. 6.

<sup>90</sup> KHO 19.9.2003 T 2232.

<sup>91</sup> s.1.

<sup>92</sup> KHO 20.9.2007 T 2328 - T 2339.

<sup>93</sup> KHO 20.9.2007 T 2335.

hyväksyttiin luetteloon KHO:n vuonna 2003 antamilla päätöksillä.<sup>94</sup> Kaksi hyväksyttiin vaaliluetteloon jo vuonna 1999 Saamelaiskäräjien kokouksen antamilla päätöksillä, joista tehdyt purkuhakemukset KHO hylkäsi vuonna 2003.<sup>95</sup>

Eli lähtökohtana tälle tapaukselle on se, ettei Saamelaiskäräjien vaalilautakunta katso yhdenkään kyseisistä henkilöistä täyttävän saamelaiskäräjälain 3 §:n kriteereitä tulla merkityksi Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Tällaiset seikat eivät usein tule esille julkisessa keskustelussa, jossa pidetään luonnollisesti pöyristyttävänä sitä, että samassa perheessä voi olla ihmisiä, joista jotkut ovat jo vaaliluettelossa ja toiset eivät sinne kuitenkaan ole päässeet. Tapaukset ovatkin erittäin monimutkaisia ja työläisiä selvittää kokonaiskuvan saamiseksi.

Tästä tapauksesta Saamelaiskäräjien vaalilautakunta toteaa, että nyt kyseessä oleva vaaliluetteloon hakeutuja on sellainen Saamelaiskäräjien kokouksen (11.–13.7.1999) päätökseen perustuvan esivanhemman jälkeläinen, jonka käräjien kokous vastoin vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien hallituksen päätöstä hyväksyi äänestyspäätöksellä äänioikeutetuksi. Päätös perustui yhden käräjien edustajan antamaan suulliseen ilmoitukseen henkilön isoisän mahdollisesta saamen kielen osaamisesta. Korkein hallinto-oikeus on vaalilautakunnan purkuhakemuksen hylkäävällä päätöksellään vuonna 2003 katsonut henkilön äänioikeutetuksi käräjävaaleissa.<sup>96</sup>

Vaalilautakunnan päätöksen perustelujen mukaan hakija ei kuulu saamelaiskäräjistä annetun lain 1 §:n eli tarkoituspöytäkirjan mukaisesti saamelaiseen alkuperäiskansaan. Henkilöä, jonka yhteys saamen kieleen ja kulttuuriin on jäänyt kauas monen sukupolven taakse, ei voida oikeuttaa päättämään alkuperäiskansalle kuuluvasta itsehallinnosta. Tällaisen henkilön hyväksyminen äänioikeutetuksi olisi alkuperäiskansan vastentahtoista sulauttamista pääväestöön.<sup>97</sup> Vaalilautakunta painottaa, että saamelaisuudessa on kyse henkilön yhteydestä alkuperäiskansaan ja kansan tarpeesta omaa kieltään ja kulttuuriaan koskevaan itsehallintoon. Saamelaiskäräjälakia koskevan hallituksen esityksen perustelujen mukaan saamelaiseksi tulee katsoa henkilö, joka samaistui saamelaiseksi ja täytti lain 3 §:n 1–3 kohtien objektiivisen kriteerin, jonka pääperusteena oli tosiasiallinen kuuluminen saamelaisten ryhmään: ”Saamelaiseksi synnyttään, ei tulla eikä päästä.” (HE nro 248/1994 s. 5/I, 18/I, 21/I/II, 23/II ja 24/II/II).<sup>98</sup>

Vaalilautakunta toteaa, että koska vaalilautakunnan mielestä väärin perustein syntynyttä päätöstä ei saatu puretuksi korkeimmassa hallinto-oikeudessa purkuvaatimukselle asetetun varsin korkean näyttökynnyksen vuoksi, vaalilautakunta on katsonut, että pelkästään vaalilautakunnan saman virheelliseksi katsoman perusteen nojalla ei voida hyväksyä ainakaan muita hakijoita vaaliluetteloon.<sup>99</sup>

KHO toteaa, että vaikka vaalilautakunnan mukaan Saamelaiskäräjien 11.–13.7.1999 pidetyn kokouksen päätös, jossa vastoin vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien hallituksen päätöstä yhden käräjien edustajan antaman suullisen ilmoituksen perusteella oli katsottu, että hakijan isoisä oli saamen kielen taitoinen ja tämän äidin ensiksi oppima kieli oli saame, oli väärä, ottaen huomioon kyseisten historiallisten tietojen todistamisen vaikeuden, ja kun asiaan ei ole tullut uutta vaikuttavaa selvitystä, valittajaa on pidettävä saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella saamelaisena.<sup>100</sup>

Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan logiikka on ymmärrettävä. Kuitenkin kyseessä on lainvoimainen päätös, joka on johtunut Saamelaiskäräjien omasta virheestä tai kenties pikemminkin Saamelaiskäräjien kokouksen henkilön saamelaisuutta koskevasta arviosta (joka oli päinvastainen kuin vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien hallituksen). Koska Saamelaiskäräjien ko-

94 KHO 19.9.2003 T 2226 – T 2230.

95 KHO 19.9.2003 T 2210 ja 19.9.2003 T 2235.

96 s. 2.

97 s.1.

98 s. 2.

99 s. 3.

100 s. 5.

kous vielä tuohon aikaan oli Saamelaiskäräjillä viimeinen instanssi ratkaisemaan asiaa (nyt sen ollessa hallitus), on myös hieman outoa, että vaalilautakunta hakee purkua Saamelaiskäräjien kokouksen päätökselle. Tämä näyttäytyy varmasti myös aika erikoisena korkeimman hallinto-oikeuden näkökulmasta, ja on ymmärrettävää, ettei se lähde purkamaan päätöstä kun selkeää uutta näyttöä ei ilmene.

Kyseisenä vuonna 2007 KHO hylkäsi vain yhden tapauksen muotovirheen perusteella, kun hakija ei ollut tehnyt oikaisuvaatimusta Saamelaiskäräjien hallitukselle vaan valittanut suoraan KHO:een.<sup>101</sup>

### 2.3. KHO:n 2011 vuoden linjanmuutos

Vuoden 2011 tapauksia voidaan kutsua KHO:n linjanmuutokseksi sen ottaessa käyttöön nk. kokonaisharkinnan, jossa vastoin tuomioistuimen aiempaa käytäntöä, KHO perustaa päätöksensä kokonaisarvioon, jossa saamelaiskäräjälain 3 §:n kohtia käytetään ennemminkin punnitsemaan henkilön saamelaisuutta kuin suoraan määrittelemään sitä. Toisella puolella punninnassa painottuu nyt henkilön itseidentifikaatio sekä sitä tukeva argumentaatio.

KHO:n vuosikirjaratkaisussa KHO 26.9.2011 T 2710<sup>102</sup> valittaja vetoaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 kohtaan. Saamelaiskäräjien hallitus, joka on vaalilautakunnan jälkeen hylännyt hakijan hakemuksen, perustelee päätöstään seuraavasti. Hallituksen esityksen (HE 248/1994) mukaan ensisijaisena näyttönä kielitaidosta olisi Pohjoismaiden saamelaisneuvoston Suomen jaoston vuonna 1962 suorittama väestölaskenta, jonka mukaiset henkilöt ovat pohjoissaamen-, inarinsaamen- tai koltansaamenkielisiä. Tämä luettelo ei ole kuitenkaan täydellinen, joten henkilön voitaisiin myös muutoin todeta oppineen saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Tämän hallituksen esityksessä ilmaistun tulkinnan on toistanut myös Korkein hallinto-oikeus ratkaisussaan KHO 2003:61. Hallintolain 31 §:n 2 momentin mukaan asianosaisen on esitettävä selvitystä vaatimustensa perusteista. Tätä perusteluvollisuutta on tarkemmin täsmennetty oikeusministeriön asetuksella saamelaiskäräjien vaaleissa noudatettavasta menettelystä (965/2006). Mainitun asetuksen 2 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan vaaliluetteloon kieliperusteella hakeutuvan on liitettävä hakemukseen luotettava selvitys saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitetusta saamen kielen oppimisesta ensimmäisenä kielenä.<sup>103</sup>

Saamelaiskäräjien hallitus jatkaa toteamalla, että Hallituksen esitys HE 248/1994 ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu KHO 2003:61 huomioon ottaen myös yksityishenkilön antamaa todistusta voidaan pitää luotettavana selvityksenä. Näin ollen Saamelaiskäräjien hallituksen on ollut arvioitava sitä, mikä merkitys hakijan esittämälle kirjalliselle todistukselle äidinisänsä äidinkielestä on annettava. Todistuksen on allekirjoittanut hakija itse ja sen on oikeaksi todistanut toinen henkilö, joka ei ole ollut saamenkielentaitoinen. Maininta saamenkielen oppimisesta kotikielenä ei Saamelaiskäräjien mukaan välttämättä tarkoita sitä, että kyseessä olisi ensiksi opittu kieli. Saamelaiskäräjät katsoo, ettei hakijan itsensä allekirjoittamaa ja toisen todistamaa todistusta voida pitää luotettavana selvityksenä.<sup>104</sup>

Hakija on vuoden 1825 maa- ja veronkantokirjaan tunturilappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen. Saamelaiskäräjät myöntää, että kyseinen maakirjassa ollut henkilö on epäilemättä ollut saamelainen. Vuonna 1951 syntyneen hakijan ja vuonna 1763 syntyneen henkilön välissä on kuitenkin enemmän kuin neljä sukupolvea. Saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdassa ei mainita sitä, milloin henkilön esivanhempien on viimeksi ollut oltava merkittyinä lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettuihin rekistereihin, jotta saamelaisuuden edellytys täytyisi. Saamelaiskäräjät muis-

101 KHO 20.9.2007 T 2340.

102 KHO 26.9.2011 T 2710.

103 s. 2.

104 s. 2-3.

tuttaa, että KHO:n ratkaisun 1999:55 mukaan ajankohtaa ei voida ulottaa kuinka kauaksi ta-  
hansa eikä ainakaan pidemmälle kuin saamelaismäärittelyn pääperusteena oleva kieliperuste  
ulottuu. Saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan mukaan saamelaisella tarkoitetaan henkilöä, joka  
pitää itseään saamelaisena, edellyttäen, että hän itse tai ainakin yksi hänen vanhemmistaan  
tai isovanhemmistaan on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Tästä saamelais-  
määrittelyn pääperusteesta voidaan saamelaisuus ulottaa, lain 3 §:n 3 kohta huomioon ottaen,  
neljänteen sukupolveen. Saamelaiskäräjät olettaa että KHO ottaa tämän huomioon ratkaisus-  
saan, koska sen jälkeen ei ole uudempakaan ratkaisua tullut.<sup>105</sup>

Valittajan mukaan kieliperuste keskeisenä hylkäämisperusteena on liian yksipuolisena kes-  
tämätön. Hän tuo esille, että viime aikoina saamelaisuuteen on Suomessa yhä voimakkaam-  
min liitetty alkuperäiskansastatusta. Osa saamelaisalueen saamelaisista ei mitenkään täytä  
kansainvälisesti hyväksytyjä alueen alkuperäiskansan edellytyksiä. Juuri tämän vuoksi osa  
saamelaismäärittelyn ulkopuolelle nyt jätettyä, ikiajat aluettaan asuttanutta alueensa alkupe-  
räiskansaa lappalaisia, vastustaa keinotekoisista ja kansansa historiaan perustumatonta ratkai-  
sua.<sup>106</sup>

Valittaja tuo esille eri tutkimusraporteissa mainitut 1600–1700-luvun saamelaiset. Hänen mu-  
kaansa monissa niistä jätetään kertomatta, että monilta osin kyseessä on juuri se lapinkylien  
väestö, joka sittemmin perusti veromaalleen uudistiloja turvatakseen oikeusasemansa. Sa-  
malla jätetään kertomatta, että kirkon ja virkamiesten painostuksesta niiden vaikutuspiirissä,  
”rintamailla” asuneella väestöllä vaihtui saamen kieli suomen kieleksi 1800-luvun aikana. Ky-  
seisen alueen lappalaisten saamen kielen menettäminen ei ole koskaan ollut heistä itsestään  
kiinni. Useimmilla kieli ei ole myöskään täysin unohtunut. Kielitaito on vain heikko. Valittaja  
myös toteaa, ettei lapinsukuisten uudistilojen perustajien lappalaisuus ole kadonnut uudisti-  
lojen perustamisen myötä. Hän niin ikään toteaa, että nykyään on runsaasti julkaistua tutki-  
mustietoa lappalaisten ja saamelaisten historiasta. Saamelaismäärittelyn ulkopuolelle jätet-  
tyjen lappalaisten ja alueella asuvien saamelaisten elämäntavat ja kulttuuriarvot eivät poikkea  
toisistaan. Vahvasti luonnonkäyttöön edelleen pohjautuvia elinkeinoja harjoitetaan rinnakkain.  
Hämmennystä ja epä tietoisuutta aiheuttaa vain nykytiedon valossa perusteettomaksi koettu  
saamelaisuuden takarajaksi asetettu vuosiluku 1875. Asetettu vuosiluku sulkee pois suuren  
osan saamelaisista, sekä mahdollisuuden tarkastella varhaisempaa historiaa ja siihen liittyvää  
saamelais- ja sukuhistoriaa yhtäjaksoisen polveutumisen perusteella. Asia on oikaistava joko  
niin, että KHO muuttaa saamelaismäärittelmää tekemällä uuden ratkaisun tulkinnanvaraisista  
tilanteista tai niin, että saamelaiskäräjistä annettua lakia muutetaan.<sup>107</sup>

Valittaja toteaa, että lappalaisuus on parin viimeksi kuluneen vuosikymmenen aikana käsittee-  
nä ja nimikkeenä vaihtunut saamelaisuudeksi. Lukuisat nykysaamelaiset ovat lappalaisten jäl-  
keläisiä. Rajanveto vuoteen 1875 on tarpeeton ja syrjintää aiheuttava. Saamelaisiksi on hyväk-  
syttävä Suomessa henkilöt, jotka todistettavasti maa-, kanto-, vero-, käräjä- ja kirkonkirjojen  
perusteella polveutuvat lappalaisista. Valittaja toteaa olevansa yksi lappalaisista ja sen vuoksi  
vaatii saamelaisuutensa ja alkuperäiskansaan kuulumisensa hyväksymistä.<sup>108</sup>

Valittajan argumentit vakuuttavat tällä kertaa korkeimman hallinto-oikeuden, joka alkaa ra-  
kentaa omaa argumentaatiotaan eri pohjalle kuin vuonna 1999. Tapauksessa on siis merkille  
pantavaa se, että kysymyksessä on saman henkilön valitus kuin minkä KHO oli jo kertaalleen  
vuonna 1999 hylännyt (KHO 27.9.1999 T 3834<sup>109</sup>) sekä 3 §:n 1 että 2 kohdan perusteella.  
Ongelmallisena näyttäytyy se, ottaen huomioon että kyseessä on samaa henkilöä koskeva  
päätös, kuinka olennaisesti KHO on muuttanut tulkintaansa sekä kieliperusteen että ns. lap-  
palaispykälän soveltamisen suhteen. Kieliperusteen osalta KHO totesi vuonna 1999, että

105 s. 3.

106 s. 4.

107 s. 4–5.

108 s. 6.

109 KHO 27.9.1999 T 3834.

asiakirjoissa olevan yksityisen henkilön antaman todistuksen mukaan hakijan äidinisä on ollut saamenkielen taitoinen. Tätä selvitystä ei voida kuitenkaan KHO:n mukaan pitää saamelaiskäräjälain 23 §:n 2 momentin ja Saamelaiskäräjien vaaliohjesäännön 6 §:n 2 momentin mukaisena yksilöitynä tietona siitä, että henkilö on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Tämän vuoksi valittajan ei voitu katsoa olevan saamelainen saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 3 kohtien perusteella.<sup>110</sup> Sen sijaan samaa henkilöä koskevassa vuoden 2011 ratkaisussa KHO toteaa, että saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan mukaista perustetta, jossa edellytetään saamen kielen oppimista ensimmäisenä kielenä, on eräissä tapauksissa esimerkiksi isovanhempien osalta vaikea luotettavasti selvittää ja näyttää toteen. Saamelaiskäräjien vaaleissa noudatettavasta menettelystä annetun oikeusministeriön asetuksen 2 §:n 1 momentin 1 kohta ja asian luonne huomioon ottaen asiasta ei voida edellyttää esitettävän viranomais selvitystä. Edellä mainituilla perusteilla saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ää on tulkittava perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti kokonaisuutena tilanteissa, joissa itseidentifikaation perustaksi ei voida esittää aukotonta selvitystä pykälän 1 kohdassa tarkoitettua kieliperusteesta. Tulkinna lähtökohtana on sen arvioiminen, pitääkö henkilö itseään saamelaisena ja onko tälle samais- tumiselle objektiivisia perusteita. Pykälän 1 kohdan kieliperusteiden tueksi esitetyn selvityksen uskottavuus on arvioitava tapauskohtaisesti ottaen muun ohella huomioon hallintolain 31 §:n säännös asian selvittämisestä ja Saamelaiskäräjien vaaleissa noudatettavasta menettelystä annetun oikeusministeriön asetuksen 2 §:n 1 momentin 1 kohta. KHO toteaa, että asiassa ei ole käynyt ilmi seikkoja, joiden vuoksi olisi katsottava, että valittajan esittämä yksityishenkilön antama todistus valittajan isoisän saamen kielen taidosta ei vastaisi tosiasioita. Riippumatta siitä, olisiko esitetty selvitys riittävä osoittamaan henkilön olevan saamelainen suoraan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan perusteella, on häntä asiaa kokonaisuutena arvioitaessa pidettävä lain 3 §:n sisältämän määritelmän mukaisena saamelaisena.<sup>111</sup>

KHO siis tekee johtopäätöksen, että samanlainen asiakirja, joka ei vuonna 1999 riittänyt todistamaan isovanhemman saamenkielisyttä, on vuonna 2011 täysin pätevä – ainakin kun otetaan huomioon myös yksilön identifioituminen saamelaisuuteen. Perustelu on erikoinen, kun otetaan huomioon, että myös 1999 valituksessaan valittaja on identifioitunut saamelaiseksi – kuinka muuten hän olisi voinut ylittää valituksen rakentaa. Onhan saamelaiseksi identifioituminen saamelaiskäräjälain subjektiivinen kriteeri, jonka on joka tapauksessa täytyttävä. Tässä kyseisessä tapauksessa valittaja tosin sanoo olevansa lappalainen, millä hän kuitenkin ilmeisesti tarkoittaa myös saamelaista.

Ns. lappalaispykälän osalta vuoden 1999 samaa henkilöä koskevassa ratkaisussa KHO painottaa, että perustuslakivaliokunnan mietinnössä olleella huomautuksella siitä, että asetuksella ei voida säätää vuotta 1875 lakiehdotuksen 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettujen luetteloiden perusvuodeksi, ei KHO:n käsityksen mukaan puututtu lain 1 §:ssä ilmaistuun lain tarkoitukseen. KHO toteaa, ettei 3 §:n 2 kohdalle voida myöskään antaa lain tarkoituksesta ja lain muista säännöksistä riippumatonta merkitystä viitaten kieliperusteeseen ja siihen, että äidinkielen merkitys ilmenee saamelaiskäräjälain 1 §:ssä käytetyssä sanamuodossa.<sup>112</sup> KHO:n mukaan saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdassa mainitut saamelaismäärittelyn perusteena käytettävät asiakirjat antavat näytön siitä, mistä maankäyttömuodosta henkilöä verotettiin, mutta ei selvitystä siihen, oliko henkilö kieleltään ja kulttuuriperinnöltään saamelainen vai suomalainen. KHO niin ikään toteaa, että verotuksellista, elinkeinon perustuvaa taloudellista sidettä saamelaisuuteen ei voida pitää niin tärkeänä kuin kielellistä sidettä.<sup>113</sup> KHO:n käsityksen mukaan ajankohtaa ei voida ulottaa kuinka kauaksi tahansa eikä ainakaan pidemmälle kuin saamelaismäärittelyn pääperusteena oleva kieliperuste ulottuu. Muutoin hallitusmuodon edellä mainituissa säännöksissä ja saamelaiskäräjälain 1 §:ssä tarkoitettu saamelaisille alkuperäiskansana

110 s. 12.

111 s. 15–16.

112 s. 9.

113 s. 10.

turvattava omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinnon toteutuminen saattaisi vaarantua.<sup>114</sup>

Niin ikään vuoden 1999 samaa henkilöä koskevassa valituksessa KHO painottaa, että alkuperäiskansan määrittämisessä on merkitystä annettava myös alkuperäiskansan omalle käsitykselle siitä, keitä ryhmään kuuluu, toisin sanoen millaiset edellytykset henkilön tulee täyttää jäseneksi hyväksymiselle tai tunnustamiselle. Muutoin asiassa voitaisiin nähdä pyrkimystä sulauttaa alkuperäiskansa pääväestöön. Saamelaiskäräjälain 1 §:n mukaan kysymyksessä on saamelaisten kulttuuri-itsehallinto. Perustuslakivaliokunta ei edellä selostetulla huomautuksellaan siitä, että asetuksella ei ilman laissa olevaa valtuutusta voida säätää vuotta 1875 lain 3 §:n 2 kohdan perusvuodeksi, jolloin säännöksen tulkinta jäi tältä osin avoimeksi, ole korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan voinut olettaa säännöksen tulkinnanvaraiseksi jäämisen voivan olennaisesti lisätä saamelaiskäsitteen piiriin kuuluvien määrää.<sup>115</sup>

Sen sijaan samaa henkilöä koskevassa vuoden 2011 ratkaisussa KHO lähtee siitä, ettei saamelaiskäräjälaki sisällä sellaista rajoitusta, että vain vuoden 1875 tai sitä uudemmat luettelot voitaisiin ottaa huomioon polveutumista saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdan mukaisesti tarkasteltaessa. Lakia ei perustuslakivaliokunnan kanta huomioon ottaen myöskään voi tulkita niin, että kaikissa tapauksissa vuotta 1875 vanhemmat luettelomerkinnät olisivat vailla merkitystä tulkittaessa saamelaisen määritelmää ja siten oikeutta äänestää saamelaiskäräjävaaleissa.<sup>116</sup>

KHO:n mukaan pykälän 2 kohdassa säädettyä saamelaisuuden perustetta ei kuitenkaan ole tarkoitettu sovellettavan niin, että hyvin varhaisen esivanhemman merkitseminen mainitussa lainkohdassa tarkoitettuihin luetteloihin automaattisesti johtaisi siihen, että saamelaisiksi olisi katsottava kaikki tällaisen esivanhemman jälkeläiset, jotka ilmoittaisivat pitävänsä itseään saamelaisena. Aina 1500-luvulta peräisin oleviin viranomaisluetteloihin merkittyjen henkilöiden jälkeläisten määrä voisi nousta varsin suureksi ja tosiasiallinen kielellinen ja kulttuurinen yhteys saamelaisiin alkuperäiskansana jäädä hyvin ohueksi. Asiaa arvioitaessa on pidettävä mielessä perustuslaista ilmenevä ja saamelaiskäräjistä annetun lain 1 §:ssä säädetty tavoite suojata saamelaisten kielellistä ja kulttuurista itsehallintoa. Tällä turvataan saamelaisten asemaa sulautumiselta valtaväestöön. Samalla on kuitenkin varmistettava, että kaikki ne saamelaisiksi itsensä kokevat, joiden itseidentifikaatiolle on riittävä, objektiivinen peruste, voivat nauttia tästä oikeudesta osana alkuperäiskansaa.<sup>117</sup> KHO:n mukaan itsensä ryhmään samaistavan yksilön oikeuksien rajoittamiselle tulee olla objektiivinen ja kohtuullinen oikeutus, ja rajoituksen tulee olla tarpeellinen koko vähemmistöryhmän hyvinvoinnin ja elinkyvyn kannalta. Vaatimus on omiaan suojaamaan saamelaisväestöä sulauttamiselta pääväestöön ja näin edistämään perustuslain 17 §:ssä sekä edellä kuvatuissa kansainvälisissä asiakirjoissa ilmaistuja tavoitteita alkuperäiskansojen kielellisistä ja kulttuurisista oikeuksista.<sup>118</sup>

KHO:n yllä mainittu perustelu on ongelmallinen. Jos kerran lähtökohtaisesti voidaan ottaa huomioon vanhemmatkin viranomaisluettelot kuin ne, jotka menevät neljänteen sukupolveen, mutta ei kuitenkaan automaattisesti saamelaiseksi tule katsoa kaikkia tällaisten esivanhempien jälkeläisiä, jotka pitävät itseään saamelaisina, vaan ne joiden itseidentifikaatiolle on riittävä, objektiivinen peruste, voidaan kysyä mikä tällöin on tämä objektiivinen peruste. Objektiivinen perustehan on nimenomaan saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 momentin 1, 2 tai 3 kohta, jonka lisäksi subjektiivinen peruste on henkilön itseidentifikaatio. Vielä ongelmallisemmaksi tämän perustelun tekee se, ettei KHO kuitenkaan mitenkään tutki tai pohdi henkilön itseidentifikaation aitoutta, vaan ottaa sen täysin annettuna. Miten toisaalta KHO pystyisikään tällaista asiaa tutkimaan ja määrittelemään? Eihän sillä ole saamelaiskulttuurin tuntemusta eikä siitäkään syystä ky-

114 s.11.

115 s.10.

116 s. 14.

117 s.14–15.

118 s. 13.

kyä arvioida henkilön saamelaisuutta itseidentifikaation näkökulmasta. Luonnollisesti jokainen valittaja kuvailee olevansa saamelainen ja esittää parhaita mahdollisia argumentteja. Eihän ilman itseidentifikaation ilmaisemista valitus voi ylipäätään menestyä. Ja onko henkilöstä, jota Saamelaiskäräjät ja KHO eivät vuonna 1999 ole katsoneet saamelaiseksi, tullut saamelainen kymmenen vuotta myöhemmin? Kuten myöhemmin tuodaan esille, joissakin tapauksissa KHO ei tule vakuuttuneeksi henkilön itseidentifikaatiosta kun taas toisissa hyvin samankaltaisissa tapauksissa KHO arvioi henkilön saamelaiseksi. Näitä esimerkkejä tuodaan erityisesti esille vuoden 2015 päätösten yhteydessä. Viranomaisrekisterien vuosiluvuilla ei myöskään näytä olevan tässä ”kokonaisharkinnassa” suoraa merkitystä vaikka KHO toteaaakin, että mitä vanhempi rekisteri on kysymyksessä, sitä vahvemmin on pystyttävä todistamaan itseidentifikaatio. Nämä seikat käyvät ilmi seuraavassa kappaleessa.

Tässä kyseisessä tapauksessa KHO siis päättää, että vaikka valittajan saamelaisuuteen liittyvän itseidentifikaation aitoutta ei ole syytä asettaa kyseenalaiseksi, ei hänen pelkästään vuoden 1825 maa- ja veronkantokirjaan tehdyn merkinnän perusteella voida katsoa olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu saamelainen. Mutta kuten aiemmin todettiin, KHO päätyi tulkitsemaan kieliperusteeseen liittyvää todistetta todeten että ”asiassa ei ole käynyt ilmi seikkoja, joiden vuoksi olisi katsottava, että valittajan esittämä todistus hänen isoisän saamen kielen taidosta ei vastaisi tosiasioita. Riippumatta siitä, olisiko esitetty selvitys riittävä osoittamaan [valittajan] olevan saamelainen suoraan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan perusteella, on häntä asiaa kokonaisuutena arvioitaessa pidettävä lain 3 §:n sisältämän määritelmän mukaisena saamelaisena.” KHO siis toteaa, että valittajaa ei ole pidettävä pelkästään esi-isänsä vuoden 1825 maa- ja veronkantokirjaan tehdyn merkinnän mukaan saamelaisena. Sen jälkeen KHO toteaa, että riippumatta siitäkään, olisiko kielitodistus riittävä selvitys osoittamaan valittajan saamelaisuuden saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan mukaan, häntä kuitenkin kokonaisuutena arvioiden on pidettävä saamelaisena. Perustelu on ongelmallinen saamelaiskäräjälain kannalta, jonka mukaan nimenomaan ainakin yhden 3 §:n kriteereistä on täytyttävä. Mikäli 3 §:n 2 kohtaa tulkitaan sanamuodon, ei lain tarkoituksen mukaan, silloinhan nimenomaan pitäisi kaikki hakijat, jotka pystyvät osoittamaan olevan kyseisissä rekistereissä olevien henkilöiden jälkeläisiä, hyväksyä saamelaiseksi, mikä olisi kuitenkin vastoin lain tarkoitusta. Tämän kyseisen ja monien muiden vuonna 2011 ja sen jälkeisten tapauksien valossa KHO:n argumentaatiosta on pääteltävissä, että itse asiassa henkilön itseidentifikaatio riittää, mikäli hän on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty 3 §:n 2 kohdan tarkoittamiin rekistereihin, ja KHO itse tulee sitä kautta vakuuttuneeksi henkilön saamelaisuudesta. Yhdenkään lain objektiivisen kriteerin ei tarvitse täytyä siten, että henkilöä pelkästään tällä perusteella pidettäisiin saamelaisena, mutta niitä koskevalla valittajan argumentaatiolla on merkitystä sen kannalta, miten KHO arvioi henkilön saamelaisuutta. Seikat, jotka vaikuttavat KHO:n arvioon henkilön saamelaisuudesta ”kokonaisharkinnalla” eivät käy ilmi päätöksistä. Tässä kyseisessä tapauksessa kielikriteerille annettiin myös arvoa kokonaisharkinnassa, mutta kieliperustetta ei ole tarvittu kaikkiin hyväksytyihin tapauksiin, kuten myöhemmin tuodaan esille.

Keskeinen muutos tässä ja muissa vuoden 2011 ratkaisuisissa verrattuna aiempiin tapauksiin on kansainvälisten ihmisoikeussopimusten vahvempi esiin tuominen. Tapauksessa esitellään YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus<sup>119</sup>, YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva yleissopimus,<sup>120</sup> Euroopan ihmisoikeussopimus sekä siihen liittyvä syrjinnän kieltämistä koskeva 12. lisäpöytäkirja<sup>121</sup> sekä ILO:n itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus 169.

Kuitenkin varsinaisesti vain YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevalla yleissopimuksella näyttäisi olevan suoraa merkitystä tapauksen punninnan kannalta. KHO tuo esille YK:n rotusyrjinnän poistamista käsittelevän komitean vuonna 1990 antaman yleisen suosi-

119 SopS 8/1976.

120 SopS 37/1970.

121 Lisäpöytäkirja tuli voimaan Suomen osalta 1.4.2005.

tuksen (General Recommendation No. 8), joka koskee samaistumista tiettyyn rodulliseen tai etniseen ryhmään. KHO:n mukaan ”käsiteltyään eri valtioiden yleissopimuksen nojalla antamia kertomuksia siitä, millä tavoin henkilöiden katsotaan kuuluvan tiettyyn rodulliseen tai etniseen ryhmään, komitea esitti mielipiteenään, että pääsääntöisesti ryhmään samaistumisen tulisi perustua kysymyksessä olevan henkilön itseidentifikaatioon.”<sup>122</sup> Tosiasiallisesti rotusyrjintäkomitea käyttää sanamuotoa ”identifioitumisen ryhmän jäseneksi tulee perustua hänen samaistumiseensa tähän ryhmään, ellei päinvastaista näyttö ilmene.”<sup>123</sup> Tätä asiaa on käsitelty myös edellisessä alkuperäiskansojen määrittelyä käsittelevässä kappaleessa. Myös Aarnio viittaa oikeusministeriön tilaamassa lausunnossa KHO:n tapauksen analyysissään alkuperäiskansojen oikeuksien tunnetun asiantuntijan Patrick Thornberryn kommenttiin siitä, että viimeksi mainittu rajaus ”ellei päinvastaista näyttöä ilmene” on tärkeä peruste torjuttaessa järjettömiä vaatimuksia päästä alkuperäiskansayhteisön jäseneksi, kun pyrkijänä on henkilö, jolla ei ole yhteyttä tähän yhteisöön ja jota yhteisö ei jäsenekseen hyväksy.<sup>124</sup> Kuten Aarnio toteaa, ”kun komitea on suositellut Suomelle, että se antaisi enemmän asiaankuuluvaa merkitystä kyseisten henkilöiden itseidentifikaatiolle ja kun KHO on perustellut ratkaisuaan tällä suosituksella ja komitean mainitulla yleisellä suosituksella n:o 8, on huomattava, että perusteluissaan KHO on referoinut yleistä suositusta puutteellisesti mainitsematta lainkaan mainittua itseidentifikaation rajausta todeten sen sijasta vain, että ’komitea esitti mielipiteenään, että *pääsääntöisesti (kursivointi tässä)* ryhmään samastumisen tulisi perustua kysymyksessä olevan henkilön itseidentifikaatioon’. Tämä johtaa pohtimaan sitä, mahtaako kysymyksessä oleva rajaus lainkaan olla ollut KHO:n pohdittavana sen tehdessään ratkaisujaan.”<sup>125</sup>

Kuten edellisessä kappaleessa on tuotu esille, rotusyrjintäkomitea, saatuaan tietoa siitä, että Suomessa on henkilöitä, jotka pitävät itseään saamelaisina ja jäävät vasten tahtoaan saamelaisrekisterin ulkopuolelle, on kehottanut Suomea laajentamaan saamelaismääritelmää tai sen tulkintaa. KHO viittaa edellisessä kappaleessa esitettyihin vuosien 2003 ja 2009 suosituksiin. Punnitessaan saamelaismääritelmää ja sen rajouksia saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 kohdan nojalla, KHO tuo samassa kappaleessa esille nämä suositukset todeten että ”YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen toimeenpanoa valvova YK:n rotusyrjinnän vastainen komitea on kiinnittänyt huomiota saamelaismääritelmään. Komitea on katsonut, että Suomessa tulisi saamelaisen määritelmää tulkita väljemmin antamalla itseidentifikaatiolle nykyistä suurempi painoarvo.”<sup>126</sup>

Rotusyrjintäkomitean kannanotoilla on eittämättä ollut vaikutus kokonaispunninnassa, ja KHO mainitsee rotusyrjintäkomitean painottaman ”itseidentifikaation” tapauksessa uudelleen kohdassa, jossa se arvioi 3 §:n 2 kohtaa, mutta KHO ei tuo loppupäätöksessään suoraan esille, että se nojautuisi näihin kannanottoihin. Ratkaisunsa se perustaa yksinomaan ”kokonaisharkintaan”, jossa saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 kohtia tarkastellaan valittajan esittämien seikkojen pohjalta hänen itseidentifikaationsa tueksi, ei erillisinä lainkohtina, joiden objektiivisesti tulee täytyä.

Merkille pantavaa on myös, ettei KHO harkinnassaan näytä laittavan painoarvoa Saamelaiskäräjien esittämälle arvioinnille ja perusteluille siitä, miksi kyseistä henkilöä ei ole hyväksytty Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Se perustaa ratkaisunsa yksinomaan valittajan esittämiin väitteisiin, jotka pitävät sisällään myös laajaa historiallista kuvausta asioiden tiloista, joiden oikeellisuuden varmistaminen edellyttäisi tarkkaa perehtymistä alueen historiaan. Hakemus vaikuttaa uskottavasti rakennetulta. Esimerkiksi Saamelaiskäräjille tapausarvioinnin tehneen Hyvärisen mielestä valitus sisältää kuitenkin lukuisia paikkaansa pitämättömiä historiallisia

122 s.11.

123 YK:n rotusyrjintäkomitea toteaa: ”having considered reports from States parties concerning information about the ways in which individuals are identified as being members of a particular racial or ethnic group or groups, is of the opinion that such identification shall, **if no justification exists to the contrary**, be based upon self-identification by the individual concerned.”; General Recommendation VIII. Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par 1 &4), 22.08.1990. (Korostus lisätty).

124 Kts. edellinen kappale alkuperäiskansojen määrittelystä.

125 Aarnio (2012), s. 27.

126 KHO 26.9.2011 T 2710, s.15.



väitteitä.<sup>127</sup> Hän analysoi väitteitä historiallisen tutkimuksen valossa.<sup>128</sup> Tässä tutkimuksessa ei oteta kantaa valittajan väitteiden todenperäisyyteen. KHO ei ole niitä kiistänyt. Hyvärinen tuo myös esille valittajan aktiivisuuden Saamelaiskäräjiä ja saamelaista itsehallintoa näkyvästi vastustavan Lappalaisyhteistyö- ja perinneyhdistyksen ja niihin liittyvien lapinkyläyhdistysten keulahahmona. Hänen toimintaansa esitellään Hyvärisen analyysissä nimellä, koska hän on itse tuonut tapauksensa julkisuuteen. Keskeisenä teemana näille yhdistyksille on ollut maaoikeuksien vaatiminen ja niiden toiminta liittyy läheisesti ILO sopimus 169:n ratifiointiin ja siihen toiveeseen, että sopimuksella ”palautettaisiin” historiallisia maaoikeuksia.<sup>129</sup> Valittaja on myös ollut mukana laatimassa, Saamelaispoliittista ohjelmaa mukaillen (1986), Lappalaispoliittisen ohjelman (2000), jossa lappalaiset julistautuvat alkuperäiskansaksi ja joka lähetettiin valtioneuvostolle tiedoksi 17.1.2000.<sup>130</sup> Mielenkiintoista ja pohdintaa herättävää on, että lappalaiseksi itseään kutsuvat ovat useissa yhteydessä nähneet itsensä omaksi, saamelaisista erilliseksi alkuperäiskansaksi, mutta kuitenkin pyrkineet Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Asiaa valotehtaan tarkemmin tämän tutkimuksen kappaleessa neljä.

Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on hakenut purkaa KHO:n kyseiselle päätökselle ensin 8.3.2013 (KHO 8.3.2013 T 857) ja uudelleen vuonna 2015 (KHO 13.1.2016 T 79).<sup>131</sup> Vaalilautakunta kritisoi, ettei KHO anna painoarvoa ryhmähyväksynnälle. Vaalilautakunnan purkuhakemuksen mukaan alkuperäiskansan itsemääräämisoikeuteen kuuluvaa oikeutta päättää ryhmänsä jäsenyydestä tai identiteetistä ei voida ulkoistaa alkuperäiskansan ulkopuoliselle elimelle kuten kansalliselle tuomioistuimelle. Asiantuntijaluonteensa vuoksi Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on saamelaisten alkuperäiskansan ryhmähyväksynnän arvioimisen suorittava elin. Sen mukaan Saamelaiskäräjien hallituksen ja korkeimman hallinto-oikeuden tehtävänä on ainoastaan tutkia vaaliluetteloon merkitsemistä koskeva asia mahdollisten menettelyvirheiden osalta.<sup>132</sup> Tässä yhteydessä voidaankin pohtia, onko vaalilautakunta ryhmähyväksynnän arvioimiseen ainut elin vaiko nimenomaan laajempi Saamelaiskäräjien hallitus tai kuten aikaisemmin käräjien kokous. Vaalilautakunnalla voidaan ainakin katsoa olevan juuri asian erityisosaamista ja paneutumista, kun taas käräjien hallitus joutuu käsittelemään monipuolisesti kaikenlaisia asioita. Kuten myöhemmin tuodaan esille, hallituksen esitys saamelaiskäräjälain muuttamiseksi (HE 167/2014 vp.) painottaa ryhmähyväksymisen laajentamista nimenomaan siten, että viimeinen päätösvalta asiassa annettaisiin jälleen Saamelaiskäräjien kokoukselle hallituksen sijaan. Ongelmallisena joka tapauksessa näyttäytyy, jos vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien hallitus tai kokous useinkin päätyvät eri ratkaisuihin.

Vaalilautakunta tuo esille, että saamelaiskäräjälain 3 § ei sisällä korkeimman hallinto-oikeuden soveltaman kokonaisarvioinnin mahdollisuutta. Saamelaisuuden edellytyksenä on itseidentifikaation lisäksi kolme vaihtoehtoista perustetta, joista vähintään yhden täytyy yksinään täysin ja yksiselitteisesti täytyä. Mahdollisuutta minkäänlaiseen yksittäisen saamelaiskäräjälaissa säädetyn edellytyksen korvaavaan kokonaisarviointiin ei asiassa ole.<sup>133</sup>

Vaalilautakunta toteaa, että mikäli hakemuksen kohteena olevan korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen ratkaisulinja säilyy tai entisestään vahvistuu, tämä murentaa käytännössä saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja on omiaan vaikuttamaan siten, että Saamelaiskäräjät menettää merkityksensä saamelaisten edustuksellisenä instituutiona, ja saamelaiset alkuperäiskansana ja vähemmistönä sulautetaan valtiovallan toimesta suomalaiseen pääväestöön.<sup>134</sup>

127 Hyvärinen, H., Lausunto saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksistä saamelaiskäräjien vuoden 2011 vaaleissa, 19/22.12.2011, löytyy osoitteesta <https://www.google.fi/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Heikki+Hyv%C3%A4rinen+Lausunto+saamelaisk%C3%A4r%C3%A4jien+vaalilautakunnalle+Korkeimman+hallinto-oikeuden+p%C3%A4%C3%A4t%C3%B6ksist%C3%A4+saamelaisk%C3%A4r%C3%A4jien+vuoden+2011+vaaleissa>.

128 Ibid., s. 3-8.

129 Ibid., s. 8-11.

130 Ibid., s. 9-10.

131 KHO 13.1.2016 T 79. KHO on 8.3.2013 tekemällään päätöksellä taltionumero 857 hylännyt Saamelaiskäräjien hallituksen hakemuksen purkaa korkeimman hallinto-oikeuden 26.9.2011 tekemä päätös taltionumero 2710.

132 s.2.

133 s.2.

134 s.2.

Päätöksestä ei käy ilmi, onko vaalilautakunta tuonut esille sen, että KHO hylkäsi saman henkilön hakemuksen jo kertaalleen vuonna 1999. KHO hylkää purkuhakemuksen, koska se ei katso kyseessä olevan hallintolain mukainen menettelyvirhe.<sup>135</sup>

KHO toteaa, että saamelaiskäräjälaki ei edellytä, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan kanta ryhmähyväksynnän ilmauksena olisi yksinään ratkaiseva, vaan asia on päätettävä lain 3 §:n mukaisia kriteerejä noudattaen. Kokonaisarvioinnilla on merkitystä tilanteissa, joissa henkilö lähtökohtaisesti täyttää ainoastaan lain 3 §:n 2 kohdan sanamuodon mukaisen edellytyksen, mutta lainkohdassa tarkoitettu merkintä on ajalta ennen vuotta 1875. Mitä vanhemmasta luettelomerkinästä on kysymys, sitä vahvempaa selvitystä edellytetään henkilön muista siteistä saamelaiskulttuuriin. KHO näkee asian siten, että kokonaisarviointia ei siten ole suoritettu tilanteessa, jossa henkilö ei ole täyttänyt ainuttakaan saamelaiskäräjälain 3 §:n 1–3 kohtaan sisältyvää perustetta.<sup>136</sup> Tosiasiallisestihan KHO joutuu pohtimaan kokonaisharkintaa aina, kun henkilö vetoaa vanhoihin maarekistereihin tai esittää jotain isovanhempiensa tai heidän vanhempiansa saamenkielestä.

KHO on vielä vuonna 1999 korostanut, että ryhmän näkemykselle on laitettava painoarvoa. Vuonna 2011 KHO edelleen toteaa, että saamelaiskäräjälain 3 §:ää on tulkittava saman lain 1 §:n tarkoituksen valossa huomioiden saamelaisten itsehallinto ja suojata sulautumiselta pääväestöön. Vuonna 2011 KHO kuitenkin korostaa että myös kaikkien yksilöiden, joilla on objektiivinen peruste tulla hyväksytyksi Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon, tulee sinne päästä. Tämä näkökulma on sinällään täysin oikeutettu. Tästä asiasta tulee lähtökohtaisesti myös vaalilautakunnan sekä Saamelaiskäräjien hallituksen pitää kiinni. KHO:n tehtävä olisi tällöin pikemminkin varmistaa, että näin tapahtuu. Vuodesta 2011 lähtien KHO on kuitenkin saanut määritellä saamelaisuuden Suomessa. Miten tuomioistuimien, jolla ei ole saamelaisuuden tai paikan tuntemusta voisi kuitenkaan onnistua tehtävässään, jos sen päätökset eivät nojautu yksiselitteiseen lain tulkintaan? Tulkinvarainen saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta sekä se, millaisia asiakirjoja hyväksytään kieliperusteen todistukseksi, muodostavat tilanteen, jossa KHO joutuu arvioimaan henkilön saamelaisuutta lähinnä sen varassa, kuinka hyvin tuomioistuimen mielestä valittaja pystyy argumentoimaan oman itseidentifikaationsa. Lisäksi KHO:lla on erittäin suuri määrä valituksia käsiteltävänä hyvin lyhyessä ajassa, mikä sekkin saattaa heijastua päätöksissä.

Esimerkinä edellä mainitusta problematiikasta voidaan ottaa tapaus vuodelta 2011, jossa valittaja ei tullut korostaneeksi kovinkaan monisanaisesti omaa saamelaisuuttaan ja tulikin hylätyksi KHO:n päätöksellä vaikka olisi voinut tulla hyväksytyksi saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella kokonaisharkinnalla.

Tapauksessa KHO 26.9.2011 T 2714<sup>137</sup> valittaja on vuoden 1763 rekisteriin lappalaisena merkityn henkilön jälkeläinen. KHO toteaa kuitenkin, ettei henkilön tällä perusteella voida katsoa olevan saamelaiskäräjälain 3 §:ssa tarkoitettu saamalainen. Kun asiassa ei ole esitetty muutaakaan selvitystä, joka osoittaisi valittajan täyttävän mainitussa pykälässä säädetyt edellytykset, on valitus hylättävä.<sup>138</sup>

Valitus on hyvin eri tyyppinen siten, ettei valittaja seikkaperäisesti perustele historiallisia oloja, kielen vastentahtoista menettämistä sekä voimakasta samaistumistaan saamelaisuuteen. Huomionarvoista tässä kyseisessä tapauksessa on, että henkilö tuli hylätyksi KHO:n taholta myös vuonna 1999,<sup>139</sup> mutta hyväksyttiin lopulta vuonna 2015.<sup>140</sup> Vuoden 2015 valituksen valittaja on muotoillut huolellisemmin ja korostanut enemmän saamelaisuuttaan ja sukujuuriaan.

135 s. 3.

136 s. 3.

137 KHO 26.9.2011 T 2714.

138 s. 11-12.

139 KHO 27.9.1999 T 3833.

140 KHO 30.9.2015 T 2671.

Päätöksen kannalta ratkaisevaa lienee kuitenkin se, että valittaja mainitsee isoisäkseen henkilön, jonka veljen tyttären ja tyttären pojan KHO on hyväksynyt vaaliluetteloön vuonna 2011.<sup>141</sup> KHO:n päätökseen ei ole vaikuttanut Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan selvitys siitä, että hakijan suku on hänen liitteenään toimittamien asiakirjojen mukaan jo vuosisatoja sitten kyseisellä suomenkielisellä alueella suomenkielistynyttä ja suomalaistunutta sukua, joka samasta nimestä huolimatta on eri suku kuin nykyäänkin saamelaisena ja saamenkielisenä jatkunut suku.<sup>142</sup>

KHO:n päätöksen perustelujen mukaan valittaja on tuonut esiin voimakkaan itseidentifikaation ja on valituksessaan *todennut*, (oma korostus) että hänen isänsä ja isänisänsä ensiksi opittu kieli on ollut saame. Tällä perusteella suoraan häntä ei kuitenkaan KHO:n käsityksen mukaisesti voida katsoa saamelaiseksi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan mukaan eikä myöskään saman lain 3 §:n 2 kohdan mukaan. KHO ottaa kuitenkin päätöksessään huomioon sen, että se on vuonna 2011 hyväksynyt saman isoisän veljen tyttären ja hänen poikansa. Heidät oli kuitenkin hyväksytty isoäitinsä eikä kyseisen isoisän saamelaisuutta koskevan arvion perusteella. KHO tuo niin ikään esille, että ”valittaja on lisäksi vedonnut virkatodistuksiin niin sanotusta saamelaisten perhekortistosta. Kirkkoherranviraston antaman virkatodistuksen mukaan valittajan isoisä muutti perheineen Kolarista vuonna 1890 Kittilään. Mainittuun kortistoon liittyvässä Enontekiön perherekisterissä vuodelta 1962 mainitaan vuonna 1840 syntynyt valittajan isoisä...”<sup>143</sup>

KHO päättää perustelunsa toteamalla, että ”kun otetaan huomioon valittajan valitukseen ja vastaselitykseen sisältynyt kuvaus ja edellä esitetty selvitys hänen isoisänsä saamelaiskulttuurin mukaisesta elämäntavasta ja polveutumisesta lappalaisesta esi-isästä, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>144</sup>

Itseidentifikaatiota kyseinen, muualla kuin lapissa asuva henkilö on vuoden 2015 valituksessaan korostanut sillä, että hänen isänsä on ollut poronhoitaja ja elämäntapa ”perinteinen saamelainen eli poronhoitoon liittyvä.” Valittajalla on edelleen perinnönjaossa lohkaistu metsäpalsata, jossa hän viettää kesäajan esi-isien kulttuuriperintöä vaalien.<sup>145</sup>

Tapaus osoittaa, että sama henkilö voi tulla ensin jopa kahdesti hylätyksi ja sen jälkeen hyväksytyksi KHO:n toimesta. Useissa tapauksissa henkilö on tullut hylätyksi kerran ja tämän jälkeen hyväksytty, vaikka hakemusten faktuaaliset perusteet eivät olennaisesti tai ollenkaan ole muuttuneet,<sup>146</sup> mutta henkilö on voinut perustella saamelaisuuttaan monisanaisemmin myöhemmissä valituksissa.

KHO hyväksyi vuonna 2011 myös kolme muuta henkilöä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloön kokonaisuutensa perusteella. Tapauksia ei käsitellä tässä yhteydessä edellisen vuosikirjapäätöksen laajuudessa.

Tapauksessa KHO 26.9.2011 T 2711<sup>147</sup> valittajan aineisto ja perustelut ovat lähes identtiset edellä kerrotun tapauksen kanssa. Myös KHO:n päätöksen perustelut ovat identtiset, keskeisenä erona se, että tapausta punnitaan pelkästään 3 §:n 2 kohdan perusteella eikä lainkaan kieliperusteella. Valittaja on vuoden 1825 maa- ja veronkantokirjaan merkityn henkilön, saman kuin edellisen tapauksen valittaja, jälkeläinen (joka on tiedetysti ollut saamelainen). KHO toteaa, että valittajaa ei pelkästään tällä perusteella voida katsoa olevan saamelaiskäräjälain

141 s. 4.

142 s. 2.

143 s. 18.

144 s. 18.

145 s. 4.

146 KHO 27.9.1999 T 3656 ei päässyt, mutta pääsi KHO 30.9.2015 T 2679; KHO 27.9.1999 T 3666 ei päässyt, mutta pääsi KHO 30.9.2015 T 2684; KHO 27.9.1999 T 2659 ei päässyt, mutta pääsi KHO 30.9.2015 T 2688; KHO 27.9.1999 T 3657 ei päässyt, mutta pääsi KHO 30.9.2015 T 2696; KHO 27.9.1999 T 3663 ei päässyt, mutta pääsi 30.9.2015 T 2757; KHO 27.9.1999 T 3671 ei päässyt, mutta pääsi KHO 30.9.2015 T 2758.

147 KHO 26.9.2011 T 2711.

3 §:n 2 kohdan tarkoittama saamelainen. ”Kun kuitenkin otetaan huomioon [valittajan] esittämä selvitys, jota ei ole kiistetty, hänen monessa suhteessa saamelaiskulttuurin mukaisesta elämäntavastaan sekä se, että valittajan saamelaisuuteen liittyvän samaistumisen aitoutta ei ole syytä epäillä, on hänen asiaa kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n sisältämän määritelmän mukainen saamelainen.”<sup>148</sup>

Tapauksessa siis riittää esivanhempi 1825 vuoden luettelosta sekä samaistuminen saamelaisuuteen sekä saamelaiseen elämäntapaan nojautuminen. Asiaan on kuitenkin varmasti keskeisesti vaikuttanut, että valittaja on tuonut esille, että Saamelaiskäräjien hallituksen päätös syntyi äänin 3-2 sen jälkeen kun vaalilautakunta on hylännyt hakemuksen. Näyttäytyhän kelle tahansa ulkopuoliselle arvioijalle merkittävänä, että osa Saamelaiskäräjien hallituksesta on pitänyt valittajaa saamelaisena ja puoltaa näkemystä, ettei ”ryhmähyväksyntä” ainakaan kokonaisuudessaan kiellä henkilön saamelaisuutta ja osa tunnistaa henkilön saamelaiseksi.

Tapaus KHO 26.9.2011 T 2712<sup>149</sup> on myös lähes identtinen edellisten hakemusten kanssa sekä valittajan perustelujen ja niitä tukevien historiallisten tapahtumien kuvauksen osalta. Valittaja ”samaistuu voimakkaasti saamelaisuuteen”. Lisäksi valittaja on vedonnut siihen, että hänen isänsä oli saamen kielen taitoinen, ja korostanut omaa saamelaista elämäntapaansa ja saamelaisia kulttuuriarvojaan. KHO toteaa, että valittajaa ei pelkästään vuoden 1825 maa- ja veronkantokirjaan tehdyn merkinnän perusteella (sama esi-isä kuin kahdella aiemmalla) voida katsoa olevan Saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu saamelainen. Myöskään valittajan esittämä tieto hänen isänsä saamen kielen taidosta, jota ei ole kiistetty ja jonka oikeellisuutta ei sinänsä ole aihetta epäillä, ei riitä osoittamaan, että yksi hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitettu tavoin. KHO päättää, että ”kun kuitenkin otetaan huomioon edellä mainitut seikat yhdessä ja se, että niiden valossa valittajan saamelaisuuteen liittyvän samaistumisen aitoutta ei ole syytä epäillä, on hänen asiaa kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n sisältämän määritelmän mukainen saamelainen.”<sup>150</sup> Myös tässä tapauksessa Saamelaiskäräjien hallituksen päätös oli syntynyt äänin 3-2 hakijan hylkäämiseksi.

Neljännessä hyväksytyssä tapauksessa KHO 26.9.2011 T 2713<sup>151</sup> valittaja on saman, vuoden 1763 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen kuin aiemmin kerrottu hylätyksi tullut tapaus. Hän on myös liittänyt valitukseensa sellaisen henkilön lausuman, joka kertoo asuneensa pienestä asti valittajan ja oman isoäidin luona. Hän kertoo voivansa todistaa, että isoäiti osasi saamen kieltä ja katsoo, että hänen ensimmäinen puhekielensä on varmasti ollut saame ottaen huomioon, että hänen vanhempansa olivat paimentolaisia. Valittaja on myös liittänyt valitukseensa vuodelta 1957 olevan lehtileikkeen, jossa todetaan että kyseinen isoäiti ”osaa vähän vielä lapin kieltäkin vaikka taito onkin pahasti unohtunut.”<sup>152</sup> Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ei pidä näyttöä luotettavana todistuksena siitä että saame olisi ollut hakijan isoäidin ensiksi opittu äidinkieli.

KHO katsoo, ettei valittajaa voida pitää saamelaisena sillä perusteella, että hänen esi-isänsä on merkitty vuoden 1763 maakirjassa lappalaisten joukkoon. Kun kuitenkin otetaan huomioon se, että isoäiti on asiassa esitetyn selvityksen perusteella viettänyt varhaisvuosinaan perheensä kanssa saamelaiskulttuuriin kuuluvaa paimentolaiselämää ja se, millaista selvitystä kauan sitten kuolleen henkilön kielitaidosta on näissä olosuhteissa saatavissa, KHO katsoo esitetyn selvityksen riittäväksi osoittamaan, että isoäiti on ensimmäisenä kielenään oppinut saamen kielen. Ottaen myös huomioon sen, että

148 s. 15.

149 KHO 26.9.2011 T 2712.

150 s. 16.

151 KHO 26.9.2011 T 2713.

152 s. 3.

valittajan saamelaisuuteen liittyvän samaistumisen aitoutta ei ole syytä epäillä, valittajaa on pidettävä saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitettuna saamelaisena.

Tässä tapauksessa KHO ei siis tukeutunut kokonaisharkintaan vaan katsoi näytön valittajan isoäidin saamenkielestä riittävän, jota selvästi tuki hänen paimentolainen elämäntapansa. KHO:lle kielitodisteeksi riitti lehtileike, jossa todetaan isoäidin osanneen vielä vähän lapin kieltä vaikka taito onkin jo pahasti unohtunut. Tätä lehtileikettä KHO pitää siis hallintolain ja oikeusministeriön asetuksen 2 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaisena ”luotettavana selvityksenä saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitetusta saamen kielen oppimisesta ensimmäisenä kielenä.

Ottamatta kantaa siihen, onko tulkinta isoäidin ensiksi opitusta kielestä mahdollisesti oikea, ratkaisu ainakin pohjautuu selkeästi saamelaiskäräjälain yhteen objektiiviseen kriteeriin ja on siten selkeämpi kuin kokonaisharkintatapaukset, joiden ongelma on myös se, että ne eivät lisää hakijankaan oikeusturvaa, kun samankaltaiset hakemukset voidaan ratkaista eri tavalla, kuten seuraavassa kappaleessa tuodaan ilmi, ja aiemmin hylättyjä hakemuksia hyväksytään myöhemminä vuosina vaikka ne eivät sisältäisikään uutta näyttöä.

### 2.3.1. Saamelaiskäräjien hallituksen epäselvät kymmenen päätöstä

KHO:n epäselvältä näyttävän kokonaisharkinnan kritisoinnin lisäksi on tässä yhteydessä epäjohtamuksesta kritisoitava myös Saamelaiskäräjien hallituksen itsensä 31.5.2011 tekemiä päätöksiä, jossa se hyväksyi kymmenen hakijaa, jotka olivat keskenään lähisukulaisia, saamelaiskäräjälain 3 §:n joko kaikkien kolmen kohdan perusteella<sup>153</sup> tai 2 ja 3 kohdan perusteella.<sup>154</sup> Ongelmalliselta näyttäytyy nimenomaan 3 §:n 2 kohdan perustelu, joka on kaikissa tapauksissa sama: ”Saamelaiskäräjälain saamelaismääritelmä ei ole enää ajanmukainen, se poissulkee vaaliluettelosta henkilöitä, jotka ovat saamelaisia, mutta ovat menettäneet kielen vahvan suomalaistamisen myötä.”<sup>155</sup> 3 §:n 2 kohdasta äänestettiin siten, että äänet menivät tasan ja kokouksen puheenjohtajan ääni ratkaisi.<sup>156</sup> Saamelaiskäräjien puheenjohtaja ei osallistunut äänestykseen.

Hakijat ovat maakirjaan vuonna 1739 lappalaiseksi merkityn saman henkilön jälkeläisiä. Vaalilautakunta on hylännyt hakemukset. Kieliperusteella 3 §:n 1 kohdan mukaan hakeneet ovat esittäneet kieliperusteen tueksi kaksi kirjallista todistusta, jotka koskevat hakijoiden saman isoäidin ensiksi oppimaa kieltä. Toisen kirjallisen todistuksen perusteella KHO oli jo hylännyt hakemuksia, jotka koskivat juuri saman isoäidin saamenkielisyyttä. Kyseisistä hakijoista KHO oli hylännyt vuonna 1999 kuusi. Tämän lisäksi KHO oli hylännyt kolmen hakijan isän sekä yhden hakijan veljen. Myös Saamelaiskäräjien hallitus katsoo, ettei tämä KHO:n hylkäämä todistus riitä kieliperusteen näytöksi. Toisen todistuksen luotettavuutta Saamelaiskäräjien hallitus perustelee sillä, että todistaja on ollut ks. isoäidin naapuri ja itse äidinkieleltään saamelainen. Todistajan mukaan hän puhui usein saamea ks. isoäidin kanssa. Toisaalta ks. isoäiti on todistajaa vanhempi eikä todistaja ole siten voinut tehdä omakohtaisia havaintoja siitä, mitä kieltä ks. isoäidille on opetettu ensimmäisenä kielenä. Saamelaiskäräjien hallituksen perusteluissa katsotaan kuitenkin, että pohjoissaamea äidinkielenään puhuva henkilö kykenee tunnistamaan, puhuuko toinen pohjoissaamea ensiksi oppimanaan kielenä.<sup>157</sup> Todistuksesta ei kuitenkaan käy ilmi, että isoäiti olisi osannut saamenkielen äidinkielenään, vaan se, että hän ”osasi saamenkielen.” Päätösten esittelijän ja eriävien mielipiteiden mukaan hakijaa ei voida merkitä vaaliluetteloon 3 §:n 2 kohdan perusteella pelkästään sen takia, että hän on maakirjaan vuonna 1739 lappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen, mikä oli ollut myös vaalilautakunnan näkemys. Kieliperusteella hyväksytyjen hakijoiden kohdalta em. katsoivat, ettei hakijaa voitaisi merkitä myöskään

<sup>153</sup> Seitsemän kymmenestä tapauksesta.

<sup>154</sup> Kolme kymmenestä tapauksesta.

<sup>155</sup> Saamelaiskäräjät, Pöytäkirja 7/2011, 31.5.2011. Sama asia tulee tosin esille myös saamelaiskäräjien vaalilautakunnan KHO:lle tekemässä purkuhakemuksessa KHO 30.9.2015 T 2507.

<sup>156</sup> KHO 30.9.2015 T 2507, s. 4.

<sup>157</sup> Ibid.

3 §:n 3 momentin perusteella, koska hänet on jo päätetty merkitä 3 §:n 1 kohdan perusteella, ja viimeksi mainittu lainkohta on tarkoitettu saamelaisuuden pääperusteeksi.<sup>158</sup>

Näitä Saamelaiskäräjien hallituksen kymmentä päätöstä on vaikea ymmärtää erityisesti 3 §:n 2 kohdan perustelujen osalta. Kaikkien muiden päätösten yhteydessähän nimenomaan painotetaan kielikriteeriä ensimmäisenä kriteerinä ja vuotta 1875 vanhempia luetteloita ei hyväksytä todistamaan lappalaisperusteista esivanhempaa. Tämä epäloogisuus ei avaudu Saamelaiskäräjien pöytäkirjojen perusteluissa. Syytä, miksi hakijat ylipäätään haluttiin nimenomaan hyväksyä myös saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, kun heistä kaikki hyväksyttiin myös joko 3 §:n 1 tai 3 kohdan perusteella, on vaikea ymmärtää. Tätä kriteeriä ei olisi tarvittu henkilöiden hyväksymiseksi vaaliluetteloon, koska heidät olisi voitu hyväksyä pelkästään kahden muun kohdan perusteella. Yhtä kaikki, 3 §:n 2 kohdan perustelut saattavat nämä päätökset kyseenalaiseen valoon. Jos kaikki muut hakijat, jotka nojautuvat vanhoihin rekistereihin nimenomaan hylätään, nämä päätökset näyttäytyvät yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisena sekä muita hakijoita kohtaan syrjivinä. Huomioitava on, että tämä epäjohdonmukaisuus aiheutui nimenomaan Saamelaiskäräjien hallituksen, ei vaalilautakunnan päätöksissä. Syyn, miksi puolet Saamelaiskäräjien hallituksesta halusi kyseiset henkilöt vaaliluetteloon myös 3 §:n 2 kohdan perusteella, tietävät varmaksi kenties vain päätöksenteossa mukana olleet henkilöt. Ulospäin kyseiset päätökset näyttäytyvät epäjohdonmukaisina sekä yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjimättömyysperiaatteen vastaisina. Tämä nimenomaan sen takia, ettei ketään muita ole hyväksytty kyseisen kohdan perusteella, mikäli kyseessä on vuotta 1875 vanhemmat luettelot. Vaikka tämän tutkimuksen tutkijoiden tiedossa ei ole muita tapauksia, joissa hakijoita olisi hyväksytty 3 §:n 2 kohdan perusteella vanhoihin luetteloihin nojautuen (eikä tutkijoiden tiedossa ole ainakaan, että tällaisesta ole esitetty näyttöä muussakaan suomalaisessa asiaa koskevassa kirjallisuudessa), tapaus, jääköönkin yhdessä kokouksessa tehdyksi yksittäistapaukseksi, on omiaan lisäämään yleistä epäluottamusta Saamelaiskäräjien valintakriteereiden tasapuolisuuteen kaikkia hakijoita kohtaan. On varmasti Saamelaiskäräjienkin etu, että valintaprosessista tehdään läpinäkyvämpi ja että hakijat itse voivat ainakin vakuuttua siitä, että kaikkiin hakemuksiin sovelletaan samoja kriteereitä.

Yleisenä huomiona on myös syytä todeta, että vaalilautakunta suhtautuu lähtökohtaisesti muihin kuin virallisiin kielitodistuksiin hyvin pidättyväisesti, mikä käy ilmi myös lukuisista KHO:n tapauksista, joista useissa erityisesti vuoden 2015 tapauksissa KHO päättyy kokonaisharkinnan kautta hyväksymään epävirallisia kielitodistuksia riittäväksi artiklan 3 §:n 1 kohdan perusteeksi. Myös tässä asiassa vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien hallituksen näkemykset saattavat poiketa toisistaan, mikä sekin on omiaan herättämään epämääräisyyden leimaa ja on hakijoiden oikeusturvan kannalta ongelmallisia. Henkilön saamelaisuutta, jonka pitää pohjautua saamelaiskäräjälain 3 §:ään, arvioidaan kolmen (aiemmin myös Saamelaiskäräjien kokouksen) eri instanssin taholta. Voidaankin pohtia, olisiko järjestelmää syytä muuttaa siten, että olisi olemassa lähtökohtaisesti yksi elin (jonka pitäisi olla riittävän kattava), joka tekisi arvion saamelaisuudesta jokaista hakijaa kohtaan samoin ja läpinäkyvin perustein, ja tämän elimen päätöksiä valvottaisiin juuri kriteerien yhdenmukaisen soveltamisen näkökulmasta, eikä itse kriteerien tulkinnan näkökulmasta. Elimien tulisi pohjautua saamelaisten itsehallinto-oikeuteen, ja sen tulisi olla lähtökohtaisesti niin kattava, että se varmasti edustaisi kaikkia olemassa olevia Saamelaiskäräjien saamelaisiksi hyväksytyjä yhteisöjä.

Vaikka tapaus selkeästi loukkaakin yhdenvertaisuusperiaatetta ja sitä voidaan pitää muita hakijoita kohtaan syrjivänä, huomionarvoista on kuitenkin se, että Saamelaiskäräjien uusi hallitus on hakenut kaikille 10 päätökselle purkua KHO:sta vuonna 2015 (KHO 30.9.2015 T 2507).<sup>159</sup> Purkuperusteina Saamelaiskäräjien hallituksen mukaan tulevat kysymykseen menettelyvirhe, väärä lain soveltaminen, erehdys ja asiassa saatu uusi selvitys.<sup>160</sup> Kysymyksessä oli kuitenkin

<sup>158</sup> Saamelaiskäräjät, Pöytäkirja 7/2011, 31.5.2011, Kokouksen asiat 5.1 §- 5.7 §.

<sup>159</sup> KHO 30.9.2015 T 2507.

<sup>160</sup> s. 5.

nimenomaan se, että Saamelaiskäräjien hallitus hyväksyi kymmenen henkilöä perusteella (3 §:n 2 kohta), jolla se nimenomaisesti muut hakijat hylkää. Huomioon tulee kuitenkin ottaa, että kun yleensä vaalilautakunta hakee purkuja Saamelaiskäräjien hallituksen tai kokouksen päätöksille, tässä tapauksessa nimenomaan Saamelaiskäräjien uusi hallitus on hakenut purkuja, mikä osoittaa, että asiassa tapahtunut virhearvio tai epäjohtonmukaisuus halutaan korjata.

Kieliperusteen osalta purkuperusteessa mainitaan, että yksityishenkilön antamille todistuksille on yleisesti ottaen ollut tyypillistä, etteivät ne välttämättä sisällöltään ja/tai muodoltaan sisällä sellaista ilmaisua, jonka perusteella voitaisiin ilman toisenlaisen tulkinnan mahdollisuutta todeta todistajan tehneen sellaisia havaintoja, joiden perusteella voitaisiin luotettavasti tehdä johtopäätöksiä todistelun kohteena olevan henkilön ensiksi opitusta kielestä. Koska todistukset koskevat poikkeuksetta ajallisesti kaukaisia olosuhteita, on niiden hyväksyttävyyden arvioinnille asetettu Saamelaiskäräjien nykyisen hallituksen ratkaisukäytännössä korkeat vaatimukset. Muu menettely mahdollistaisi laajamittaiset väärinkäytökset Saamelaiskäräjien vaaliluetteloön hakeutumisessa, jos todistuksia ovat hankkineet vilpillisessä mielessä olevat henkilöt.<sup>161</sup>

Edelleen purkuhakemuksen perustelujen mukaan väestökirjanpidossa olevan merkinnän mukaan ks. kaikkia hakemuksia koskevan saman isoäidin ensiksi opittu kieli oli suomi. Virkatodistuksessa oleva merkintä nauttii julkista luotettavuutta. Kirkon väestökirjanpidon äidinkieli-merkintöihin liittyy puutteellisuksia, jotka heikentävät niiden luotettavuutta yleisesti, mutta kirkollisten viranomaisten antamat virkatodistukset ovat silti näyttöarvoltaan vahvempia kuin yksityishenkilöiden antamat epäviralliset todistukset. Väestörekisterimerkintä tukee myös Saamelaiskäräjien hallituksen paikallistuntemukseen pohjautuvaa käsitystä siitä, että ks. isoäidin ensiksi opittu kieli ei ole ollut saamen kieli, vaan että hän oli oppinut jonkin verran, todennäköisesti auttavan tasoisesti saamen kieltä kanssakäymisessään saamelaisten ja saamenkielisten naapureidensa kanssa.<sup>162</sup>

Saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan osalta Saamelaiskäräjien perusteluissa todetaan, että Saamelaiskäräjien hallituksen purettavaksi vaadittuja päätöksiä tehtäessä on tapahtunut menettelyvirhe, joka on voinut vaikuttaa olennaisesti päätökseen saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan täyttymistä koskevan selvityksen osalta. Todistus ks. isoäidin kielitaidosta ei ole riittävän luotettava saamelaiskäräjälain 3 §:n vaatimusten kannalta. Asiassa ei ole ollut ratkaisua tehtäessä käytettävissä virallisia tai vastaavia todistuksia. Mikä tahansa kirjallinen selvitys ei riitä kyseiseksi selvitykseksi.<sup>163</sup>

Saamelaiskäräjien hallituksen purkuhakemuksen mukaan purettavaksi vaadittujen päätösten sisältämän lain virheellisen soveltamisen takia suuri joukko hakijoita, joita ei aikaisemmin ole hyväksytty vaaliluetteloön ja joiden aikaisemmat hakemukset ovat tulleet hylätyiksi myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa, on esittänyt vuoden 2015 vaaliluetteloön hakeutumisen yhteydessä yksityishenkilön antaman todistuksen vanhemman tai isovanhemman saamen kielen oppimisesta pitäen sitä riittävänä selvityksenä saamen kielen oppimisesta ensimmäisenä kielenä. Kun oikeusvarmuuden ja oikeuskäytännön yhtenäisyyden vaatimukset otetaan huomioon, Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien hallitus saattaisivat jatkossa vastaavissa tilanteissa joutua hyväksymään yksityishenkilön antamat kuvatonlaiset todistukset riittäväksi selvitykseksi. Tällä käytännöllä mahdollistettaisiin helposti toteutettavat laajamittaiset väärinkäytökset silloin, kun todistuksen hankkijat ja todistajat ovat vilpillisessä mielessä.<sup>164</sup>

Saamelaiskäräjien hallituksen perustelujen mukaan hakijoiden hyväksyminen vaaliluetteloön saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella pelkästään esi-isän elinkeinonharjoittamista koskevan vuoden 1739 maakirjamerkinnän takia (lappalaisperuste) on saamelaisten kollektiiv-

---

161 Ibid.

162 s. 6.

163 s. 7.

164 Ibid.

visten perusoikeuksien vastaista, koska se mahdollistaa pääsyn Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon suurelle joukolle ei-saamelaisia. Kun otetaan huomioon, että lappalaisia on merkitty kruunun toimesta maakirjoihin aina vuodesta 1553 lähtien, laaja osa Suomen väestöä voi löytää esi-isensä joukosta lappalaiseksi maakirjaan merkityn henkilön. Perusteluissa tuodaan esille, että aiempi Saamelaiskäräjien hallitus ei vuonna 2011 ole ottanut huomioon saamelaiskäräjälain 3 §:n tulkinnassa perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti perustuslain 17 §:n 3 momenttia ja saamelaiskäräjälain 1 §:ää, joita olisi tullut tulkita yhdessä ottamalla samalla huomioon Suomen kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet (HE 309/1993 vp). Niin ikään perustelujen mukaan aiempi Saamelaiskäräjien hallitus on sivuuttanut ratkaisussaan alkuperäiskansaoikeuden kollektiivisen luonteen. Aiemman Saamelaiskäräjien hallituksen päätökset eivät ole olleet kokonaisvaltaisesti perusoikeusmyönteisiä, koska ne loukkaavat saamelaisten kollektiivisia alkuperäiskansaoikeuksia. Julkinen etu eli saamelaisten kollektiivisiin oikeuksiin kuuluva perustuslain 121 §:n 4 momentissa vahvistettu saamelaisten kulttuuri-itsehallinto ja sen tarkoituksenmukaisuus vaatii aikaisemman oikeustilan palauttamista, koska Saamelaiskäräjien hallituksen vuonna 2011 tekemä tulkinta saamelaisen määrittelystä voi johtaa saamelaisten pakkosulautumiseen valtaväestöön. Perusteluissa todetaan myös, että Saamelaiskäräjien hallitus ei ole vuonna 2011 ottanut huomioon kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaa kansainvälistä yleissopimusta, YK:n ihmisoikeuskomitean soveltamiskäytäntöä eikä Kansainvälisen työjärjestön alkuperäiskansasopimusta. Kun Saamelaiskäräjät on alkuperäiskansaa edustava kollektiivinen elin, olisi johdonmukaista, että Saamelaiskäräjien uusille kannanotoille ja määrittelyille annettaisiin merkittävä painoarvo.<sup>165</sup>

Uuden Saamelaiskäräjien hallituksen edellä mainittuja perusteluja voidaan pitää sinällään oikeina sekä perustuslain että kansainvälisen oikeuden näkökulmasta. Edellinen hallitus vuonna 2011 on selkeästi toiminut näiden perusteiden vastaisesti ja päätöksiä voidaan kritisoida myös tästä näkökulmasta. KHO voi kuitenkin purkaa päätöksensä vain menettelyvirheen perusteella. KHO:n perustelujen mukaan hallintolainkäyttölain 63 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettu menettelyvirhe on kysymyksessä silloin, kun päätöksenteon muodollisten edellytysten täyttymisessä on ollut puutteellisuuksia, esimerkiksi kun asianosaisia ei ole kuultu, päätöksentekijä on ylittänyt toimivaltansa tai päätös on muutoin syntynyt virheellisessä järjestyksessä. Asiassa ei purkuhakemuksessa esitettyä eikä muullakaan perusteella ole KHO:n mukaan katsottava tapahtuneen mainitussa lainkohdassa tarkoitettua menettelyvirhettä.<sup>166</sup>

KHO jatkaa toteamalla, että hallintolainkäyttölain 63 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan päätös voidaan purkaa, jos asiaan on tullut sellaista uutta selvitystä, joka olisi olennaisesti voinut vaikuttaa päätökseen, eikä hakijasta johdu, että uutta selvitystä ei aikanaan ollut esitetty. Kirkon väestökirjanpidon äidinkieli-merkintöihin liittyy puutteellisuksia, jotka heikentävät niiden luotettavuutta yleisesti. Lisäksi kysymyksessä oleva uusi selvitys olisi ollut käytettävissä jo purkuhakemuksen kohteena olevia päätöksiä tehtäessä vuonna 2011. Näin ollen päätösten purulle asetetut edellytykset eivät täyty myöskään tältä osin. Päätöksiä ei ole syytä purkaa myöskään esitetyn uuden selvityksen perusteella.<sup>167</sup>

KHO päättää analyysinsä toteamalla, että saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä säädetään siitä, millä edellytyksillä henkilö katsotaan saamelaiseksi. Mainitun säännöksen 1–3 kohdassa säädetty edellytykset ovat keskenään vaihtoehtoisia. Kun purkuhakemus ei menesty edellä todetuilla säännöksen 1 kohtaan liittyvillä perusteilla, ei purkuhakemuksessa esitettyihin muihin seikkoihin, jotka liittyvät ennen muuta mainitun säännöksen 2 kohdan soveltamiseen ja tulkintaan taikka päätöksen purkamiselle hallintolainkäyttölain 63 §:n 2 momentissa asetettujen edellytysten arvioimiseen, ole tarpeen ottaa kantaa.<sup>168</sup>

---

165 s. 8.

166 s. 10.

167 s. 11.

168 Ibid.



Koska KHO ei ota kantaa Saamelaiskäräjien hallituksen 10 henkilön hyväksymiseen saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, purkuhakemuksesta tai vuoden 2015 valituksistaan ei selviä, onko KHO:n omaan linjan muutokseen kenties vaikuttanut kyseisiä päätöksiä koskevien Saamelaiskäräjien hallituksen perustelut, jossa Saamelaiskäräjien hallitus nimenomaisesti toteaa, ettei saamelaismääritelmä ole ajantasainen ja jättää ulkopuolelle saamelaisia. Tämä seikka tuodaan esille myös ainakin yhdessä 2015 vuoden valituksessa, jonka KHO kuitenkin hylkää ottamatta kantaa kyseiseen asiaan.<sup>169</sup> Hyvärinen laatiman vuoden 2011 tapausanalyysin pohjalta käy kuitenkin ilmi, että kyseiset 2011 vuoden Saamelaiskäräjien hallituksen päätökset, 3 §:n 2 kohdan perusteluineen, ovat päätyneet KHO:n käsiin. KHO oli pyytänyt Saamelaiskäräjiltä sinne valittaneiden henkilöiden osalta Saamelaiskäräjien hallituksen päätökset sekä hallituksen lausunnot valituksiin. Saamelaiskäräjiltä lähetettiin 19.7.2011 sähköpostilla KHO:een koko hallituksen kyseinen pöytäkirja, joka siis sisälsi paitsi viittä KHO:een valittanutta koskevat päätökset myös hallituksen päätökset äänioikeutetuksi hyväksytyistä.<sup>170</sup> Mikäli KHO on lukenut pöytäkirjat kokonaisuudessaan (mikä ei kaikeksi välttämättä ole asian laita, koska se pyysi informaatiota vain valittaneiden osalta), se on tullut tietoiseksi, että Saamelaiskäräjien hallitus on itse kritisoinut saamelaismääritelmää ja hyväksynyt sinne ihmisiä ns. lappalaispykälän eli 3 §:n 2 kohdan perusteella nojautuen vanhaan rekisteriin. Mikäli KHO on ollut tietoinen tästä, se on voinut vaikuttaa tuomioistuimen siirtymiseen ns. kokonaisharkintaan aiemman tulkintalinjan sijaan. Hyvärinen toteaa, että kohtalokkainta saamelaismääritelmän uudelle laajentuneelle tulkinnalle KHO:ssa lienee ollut Saamelaiskäräjien hallituksen oma saamelaismääritelmän tulkinta.<sup>171</sup> Tämä ei kuitenkaan käy ilmi KHO:n vuoden 2011 eikä 2015 päätöksistä.

#### 2.4. KHO:n 2015 vuoden linjattomuus

Vuonna 2015 KHO:een tuli yhteensä 182 valitusta liittyen Saamelaiskäräjien vaaliluettelon hakeutumiseen. KHO hyväksyi 30.9.2015 yhteensä 93 valittajaa merkittäväksi Saamelaiskäräjien vaaliluettelon.

KHO hyväksyi 53 valitusta kokonaisharkinnan perusteella.<sup>172</sup> Vain yhden valituksen KHO hyväksyi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella.<sup>173</sup> Lisäksi 39 henkilöä hyväksyttiin saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella, joista yhdeksän hyväksyttiin sillä perusteella, että hakijan vanhempi tai isovanhempi on hyväksytty Saamelaiskäräjien vaaliluettelon KHO:n päätöksellä vuonna 2011.<sup>174</sup> Vaalilautakunta oli vuonna 2015 hakenut purkuja<sup>175</sup> KHO:n vuoden 2011 tekemille hyväksymispäätöksille (jotka analysoitiin aiemmassa kappaleessa). Lisäksi 3 §:n 3 kohdan perusteella hyväksyttiin 29 valitusta, joista 14 oli saamelaiskäräjien hallituksen 4.9.2015 tekemän purkuhakemuksen kohteina olevien 10 henkilön jälkeläisiä (käsiteltiin edellisessä kappaleessa),<sup>176</sup> 14 valittajan isovanhemman vanhempaa koskevan kirkonkirjamerkinän (lappi äidinkieli) perusteella,<sup>177</sup> sekä yksi, joka ilmoitti hakeutuvansa vaaliluettelon vain 3 §:n 1 momentin 1 ja 2 kohdan perusteella, mutta joka siitä huolimatta KHO:n päätöksellä merkittiin vaaliluettelon 3 §:n 3 kohdan perusteella.<sup>178</sup> Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja hallitus ovat lähteneet siitä, että ne tutkivat asiaa vain sen pykälän perusteella, johon hakija vetoaa. Tämän lisäksi myös toinen hakija tuli hyväksytyksi 3 §:n 3 kohdan perusteella, vaikka hän alun perin hakeutui 3 §:n 1 kohdan perusteella. Päätöksestä käy ilmi, että hän olisi oikaisuvaatimuksessaan vaalilautakunnalle tuonut esille, että hänen vanhempansa oli juuri tullut

169 KHO 30.9.2015 T 2587.

170 Hyvärinen, H., (2011), s. 12, kohta 57.

171 Ibid., s.11, kohta 54.

172 Luku sisältää 13 kokonaisharkinnan perusteella hyväksytyjen henkilöiden jälkeläisiä.

173 KHO 30.9.2015 T 2724.

174 KHO 30.9.2015 T 2563, T 2566, T 2672- 2678.

175 KHO 13.1.2016 T 73-79.

176 KHO 30.6.2015 T 2570, T 2571, T 2572- 2578, T 2602, T 2667- 2670.

177 KHO 30.9.2015 T 2592; T 2599; T 2604; T 2620; T 2622; T 2623; T 2660-2665; T 2726; T 2745. Mielenkiintoista on, että ainakaan kaksi hakijaa (T 2592, T 2599) ja neljä valittajaa ei pyytäneet tulla merkityksi 3 §:n 3:n perusteella (T 2604, T 2660, T 2661 ja T 2661).

178 KHO 30.9.2015 T 2604.

hyväksytyä vaaliluetteloon Saamelaiskäräjien hallituksen päätöksellä.<sup>179</sup> Tähän tapaukseen liittyviä epäselvyyksiä käsitellään lopuksi erikseen.

#### 2.4.1. Yleisiä huomioita vuoden 2015 tapauksista

Vuonna 2015 KHO jatkaa vuonna 2011 käyttöön ottamaansa kokonaisharkinnan periaatetta. Tapauksissa, joissa kielikriteerin ei yksinään voida katsoa täyttyvän, ja valittaja on olennaisesti vuotta 1875 vanhemmassa rekisterissä lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen, KHO tarkastelee tapauksia kokonaisuutena arvioiden henkilön saamelaisuutta itseidentifikaation ja muiden saamelaisuutta puoltavien seikkojen valossa. Edes vuoden 1852 rekisteriä ei ole hyväksytty 3 §:n 2 kohdan mukaiseksi itsessään, vaan yhdessä kokonaisharkinnan kanssa. Punninnassa otetaan huomioon esimerkiksi valittajan kertomus iso- tai iso-isovanhempien arvioidusta saamenkielisydestä, johon saattaa, muttei tarvitse liittyä todistuksia.

KHO:n yleistä argumentaatiota sekä Saamelaiskäräjien linjaa tarkastellaan ensiksi vuosikirjapäätösten valossa, erityisesti niiltä osin kuin argumentaatio eroaa vuoden 2011 linjasta. Kokonaisharkinnan alaisia päätöksiä ja niihin liittyvää problematiikkaa käsitellään erillisessä kappaleessa. Niin ikään lopuksi katsotaan erikseen muutamia tapauksia, joissa Saamelaiskäräjien päätös näyttää epäselvältä tai epäloogiselta.

Uutena verrattuna 2011 vuoden tapauksiin KHO tuo tapauksia koskevissa yleisperusteluissaan (joka sisältyy samana lähes kaikissa vuoden 2015 tapauksissa) esille aiemmassa kappaleessa analysoidun vuonna 2012 rotusyrjäntäkomitean kannanoton, jossa komitea pani merkille, että KHO oli tukeutunut komitean aiempiin loppupäätelmiin 26.9.2011 tehdyssä päätöksessään, jossa oli määritelty Saamelaiskäräjien vaaleissa äänioikeutettu saamelainen. Komitea ilmaisi huolestuneisuutensa siitä, että KHO:n hyväksymässä päätöksessä painotettiin riittävästi saamelaisten itsemääräämisoikeutta, joka on tunnustettu YK:n julistuksessa alkuperäiskansojen oikeuksista (3 artikla), erityisesti oikeutta määrätä omasta identiteetistään tai jäsenyydestään tapojensa ja perinteidensä mukaan (33 artikla) sekä oikeutta siihen, ettei alkuperäiskansoja pakkosulauteta eikä niiden kulttuuria tuhota (5 ja 8 artikla). KHO totesi komitean suositelleen, että kun sopimusvaltio määrittelee, kenellä on äänioikeus Saamelaiskäräjien vaaleissa, se antaa asianmukaisen painoarvon saamelaisten itsemääräämisoikeudelle, joka liittyy heidän asemaansa Suomessa, heidän oikeudelleen määrätä omasta jäsenyydestään ja oikeudelleen siihen, ettei heitä pakkosulauteta. Tämän lisäksi KHO analysoi YK:n julistuksen kyseisiä artikloja erillisessä kappaleessa.

Kuitenkin merkille pantavaa tässä on se, ettei KHO ota kantaa rotusyrjäntäkomitean uuden, vuoden 2012 kannanoton suhteesta aiempiin kannanottoihin, vaikka se on niiden kanssa oikeastaan melkein päinvastainen. Eihän rotusyrjäntäkomitea tosin uudessa kannanotossaan sano, etteikö henkilön itseidentifikaatiollekin tulisi edelleen antaa painoarvoa (se ei sano tästä mitään), mutta se tuo esille huolensa siitä, että ryhmähyväksyntäaspekti on unohtunut kyseisessä KHO:n vuoden 2011 päätöksessä, mikä ei ole linjassa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden kanssa. Merkille pantavaa on myös, että yleisperustelujen myöhemmässä kohdassa KHO viittaa omaan aiempaan ratkaisuunsa (2011:81), ja toistaa ratkaisussaan esille tuomansa rotusyrjäntäkomitean kannanotot siitä, mikä merkitys henkilön itseidentifikaatiolle tulee antaa määriteltäessä hänen kuulumistaan tiettyyn rodulliseen tai etniseen ryhmään. Tapauksessa KHO korosti myös asiaan liittyvää kokonaisharkintaa ja perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa, tulkiten sitä itseidentifikaation tueksi.

Eli myös 2015 vuoden tapauksissa, rotusyrjäntäkomitean vuoden 2012 ei saa KHO:ta pohdittamaan perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa saamelaisen itsehallinnon tai itsemääräämisoikeuden kannalta vaan ensisijaisesti yksilön oikeuden kannalta. Tuekseen KHO viittaa

<sup>179</sup> KHO 30.9.2015 T 2666.

siihen, että saamelaiskäräjälain muuttamista vuonna 2014 annettuun hallituksen esitykseen (HE 167/2014 vp) sisältyi ehdotus kysymyksessä olevan säännöksen muuttamisesta, mutta perustuslakivaliokunta ehti kuitenkin antaa lakiesityksestä mietinnön (PeVM 12/2014 vp), jossa se ehdotti, että saamelaiskäräjälain 3 §:ää ei muuteta (rajaavammaksi) vaan se säilyy nykyisessä muodossaan. Perustuslakivaliokunta niin ikään viittasi samaan ratkaisuun KHO 2011:81 sekä korosti itseidentifikaatiota ja asian kokonaisharkintaa sekä perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa. KHO tuo tämän jälkeen kuitenkin esille epäsuorasti rotusyrjintäkomitean vuoden 2012 kannanoton siihen suoraan viittaamatta. KHO toteaa, että 3 §:n 2 kohdassa säädettyä saamelaisuuden perustetta ei ole tarkoitettu sovellettavaksi niin, että hyvin varhaisen esivanhemman merkitseminen mainitussa lainkohdassa tarkoitettuihin luetteloihin automaattisesti johtaisi siihen, että saamelaiseksi olisi katsottava kaikki tällaisen ensivanhemman jälkeläiset, jotka ilmoittavat pitävänsä itseään saamelaisena. Aina 1500-luvulta peräisin oleviin viranomaisluetteloihin merkittyjen henkilöiden jälkeläisten määrä voisi nousta varsin suureksi ja tosiasiallinen kielellinen ja kulttuurinen yhteys saamelaisiin alkuperäiskansana jäädä hyvin ohueksi. Asiaa arvioitaessa on pidettävä mielessä perustuslaista ilmenevä ja saamelaiskäräjistä annetun lain 1 §:ssä säädetty tavoite suojata saamelaisten kielellistä ja kulttuurista itsehallintoa. *Tällä myötävaikutetaan myös muun muassa kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevan sopimuksen mukaisesti siihen, ettei saamelaisia pakkosulauteta valtaväestöön* (oma korostus). Asiassa sovellettavana oleva laki ei kuitenkaan edellytä, että Saamelaiskäräjien kanta ryhmähyväksynnän ilmauksena olisi yksinään ratkaiseva, vaan asia on päätettävä lain 3 §:n mukaisia kriteerejä noudattaen. Näitä sovellettaessa on varmistettava, että kaikki ne saamelaisiksi itsensä kokevat, joiden itseidentifikaatiolle on riittävä, objektiivinen peruste, voivat tulla merkityksi vaaliluetteloon.

KHO ottaa siis edelleen yleisperusteluissaan huomioon myös saamelaisten itsehallinnon (ja itsemääräämisoikeuden) suojan, mutta tapausten *ratkaisuissa* tämän ei voida katsoa heijastuvan. Yhdessäkään ratkaisussa KHO ei puntaroi tätä kysymystä suoraan. Se arvioi myös tapauksia hakijan argumenttien luotettavuuden näkökulmasta eikä ota huomioon sitä, minkä luotettavuuden Saamelaiskäräjät on antanut hakijan esittämille väitteille. Saamelaiskäräjät argumentoi lähes kaikissa tapauksissa ryhmähyväksynnän puolesta, mutta KHO päätyy vuonna 2015 hyväksymään 93 henkilöä vastoin Saamelaiskäräjien näkemystä siitä, ettei se tunnista kyseisiä henkilöitä jäsenikseen. On selvää, että perustuslakivaliokunnan kannalla on ollut keskeinen asema KHO:n vuoden 2015 linjassa. Koska perustuslakivaliokunta ilmaisi huolensa siitä, että saamelaismääritelmä, jossa ”henkilön edellytettäisiin omaksuneen saamelaiskulttuurin sukusiteittensä kautta” olisi liian rajaava ja ”korostaisi ryhmähyväksyntää liikaa”, KHO on varmasti katsonut parhaaksi jatkaa yksilön itseidentifikaation korostamista ja kokonaisharkinnan mahdollistamaa ”väljää” saamelaismääritelmää.

Saamelaiskäräjien hallitus on tehnyt yleisperustelut Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon hakeutumisesta vuonna 2015, johon se viittaa myös KHO:n tapauksissa. Yleisperusteluissa todetaan, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja hallitus käsittelevät Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon tulevat hakemukset objektiivisesti, yhdenvertaisesti ja tulkitsevat hakemusten vaatimuksia Suomessa voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaisesti. Yleisperustelut korostavat, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalla tai hallituksella ei ole velvollisuutta hyväksyä ketä tahansa henkilöä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Perustuslain 17 §:n 3 momentin mukaan saamelaisilla alkuperäiskansana on oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Perustuslain säännöksen tarkoituksena on edistää tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Nyky-yhteiskunnassa pelkkää muodollista yhdenvertaisuutta ei enää kaikissa tapauksissa pidetä riittävänä, vaan pyrkimyksenä on varmistaa myös tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen tai syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen edellyttää oikeasuhtaisia erityistoimenpiteitä. Perustuslaista ilmenevä ja saamelaiskäräjistä annetun lain 1 §:ssä säädetty tavoite on suojata saamelaisten kielellistä ja kulttuurista itsehallintoa. Tällä pyritään turvaamaan myös saamelaisten asemaa sulautumisel-

ta valtaväestöön. Saamelaiden tosiasiallinen yhdenvertaisuus valtaväestön kanssa ja oikeus ylläpitää ja edistää omaa kieltä ja kulttuuria ei toteudu, jos saamelaiden kielellisestä ja kulttuurillisesta itsehallinnosta päättävät henkilöt, jotka eivät ole saamelaisia ja joiden tosiasiallinen yhteys saamen kansaan on kyseenalainen.<sup>180</sup> Yleisperustelujen ei voi sanoa tulleen otetuksi huomioon yksittäisten ratkaisujen kohdalla, vaikka KHO edelleen painottaakin yleisellä tasolla saamelaiden itsehallintoa ja saamelaiskäräjälain 1 §:n tarkoitusta.

#### 2.4.2. Vuoden 2015 vuosikirjapäätökset

Ensimmäinen vuosikirjapäätös (KHO 30.9.2015 T 2602) liittyy edellisen Saamelaiskäräjien hallituksen edellisessä kappaleessa kerrotusta 10 henkilön hyväksymiseen ”virheellisesti”, joihin kaikkiin haettiin myöhemmin purkua kuitenkin siinä onnistumatta. Valittajan äiti on yksi näistä henkilöistä. Kuten mainittu, KHO hyväksyi näiden ”virheiden” perusteella 14 uutta henkilöä vuonna 2015.

Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien hallitus eivät ole hyväksyneet purun haun kohteena olevien henkilöiden jälkeläisiä tai lähisukulaisia, vaikka purkuhakemus ei mennytkään läpi. Tietystä mielessä jo yksin tämä seikka tekee tilanteesta ristiriitaisen. Saamelaiskäräjien näkökulmasta kyse on siitä, ettei vaaliluettelon haluta enempää ihmisiä, joita ei voida katsoa saamelaiseksi. Tämä perustelu on sinänsä ymmärrettävä. Saamelaiskäräjät haluaa edelleen päättää siitä, kuka on saamelainen Suomessa, mihin sillä on lähtökohtainen itsehallinnon ja itsemääräämisoikeuden mukainen oikeus. Kyseessä on kuitenkin lainvoimainen päätös, ja hakijan oikeusturvan näkökulmasta on arveluttavaa, jos hänellä on ks. päätöksestä ilmenevien asioiden kautta laillinen oikeus päästä vaaliluettelon eikä hän sinne pääse. Tämän oikeuden muodostaa se, että hakija on aiemmin hyväksytyn lapsi tai lapsenlapsi. Kyseisessä vuosikirjapäätöksessä on nimenomaan kysymys saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan soveltamisesta. Saamelaiskäräjien perustelun mukaan kuitenkin ”tilanteessa, jossa vanhempaa koskeva kirjallinen näyttö on ristiriidassa tunnettujen tosiasioiden kanssa tai silloin, kun vanhempi on merkitty kuuluvaksi alkuperäiskansaan, vaaliluettelomerkinnästä huolimatta, niin lapsella ei voi olla vanhempaansa parempaa oikeutta.”<sup>181</sup> Tästä syystä Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on kokouksessaan 24.2.2015 yksimielisellä päätöksellään todennut, ettei tunnista ks. hakijaa saamelaisen alkuperäiskansan jäseneksi, jolloin saamelaiden itsemääräämisoikeuteen kansainvälisen oikeuden mukaan sisältyvä ryhmähyväksyntä jää puuttumaan.

Päätöksessään KHO toteaa, että saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdasta tai sitä koskevistä perusteluista ei ole löydettävissä tukea Saamelaiskäräjien hallituksen soveltamalle tulkinnalle, jonka mukaan valittajan äidin vaaliluettelon merkitsemiseen edellytettävää saamelaisuutta voitaisiin arvioida tyttären vaaliluettelon hakeutumisen yhteydessä toisin. Valittaja on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena ja hänen äitinsä on merkitty äänioikeutetuksi Saamelaiskäräjien vaaleissa. Valittajaa on näillä perusteilla pidettävä saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena.<sup>182</sup> KHO ei luonnollisestikaan olisi voinut päättää toisin, koska sen on toimittava lainvoimaisten päätösten mukaisesti. Tästä syytä Saamelaiskäräjien päätös olla toimimatta lainvoimaisten päätösten mukaan ei varmasti edesauta hakijoiden luottamusta valintaprosessia kohtaan.

Toisessa vuosikirjapäätöksessä (KHO 30.9.2015 T 2604) hakija on ilmoittanut, että hänen äitinsä ja äidinäitinsä ensiksi opittu kieli on saamen kieli. Hakijan toimittamat virkatodistukset eivät ilmoita kyseisen henkilön ensiksi opitusta kielestä mitään. Saamelaiskäräjien hallituksen mukaan hakijan ilmoitus on ristiriidassa hakijan siskon hakemuksen saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaa koskevan ilmoituksen kanssa, jossa hän ilmoittaa, että hakijan äidin ensiksi opittu kieli on suomi. Saamelaiskäräjien hallitus ei katso, että yksityishenkilön todistuksessa olisi riittävää

<sup>180</sup> Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluettelon hakeutumista vuonna 2015, s. 5.

<sup>181</sup> s. 2.

<sup>182</sup> s. 6.

todistusvoimaa. Kahdessa yksityishenkilön antamassa todistuksessa käytetään hakijan äitiä tarkoittaen muun muassa ilmaisua ”puhuu saamea”. Tästä syystä hakijan kieliä koskeva väite ei kokonaisuudessaan ole yksiselitteinen eikä uskottava eikä hakijaa voida merkitä vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella.<sup>183</sup>

Saamelaiskäräjien hallitus tuo myös esille, että saamelaisten alkuperäiskansan itsehallintoa koskevan perustuslain säännöksen (PL 121 §:n 4 momentti) yksityiskohtaisten perustelujen mukaan saamelaisen käsite sekä saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa annetun lain 2 §:n 1 momentissa että ehdotetun saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 momentissa perustuu lähtökohtaisesti siihen, että henkilö pitää itseään saamelaisena ja että hän on saamenkielistä syntyperää(HE 248/1994 vp s. 22–23). Perustuslakia toteuttavan saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 momentissa on saamelaiskäsitteen mukainen saamelaisen määritelmä. Saamelaismäärittelyn pääperuste on perustuslain mukaisesti saamen kieli ensin opittuna kielenä. Saamen kieli on ensisijainen saamelaisuuden objektiivinen kriteeri, jonka perusteella saamelaisuus voi ulottua kolmanteen sukupolveen eli hakijan isovanhempiin.<sup>184</sup>

Hakija väittää, että hänen äitinsä olisi voitu merkitä vaaliluetteloon ”kielikriteerin perusteella”. Virkatodistusten perusteella hakijan äidin äidinäidin äidinkieleksi on merkitty lappi. Saamelaiskäräjien hallitus kuitenkin kyseenalaistaa tämän ja toteaa, että kirkon väestökirjanpidon äidinkielenmerkintöihin liittyy puutteellisuuksia, jotka heikentävät niiden luotettavuutta. Saamelaiskäräjien hallitus tuo esille, että hakijan toimittamasta virkatodistuksesta ilmenee myös, että ks. äiti siirtyi toiseen seurakuntaan, jonka virkarekisterimerkinnän mukaan ks. henkilön kieli onkin suomi. Henkilö on ollut tuolloin alle 23 vuotias. Koska henkilön äidinkieli on merkitty kahdessa eri seurakunnassa kahdella eri lailla, niin jo pelkästään virkarekisterimerkintöjen perusteella henkilön ensimmäinen kieli on epäselvä ja tulkinnanvarainen.<sup>185</sup>

On syytä tuoda esille, että valittaja hakeutuu vaaliluetteloon sekä saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan kieliperusteella että 2 kohdan lappalaisperusteella. Hän ei kuitenkaan hakeudu 3 §:n 3 kohdan perusteella, vaikka edellä mainittu väite siitä, että äiti olisi voitu merkitä vaaliluetteloon, liittyy suoraan 3 §:n 3 kohtaan.

Arkistoviranomaisen todistuksen mukaan hakija on vuoden 1739 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen sekä vuoden 1852 maa- ja kantokirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Saamelaiskäräjien hallitus, viitaten KHO:n aiempaan ratkaisun (22.9.1999/3181 KHO 1999:55), jonka mukaan ajankohtaa ei voida ulottaa kuinka kauaksi tahansa eikä ainakaan pidemmälle kuin saamelaismäärittelyn pääperusteena oleva kieliperuste ulottuu. Tapauksessa merkitystä oli korkeimman hallinto-oikeuden mielestä annettava alkuperäiskansan omalle käsitykselle siitä, keitä ryhmään kuuluu. Muutoin asiassa voitaisiin nähdä pyrkimystä sulauttaa alkuperäiskansa pääväestöön. Hakijan ja lappalaiseksi merkityn henkilön sukulaisuus ulottuu kauemmaksi kuin viidenteen sukupolveen, joten hakijaa ei voida merkitä saamelaiskäräjien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella.<sup>186</sup>

Valittaja ilmoittaa tuntevansa ja tietää olevansa saamelainen. Hän on syntynyt saamelaiseksi ja kasvanut lapsuuden kodista asti saamelaiseksi. Valittaja identifioituu saamelaisiin ja on elänyt saamelaiskulttuurissa lapsuudesta lähtien.<sup>187</sup> Hän on kasvanut lapsuuden kodista saakka porojen kanssa. Hän pitää nutukkaita ja muita perinteisiä saamenasusteita nykyäänkin samoin kuin hänen lapsensa ja lapsenlapsensa. Käsityötaito on hänen suvussaan säilynyt keskeinen saamelaiskulttuurin piirre. Valittajan tytär osaa valittajan mukaan saamea täydellisesti ja on opiskellut sitä koulussa ja korkeakoulussa. Valittajan pojat ovat opiskelleet saamea koulussa.<sup>188</sup>

183 s. 2.

184 s. 3.

185 s. s. 4.

186 s. 2.

187 s. 7.

188 s. 8.

Valittaja ilmoittaa hakeutuvansa vaaliluetteloon pääasiassa kielikriteerin perusteella. Valittajan äidin isoäidillä on merkitty saame äidinkieleksi virkatodistuksessaan ja valittaja ilmoittaa, että hänen isoäidin kieli oli sekä hänen äitinsä kieli on saame.<sup>189</sup>

Päätöksessään KHO katsoo, että koska valittajan isoäidin äidin kieleksi on kirkonkirjassa merkitty saame, äiti olisi voitu katsoa saamelaiseksi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella. KHO:een oli toimitettu 24.8.2015 päivätty virkatodistus, jossa ks. henkilön äidinkieleksi oli merkitty ”lappi” ja jossa todetaan, että Saamelaiskäräjille 29.7.2015 toimitetussa todistuksessa on ollut virheellisesti merkittynä mainitun henkilön äidinkieleksi suomi. Näin ollen KHO katsoo, että valittajan isoäidin äidin ensiksi opitusta kielestä on riittävästi näyttöä. Tämän vuoksi valittaja on määrättävä merkityksi Saamelaiskäräjien vuoden 2015 vaaliluetteloön saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella.<sup>190</sup>

Mielenkiintoista tapauksessa on se, ettei valittaja hakeudu 3 §:n 3 kohdan perusteella, jolla yleisesti ottaen on hakeuduttu silloin, kun elossa oleva vanhempi on jo merkitty tai olisi selkeästi voitu merkitä vaaliluetteloön. Huomionarvoista onkin, että 3 §:n 3 kohta muuttaa kieli-perustetta lisäten siihen yhden sukupolven lisää. Henkilöä ei siis voitu merkitä saamelaiseksi 3 §:n 1 kohdan mukaan, koska kyseessä ei ollut isovanhemman vaan isovanhemman vanhemman saamenkieli. Kun 3 §:n 3 kohtaa sovelletaankin tässä merkityksessä, se tekee 3 §:n 1 kohdan tavallaan merkityksettömäksi. 3 §:n 1 kohtaa on aiemmassa KHO:n käytännössä kuitenkin pidetty pääkriteerinä saamelaisuuden määrittelyssä. Henkilön oikeusturvan kannalta on ongelmallista, jos Saamelaiskäräjät ja KHO tulkitsevat kielikriteeriä eri lähtökohdista. Tässä yhteydessä on syytä mainita, että samalla perusteella myös valittajan sisko sekä tämän kaksi jälkeläistä tulivat hyväksytyiksi.<sup>191</sup> Kahden jälkeläisen kohdalla merkille pantavaa on, että vaalilautakunnan esittelijä oli jättänyt eriävän mielipiteen ja kannatti hakijoiden hyväksymistä saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 momentin perusteella. Tämä osoittaa osaltaan pykälien tulkinnanvaraisuuden ja siitä aiheutuvat ongelmat hakijoiden oikeusturvalle. Saman perustaisia tapauksia on myös muita.<sup>192</sup>

Kolmannessa vuosikirjapäätöksessä (KHO 30.9.2015 T 2603) hakija on ilmoittanut äitinsä ensiksi opituksi kieleksi ”inarinsaame?” (eli hakija ei ole ollut aivan varma asiasta). Saamelaiskäräjien hallitus pitää epäuskottavana, ettei hakija varmuudella tiedä oman äitinsä ensiksi opittua kieltä. Hakijan toimittama virkatodistus ei ilmoita kyseisen henkilön ensiksi opitusta kielestä mitään. Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle toimitetussa oikaisuvaatimuksessa hakija ilmoittaa, että käytännössä hakijan sisko on tietoinen äidin ja äidin vanhempien ensiksi opitusta kielestä. Saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle toimitetussa oikaisuvaatimuksessa ks. sisko väittää muistavansa mummonsa kielen ja on keskustellut mummon kanssa asiasta. Saamelaiskäräjien hallitus muistuttaa, että kielen eriateinen puhuminen on eri asia kuin saamen kielen oppiminen ensimmäisenä kielenä. Hakija on lisäksi toimittanut liitteenä yksityishenkilön antaman todistuksen, jonka pääväite inarinsaamen kielestä hakijan äidin ensiksi opittuna kielenä ei ole saamelaiskäräjien hallituksen mielestä uskottava. Todistuksen mukaan ”talon arkikielenä on ollut inarinsaamenkieli”, mikä ei tarkoita sitä, että inarinsaame olisi ollut hakijan äidin ensiksi opittu kieli. Saamelaiskäräjien mukaan yksityishenkilön antamalla todistuksella ei yleisestikään ole riittävää todistusvoimaa. Saamelaiskäräjien hallituksen käsityksen mukaan hakijan äidin ensiksi opittu kieli ei ole inarinsaamen kieli ja tämä käsitys vahvistuu entisestään hakijan epävarmuuden ja ristiriitaisten väitteiden myötä. Hakija ei ole saamelaiskäräjien hallituksen mukaan esittänyt luotettavaa selvitystä, jotta hänet voitaisiin merkitä saamelaiskäräjien vaaliluetteloön saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella.<sup>193</sup>

189 s.7.

190 s. 22.

191 KHO 30.9.2015 T 2663, siskon jälkeläiset T 2664, T. 2665.

192 KHO 30.9.2015 T 2620, KHO 30.9.2015 T 2623, KHO 30.9.2015 T 2663, KHO 30.9.2015 T 2762, KHO 30.9.2015 T 2745.

193 s. 2.

Arkistoviranomaisen todistuksen mukaan hakija on vuoden 1825 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Saamelaiskäräjien hallitus viittaa KHO:n aiempaan ratkaisuun (22.9.1999/3181 KHO 1999:55), jonka mukaan ajankohtaa ei voida ulottaa kuinka kauaksi tahansa eikä ainakaan pidemmälle kuin saamelaismäärittelyn pääperusteena oleva kieliperuste ulottuu. Merkitystä oli korkeimman hallinto-oikeuden mielestä annettava alkuperäiskansan omalle käsitykselle siitä, keitä ryhmään kuuluu. Muutoin asiassa voitaisiin nähdä pyrkimystä sulauttaa alkuperäiskansa pääväestöön. Hakijan ja lappalaiseksi merkityn henkilön sukulaisuus ulottuu kauemmaksi kuin viidenteen sukupolveen, joten hakijaa ei voida merkitä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 momentin 2 kohdan perusteella.<sup>194</sup>

KHO yhtyy Saamelaiskäräjien hallituksen näkemykseen siitä, ettei henkilöä voida pitää saamelaisena yksistään 3 §:n 2 kohdan perusteella. Puntaroidessaan yksityishenkilön todistusta valittajan äidin ensiksi opitusta kielestä, KHO katsoo, toisin kuin Saamelaiskäräjien hallitus, että viranomais selvityksen puuttuminen asiasta ei osoita sitä, että valittajan äidin ensimmäisenä opittu kieli ei olisi saame. KHO:n mukaan kyseisen yksityishenkilön todistuksen perusteella on varsin vahvoja viitteitä siitä, että valittajan äidin perheessä on puhuttu saamea ”ainakin jossain määrin”. KHO kuitenkin päättää, että esitetyn todistuksen perusteella ei voida todeta, että valittajan äidin ensiksi opittu kieli olisi ollut saamen kieli, joten valittajaa ei voida merkitä vaaliluetteloon Saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan nojalla. KHO jatkaa, että ”kun kuitenkin otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>195</sup>

Neljännessä vuosikirjapäätöksessä (KHO 30.9.2015 T 2601) KHO jälleen päätyy kokonaisharkinnan kautta hyväksymään valittajan. Koska vuosikirjapäätökset löytyvät internetistä, tässä tapauksessa esitetään seikkoja, joista valittaja voidaan mahdollisesti tunnistaa. Muita tietoja kuin mihin KHO:kin julkisessa päätöksessä viittaa, ei luonnollisestikaan tuoda esille tässäkään yhteydessä. Perusteluista käy ilmi, että KHO on erittäin vakuuttunut valittajan saamelaisuudesta, vaikka hän ei täytäkään saamelaiskäräjälain 3 §:n 1, 2 tai 3 kohtaa siten, kuten KHO niitä tavanomaisesti tulkitsee. Tapauksessa kiinnostavimpia onkin KHO:n ratkaisun perustelut. KHO toteaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan analyysissään, että valittaja on kertonut elvyttäneensä suvussaansa lapsuudessaan puhutun pohjoissaamen kielen ja puhuvansa saamea nykyään äidinkielen tasoisesti. Hän on esittänyt sukulaisensa allekirjoittaman todistuksen, jonka mukaan hänen äitinsä äidinäiti on puhunut saamen kieltä. KHO tuo esille, että valittaja ei kuitenkaan ole väittänyt, että hän itse tai joku hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan olisi saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla oppinut saamenkieltä ensimmäisenä kielenään.<sup>196</sup>

Kuten myöhemmin käy esille, KHO ottaa kuitenkin huomioon kokonaisharkinnassa sen, että henkilö on elvyttänyt saamenkielen ja puhuu sitä, vaikkei ole edes väittänyt sen olevan vanhempansa tai isovanhempansa ensimmäinen kieli (vaan vanhempansa isovanhemman). Saamelaiskäräjien hallitus on todennut tässä yhteydessä, että saamen kielen eriasteinen puhuminen tai opetteleminen aikuisena ei ole sama asia kuin kielen oppiminen ensimmäisenä kielenä. Saamelaiskäräjien hallituksen käsityksen mukaan hakija puhuu pohjoissaamea, joka ei ole hakijan lappalaiseksi maakirjassa merkityn esi-isän kotiseudun alkuperäinen kieli.<sup>197</sup> Mikäli väite pitää paikkansa, se merkitsee, että henkilö voi tulla siis hyväksytyksi saamelaiseksi vedotessaan kieleen, joka ei ole ollut esivanhempien kieli. Tässä yhteydessä herää luonnollisesti kysymys siitä, mikä olisi tällöin olemassa oleva saamelaisyhteisö, joka tunnistaa kyseisen

194 s. 2–3.

195 s. 22–23.

196 s. 23.

197 s. 3.

henkilön jäsenekseen? Voiko henkilö kuulua kokonaan erikieliseen saamelaisyhteisöön kuin hänen esivanhempansa? Voiko henkilö valita uuden saamelaisyhteisön, opetella sen kielen ja vaatia tulewansa tunnustetuksi sen jäseneksi vaikka hänen esi-isänsä olisivatkin kuuluneet eri kieliryhmään ja alueeseen?

Saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan analyysissään KHO toteaa valittajan esittäneen arkistoviranomaisen todistuksen, jonka mukaan hän on vuoden 1739 maakirjaan lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Pelkästään tällä perusteella häntä ei kuitenkaan voida katsoa saamelaiseksi. KHO kuitenkin jatkaa toteamalla, että valittaja on uskottavasti esittänyt, että hänen sukunsa on molempien vanhempien puolelta saamelainen ja että hänen elinympäristössään on lapsuudesta asti noudatettu saamelaisia elämäntapoja ja saamelaiskulttuuria.<sup>198</sup>

Tässä yhteydessä on todettava, että myös hyvin moni sellainen hakija, jota KHO ei ole hyväksynyt saamelaiseksi on artikuloinut lapsesta saakka elävänsä saamelaiskulttuurin mukaista elämää, kuten myöhemmin käy esille.

Hieman hämmentävä on KHO:n toteaminen siitä, että vuoden 1739 maakirjaa uudempien lappalaismerkintöjen puuttuminen johtuu hakijan mukaan muun muassa suvun siirtymisestä Ruotsin alueelle.<sup>199</sup> Todellisuudessa kuitenkin, ainakin ks. päätöksen mukaan, hakija toteaa, että ”uudempikin todistus olisi ollut mahdollista hankkia, jos esivanhempia ei olisi viranomaispäätöksellä siirretty uudisasukkaiden joukkoon”.<sup>200</sup> Sen sijaan hakija samassa yhteydessä kyllä toteaa, että hänellä on saamelaisia ystäviä Ruotsissa ja Norjassa, Suomessa olevien lisäksi.<sup>201</sup>

KHO jatkaa toteamalla, että valittaja on kertonut noudattavansa perheineen saamelaista elämäntapaa ja edistävänsä sekä yksityis- että ammattielämässä erittäin aktiivisesti saamen kielen ja kulttuurin revitalisaatiota. KHO mainitsee – päätöksensä perusteluissa kokonaisuutenaan tueksi – että valittaja on väitellyt kasvatustieteen tohtoriksi aiheenaan ”Statuksettomat saamelaiset” ja hänelle on myönnetty nuorille saamelaistutkijoille tarkoitettu Israel Ruong -tiedepalkinto.<sup>202</sup>

Kyseinen tiedepalkinto myönnettiin Norjassa, ja kuten Saamelaiskäräjät tuovat päätöksessä ilmi, stipendin myöntäminen valittajalle nostatti keväällä 2013 saamelaisyhteisössä laajasti kohua, koska saamelaisyhteisö (ainakaan Saamelaiskäräjät ja useat saamelaisjärjestöt) ei pitänyt valittajaa saamelaisena.<sup>203</sup> KHO:n mukaan valittajan aktiivisuus yksityis- ja ammattielämässä saamen kielen ja kulttuurin elvyttämiseksi puoltaa sitä, että hänet voidaan katsoa saamelaiseksi.

KHO päättää analyysinsä toteamalla että valittaja on osoittanut vahvaa omistautumista saamen kielelle ja kulttuurille, niiden elvyttämiseksi ja välittämiseksi tuleville sukupolville. Hänen itseidentifikaatiotaan saamelaisena ja yhteyttään saamelaisuuteen on pidettävä erittäin vahvana. Valittajan on siten kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjästä annetun lain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena.<sup>204</sup>

Tapaus herättää monenlaisia kysymyksiä. Sinällään henkilön itseidentifikaatiota ei tarvitse kyseenalaistaa (eikä niin tässä yhteydessä tehdä – eikä myöskään valittajan arvokasta työtä kielen elvyttämiseksi) samalla silti pohtien KHO:n päätöksen perusteluja. Tapaus laittaa myös miettimään asiaa useiden muiden ihmisten kannalta, jotka samalla tavoin identifioivat itsensä saamelaiseksi ja kokevat edistävänsä kulttuuria, mutta eivät ole yhtä näkyvästi ”yksityis- ja ammattielämässään” elvyttäneet saamenkieltä saatikka kirjoittaneet aiheesta väitöskirjaa –

198 s. 24.

199 Ibid.

200 s. 5.

201 Ibid.

202 s. 24.

203 s. 7.

204 s. 24.



eivätkä ole tulleet hyväksytyksi KHO:n taholta. Jos henkilö omistaa elämänsä saamenkielen ja kulttuurin tukemiseen, tekeekö se hänestä saamelaisen? Mihin kokonaisharkinnan raja voidaan vetää? Onko siis kuitenkin viime kädessä kaikilla henkilöillä, joilta löytyy sanottuja esiisiä, oikeus ”löytää saamelaisuutensa” ja samaistua siihen sekä vaatia pääsyä vaaliluetteloon?

Hakija tuo voimakkaasti esille kritiikkinsä ryhmähyväksyntää kohtaan, ilmaisen sen olevan kansainvälisen oikeuden vastainen, korostaen Saamelaiskäräjien päätösten mielivalaisuutta kun ne eivät hyväksy jäsenikseen ihmisiä, jotka kokevat olevansa saamelaisia ja voivat osoittaa polveutumisensa lappalaisesta esi-isästä. Hänen näkemyksensä mukaan yksilöiden pääseminen vaaliluetteloon ei uhkaa ryhmän itsehallintoa. Yksilön itseidentifikaatiota vs. ryhmähyväksyntää kansainvälisen oikeuden näkökulmasta on käsitelty tämän kappaleen ensimmäisessä osassa, joten siihen ei oteta uudelleen kantaa tässä yhteydessä. Kyseinen tapaus on kuitenkin erinomainen esimerkki siitä, miten asia voi näyttäytyä päinvastaiselta, jos sitä katsotaan pelkästään yksilön tai pelkästään ryhmän näkökulmasta. Jotenkin nämä kaksi näkökulmaa olisi pystyttävä yhdistämään. Määritelmän tulisi olla ryhmän (Saamelaiskäräjien) hyväksymä, ja samalla se ei kuitenkaan saisi olla niin suppea, että se jättää ulkopuolelle ihmisiä, joilla on selkeät ja aukottomat perusteet kuulua ryhmään. Rajatapauksia varmasti on olemassa. Saamelaisuuden perusteet eivät kuitenkaan voi pohjautua henkilön ”samaistumisen tunteeseen”, koska sitä, kuten alla olevassa tapausanalyysissä hyvin selkeästi tulee esille, on mahdoton todentaa kenenkään ulkopuolisen, ei myöskään KHO:n toimesta. Ongelmallista tässä yhteydessä on se, ettei aikuisiällä tai edes lapsena opittu saamenkieli itsessään tee kenestäkään saamelaista, ei myöskään poronhoito, kalastus, metsästyks, marjastus eikä edes nutukkaiden tekeminen (yleisimmin käytetyt argumentit). Perusteiden tulisi siis löytyä saamelaiskäräjälaista, minkä tulisi olla sellainen, jota voidaan soveltaa ilman moniulotteista tulkintaa. Tätä lähtökohtaa tukee myös se, että useita henkilöitä, jotka KHO on hylännyt aikaisempina vuosina, se on hyväksynyt myöhemmin vuosina. Yksilön oikeusturvan eikä edes valtion taloudellisten resurssien näkökulmasta voi olla järkevää, että henkilö hakeutuu vaaliluetteloon ja tekee valituksia korkeimpaan hallinto-oikeuteen useita kertoja.

### 2.4.3. KHO:n kokonaisharkintaan liittyvien muiden tapausten analyysi

Kokonaisharkinnan muodostaessa yli puolet hyväksytyjen valitusten määrästä tässä yhteydessä on ollut olennaista tarkastella, voidaanko päätöksistä löytää joku selkeä linja tai logiikka esimerkiksi 3 §:n 1 kohdan kieliperustedisteesiin tai 3 §:n 2 kohdan rekisterivuoteen ja siihen näyttääkö esim. rekisterin vuosiluku vaikuttavan päätöksiin siten, että uudemmat rekisterit otetaan huomioon painavampina kokonaisharkinnassa. KHO itse toteaa, että mitä vanhemmasta luettelomerkinnästä on kysymys, sitä vahvempaa selvitystä edellytetään henkilön muista sitemistä saamelaiskulttuuriin. Tapaustutkimuksessa oli hyvin yllättävää se, ettei sanottua selkeää linjaa tai logiikkaa ole löydettävissä. Ensimmäisinä esimerkkeinä käydään läpi kaksi hyvin samanlaista hakemusta (henkilöillä on sama isä), joissa KHO päätyi hyväksymään ensimmäisen ja hylkäämään toisen hakemuksen. Huomionarvoista on, että hyväksytyt naispuolisen hakijan sukunimi (avioliiton kautta) kuuluu sellaisiin, joita KHO on yleisesti ottaen hyväksynyt kun taas hylätyn miespuolisen hakijan sukunimi on sellainen, joista suurin osa on hylätty, vaikka siis kahden hakijan suvut ovat samat ainakin isän puolelta, johon molemmat viittaavat saamelaisuutensa perusteeksi. Todettakoon, että myös useassa muussa tapauksessa hyväksytyt henkilön sukunimien henkilöiden ei ole tarvinnut esittää todistusta kielikriteerivaateelleen ja heidät on silti hyväksytyt kokonaisharkinnan perusteella.<sup>205</sup>

Ensimmäisessä hakemuksessa (KHO 30.9.2015 T 2684)<sup>206</sup> valittaja tuo esille, että hänen isänsä olisi voitu merkitä saamelaiseksi 1960-luvulla tehdyssä väestötutkimuksessa. Valittajan mukaan hänen isän isä on puhunut saamea. Myös isän äiti on saattanut puhua saamea.

<sup>205</sup> KHO 20.9.2015 T 2679, KHO 20.9.2015 T 2684, KHO 20.9.2015 T 2688, KHO 20.9.2015 T 2696, KHO 20.9.2015 T 2762.  
<sup>206</sup> KHO 30.9.2015 T 2684.

Hän toteaa, että on syytä olettaa, että valittajan isän isoäidin äiti on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea. Valittaja on vanhempana opiskellut saamen kieltä ja kannustanut lapsiaan kielen opiskeluun.<sup>207</sup> Valittaja ei esitä väitteilleen todisteita.

Toisessa tapauksessa (KHO 30.9.2015 T 2719<sup>208</sup>) valittaja niin ikään tuo esille että ks. sama isä olisi voitu merkitä vaaliluetteloon. Hän esittää saamenkieltä taitamattoman yksityishenkilön todistuksen valittajan isoisän saamenkielentaidosta.

Molemmat valittajat korostavat itseidentifikaatiota ja saamelaiskulttuurin mukaista elämäntapaa ja tuovat siitä lukuisia esimerkkejä. He asuvat samassa kylässä.

Ensimmäistä valitusta koskevassa ratkaisussa KHO toteaa: Valittaja on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena sekä kertonut omasta ja perheensä saamelaisesta elämäntavasta sekä isänsä ja isoisänsä harjoittamista perinteisistä saamelaiselinkeinoista, kuten poronhoidosta, kalastuksesta ja metsästyksestä. Hän on myös kertonut pyrkivänsä ylläpitämään saamelaiskulttuuria ja siirtämään sitä lapsilleen. Tämän itseidentifikaation ohella jonkin saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä säädetyn objektiivisen kriteerin tulee olla käsillä.

KHO toteaa valittajan tuoneen esille, että hänen isänsä isä on puhunut saamea ja että valittaja on vanhempana opiskellut saamen kieltä. Valittajan isän äiti on saattanut puhua saamea ja on syytä olettaa, että valittajan isän isoäidin äiti on puhunut ensimmäisenä kielenä saamea. Valittaja ei ole kuitenkaan väittänyt, että hän itse tai joku hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan olisi saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla oppinut saamen kieltä ensimmäisenä kielenään.

KHO katsoo, ettei valittajaa myöskään pelkästään sillä perusteella, että hän on vuoden 1739 maakirjassa, 1757 kantokirjassa ja 1839 maa- ja kantokirjassa olevan lappalaisten joukkoon merkittyjen henkilöiden jälkeläinen, voida pitää saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettuna saamelaisena. KHO toteaa, että ”kun kuitenkin otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan, sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>209</sup>

KHO hyväksyy siis valituksen ilman minkäänlaista kielitodistusta.

Toista valitusta ratkaistessaan KHO toteaa: Valittaja on tuonut esiin voimakkaan itseidentifikaationsa. Tämän itseidentifikaation ohella jonkin saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä säädetyn objektiivisen kriteerin tulee olla käsillä. Valittaja on valituksessaan todennut, että hänen tietojensa mukaan hänen isänsä isän ensiksi opittu kieli oli saame. Valittaja on kielitaitoa koskevien tietojen osalta viitannut yksityishenkilön allekirjoittamaan todistukseen. Korkein hallinto-oikeus toteaa, että viranomais selvityksen puuttuminen asiasta ei osoita sitä, että valittajan isovanhemman ensimmäinen opittu kieli ei olisi saattanut olla saame. Valittaja ei kuitenkaan ole esittänyt asiasta sellaista selvitystä, jonka perusteella häntä voitaisiin pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan nojalla saamelaisena.

Valittaja on esittänyt arkistoviranomaisen todistuksen, jonka mukaan hän on vuoden 1757 kantokirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön, ja vuoden 1839 maa- ja kantokirjaan lappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen. Aikaisemmin lausuttu huomioon ottaen valittajan ei kuitenkaan voida pelkästään tällä perusteella katsoa olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu saamelainen. Kun ainoa objektiivisesti todettavissa oleva peruste valittajan pitämiseksi äänioikeutettuna saamelaisena on vuonna 1757 ja 1839 tehdyt luettelo-

207 s. 5.

208 KHO 30.9.2015 T 2719.

209 s. 18.

merkinnät, valittajan ei voida katsoa esittäneen sellaista selvitystä, että häntä voitaisiin kokonaisharkinnankaan perusteella pitää saamelaiskäräjälain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena. Valitus on tämän vuoksi hylättävä.<sup>210</sup>

KHO:n kokonaisharkinnan logiikkaa on vaikea ymmärtää. Vaikka KHO ei päätöksessään toisen valittajan kohdalla tuo niin vahvasti esille valittajan saamelaiskulttuurin mukaista elämäntapaa, valittaja itse valituksessa kuvailee seikkaperäisesti kalastusta ja ansapyyntiä, keräilyä ja vuodenkiertoon perustuvaa luonnossa elämistä. Ainut asia, mikä tulee mieleen mahdollisena KHO:n ratkaisuun vaikuttavana seikkana, on kenties se, että toinen valittaja on käyttänyt paljon palstatilaa kielitodisteluun sukupuutkimusten nojalla, jotka Saamelaiskäräjät on tyrmännyt virheelliseksi, ja jotka eivät välttämättä vakuuta KHO:ta. Tästä syystä kenties ensimmäinen valittaja, joka ei edes pyri todistamaan isoisänsä saamenkieltä, vaan esittää vain sitä koskevan väitteen, on tuntunut uskottavammalta KHO:n näkökulmasta. Asia on aika ongelmallinen ottaen huomioon, että henkilöillä on sama isä ja isoisä. KHO ei kenties ole huomannut tätä seikkaa, vaikka päätökset on tehty samana päivänä. Tapaus osoittaa, kuinka arveluttavaa KHO:n on lähteä soveltamaan kokonaisharkinnan periaatetta henkilön saamelaisuudesta päätettäessä. Asia näyttäytyy vielä oudommalta, kun ensimmäisen hyväksytyyn veljen pojan hakemus hylättiin.<sup>211</sup> Kyseessä on saman sukuniminen henkilö kuin em. hylätty valittaja. Kyseessä on kuitenkin sama isoisä, jonka saamenkielisyys on puntaroitavana. Valittaja kertoo polveutuvansa samoista esi-isistä kuin em. valittajat. Hän käyttää yksityishenkilön todistusta kieliperusteesta. Hän kuvailee ”saamelaista” elämäntapaansa, kuten riekonpyyntiä ja kalastusta sekä kertoo voimakkaasta itseidentifikaatiosta. Hänen valituksensa on hyvin samanlainen kuin em. hylätty valitus.

Myös kaksi seuraavaa tapausta ovat hyvin samankaltaisia keskenään, ja silti ensimmäinen hakijoista hylätään ja toinen hyväksytään. Tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2706<sup>212</sup> valittaja väittää, että hänen isänsä on puhunut saamea ja isoisänsä äidinkieli on ollut saame. Valittaja on liittännyt yksityishenkilön kirjallisen todistuksen asiasta. Valittaja on 1739 maakirjaan lappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen. Valittaja on hakenut Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain kaikkien kolmannen pykälän kolmen kohdan perusteella. Valittaja kuvailee saamelaisuuttaan monisanaisesti. Lapsuudestaan lähtien hän on kasvanut porojen parissa. Hän pitää nutukkaita ja muita perinteisiä saamelaisia asusteita nykyäänkin ja myös lapset pitävät. Hän on valmistanut puutöitä. Riekonpyynti, linnustus ja muu metsästys ovat edelleen osa elintapaa, kuten myös hillastus ja muu marjastus. Kalastus on sivuelinkeino. Kesällä heinät tehdään poroille vuomien luonnonniityiltä.<sup>213</sup>

KHO toteaa päätöksessään valittajan esittäneen, että hänen isänsä, isänsä isän, isänsä äidin ja äitinsä isän ensiksi opittu kieli on saame. Valittaja on toimittanut yksityishenkilön antaman todistuksen, ja toisin kuin Saamelaiskäräjät katsoo, viranomais selvityksen puuttuminen asiasta ei KHO:n käsityksen mukaan osoita sitä, että valittajan isän ja isovanhempien ensimmäisenä opittu kieli ei olisi voinut olla saame. Kun valittaja ei kuitenkaan ole esittänyt muuta selvitystä väitteensä tueksi, ei ole olemassa riittäviä perusteita pitää häntä saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan perusteella saamelaisena. Myöskään KHO ei katso häntä saamelaiseksi pelkästään sillä perusteella, että hän on vuoden 1739 maakirjaan lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. KHO toteaa, että valittaja on lisäksi tuonut esille voimakkaan itseidentifikaationsa ja halunsa tulla vaaliluetteloon merkitsemisen myötä myös muodollisesti hyväksytyksi saamelaisten joukkoon. Hänen esittämästään selvityksestäkin on todettavissa, että hän on omistautunut aktiivisesti edistämään saamen kieltä ja kulttuuria. Kokonaisharkinnassa, joka koskee henkilön siteitä saamelaiskulttuuriin, on kuitenkin kiinnitettävä huomiota myös siihen, miten näiden siteiden voidaan olettaa säilyneen edeltäneiden sukupolvien aikana. Tätä

210 s. 25.

211 KHO 30.9.2015 T 2713.

212 KHO 30.9.2015 T 2706.

213 s. 5.

koskevan selvityksen on katsottava jääneen asiassa puutteelliseksi. KHO päättää monisanaisen analyysinsä toteamalla että näin ollen, kun ainoa objektiivisesti todettavissa oleva peruste valittajan pitämiseksi äänioikeutettuna saamelaisena on niinkin vanha kuin edellä mainittu luettelomerkitä, valittajaa ei voida kokonaisuutensa perusteella pitää saamelaiskäräjälain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena.<sup>214</sup>

Vain harvoin KHO on näin pitkällisesti pohtinut henkilön saamelaisuutta ja kuitenkin päätyy hylkäämään valituksen. Erittäin mielenkiintoista on se, että KHO on arvioinut tapausta siitä näkökulmasta, onko henkilön siteet saamelaisuuteen katkeamattomat. Tämä punninta, jonka sinänsä tulisi olla alkuperäiskansan näkökulmasta erittäinkin keskeinen, ei kuitenkaan heijastu useimmissa muissa tapauksissa.

Tapaus KHO 30.9.2015 T 2756<sup>215</sup> on hyvin paljon edellisen tapauksen kaltainen. Hakija on ilmoittanut isänsä äidin ensiksi opituksi kieleksi saame ja suomi, ja isänsä ja isänsä isän ensiksi opituksi kieleksi saamen kielen. Hakijan toimittama virkatodistus ei ilmoita kyseisten henkilöiden ensiksi opitusta kielestä mitään. Hän on toimittanut yksityishenkilön todistuksen asiasta.<sup>216</sup> Hakija polveutuu samasta vuoden 1739 esi-isästä kuin edellisen tapauksen hakija.

KHO tuo päätöksessään ilmi, että valittaja on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena sekä kertonut isänsä ja itsensä harjoittamista perinteisistä elinkeinoista, kuten poronhoidosta, kalastuksesta ja metsästyksestä. Tämän itseidentifikaation ohella jonkin saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä säädetyn objektiivisen kriteerin tulee olla käsillä. KHO toteaa saman mitä hakija esitti isänsä, isänsä isän ja isänsä äidin saamenkielisyydestä sekä yksityishenkilön todistuksesta. KHO toteaa myös että toisin kuin Saamelaiskäräjien hallitus on katsonut, viranomais selvityksen puuttuminen asiasta ei KHO:n käsityksen mukaan osoita sitä, että valittajan isän ensimmäisenä opittu kieli ei olisi saame. Kun valittaja ei kuitenkaan ole esittänyt muuta selvitystä väitteensä tueksi, häntä ei ole riittäviä perusteita pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan perusteella saamelaisena. KHO:n mukaan myöskään häntä ei voida pitää saamelaisena pelkästään vuoden 1739 maakirjassa lappalaiseksi merkityn esi-isänsä johdosta 3 §:n 2 kohdan perusteella.

KHO toteaa, että ”kun kuitenkin otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>217</sup>

Itse asiassa valittaja ei tuonut omaa itseidentifikaatiota eikä edes ”saamelaista” elämäntapaansa yhtä voimakkaasti esille kuin edellinen hylätty valittaja. Henkilöt polveutuvat samasta esivanhemmasta ja he ovat molemmat käyttäneet yksityishenkilöiden laatimia kielitodistuksia.

”Saamelaiskulttuurin mukainen elämäntapa” on ongelmallinen niin tässä kuin muissakin tapauksissa. Eihän poronhoito, kalastus, metsästyks tai hillastus ole mitenkään yksistään saamelaiskulttuuriin kuuluvaa eikä sillä voida todistaa mitään henkilön saamelaisuudesta. On outoa, ettei KHO tapauksissa pohdi lainkaan tätä asiaa, vaikka Saamelaiskäräjien vaalilautakunta tai hallitus tuovat sen jatkuvasti esille valitusten yhteydessä. Ei tietenkään voi olla niin, etteivät tuomarit tätä asiaa tietäisi. Kuitenkin on ongelmallista, jos henkilön itseidentifikaatio arvioidaan yksinomaan näiden seikkojen valossa vieläpä niin, että toisissa tapauksissa se ei näytä riittävän vakuuttamaan KHO:ta ja toisissa tapauksissa KHO tulee siitä vakuuttuneeksi vaikka henkilöt perä toisensa jälkeen toistavat samankaltaisia kuvailuja ”voimakkaasta itseidentifikaatiosta ja saamelaiskulttuurin mukaisesta elämästä.” Tässä yhteydessä on syytä mainita, että Ina-

---

214 s. 20-21.

215 KHO 30.9.2015 T 2756.

216 s. 2.

217 s. 20.

rinmaan Lapinkyläyhdistys ry ja VGDSAMIT rs julkaisivat 10.12.2014 Enontekiön sanomissa sekä internetsivuilla tarkat ohjeet Saamelaiskäräjien luetteloon hakeutumiseksi. Lehtiartikkelin nimi oli: "Hae sieki saamelaiskäräjien vaaliluetteloon".<sup>218</sup> Siinä kehoitetaan kuvailemaan mahdollisimman tarkasti "saamelaista elämäntapaa" antaen juuri samoja esimerkkejä kuin lukuisissa hakemuksissa esiintyykin.<sup>219</sup> Epäily herää siitä, pystyykö KHO mitenkään todentamaan, ovatko edellä mainitut väitteet tosia - tekevätkö tai käyttävätkö hakijat nutukkaita, ja jos, niin osoittaako tämä heidän saamelaisuutensa?

Edelleen esimerkkinä kaksi hieman erityyppistä mutta keskenään samankaltaista valitusta, jossa KHO päätyy vastakkaisiin päätelmiin. Valituksessa KHO 30.9.2015 T 2624<sup>220</sup> valittaja on hakemuksessaan ilmoittanut, että haluaa tulla merkityksi vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1, 2 ja 3 kohdan perusteella. Valittaja ilmoittaa isovanhempansa ensiksi opituksi kieleksi saamen kielen. Valittaja on hakemuksessaan esittänyt arkistoviranomaisen todistuksen, että hänen esi-isänsä ovat merkitty lappalaiseksi vuoden 1851 maakirjassa. Lisäksi valittaja on hakemuksessaan esittänyt virkatodistuksen siitä, että hänen isoäitinsä isoäidin äidinkieleksi on kirkonkirjoissa merkitty lappi.

Ratkaisussaan KHO toteaa että valittaja on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena. Valittaja on vaaliluetteloon hakiessaan merkinnyt isänsä äidin ensiksi opituksi kieleksi "inarinsaa-me/suomi". Valittaja on lisäksi esittänyt virkatodistuksen, jonka mukaan hänen isänsä äidinisän äidin äidinkieli oli saame. KHO:n mukaan esitetyn selvityksen perusteella valittajaa ei ole riittäviä perusteita pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan perusteella saamelaisena.

KHO tuo esille, että valittaja on esittänyt arkistoviranomaisen todistuksen, jonka mukaan hän on vuoden 1851 maa- ja kantokirjaan lappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen. KHO:n päätöksen mukaan, aikaisemmin lausuttu huomioon ottaen, valittajan ei voida pelkästään tällä perusteella katsoa olevan Saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu saamelainen. KHO tuo kuitenkin esille, että on samana päivänä määrännyt, että valittajan tati ja setä on merkittävä saamelaiskäräjien vuoden 2015 vaalien vaaliluetteloon äänioikeutettuina. "Kun otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on valittajan kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen."<sup>221</sup>

Toisessa, samankaltaisessa tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2659<sup>222</sup> valittaja on hakemuksessaan ilmoittanut, että haluaa tulla merkityksi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 momentin 1, 2 ja 3 kohtien perusteella. Valittaja ilmoittaa, että hänen isoäitinsä ensiksi opittu kieli on saame. Valittaja on hakemuksessaan esittänyt arkistoviranomaisen todistuksen, että hänen esi-isänsä on merkitty lappalaiseksi vuoden 1825 maakirjassa. Lisäksi valittaja on hakemuksessaan esittänyt virkatodistuksen siitä, että hänen isänäidin äidinäidin äidinkieleksi on merkitty lappi. Hakija on myös ilmoittanut oikaisuvaatimuksessaan, että hänen vanhempansa olisi voitu merkitä vaaliluetteloon.<sup>223</sup>

Hyvin merkillistä KHO:n päätöksessä on se, ettei se tuo ratkaisussaan mitään muuta ilmi kuin toteaa, että "valittaja ei ole valituksessaan korkeimmalle hallinto-oikeudelle esittänyt seikkoja, joiden perusteella voitaisiin katsoa, että saamelaiskäräjien hallituksen päätös on lainvastainen. Valitus on tämän vuoksi hylättävä."<sup>224</sup> KHO ei siis ota kantaa kieliperusteeseen eikä lappalaisperusteeseen eikä valittajan esittämään arvioon siitä, että hänen molemmat vanhempansa oli-

218 Sama artikkeli on myös julkaistu Inarilainen-sanomalehdessä sekä VGDSAMIT rs:n kotisivuilla 31.10.2014, <http://vgdsamit.blogspot.fi/2014/10/oz-a-don-ge-samedikki-jienastuslohkui.html>.

219 Ibid.

220 KHO 30.9.2015 T 2624.

221 s. 19.

222 KHO 30.9.2015 T 2659.

223 s. 3.

224 s. 6.

si voitu merkitä vaaliluetteloon, eikä perusta ratkaisuaan, vastoin vuonna 2011 omaksumaansa käytäntöä, kokonaisharkintaan. Valitusasiakirja on kokonaisuudessaan melko lyhyt eikä valituksesta käy ilmi valittajan voimakas samaistuminen saamelaisuuteen. Kenties tämä on ollut syynä siihen, ettei kokonaisharkintaan ole päädytty. Asia ei kuitenkaan käy ilmi päätöksestä.

Mielenkiintoiset esimerkit ovat myös seuraavat tapaukset, joista ensimmäisessä KHO katsoo, ettei kokonaisharkintaa voida tehdä koska näyttö kieliperusteesta on ”ristiriitaista” mutta toisessa tapauksessa päätyy kokonaisharkinnan perusteella hyväksymään hakemuksen, vaikka se sisältää samankaltaisen ristiriitaisuuden kielitodisteluun liittyen. Valittajat polveutuvat samasta vuoden 1825 maakirjaan lappalaiseksi merkitystä henkilöstä, elävät samalla paikkakunnalla ja kertovat saamelaiskulttuurin mukaisesta elämäntavastaan. Ensimmäisessä, hylätyssä tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2594<sup>225</sup> hakija on ilmoittanut isänsä puhuvan saamen kieltä, jonka hän oli oppinut omilta vanhemmiltaan. Hakijan mukaan todistetta siitä, oliko se ensimmäinen kieli, on enää vaikea mistään löytää, yhtä vaikeaa on todistaa päinvastaista.<sup>226</sup>

KHO lausuu päätöksessään, että valittaja on valituksessaan todennut, että hänen isänsä puhui saamen kieltä, jonka hän oli oppinut omilta vanhemmiltaan. Toisin kuin Saamelaiskäräjien hallitus on katsonut, viranomais selvityksen puuttuminen asiasta ei korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan osoita sitä, etteikö henkilön ensimmäisenä opittu kieli voisi olla saame. Valittaja ei kuitenkaan ole esittänyt isänsä ja isovanhempiensa ensimmäisenä kielenään oppimasta kielestä sellaista selvitystä, jonka perusteella häntä voitaisiin pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdan nojalla saamelaisena. KHO ei myöskään katso henkilöä saamelaiseksi sillä perusteella, että valittaja on vuoden 1825 maa- ja kantokirjaan lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen.

KHO toteaa, että valittajan saamelaisuuteen liittyvän itseidentifikaation aitoutta ei ole syytä asettaa kyseenalaiseksi. Kun kuitenkin otetaan huomioon, että valittajan esittämä selvitys isänsä ja isovanhempiensa ensimmäisenä kielenä oppimasta kielestä on osin ristiriitaista ja ainoa objektiivisesti todettavissa oleva peruste hänen pitämislleen äänioikeutettuna saamelaisena on vuonna 1825 tehty luettelomerkintä, valittajan ei voida katsoa esittäneen sellaista selvitystä, että häntä voitaisiin kokonaisharkinnankaan perusteella pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena.<sup>227</sup>

Tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2650<sup>228</sup> hakija on ilmoittanut isänsä isän kieleksi ”suomi? saame?” ja isänsä äidin kieleksi ”saame/suomi”. Lisäksi hän on ilmoittanut saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohtaa koskevalla lomakkeella isänsä ensiksi opituksi kieleksi suomen, mutta saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaa koskevalla lomakkeella hän ilmoittaa saman henkilön ensiksi opituksi kieleksi suomen ja saamen.<sup>229</sup>

Päätöksessään KHO käyttää tismalleen samoja perusteita kuin edellisessä hylätyssä tapauksessa. Tämän jälkeen päätöksessä todetaan: ”Kun kuitenkin otetaan huomioon valittajan esittämä selvitys muun muassa hänen sukunsa ja omasta saamelaisesta elämäntavasta sekä se, ettei hänen saamelaisuuteen liittyvän samaistumisensa aitoutta ole syytä epäillä, on hänen asiaa kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>230</sup>

On jälleen vaikea nähdä miksi KHO päätyi kahden samankaltaisen tapauksen kohdalla erillaiseen ratkaisuun. Hylätyksi tullut valittaja kuvailee saamelaista elämäntapaansa siten, että hän on lapsesta asti pyytänyt riekkoja ja jäniksiä ansoilla. Hän on kalastanut koko ikänsä ja

---

225 KHO 30.9.2015 T 2594.

226 s. 4.

227 s. 18–19.

228 KHO 30.9.2015 T 2650.

229 s. 2.

230 s. 19.

kerää vieläkin hillat, mustikat ja puolukat. Tämä on ollut tärkeä osa elatusta. Poroja valittajan perheessä oli vielä sodan jälkeen, jolloin ne loppuivat. Valittajan elämäntapaan on aina kuullut saamelainen kulttuuri. Hän on oppinut saamelaisen kulttuurin mukaisen elämäntavan vanhemmiltaan ja isovanhemmiltaan.<sup>231</sup> Hyväksytty valittaja kuvailee elämäntapaansa lähinnä isänäitinsä elämäntapaa ja käsityötaitoja kuvaillen, jotka ”mummo” on siirtänyt lapsille ja lastenlapsilleen.<sup>232</sup> Ainut silmään pistävä seikka, joka on voinut vaikuttaa asiaan, on että hyväksytty valittaja mainitsee serkuikseen vuonna 2011 KHO:n kokonaisharkinnan kautta päässeet kaksi henkilöä. Tämä ei kuitenkaan riitä todistamaan kyseisen valittajan saamelaisuutta eikä KHO ole ottanut tähän asiaan kantaa. Kuitenkin myös ainakin kolme samankaltaista tapausta, jossa kyseiset samat serkut on mainittu, on hyväksytty KHO:n toimesta vuonna 2015.<sup>233</sup>

Yleisesti ottaen voidaan siis todeta, että toisinaan hakijan pelkkä ilmoituskin isovanhemman kielitaidosta riittää osaksi kokonaisharkintaa, ja toisinaan taas ei silloinkaan kun henkilöt polveutuvat samasta esi-isästä, joka on merkitty lappalaiseksi samaan maakirjaan.<sup>234</sup> Kyseessä ei ole pelkästään jonkun tietyn vuoden rekisteri, vaan ainakin esimerkiksi vuosien 1825, 1762, 1739 sekä 1757, joten rekisterien vanhuudella tai uutuudella ei ainakaan näytä olevan merkitystä kyseisessä asiassa.<sup>235</sup> Kuten edellä tuotiin ilmi, samoin yksityishenkilön todistus voidaan katsoa merkittäväksi tai sitten ei hyvin samankaltaisissa tapauksissa. Esimerkiksi tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2790<sup>236</sup> KHO katsoi yksityishenkilön kielitodistuksella olevan merkitystä kun taas tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2720<sup>237</sup> ei, vaikka molempien polveutumistausta (vuoden 1739 maakirja) ja ”saamelainen elämäntapa” olivat samat.<sup>238</sup>

Toisinaan hakemus ilman todistusta katsotaan painavammaksi kuin todistuksen kanssa. On oikeastaan käsittämätöntä, että ylipäättään henkilön pelkkä ilmoitus isovanhempien saamenkielestä voidaan katsoa riittäväksi kieliperusteeseen siten, että siitä muodostuu peruste kokonaisharkinnan tueksi. Jos osa hakijoista ei edes näytä varmaksi muistavan vanhempansa ensimmäiseksi opittua kieltä, on varmasti varsin mahdollista, ettei isovanhemmankaan kieltä voida aina varmaksi muistaa.

Merkille pantavaa on myös Saamelaiskäräjien ja KHO:n hyvin erilainen kanta siihen, milloin kielitaidosta esitettyjä väitteitä tai todisteita voidaan pitää uskottavana silloin kun ne eivät ilmene virallisissa todistuksissa. Esimerkiksi tapauksessa, jossa sisarukset sekä veljen poika ovat kaikki tulleet kokonaisharkinnan kautta hyväksytyä saamelaiseksi, kielimerkintöjen sekavuudesta voidaan antaa esimerkki seuraavasti: hakija (sisko) ilmoittaa että hänen äitinsä, äitinsä isän ja äitinsä äidin ensiksi opittu kieli on saame. Hakijan veli ilmoittaa omassa hakemuksessaan siskonsa ja hänen yhteisen äidin ensiksi opituksi kieleksi ”inarinsaame?”. Hakijan veli ei ilmoita yhteisten isovanhempien ensiksi opituksi kieleksi mitään. Tämän lisäksi veljenpoika ilmoittaa omassa hakemuksessaan isänäidinsä eli hakijan (siskon) äidin ensiksi opituksi kieleksi ”inarinsaame?”, mutta on lisännyt kyseiseen hakemuslomakkeen kohtaan ”on osannut”. Kielen osaaminen on eri asia kuin ensiksi opittu kieli.<sup>239</sup> Tapaus osoittaa, etteivät ainakaan veli sekä veljenpoika ole varmoja äidin/isoäidin saamenkielestä – ainakaan ensimmäisenä kielenä.

231 s. 4.

232 s. 4-5.

233 KHO 30.9.2015 T 2618, T 2629, T 2650.

234 Esimerkiksi tapauksissa KHO 30.9.2015 T 2600 ja KHO 30.9.2015 T 2656 ilmoitus riittää ja henkilöt hyväksytään kokonaisharkinnan perusteella, kun taas KHO 30.9.2015 T 2744 se ei riitä kokonaisharkintaan ja valitus hylätään, samoin kuin KHO 30.9.2015 T 2589 ja KHO 30.9.2015 T 2749 kohdallakin. Kaikkien henkilöiden esi-isä on vuoden 1825 luetteloon lappalaisena merkitty henkilö. Vuoden 1762 rekisterin esi-isän jälkeläisen ilmoitus isovanhemman kielestä ei myöskään riitä tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2727. Sen sijaan tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2755, 1739 vuoden maakirjan ja 1757 vuoden kantokirjan lappalaiseksi merkittyjen henkilöiden jälkeläisen ilmoitus isovanhempansa kielitaidosta riittää ja henkilö hyväksytään luetteloon.

235 Ibid. Muita esimerkkejä, joissa valittaja pelkästään ilmoitti isovanhempansa kielen olevan saame KHO 30.9.2015 T 2621, T 2753, T 2764 (edellisen lapsi), T 2766, T 2769.

236 KHO 30.9.2015 T 2790.

237 KHO 30.9.2015 T 2720.

238 Esimerkkejä muista hyväksytyistä, joilla oli yksityishenkilön todistukset, KHO 30.9.2015 T 2603, T 2605, T 2606 (edellisen lapsi), T 2607 (T 2605:n lapsi), T 2654, T 2665, T 2711, T 2712, T 2746, T 2747, T 2748, T 2756, T 2757, T 2658, T 2758, T 2762, T 2788, T 2789, T 2791. Esimerkkejä hylättyistä, joilla oli yksityishenkilön todistukset, KHO 30.9.2015 T 2759, T 2786, T 2788.

239 KHO 30.9.2015 T 2705, s. 2.

Hakemuksessa on mukana yksityishenkilön todistus, jonka mukaan valittajan äiti oli oppinut saamen ensimmäisenä kielenään.<sup>240</sup>

Samanlainen epäjohdonmukaisuus kielitaitokysymyksessä ei ole häirinnyt KHO:ta, joka hyväksyy hakijan kokonaisharkinnan perusteella, vaikkei hän esitäkään minkäänlaista todistusta isovanhempiansa kielitaidosta. Hakija on ilmoittanut isänsä isän kieleksi ”saame? suomi?” ja isänsä äidin kieleksi ”saame suomi”. Lisäksi hän on ilmoittanut saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohtaa koskevalla lomakkeella isänsä ensiksi opituksi kieleksi suomi, mutta saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaa koskevalla lomakkeella hän ilmoittaa saman henkilön ensiksi opituksi kieleksi ”suomi saame”. Hakijan hakemuksessa liitteenä toimittamasta virkatodistuksesta ei löydy tietoja kyseisten henkilöiden ensiksi opitusta kielestä.<sup>241</sup> Saamelaiskäräjien hallituksen käsityksen mukaan hakijan isän, isänisän ja isänäidin ensiksi opittu kieli ei ole saamen kieli ja edellä mainitut ei-yksiselitteisyydet ja ristiriitaisuus vahvistavat Saamelaiskäräjien hallituksen tätä käsitystä. Hallituksen mielestä hakija ei ole esittänyt luotettavaa selvitystä, jotta hänet voitaisiin merkitä Saamelaiskäräjien vaaliluettelon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella.<sup>242</sup>

Joissakin tapauksissa KHO saattaa tutkia valittajan kieliväitteet kokonaisharkinnan perusteeksi silloinkin, kun valittaja ei edes hakeudu 3 §:n 1 kohdan kieliperusteella vaaliluettelon. Tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2679<sup>243</sup> valittaja pyytää tulla merkityksi 3 §:n 2 kohdan perusteella. Hakeutuessaan vaalilautakunnan ja käräjien hallituksen kautta hakija ei ole ilmoittanut että hänen vanhempiansa tai isovanhempiansa ensiksi oppima kieli olisi saame.<sup>244</sup> Valituksessaan korkeimmalle hallinto-oikeudelle hän kuitenkin tuo ilmi isänsä ”osanneen saamea” ja että hänet olisi voitu merkitä saamelaiseksi 1960-tehdyssä väestötutkimuksessa. Hän myös toteaa, että ”on syytä olettaa” että hänen isän äidin isoäiti on puhunut saamea ensimmäisenä kielenä, mikä tekee isän äidistä saamelaisen. On myös syytä olettaa että isoäiti on puhunut ensimmäisenä kielenä saamea, koska hänen lapsillaan oli säilynyt saamen kielen taito, kuten valittajan isällä. Koska näillä perusteilla valittajan isä ja isoäiti olisi voitu merkitä saamelaiseksi, tulisi myös valittaja merkitä vaaliluettelon.<sup>245</sup> Hän kuitenkin vaatii tulla merkityksi vaaliluettelon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella. KHO tutkii tapausta sekä kielikriteerin 3 §:n 1 kohdan että ns. lappalaiskriteerin 3 §:n 2 kohdan perusteella. Henkilö on 1739 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Kumpikaan näistä ei KHO:n mukaan ole riittävä peruste henkilön saamelaisuudesta, mutta ”kun kuitenkin otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.”<sup>246</sup> Samalla perusteella KHO on hyväksynyt myös kyseisen valittajan ainakin seitsemän lähisukulaista.<sup>247</sup>

Kuten mainittu, KHO ei ole hyväksynyt vuonna 2015 yhtään hakijaa pelkän ns. lappalaispykälän eli saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella. Jos hakija ei ole siis edes ilmoittanut arvelevansa isovanhempansa tai iso-isovanhempiansa kielen olevan saame, hakija ei näytä pääsevän pelkästään sillä perusteella, että on vanhassa maarekisterissä lappalaiseksi merkityn henkilön jälkeläinen, vaikka onnistuisikin kuvailemaan itseidentifikaatiota ja saamelaista elämäntapaansa kattavasti. Esimerkiksi tapauksessa KHO 30.9.2015 T 2587<sup>248</sup> valittaja kertoo seikkaperäisesti saamelaisesta elämäntavastaan todeten sen olevan niin lähellä saamelaiskulttuurin mukaista elämäntapaa kuin se nykyaikana voi olla. Hän asuu maaseudulla Lapissa ja hänen vuotuinen elämänrytmensä määräytyy erityisesti poronhoidon mukaan. Valittaja on myös pyrkinyt ylläpitämään kulttuuria ja siirtämään sitä lapsilleen, joilla on poromerkit ja poro-

240 KHO 30.9.2015, T 2705. Veli KHO 30.9.2015 T 2603, ja veljenpoika KHO 30.9.2015 T 2631. Myös veljen lapsen lapsi hyväksytään, KHO 30.9.2015 T 2632.

241 Taltionumero 2618, s. 2.

242 Ibid.

243 KHO 30.9.2015 T 2679.

244 s.2.

245 s.5.

246 s. 17.

247 KHO 30.9.2015 T 2679, T 2696, T 2688, T 2699, T 2704, T 2703, T 2702.

248 KHO 30.9.2015 T 2587.



ja.<sup>249</sup> KHO toteaa ratkaisussaan, että valittaja on ilmoittanut, että hänen isoisänsä äidin isoisän ensiksi oppima kieli on ollut saamen kieli. Valittaja ei kuitenkaan ole väittänyt, että hän itse tai joku hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan olisi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla oppinut saamen ensimmäisenä kielenään.

Valittaja onkin vedonnut saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohtaan. Hän on esittänyt selvitystä, jonka mukaan hän on vuoden 1743 maakirjaan lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen ja arkistoviranomaisen todistuksen, jonka mukaan hän on vuoden 1762 maakirjaan lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Tällä perusteella KHO ei kuitenkaan voi pitää häntä saamelaisena ja kun ainoat objektiivisesti todettavissa olevat perusteet valittajan pitämislle äänioikeutettuna saamelaisena ovat niinkin vanhoja kuin vuonna 1743 ja 1762 tehtyjä luettelomerkintöjä, valittajan ei voida katsoa esittäneen sellaista selvitystä, että häntä voitaisiin kokonaisharkinnankaan perusteella pitää saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:ssä tarkoitettuna saamelaisena.<sup>250</sup> Koska kieliperuste menee ”noinkin monen sukupolven päähän”, KHO ei ota sitä huomioon kokonaisharkinnassa.

Kuitenkin tapauksessa (KHO 30.9.2015 T 2762) tullaan hyvin lähelle edellistä tapausta, ja henkilö on siitä huolimatta hyväksytty KHO:n päätöksellä. Arkistoviranomaisen todistuksen mukaan hakija on myös vuoden 1762 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen.<sup>251</sup> KHO:n päätöksestä käy myös ilmi, että hakija esittää polveutuvansa myös vuosien 1739 sekä 1825 vuosien esivanhemmista.<sup>252</sup>

Hakija väittää vasta oikaisuvaatimuksessaan, että hän isoisänsä isoäidin ensiksi opittu kieli on saame. Saamelaiskäräjien hallituksen mukaan hakija ei esitä väitteensä perustaksi mitään luotettavaa selvitystä ja väitetty kieliyhteys menee saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan kannalta liian kauas. Saamelaiskäräjien hallitus myös toteaa, ettei asialla olisi kuitenkaan merkitystä, koska hakija on hakeutunut vaaliluetteloon vain saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella.<sup>253</sup>

KHO toteaa päätöksessään valittajan pitävän itseään saamelaisena sekä kertonut sukunsa ja itsensä harjoittamista perinteisistä saamelaiselinkeinoista, kuten poronhoidosta, kalastuksesta ja metsästyksestä sekä perinnekäsitysten tekemisestä. Hän on myös kertonut ylläpitävänsä saamelaiskulttuuria ja siirtävänsä sitä lapsilleen. KHO toteaa, että tämän itseidentifikaation ohella jonkin saamelaiskäräjälain 3 §:ssä säädetyn objektiivisen kriteerin tulee olla käsillä. Valittaja on esittänyt että valittajan isoisän isoäiti on oppinut saamenkielen ensimmäisenä kieleenään. Valittajan isoisä olisi voitu merkitä saamelaisvaltuuskunnan jäseneksi. KHO kuitenkin toteaa, että kun valittaja ei ole esittänyt muuta selvitystä väitteensä tueksi, häntä ei ole riittäviä perusteita pitää saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella saamelaisena.<sup>254</sup>

Tässä yhteydessä on merkille pantavaa se, että KHO edes punnitsee henkilön 3 §:n 1 kriteerin mukaista saamelaisuutta, kun henkilö itse toteaa isoisänsä isoäidin ensiksi opituksi kieleksi saamen. Eihän tämä täyttäisi missään tapauksessa 3 §:n 1 kriteeriä. ”Kun valittaja ei kuitenkaan ole esittänyt muuta selvitystä väitteensä tueksi” viittaa siihen, että jos olemassa olisi joku pätevä todistus, henkilöä voitaisiin pitää 3 §:n 1 kohdan perusteella saamelaisena, mikä ei ole saamelaiskäräjälain mukainen.

Kuitenkin, vaikka KHO edelleen toteaa, ettei valittajaa voida pitää myöskään saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella saamelaisena, kun kuitenkin otetaan edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä

---

249 s. 8.

250 s. 22.

251 s.1.

252 s. 20–21.

253 s. 3.

254 s. 20.

hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.<sup>255</sup>

Kuten edellä käy ilmi, molemmat valittajat perustelevat saamelaisuuttaan hyvin samantapaisesti. Ensimmäisellä hakijalla väitetty kieliperuste ulottuu yhtä sukupolvea kauemmas kuin jälkimmäisessä. Molemmat ovat kuitenkin Saamelaiskäräjälain kriteeristöön liian kaukana, jotta heidät voitaisiin suoraan hyväksyä toisen kohdan perusteella. Ensimmäisessä tapauksessa KHO ei ota kieltä huomioon kokonaisharkinnassa. Toisessa tapauksessa, jossa hakija ei alun perin ole hakeutunut kielikriteerin perusteella, mutta oikaisuvaatimuksessa tuonut sen esille, kieli otetaan huomioon selkeästi kokonaisharkinnassa, vaikka se on viiden sukupolven päässä. Tämä siitä huolimatta että valittaja vain ilmoittaa asiasta ilman todistetta. Vertauksena tähän voidaan esittää tapaus (KHO 30.9.2015 T 2624), jossa henkilö on esittänyt virkatodistuksen isänsä äidinisän äidin saamenkielestä, KHO hyväksyy sen osaksi kokonaisharkintaa, ja valittaja määrätään hyväksyttäväksi vaaliluettelon. Lopuksi voidaan todeta myös, ettei edes uusin vuoden 1852 maa- ja kantokirja ole ollut riittävän ”tuore” rekisteri ainoana perusteena hyväksyä henkilöä hänen siellä olevan esivanhempansa takia saamelaiseksi.<sup>256</sup>

### ***Aiemmin hylätyt ja kokonaisharkinnan kautta hyväksytyt päätökset***

Kokonaisharkinnan käyttöön ottaminen on luonut epämääräisen tilanteen, jossa KHO on hyväksynyt samojen henkilöiden valituksia kuin mitä se on aikaisemmin hylännyt. Vuonna 2015 tällaisia tapauksia on peräti 21.<sup>257</sup>

Tapauksessa (KHO 27.9.1999 T 3656) hakija polveutuu vuoden 1739 maakirjaan lappalaisten joukkoon merkitystä henkilöstä. Hän hakee vaaliluettelon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella. Pelkästään tällä perusteella häntä ei kuitenkaan KHO:n näkemyksen mukaan voida katsoa saamelaiseksi.<sup>258</sup> Vuonna 2015 sama henkilö (KHO 30.9.2015 T 2679) valittaa uudelleen KHO:een. Hän on edelleen vuonna 2015 hakeutunut Saamelaiskäräjien vaaliluettelon saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella samaan esi-isään nojautuen. KHO:lle tekemässään valituksessa hän tuo kuitenkin esille, että ”on syytä olettaa, että valittajan isän äidin isoäiti [x] on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea, joten valittajan isän äiti [y] on myös tällä perusteella saamelainen. On myös syytä olettaa, että [y] on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea, koska hänen lapsillaan oli säilynyt saamen kielen taito, kuten valittajan isällä. Koska näillä perusteilla valittajan isä ja isoäiti olisi voitu merkitä saamelaisiksi, tulisi myös valittaja merkitä vaaliluettelon.”<sup>259</sup>

Hakija on myös hakemuksessaan vedonnut siihen, että hänet hyväksyttäisiin Ruotsissa ja Norjassa saamelaiseksi. Saamelaiskäräjien hallitus on todennut tähän, että sekä Ruotsissa että Norjassa saamelaisuus ratkaistaan kummankin valtion oman oikeusjärjestyksen mukaisesti ja lisäksi on huomattava, että Ruotsin ja Norjan saamelaismääritelmästä löytyy ainoastaan kielikriteeri eikä polveutumiskriteeriä (saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta), jonka perusteella hakija hakeutuu Suomeen Saamelaiskäräjien vaaliluettelon. Saamelaiskäräjät tuo esille myös sen,

<sup>255</sup> s. 21.

<sup>256</sup> KHO 30.9.2015 T 2705, T 2664, T 2665, T 2604, T 2660, T 2661, T 2662.

<sup>257</sup> Ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3762, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2610; ei hyväksytty KHO 24.9.1999 T 3566, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2699; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3656, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2679; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3666, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2684; ei hyväksytty KHO 23.9.1999 T 3659, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2688; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3657, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2696; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3663, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2757; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3671, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2758; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3770, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2605; ei hyväksytty KHO 24.9.1999 T 3336, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2651; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3736, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2654; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3704, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2658; ei hyväksytty KHO 24.9.1999 T 3633, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2711; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3686, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2712; ei hyväksytty KHO 23.9.1999 T 3198, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2755; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3733, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2766; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3833, ei hyväksytty KHO 26.9.2011 T 2714, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2671. Sekä heidän jälkeläisensä: Ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3763, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2606; ei hyväksytty KHO 24.9.1999 T 3630, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2607; ei hyväksytty KHO 24.9.1999 T 3610, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2652; ei hyväksytty KHO 27.9.1999 T 3639, hyväksyttiin KHO 30.9.2015 T 2764.

<sup>258</sup> s. 11.

<sup>259</sup> s. 5.

että Norjassa ylin päätösvalta Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon ottamisesta on saamelaisilla eikä korkeimmalla hallinto-oikeudella kuten Suomessa.<sup>260</sup>

KHO toteaa päätöksessään, että valittaja on ilmoittanut pitävänsä itseään saamelaisena sekä kertonut isänsä ja itsensä harjoittamista perinteisistä saamelaiselinkeinoista, kuten poronhoidosta, kalastuksesta ja metsästyksestä. Hän on myös kertonut pyrkivänsä ylläpitämään saamelaiskulttuuria ja siirtämään sitä lapsilleen. Tämän itseidentifikaation ohella jonkin saamelaiskäräjälain 3 §:ssä säädetyn objektiivisen kriteerin tulee olla käsillä. Tämän jälkeen KHO toistaa valittajan argumentaation siitä, että on *syytä olettaa*, että valittajan isän äidin isoäiti on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea, ja että valittajan isän äiti on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea, koska hänen lapsillaan oli säilynyt saamen kielen taito, kuten valittajan isällä. Valittaja ei ole kuitenkaan väittänyt eikä hän itse tai joku hänen vanhemmistaan olisi saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään. Luotettavaa selvitystä siitä, että isän äiti on puhunut ensimmäisenä kielenään saamea, ei ole esitetty. Niin ikään KHO katsoo, ettei valittajaa voida pitää saamelaisena pelkästään saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan mukaisesti. Kun kuitenkin otetaan huomioon valittajan esittämä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen, on hänen kokonaisuutena arvioitaessa katsottava olevan saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n mukaisen määritelmän mukaan saamelainen.<sup>261</sup>

Päätöksestä ei käy esille, että sama henkilö on valittanut KHO:een jo vuonna 1999. Epäselväksi siis jää se, ovatko kyseistä pääöstä ratkaisseet tuomarit olleet tästä tietoisia. Päätöksestä ei ainakaan näy, että edes Saamelaiskäräjät olisi tuonut asian esille, mikä sinänsä on myös erikoista.

Tapauksessa KHO 27.9.1999 T 3666 henkilö on hylätty ja vuonna 2015 hyväksytty (KHO 30.9.2015 T 2684) KHO:n toimesta edellisen päätöksen perusteluin. Vuoden 2015 päätöksessä valittaja on *todennut*, että hänen isänsä isä on puhunut saamea ja että valittaja on vanhempana opiskellut saamen kieltä. Valittajan isän äiti on *saattanut puhua saamea ja on syytä olettaa*, että valittajan isän isoäidin äiti on puhunut ensimmäisenä kielenä saamea.<sup>262</sup> Päätöksestä ei käy ilmi valittajan isän äidin isoäidin nimi, joten ei voida sanoa, onko kyse saman esivanheman kielen arvioimisesta, mutta ainakaan valittajien isä ei ole sama. Sen sijaan tapauksissa KHO 23.9.1999 T 3659, KHO 30.9.2015 T 2688 sekä KHO 27.9.1999 T 3657 ja KHO 30.9.2015 T 2696, joissa jälleen KHO päättyy samoihin johtopäätöksiin, kyse on samojen esivanhempien kielen arvioimisesta kuin ensimmäisessä esimerkkitapauksessa.

Toisessa tapauksessa (KHO 27.9.1999 T 3663) KHO vielä vuonna 1999 toteaa, että pelkästään sillä perusteella että hänen esi-isänsä on merkitty 1739 maakirjaan ja että hän on tämän lappalaisen jälkeläinen, valittajan ei voida katsoa olevan saamelaiskäräjälain 1 §:ssä tarkoitetun kulttuuri-itsehallinnon piiriin kuuluva, lain 3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu saamelainen.<sup>263</sup> Sama valittaja vuonna 2015 (KHO 30.9.2015 T 2757) tuo esille, että hänen isänsä on oppinut ensimmäisenä kielenään saamen. Valittaja itsekin ymmärtää ja puhuu jonkin verran saamea. Hän on esittänyt yksityishenkilön todistuksen, jonka mukaan valittajan isä on osannut saamen kieltä.<sup>264</sup> Hän on hakeutunut vaaliluetteloon kaikkien saamelaiskäräjälain 3 §:n kohtien perusteella.<sup>265</sup> KHO katsoo päätöksessään, että vaikka yksityishenkilön todistus ei sinällään ole riittävä todistamaan henkilön 3 §:n 1 kohdan saamelaisuutta eikä häntä voida myöskään 3 §:n 2 kohdan perusteella merkitä saamelaiseksi, hänen esittämänsä selvitys saamelaisista elämäntavoistaan sekä hänen voimakas samaistumisensa saamelaisuuteen on hänet kokonaisuutena arvioitaessa kuitenkin katsottava saamelaiseksi saamelaiskäräjälain 3 §:n merkityksessä.<sup>266</sup>

260 s. 3.

261 s. 17.

262 *Ibid.*

263 s. 11.

264 s. 4–5.

265 s. 5.

266 s. 19.

Valittaja ei vielä vuonna 1999 mainitse mitään omasta tai isänsä saamenkielisyydestä (ainakaan tämä ei käy ilmi päätöksestä) mikä itsessään on hieman erikoista jos saamenkieli löytyy noinkin läheltä. Hakija on myös ilmoittanut isänsä isän ja isänsä äidin sekä äitinsä isän ja äidin kieleksi saamen kielen. Virkatodistukset eivät sano mitään henkilöiden kielestä. Edellisen tapauksen perusteluilla samoihin esivanhempiin vedoten vuonna 1999 hylätyksi tullut valittaja (KHO 27.9.1999 T 3671) pääsi niin ikään KHO:n päätöksellä vaaliluetteloon 2015 (KHO 30.9.2015 T 2758).

Kokonaisharkinnan käyttöön ottaminen kannustaa ihmisiä valittamaan useita kertoja, minkä ei voi katsoa olevan edullinen oikeusturvan tai resurssien kannalta, varsinkaan kun kokonaisharkinta antaa lähes täyden vapauden korkeimmalle hallinto-oikeudelle hyväksyä tai hylätä valituksia ilman selkeää johdonmukaista perustelupohjaa.

#### **2.4.4. Epäselviltä näyttäviä Saamelaiskäräjien päätöksiä**

Epäselvältä Saamelaiskäräjien päätösten johdonmukaisuuden ja yhdenvertaisen kohtelun kannalta näyttää tapaus (KHO 30.9.2015 T 2592), jossa hakijaa ei ole hyväksytty vaaliluetteloon vaikka hänen siskonsa on hyväksytty vaaliluetteloon Saamelaiskäräjien kokouksessa 11.-13.7.1999. Myös sisaren tytär on vaaliluettelossa. Päätöksestä näyttää, että valittaja on kuitenkin ilmoittanut sisarensa vaaliluetteloon pääsystä vasta KHO:lle tekemässään valituksessa. Tuntuu sinänsä jo erikoiselta, miksei hän ole kertonut tästä hakemuksessaan tai oikeisuvaatimuksessaan vaalilautakunnalle tai Saamelaiskäräjien hallitukselle. Tästä syystä on mahdollista, että vaalilautakunta ei tiedä kyseessä olevan sisarusten.

Tapauksessa hakija on ilmoittanut isänsä äidin ensiksi opitun kielen olevan ”lappi”, mutta virkatodistus ei ilmoita kyseisen henkilön ensiksi opitusta kielestä mitään. Virkatodistuksessa on sen sijaan ilmoitettu, että hakijan isän äidinäidin äidinkieli on lappi. Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja hallitus toteavat, että saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohta ei koske hakijan isovanhempien vanhempia ja tästä syystä hylkäävät hakemuksen 3 §:n 1 kohdan perusteella. Hakija ei hakeudu saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella, vaan nimenomaan pelkästään 3 §:n 1 ja 2 kohdan perusteella.<sup>267</sup>

Saamelaiskäräjien hallitus on valituksen johdosta antamassaan lausunnossa katsonut, ettei valittaja ole valituksessaan esittänyt sellaisia uusia väitteitä tai tuonut esille sellaista uutta selvitystä, jonka johdosta Saamelaiskäräjien antamaa ratkaisua olisi tarpeen muuttaa. Valittaja ei ole hakemuksessaan vedonnut saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaan. Lausunnossa todetaan, että uuden vaihtoehdoisen edellytyksen esittäminen muutoksenhakuvaiheessa muodostaa uuden hakemuksen vaaliluetteloon, jota ei tule vasta valitusvaiheessa esitettyinä käsitellä.<sup>268</sup>

Saamelaiskäräjien hallituksen ratkaisuihin on siis noudatettu sitä linjaa, että jos valittaja on hakeutunut vaaliluetteloon saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 kohdan perusteella, ei hakijan hakemusta tulisi käsitellä enää muutoksenhakuvaiheessa saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteen osalta, ottaen huomioon hallintokäyttölain.<sup>269</sup> Saamelaiskäräjät noudattaa samaa käytäntöä kuin mitä korkein hallinto-oikeus itse on aikaisemmassa tapauskäytännössään noudattanut. Tapauksessa KHO 5.12.2001 T 3050 KHO nimenomaisesti toteaa, että kun valittaja on vaatinut tulla merkityksi vaaliluetteloon vain saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, korkein hallinto-oikeus ei, kun otetaan huomioon hallintolainkäyttölain 22, 23 ja 27 §:n säännökset, ole käsitellyt asiaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 3 kohdassa tarkoitetun perusteen osalta.<sup>270</sup> Saamelaiskäräjien hallitus siis katsoo, että saamelaiskäräjälain 3 §:ssä säädetyn saamelaisuuden vaihtoehdoisen edellytyksen esittäminen muodostaisi siis uuden hakemuk-

<sup>267</sup> s. 3–4.

<sup>268</sup> s. 4–5.

<sup>269</sup> 1996/586.

<sup>270</sup> s. 4.

sen, jonka käsittelisi saamelaiskäräjälain 23 §:n ja 23 a §:n mukaisesti Saamelaiskäräjien vaalilautakunta. KHO kuitenkin katsoo tapauksessa, ettei vanhemman saamelaisuuteen vetoaminen muodosta uutta vaatimusta eikä asia muutu siihen vetoamisen myötä toiseksi siten, että valituksen tutkimiselle saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella olisi este.<sup>271</sup> Näin ollen KHO:n oma aiempi linja näyttäisi tässäkin asiassa muuttuneen, mutta Saamelaiskäräjät on noudattanut tätä linjaa johdonmukaisesti kaikissa päätöksissä.

KHO toteaa, että Saamelaiskäräjien hallitus ei ole esittänyt hyväksyttäviä perusteita sille, miksi se on arvioinut kyseisen isovanhemman saamenkielisyyttä koskevan selvityksen luotettavuutta nyt olennaisesti toisin kuin valittajan sisaren kohdalla.<sup>272</sup> KHO toteaa, että liitteenä olleen päätöksen mukaan sisaren hyväksyminen on perustunut lähtökohtaisesti samoihin seikkoihin, joihin valittaja omassa hakemuksessaan on vedonnut, eli heidän yhteisen isoäitinsä saamen kielen taitoon ja polveutumiseen vuoden 1839 maa- ja kantokirjaan merkitystä lappalaisesta.

Vaikka nykyinen Saamelaiskäräjien hallitus tai vaalilautakunta arvoisikin eri tavoin (tässä tapauksessa tiukemmin) todisteita kuin edeltäjänsä, hakijoiden yhdenvertaisuuden näkökulmasta on ongelmallista, jos hakijoita valitaan luetteloon tai jätetään sen ulkopuolelle eri vaalilautakuntien tai Saamelaiskäräjien hallitusten erilaisten tulkintojen kautta. Samalla tavoin on ongelmallista, että vuonna 2015 on päässyt KHO:n päätöksellä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon useita henkilöitä, jotka KHO on aiemmin samoin perustein hylännyt. Nämä seikat heikentävät hakijoiden oikeusvarmuutta ja yhdenvertaisuutta.

Vuonna 2015 KHO hyväksyi myös kaksi muuta edellisen valittajan kanssa samoin perustein hakenutta, joista toinen on vuonna 1999 hyväksytyn veli<sup>273</sup> ja toinen hänen serkkunsa.<sup>274</sup> Kyseisen serkun kohdalla (KHO 30.9.2015 T 2745) merkille pantava seikka on, että päätöksestä käy ilmi, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan esittelijä on esittänyt, että valittaja hyväksytään vaaliluetteloon, sekä jättänyt päätökseen eriävän mielipiteensä. Saamelaiskäräjien hallitus on valituksen johdosta antamassaan lausunnossa katsonut, ettei ratkaisua ole syytä muuttaa.<sup>275</sup> Tällaiset tapaukset, joissa esittelijä jättää eriävän mielipiteen, tai syntyy äänestyspäätöksiä herättävät luonnollisesti pohtimaan ryhmähyväksynnän merkitystä ja sitä, kenelle se lopulta kuuluu saamelaishallinnossa. Voiko muutamasta ihmisestä koostuva vaalilautakunta sitä edustaa? Jos ryhmähyväksyntää edustaa toisaalta Saamelaiskäräjien hallitus tai kuten aiemmin Saamelaiskäräjien kokous, onko heillä riittävästi aikaa ja resursseja paneutua jokaiseen tapaukseen riittävän hyvin? Toisaalta, vaalilautakunnalla on varmasti enemmän erityisosaamista kyseisissä asioissa, koska sen tehtävä on nimenomaisesti käsitellä vain näitä kysymyksiä. On selvää, että ryhmähyväksyntä täytyy ottaa huomioon – kysymys on saamelaisten itsehallinnosta – mutta hyväksyvän ryhmän tulisi olla sekä riittävän kattava että riittävän perillä asioiden tilasta. Tämäkin puoltaa niin selkeää saamelaismäärittelmää, ettei tulkinnalle jää liikaa tilaa.

Tapaus KHO 30.9.2015 T 2666 on hieman samantapainen kuin edelliset tapaukset sillä erotuksella, että hakijan äiti on päässyt Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon samana vuonna sen jälkeen kuin hakija on sinne hakenut (2015). Hakija ilmoittaa äidinäitinsä ensiksi opituksi kieleksi saamen. Virkatodistukset eivät ilmoita mitään kyseisen henkilön ensiksi opitusta kielestä mitään. Saamelaiskäräjien hallitus katsoo, ettei hakija ole esittänyt luotettavaa selvitystä äidinäitinsä kielestä eikä häntä voida pitää saamelaisena saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 kohdan perusteella.<sup>276</sup> Hakija on arkistoviranomaisen todistuksen mukaan vuoden 1762 maakirjassa lappalaisten joukkoon merkityn henkilön jälkeläinen. Myöskään tällä perusteella häntä ei kuitenkaan voida Saamelaiskäräjien hallituksen mukaan pitää saamelaisena.<sup>277</sup> Hakija hakeutuu

---

271 s. 19.

272 s. 19.

273 KHO 30.9.2015 T 2599.

274 KHO 30.9.2015 T 2745.

275 s. 6.

276 s. 2.

277 Ibid.

siis saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 kohtien perusteella. Kuitenkin KHO:lle tehdystä valituksesta käy ilmi, että hakijan äiti on hyväksytty Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon sen jälkeen kuin valittaja on hakeutunut vaaliluetteloon. Hän ei ole voinut hakeutua saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella, mutta KHO:n päätöksestä käy ilmi, että hän olisi tuonut asian esille vaalilautakunnalle tekemässään oikaisuvaatimuksessa. KHO katsoo, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan ja hallituksen olisi tullut käsitellä asia tämänkin peruste huomioon ottaen.<sup>278</sup>

Päätöksestä ei käy esille, että Saamelaiskäräjien hallitus olisi ottanut kantaa siihen, miksei vaalilautakunta ottanut huomioon hakijan oikaisuvaatimuksessa sitä, että hakijan äiti on päässyt vaaliluetteloon, minkä perusteella luonnollisesti hakijankin olisi tullut sinne päästä. Kuten aiemmin mainittu, Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ja hallitus lähtevät siitä, että hakijan on osattava vedota oikeaan lainkohtaan hakemuksensa tueksi. Kuitenkaan tässä tapauksessa hakija ei ole voinut vedota saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaan hakemuksessaan, koska se on tehty ajallisesti ennen kuin hakijan äiti on päässyt vaaliluetteloon. KHO:n valituksessa Saamelaiskäräjien hallitus toteaa lausunnossaan, ettei valittajan saamelaisuutta tule tutkia mainitun lainkohdan perusteella, kun siihen on vedottu vasta muutoksenhakuvaiheessa.<sup>279</sup> KHO kuitenkin katsoo, ettei vanhemman saamelaisuuteen vetoaminen muodosta uutta vaatimusta eikä asia muutu siihen vetoamisen myötä toiseksi siten, että valituksen tutkimiselle saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella olisi este.<sup>280</sup> Hakija on valituksessaan itsekin vedonnut 3 §:n 3 kohtaan.<sup>281</sup> Tapauksessa epäselvyyttä aiheuttaa se, että eihän hakija olisi voinut vedota saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohtaan vielä hakemusvaiheessaan, koska hänen äitinsä ei vielä silloin ollut päässyt vaaliluetteloon. Tästä näkökulmasta Saamelaiskäräjien hallituksen päätös näyttää epäloogiselta, ja KHO:n päätös perustellulta.

Erilaisen laintulkinnan lisäksi Saamelaiskäräjien ja KHO:n menettelyllisissä käytänteissä näyttäisi olevan eroa, joka johtaa myös epäselvyyteen. Tämän lisäksi Saamelaiskäräjien mahdollisesti tiukentunut linja kieliperusteita koskevassa näytössä (ks. edellä käsitelty tapaus T 2592) saattaa herättää pohdintaa. Toisaalta Saamelaiskäräjien perustelut siitä, että yksityishenkilöiden todistuksiin on pakko suhtautua varauksella, sillä nehan saattavat olla myös vilpillisiä, ovat ymmärrettävät. Kun hakija tietää, että ilman kielitodisteita ei lähtökohtaisesti vaaliluetteloon Saamelaiskäräjien kautta pääse, tämä saattaa kannustaa epämääräistenkin todistusten tekoon. KHO on saattanut kokonaisharkinnan kautta hyväksyä henkilön itsensäkin tekemiä ja jonkun toisen oikeaksi todistamia todistuksia tai ottaa kieliperusteen huomioon myös ilman minkäänlaista todistusta.

## 2.5. Yhteenveto ja johtopäätökset

Vuonna 1999 korkein hallinto-oikeus toteaa lähtevänsä siitä, että saamelaiskäräjälain 3 §:ää on tulkittava lain 1 §:ssä ilmaistun lain tarkoituksen pohjalta eli että lailla turvataan saamelaisille alkuperäiskansana omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinto. Näitä kulttuuri-itsehallintoon kuuluvia tehtäviä varten saamelaiset valitsevat vaaleilla keskuudestaan Saamelaiskäräjät. Tulkittaessa lain 3 §:n 2 kohtaa säännökselle ei siten voida antaa lain tarkoituksesta ja lain muista säännöksistä riippumatonta merkitystä. KHO viittaakin suoraan pykälän 1 kohdan edellytykseen kieliperusteesta. Niin ikään KHO:n mukaan äidinkielen merkitys ilmenee myös lain 1 §:ssä käytetystä sanamuodosta ”omaa kieltään ja kulttuuriaan koskeva kulttuuri-itsehallinto”. KHO jatkaa toteamalla, että alkuperäiskansan tärkeä tunnusmerkki on oma kieli. Ennen saamelaiskäräjälakia kieli oli ainoa niin sanottu objektiivinen peruste vastaavanlaisessa asemassa olleen saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa. Ruotsissa ja Norjassa kieli on vastaavissa säännöksissä keskeinen saamelaismäärittelyn peruste. Näiden maiden

<sup>278</sup> s. 6.

<sup>279</sup> s. 5.

<sup>280</sup> s. 6.

<sup>281</sup> s. 4.

saamelaiset kuuluvat samaan alkuperäiskansaan kuin Suomen saamelaiset. Kieliperusteinen saamelaismäärittely voi saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 3 kohdan mukaan ulottua neljään sukupolveen. KHO:n mukaan verotuksellista, elinkeinon perustuvaa taloudellista sidettä saamelaisuuteen ei voida pitää niin tärkeänä kuin kielellistä sidettä.

Vuonna 1999 KHO painottaa, että alkuperäiskansan määrittämisessä on merkitystä annettava myös alkuperäiskansan omalle käsitykselle siitä, keitä ryhmään kuuluu, toisin sanoen millaiset edellytykset henkilön tulee täyttää jäseneksi hyväksymiselle tai tunnustamiselle. Muutoin asiassa voitaisiin nähdä pyrkimystä sulauttaa alkuperäiskansa pääväestöön. Saamelaiskäräjälain 1 §:n mukaan kysymyksessä on saamelaisten kulttuuri-itsehallinto.

Vuonna 2011 KHO ottaa käyttöön kokonaisharkinnan periaatteen, jossa henkilö voidaan katsoa saamelaiseksi silloinkin kun saamelaiskäräjälain 3 §:n mikään kohta ei tavanomaisten tulkintasääntöjen mukaan täyty, mutta henkilöä voidaan kokonaisarvioinnin perusteella pitää saamelaisena. Ratkaisussa KHO lähtee siitä, ettei saamelaiskäräjälaki sisällä sellaista rajoitusta, että vain vuoden 1875 tai sitä uudemmat luettelot voitaisiin ottaa huomioon polveutumista saamelaiskäräjistä annetun lain 3 §:n 2 kohdan mukaisesti tarkasteltaessa. Lakia ei perustuslakivaliokunnan kanta huomioon ottaen myöskään voi tulkita niin, että kaikissa tapauksissa vuotta 1875 vanhemmat luettelomerkinnät olisivat vailla merkitystä tulkittaessa saamelaisen määritelmää ja siten oikeutta äänestää saamelaiskäräjävaaleissa.

KHO:n mukaan pykälän 2 kohdassa säädettyä saamelaisuuden perustetta ei kuitenkaan ole tarkoitettu sovellettavan niin, että hyvin varhaisen esivanhemman merkitseminen mainitussa lainkohdassa tarkoitettuihin luetteloihin automaattisesti johtaisi siihen, että saamelaisiksi olisi katsottava kaikki tällaisen esivanhemman jälkeläiset, jotka ilmoittaisivat pitävänsä itseään saamelaisena. Aina 1500-luvulta peräisin oleviin viranomaisluetteloihin merkittyjen henkilöiden jälkeläisten määrä voisi nousta varsin suureksi ja tosiasiallinen kielellinen ja kulttuurinen yhteys saamelaisiin alkuperäiskansana jäädä hyvin ohueksi. Asiaa arvioitaessa on pidettävä mielessä perustuslaista ilmenevä ja saamelaiskäräjistä annetun lain 1 §:ssä säädetty tavoite suojata saamelaisten kielellistä ja kulttuurista itsehallintoa. Tällä turvataan saamelaisten asemaa sulautumiselta valtaväestöön. Samalla on kuitenkin varmistettava, että kaikki ne saamelaisiksi itsensä kokevat, joiden itseidentifikaatiolle on riittävä, objektiivinen peruste, voivat nauttia tästä oikeudesta osana alkuperäiskansaa. KHO:n mukaan itsensä ryhmään samaistavan yksilön oikeuksien rajoittamiselle tulee olla objektiivinen ja kohtuullinen oikeutus, ja rajoituksen tulee olla tarpeellinen koko vähemmistöryhmän hyvinvoinnin ja elinkyvyn kannalta. Vaatimus on omiaan suojaamaan saamelaisväestöä sulautumiselta pääväestöön ja näin edistämään perustuslain 17 §:ssä sekä edellä kuvatuissa kansainvälisissä asiakirjoissa ilmaistuja tavoitteita alkuperäiskansojen kielellisistä ja kulttuurisista oikeuksista.

Keskeinen muutos tässä ja muissa vuoden 2011 ratkaisussa verrattuna aiempiin tapauksiin on kansainvälisten ihmisoikeussopimusten vahvempi esiin tuominen. Kuitenkin varsinaisesti vain YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevalla yleissopimuksella näyttäisi olevan suoraa merkitystä tapauksen punninnan kannalta. KHO tuo esille YK:n rotusyrjinnän poistamista käsittelevän komitean vuonna 1990 antaman yleisen suosituksen, joka koskee samaistumista tiettyyn rodulliseen tai etniseen ryhmään, sekä komitean Suomelle antamat kehotukset ottaa yksilön itseidentifikaatio paremmin huomioon saamelaismääritelmässä (2003 ja 2009).

Rotusyrjintäkomitean kannanotoilla on eittämättä ollut vaikutus kokonaispunninnassa, ja KHO mainitsee rotusyrjintäkomitean painottaman "itseidentifikaation" arvioidessaan 3 §:n 2 momenttia, mutta KHO ei tuo loppupäätöksessään suoraan esille, että se nojautuisi näihin kannanottoihin. Ratkaisunsa se perustaa yksinomaan "kokonaisharkintaan", jossa saamelaiskäräjälain 3 §:n 1 ja 2 momentteja tarkastellaan valittajan esittämien seikkojen pohjalta hänen itseiden-

tifikaationsa tueksi, ei erillisinä lainkohtina, joiden objektiivisesti tulee täytyä tavanomaisen tulkinnan merkityksessä.

Vuonna 2015 kokonaisharkinnan mukainen tulkinta jatkuu. Tapausten yhteydessä vaalilautakunta tuo esille, että mikäli hakemuksen kohteena olevan korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen ratkaisulinja säilyy tai entisestään vahvistuu, tämä murentaa käytännössä saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja on omiaan vaikuttamaan siten, että Saamelaiskäräjät menettää merkityksensä saamelaisten edustuksellisenä instituutiona, ja saamelaiset alkuperäiskansana ja vähemmistönä sulautetaan valtiovallan toimesta suomalaiseen pääväestöön.

Kuitenkin merkille pantavaa tässä on se, ettei KHO ota vuonna 2015 ota kantaa rotusyrjintäkomitean uuden, vuoden 2012 kannanoton suhteesta aiempiin kannanottoihin, vaikka se on niiden kanssa oikeastaan melkein päinvastainen, painottaessaan nyt alkuperäiskansan itsemääräämisoikeutta ja ryhmähyväksyntää. Eli myöskään 2015 vuoden tapauksissa, rotusyrjintäkomitean vuoden 2012 kannanotto ei saa KHO:ta pohtimaan perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa saamelaisen itsehallinnon kannalta vaan ensisijaisesti yksilön kannalta. KHO ottaa siis edelleen yleisperusteluissaan huomioon myös saamelaisten itsehallinnon suojan, mutta tapausten *ratkaisuissa* tämän ei voida katsoa heijastuvan. Yhdessäkään ratkaisussa KHO ei puntaroi tätä kysymystä suoraan. Se arvioi myös tapauksia hakijan argumenttien luotettavuuden näkökulmasta eikä ota huomioon sitä, minkä luotettavuuden Saamelaiskäräjät on antanut hakijan esittämille väitteille. Saamelaiskäräjät argumentoi lähes kaikissa tapauksissa ryhmähyväksynnän puolesta, mutta KHO päättyy vuonna 2015 hyväksymään 93 henkilöä vastoin Saamelaiskäräjien näkemystä siitä, ettei se tunnista kyseisiä henkilöitä jäsenikseen.

Paradoksaalisesti KHO:n vuoden 1999 päätökset heijastavat vahvimmin saamelaisten itsehallinnon perustuslaillista suojaa sekä kansainvälistä alkuperäiskansaoikeudesta kumpuavaa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuteen liittyvää ryhmän lähtökohtaista oikeutta valita jäsenensä – objektiivisia kriteereitä noudattaen. Vuoden 1999 päätökset heijastavat siis eniten tämän päivän kansainvälisiä alkuperäiskansaoikeuksia. Sen sijaan vuoden 2011 ja 2015 päätöksissä saamelaisten itsehallinnon suojaaminen heikkenee, mutta yksilöiden itseidentifikaation merkitys korostuu – joskin hyvin eriasteisesti tapauksesta riippuen.

Kokonaisharkintaan KHO päättyi vuonna 2011 todennäköisesti useasta syystä. Yhtäältä rotusyrjintäkomitean kannanotot saamelaismääritelmän liian tiukasta tulkinnasta, toisaalta Saamelaiskäräjien valintakriteereitä aktiivisesti kritisoivat yksilöt ja järjestöt sekä vuoden 2011 vuosikirjatapausten perustelut ovat varmasti saaneet KHO:n tulemaan siihen johtopäätökseen, että saamelaiskäräjälain mukainen saamelaismääritelmä, kuten lainsäätäjä sen on tarkoittanut ja kuten KHO sitä vuonna 1999 tulkitsi, jättää ulkopuolelle henkilöitä, jotka tosiasiallisesti ovat saamelaisia. Paradoksaalista tässä on se, että keskeisessä vuosikirjaratkaisussa sama henkilö, jonka KHO oli jo kertaalleen hylännyt, pääsi nyt samoilla perusteilla vaaliluetteloon. Tämän lisäksi henkilö oli toiminut saamelaisten itsehallintoa näkyvästi vastustavan nk. lappalaisliikkeen keulahahmona. Tämän jälkeen myös sellaiset henkilöt tulivat hyväksytyksi vuonna 2015 KHO:n toimesta, jotka mainitsivat olevansa kyseisen henkilön serkkuja. Ottamatta kantaa kyseisten henkilöiden saamelaisuuteen, on tässä mielessä ymmärrettävää, että vuoden 2011 päätökset saivat Saamelaiskäräjät puolustuskannalle, ja tämä on mahdollisesti voinut vaikuttaa jopa tiukentavasti vaalilautakunnan tulkintakriteereihin esimerkiksi kieleen liittyvien yksityishenkilöiden todistusten luotettavuuden arvioinnissa. Tämä olisi hyvin luonnollista, sillä KHO on hyväksynyt myös henkilön itsensä tekemiä todistuksia ja ottanut kielikriteerin huomioon jopa ilman todisteita.

2015 vuoden tapausanalyysi osoittaa kokonaisharkinnan ongelmallisuuden. KHO:ta ei tietenkään voida syyttää siitä, ettei se pysty arvioimaan henkilöiden saamelaisuutta. Siksi olisikin



viisainta ja lain mukaista pitäytyä saamelaiskäräjälain tulkinnassa niin kuin lainsäätäjät on sen tarkoittanut. Ei voi olla lähtökohtaisesti korkeimman hallinto-oikeuden asia ratkaista sitä, kuka on saamelainen Suomessa. KHO:n tehtävänä on valvoa päätösten lainmukaisuutta. Tähän tehtävään KHO:ta tarvitaan edelleen tulevaisuudessa. Tuomioistuimella tulisi olla myös huomattavasti enemmän aikaa päätösten tekemiseen. Saamelaiskäräjälaki tulisi joka tapauksessa muuttaa siten, että se ei mahdollistaisi näin monitulkintaisia päätöksiä. Asiaan otetaan tarkemmin kantaa seuraavassa kappaleessa.

Saamelaiskäräjillä ei ole velvollisuutta hyväksyä ketä tahansa hakijaa saamelaiseksi. Saamelaiskäräjien on kuitenkin, kuten se itsekin toteaa, käsiteltävä Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon tulevat hakemukset objektiivisesti, yhdenvertaisesti ja Suomessa voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaisesti. Saamelaiskäräjien on sovellettava saamelaiskäräjälakia. Tämän tutkimuksen käytössä olevan materiaalin valossa näyttää siltä, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunta soveltaa kohtalaisen tiukkoja kriteereitä esimerkiksi arvioidessa kielitodisteita. Tämä on sinänsä ymmärrettävää, koska todistuksia voidaan kirjoittaa myös vilpillisessä mielessä.

Tutkimuksen käytössä olleesta materiaalista on poimittu kaikki löydettävissä olevat epämääräisiltä näyttävät seikat. Suuri osa ”epämääräisyyksistä” johtuu siitä, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on hakenut purkua Saamelaiskäräjien hallituksen tai kokouksen tekemille päätöksille siinä kuitenkaan onnistumatta. Tästä on seurannut se, ettei vaalilautakunta ole halunnut vastaisuudessa hyväksyä kyseisillä sen mielestä virheellisillä perusteluilla vaaliluetteloon päässeiden henkilöiden lähisukulaisia. Tämä muodostaa tilanteita, joissa saman perheen jäsenistä osa tulee hyväksytyiksi ja osa hylätyiksi. Myöskään Saamelaiskäräjien vaalilautakunta ei ole hyväksynyt sellaisten henkilöiden lähisukulaisia, jotka ovat päässeet vaaliluetteloon KHO:n päätösten perusteella. Vaikka Saamelaiskäräjien logiikan voikin ymmärtää, hakijoiden oikeusturvan kannalta ei ole edullista, mikäli he eivät voi luottaa lainvoimaisiin päätöksiin. Tämä myös lisää valituksia, sillä valittaja tietää tällaisessa tapauksessa pääsevänsä vaaliluetteloon KHO:n kautta. Epäselvänä saattaa näyttäytyä myös Saamelaiskäräjien linja, jossa se on katsonut, ettei se voi hyväksyä hakijaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdan perusteella, mikäli hakija ei ole vedonnut lainkaan tai on vasta oikaisuvaatimuksessaan vedonnut kyseiseen kohtaan, koska kyseessä olisi silloin uusi hakemus. Saamelaiskäräjät on pitäytynyt tiukasti hallintolainkäyttölain tulkinnassa siten, että henkilö voidaan hyväksyä vain sen kohdan perusteella, johon hän varsinaisessa hakemuksessaan viittaa. KHO on hyväksynyt sen sijaan valittajan automaattisesti esimerkiksi 3 §:n 3 kohdan perusteella, silloinkin kun valittaja ei ole kyseiseen kohtaan vedonnut, mikäli edellytykset ovat muutoin täyttyneet. Kuitenkin aikaisemmassa vuoden 2001 päätöksessä KHO nimenomaan itsekin painottaa vaatimistaakkaa eikä käsittele valitusta kuin sillä perusteella, johon valittaja on valituksensa tueksi viitannut. Huomionarvoista on, että KHO on saattanut arvioida myös henkilön kielikriteeriä uusissa tapauksissa silloinkin, kun siihen ei ole vedottu.

Kaikissa tapauksissa Saamelaiskäräjien päätöksenteko ei kuitenkaan ole täyttänyt objektiivisuuden ja yhdenvertaisuuden kriteereitä. Tällainen tapaus löytyy vuodelta 2011, jossa 10 hakijaa pääsi sisälle saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, jolla muut hakijat eivät ennen sitä eivätkä sen jälkeen ole päässeet. Tätä tapausta voidaan pitää syrjintänä muita vastaavia hakijoita kohtaan, ja se herättää myös turhia toiveita muissa hakijoissa päästä sisälle samoin perustein. Tämän lisäksi aineistosta löytyy myös tapaus, jossa hakija ei ole vuonna 2015 päässyt vaaliluetteloon, vaikka hänen sisarensa on hyväksytty luetteloon vuonna 1999. KHO:n päätöksestä käy ilmi, että hakijoiden perustelut ovat hyvin samanlaiset ja kyse on saman vanhemman kieliperusteen punninnasta. Myös hyväksytyin siskon veli ja serkku olivat jääneet ulkopuolelle ja tulivat KHO:n toimesta hyväksytyiksi. Kieliperustetta on punnittu eri tavalla vuonna 2015 kuin vuonna 1999. Tällaista voi luonnollisesti sattua, koska kyseessä on eri vaalilautakunta. Yksilöiden oikeusturvan kannalta on kuitenkin ongelmallista, mikäli lain tul-

kinta vaihtelee eri vuosina. Tällaisia tapauksia varten KHO:ta tarvitaan jatkossakin muutoksenhakuelimenä – ei ratkaisemaan saamelaisuutta vaan valvomaan, että päätökset ovat lain- ja yhdenmukaisia.

Läpikäydyn aineiston pohjalta ei kuitenkaan voida tukea julkisessa keskustelussa esitettyjä väitteitä, että Saamelaiskäräjien päätökset olisivat johdonmukaisesti syrjiviä tai mielivaltaisia. Usein tällaisten väitteiden yhteydessä ei kenties tarkasteta tai tuoda esille kaikkia asioiden puolia vaan kaikki epämääräiseltä näyttävät tapaukset tulkitaan suoraan syrjintäpäätöksiksi. Esimerkiksi se, että henkilö on saattanut päästä Norjassa Saamelaiskäräjien luetteloon, ei tee Suomen Saamelaiskäräjien päätöksestä syrjivää, sillä Saamelaiskäräjät noudattaa saamelaiskäräjälakia. Myöskään KHO:n päätöksillä henkilö ei ole sillä perusteella päässyt vaaliluetteloon, että hän on vedonnut että olisi päässyt vaaliluetteloon Norjassa. Suomessa sovelletaan Suomen lainsäädäntöä. Hakijoita on saattanut hakeutua myös puutteellisilla tiedoilla ja osa hakemuksista ei täytä muotokriteereitä. Osa samasta perheestä saattaa hakeutua saamelaiskäräjälain eri kohtien perusteella ja vain oikeaan kohtaan vetoava pääsee sisälle. Vaaliluetteloon voi pyrkiä seuraavalla vaalikaudella uudelleen, niin että henkilö, jonka vanhemman Saamelaiskäräjät on hyväksynyt vaaliluetteloon, pääsee sinne varmasti vedotessaan uudessa hakemuksessa 3 §:n 3 kohtaan.

KHO ei ole missään yhteydessä tuonut esille epäilystä syrjinnästä tai mielivaltaisuudesta tai ottanut millään tavalla kantaa joidenkin valittajan väitteisiin syrjinnästä. Muutamassa tapauksessa KHO on korkeintaan todennut, ettei Saamelaiskäräjien jonkun asian toisin arviointi (kuin aiemmin) ole perusteltua. Samaan yhteyteen on todettava, että myös KHO on arvioinut samoja hakijoita eri tavoin vuonna 1999 kuin myöhemmin vuosina.

Tutkimuksen käytössä olevan materiaalin pohjalta Saamelaiskäräjien päätöksenteko vaaliluetteloon valinnassa ei näytä mielivaltaiselta tai syrjivältä, mutta valitettavasti joukkoon mahtuu muutaman yksittäistapausta, joissa väärä päätöksiä, jotka ovat yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisia, on syntynyt. Tämä osoittaa, ettei systeemi ole kaikilta osin aukoton ja sitä olisi parannettava. Tämä ei kuitenkaan ole omiaan romuttamaan saamelaisten itsehallintoa. Päinvastoin, sitä on vahvistettava ja tehtävä koko valintaprosessi läpinäkyvämmäksi. Sidosryhmäkuulemisten ja muiden tutkimuksen aikana käytyjen keskustelujen yhteydessä muodostui käsitys, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan päätöksiin ei välttämättä luoteta ja ylipäätään Saamelaiskäräjiä saatetaan pitää liian pienen piirin toimintana, joka ei täysipainoisesti aja kaikkien saamelaisten etuja. Myös yleinen väite siitä, että saamelaiset kyllä tietävät keitä heihin kuuluu, ei läpikäydyn aineiston perusteella välttämättä jokaisessa yksittäistapauksessa pidä paikkaansa. Pienillä resursseilla tiukassa aikataulussa satoja hakemuksia läpikäyvä vaalilautakunta ei varmasti joka ikisessä tapauksessa voi olla täysin varma, onko henkilö saamelainen vai ei. Vaalilautakunta ei välttämättä myöskään kaikissa tapauksissa ole tietoinen hakijoiden sukulaissuhteista, jos he eivät tuo itse sitä esille ja hakeutuvat luetteloon erilaisin perustein. Osittain tästäkin syystä syntyy myös äänestyspäätöksiä saamelaishallinnossa, mikä ei kuitenkaan ulospäin näytä hyvältä. Ryhmähyväksyntää horjuttaa se, jos vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien hallitus ovat kovin usein erimielisiä henkilöiden saamelaisuudesta.

Mitä ei ole tuotu tähän saakka juurikaan esille on se, että Saamelaiskäräjien syrjinnästä syyttämistä on voitu käyttää myös argumenttina laajennetun saamelaismääritelmän tueksi tai ainakin sen tueksi, ettei saamelaismääritelmää tule kaventaa. Todellisuudessa nämä kaksi asiaa ovat kuitenkin toisistaan erillisiä asioita. Se, että Saamelaiskäräjät tulkitsee saamelaiskäräjälakia kielipainotteisesti, ei ole syrjintäkysymys kuin ainoastaan siinä tapauksessa, että lakia tulkitaan eri tavalla eri yksilöiden osalta. Saamelaiskäräjien tulkinta ei ole ollut epäjohdonmukainen, paitsi muutamassa edellä mainitussa yksittäistapauksessa. Syrjintää käytetään kuitenkin myös perusteluna sille, ettei Saamelaiskäräjät hyväksy hakijoita saamelaiseksi pelkästään saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan eli ns. lappalaispykälän ja itseidentifikaation takia. Tässä yhtey-

dessä on kuitenkin tärkeä huomioida, ettei myöskään korkein hallinto-oikeus edelleenkään hyväksy ketään pelkästään ns. lappalaispykälän nojalla, (ellei kyse ole aivan uusista 1870 jälkeisistä luetteloista) vaan henkilöitä on päässyt sisään kokonaisharkinnan perusteella.

Syyttäen Saamelaiskäräjiä mielivaltaisuudesta ja yhdenvertaisuusperiaatteen rikkomisesta on perusteltu sitä, ettei saamelaismääritelmää tulisi supistaa hallituksen esityksen mukaisesti. Päätöksentekijöihin tämä on uponnut, perustuslakivaliokuntaa myöten, joka otti kantaa saamelaismääritelmän säilyttämiseen nykyisellään – ilmaissen huolensa esityksen liiasta painoarvosta ryhmähyväksynnälle.

On syytä ottaa huomioon, että useat lappalaispykälällä hakeutuvat eivät anna mitään painoarvoa ryhmähyväksynnälle vaan pyrkivät vesittämään sen hakemuksissaan ja valituksissaan. Näiden henkilöiden mielestä jokaisen, joka tuntee olevansa saamelainen ja hänellä on osoittaa esi-isä, joka on merkitty lappalaiseksi vanhoihin maa- tai kantokirjoihin, sekä se, että heillä on ”saamelainen” elämäntapa, tulee päästä Saamelaiskäräjien vaaliluettelon. Tämä näkemys on ymmärrettävä heidän näkökulmastaan, koska he määrittävät oman saamelaisuutensa sillä, että he polveutuvat lappalaisesta suvusta. Vaikka kieli olisikin menetetty usea sukupolvi aiemmin eikä hakijan vanhemmat tai edes isovanhemmat olisi identifioineet itseään saamelaiseksi, henkilö ajattelee, että hän voi kuitenkin olla saamelainen, koska täyttää saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan sanamuotoisen tulkinnan kautta. Saamelaisuutta perustellaan usein perinteisellä maankäytöllä. Koska saamelaisuus nähdään tällöin yksilön identiteettinä, jonka hän voi valita riippumatta siitä, tunnistaako ryhmä hänet saamelaiseksi, tuntuu luonnollisesti väärältä ja epäoikeudenmukaiselta jäädä vaaliluettelon ulkopuolelle. Tästä syystä kysymys on herkkä ja tunteita herättävä eikä siihen ole helppo löytää kaikkia osapuolia tyydyttävää ratkaisua. Yksilöitä ei ainakaan voi syyttää siitä, että voimassa oleva saamelaiskäräjälaki on mahdollistanut tulkinnan, joka ei kuitenkaan vastaa lainsäätäjän tarkoitusta tai Saamelaiskäräjien ja KHO:n tulkintaa.

Perustavanlaatuinen ongelma on kuitenkin se, että saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohtaa ei alunperinkään tarkoitettu tulkittavaksi siten, että vuoden 1875 vanhemmat maarekisterit voitaisiin ottaa ainoaksi saamelaisuuden kriteeriksi itseidentifikaation ohella. Myöskään KHO ei lähtökohtaisesti edelleenkään ole hyväksynyt ketään pelkästään 3 §:n 2 kohdan perusteella, ellei kyse ole riittävän uusista maakirjoista (1870). Ongelmallisen tästä tekee se, että kuka tahansa voi väittää tuntevansa olevansa saamelainen. Myöskään poronhoito, kalastus, riekonpyynti tai marjastus ei tee kenestäkään saamelaista. Näitä on kuitenkin käytetty pääperusteina saamelaista elämäntapaa todisteltaessa. Huomattava osa näistä henkilöistä pääsikin KHO:n päätöksellä vuonna 2015 (tai 2011). Suuri osa heistä ei kuitenkaan vielä päässyt ja mikäli määritelmää ei muuteta, on syytä olettaa, että ainakin osa heistä hakeutuu uudestaan. Hyväksytyjen ja hylättyjen tapausten välillä ei välttämättä ole mitään perusteltua eroa, kuten tapausanalyysi osoittaa. Näiltä osin myös osaa KHO:n päätöksistä voidaan pitää yhdenvertaisuusperiaatteen sekä hyvän hallinnon vastaisena. KHO on myös osoittanut, että se voi myöhemmin hyväksyä samoja hakijoita, jotka se on aiemmin hylännyt, silloinkin kun valittajan perustelut ovat kutakuinkin samat. Tämänkään ei voida katsoa olevan hakijoiden oikeusturvan kannalta hyvä lähtökohta.

### 3. HE 167/2014 & Saamelaismääritelmän muuttaminen: analyysi ja ehdotuksia

Hallituksen esityksen (HE 167/2014) mukaan saamelaiskäräjälain tarkistamisen tavoitteena on parantaa saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon ja Saamelaiskäräjien toimintaedellytyksiä.<sup>282</sup> Kyseistä hallituksen esitystä ja sen suhdetta kansainväliseen oikeuteen on jo arvioitu tämän tutkimusraportin ensimmäisessä sisällöllisessä kappaleessa. Tämän kappaleen tarkoituksena on arvioida pelkästään esityksen sisältämää ehdotusta saamelaismääritelmän muuttamiseksi. Pohjana tälle arvioinnille on sekä kansainvälisen oikeuden asettamat reunaehdot alkuperäis-kansamäärittelylle että korkeimman hallinto-oikeuden edellisessä kappaleessa esitetty saamelaismääritelmää koskevien päätösten aineisto ja siitä tehdyt johtopäätelmät. Niin ikään tämän tutkimuksen puitteissa on tutustuttu alkuperäiskansamäärittelyihin tietyissä muissa valtioissa (Norja, Ruotsi, Kanada, Uusi-Seelanti ja lukuisat Latinalaisen Amerikan valtiot). Pohjoismaita lukuunottamatta näistä on kuitenkin lähes mahdoton tehdä suoraa johtopäätöksiä siitä, miten asiat pitäisi ratkaista Suomessa, koska jokaisen valtion sisäinen tilanne on erilainen, ja valtioissa on usein lukuisia alkuperäiskansoja. Kaikissa valtioissa koko määrittelykysymys ei ole noussut ongelmaksi laisinkaan, kuten maaraporteista tulee ilmi. Lähimpänä Suomea luonnollisesti ovat Norja ja Ruotsi, ja kyseessä on yksi ja sama alkuperäiskansa – saamelaiset. Tästä syystä Norjan ja Ruotsin malli antaa luonnollisesti käyttökelpoisimman vertailukohtaan Suomen tilanteeseen. Juuri kun tätä tutkimusraporttia ollaan viimeistelemässä, on julki tullut ehdotus yhteispohjoismaisesta saamelaismääritelmästä, johon otetaan kantaa myöhemmin.

Suomen ratkaisun täytyy kuitenkin lähtökohtaisesti perustua Suomea sitoviin velvoitteisiin – perustuslakiin sekä siihen suoraan liittyviin kansainvälisen oikeuden normeihin. Mikäli ILO sopimus 169 halutaan liittää saamelaismäärittelykysymykseen, mihin ei sinänsä ole lähtökohtaisesti mitään oikeudellista velvoitetta, yleissopimuksen voidaan nähdä asettavan samat reunaehdot kuin muutkin kansainväliset ihmisoikeussopimukset sillä erotuksella, että alkuperäiskansainstrumentit suojaavat vahvemmin ryhmäoikeuksia kuin yleiset ihmisoikeussopimukset, joiden keskiössä on yksilöiden suoja. Niin ILO sopimus 169, YK:n alkuperäiskansajulistus kuin Pohjoismainen saamelaissovimuskin painottavat ryhmää edustavien instituutioiden asemaa ja keskeistä huomioimista kaikessa alkuperäiskansoja koskevassa päätöksenteossa. Riippumatta täysin siitä, ratifioiko Suomi ILO sopimus 169:n tai Pohjoismaisen saamelaissovimuksen, edellisessä kappalekokonaisuudessa tuotu materiaali tuskin jättää kenellekään epäselväksi sitä tosiasiaa, että voimassa oleva saamelaiskäräjälaki jättää liian suuren tulkintamarginaalin sekä Saamelaiskäräjille että korkeimmalle hallinto-oikeudelle sen suhteen, ketä voidaan pitää Suomessa saamelaisena. Perustuslaki kuitenkin itsessään vaatii kehittämään lainsäädäntöä saamelaisen itsehallinnon turvaamiseksi – edelleen täysin riippumatta ILO sopimus 169:n tai Pohjoismaisen saamelaissovimuksen ratifioinnista.

Niin kuin KHO:n päätösten yhteydessä on tullut selväksi, ongelman ytimessä on saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta. Kuten on jo tuotu esille, pykälän 2 kohdan perusteella saamelaisena pidetään saamenkielisestä syntyperästä riippumatta sellaisen henkilön jälkeläistä, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa. Kuten HE 167/2014 vp todetaan, ensimmäiseksi pykälän 2 kohtaa sovellettaessa huomioon otettavaksi viranomaisrekisteriksi kaavailtiin lakia säädettäessä vuoden 1875 luetteloa, joista oli tarkoitus säätää tarkemmin asetuksella. Jos tätä vanhemmat luettelot tulisi ottaa huomioon, saattaisivat näyttövaikeudet lain säätämiseen johtaneen hallituksen esityksen perustelujen mukaan lisääntyä kohtuuttomasti ja hakijan tosiasiallinen yhteys saamen kansaan saattaisi olla kyseenalainen (HE 248/1994 vp). Eduskunnan perustuslakivaliokunnan kannan mukaan laki ei kuitenkaan tavanomaisten tulkintasääntöjen perusteella oikeuttanut esityksen perusteissa mainittua mahdollisuutta säätää asetuksella vuoden 1875 luettelot laissa tarkoitetuiksi

<sup>282</sup> HE 167/2014 vp, s. 1.

yksinomaisiksi viranomaisrekistereiksi. Valiokunta ei myöskään pitänyt tarkoituksenmukaisena täydentää lakia tässä suhteessa asetuksenantovaltuuksin (PeVM 17/1994 vp).<sup>283</sup> Tuon aikainen perustuslakivaliokunta tuskin osasi aavistaa, kuinka monimutkaiseksi saamelaismäärittely tämän lausunnon takia muodostuisikaan. Suuri joukko ihmisiä alkoi hakeutua Saamelaiskäräjien luetteloon vuoden 1999 vaaleissa lappalaisen esi-isänsä perusteella. Saamelaiskäräjät, kuten myös KHO, hylkäsivät suurimman osan hakemuksista edellä mainituin perustein. Tämä herätti kuitenkin epäoikeudenmukaisuuden tunteita useissa hakijoista, jotka perustivat myös nykyistä saamelaishallintoa vastustavia järjestöjä, kuten kappaleessa neljä kuvaillaan. Järjestöt myös auttoivat henkilöitä hakeutumaan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon ja jopa tekivät hakemuksia heidän puolestaan. Järjestöt sekä heidän argumenttejaan tukevat ihmiset, mukaan lukien muutamat tutkijat, ovat tuoneet näkyvästi esille päätöksentekijöiden suuntaan, kuinka Saamelaiskäräjien tulkinta saamelaisuudesta jättää useita ihmisiä ulkopuolelle, jotka kuitenkin tuntevat olevansa saamelaisia, ja joilla on lappalainen esi-isä sanotuissa luetteloissa. Yleisenä argumenttina on käytetty myös ”saamelaiskulttuurin mukaista elämäntapaa”, kuten poronhoitoa, kalastusta, metsästystä ja marjastusta. Näitä seikkoja on tuotu myös esille KHO:lle tehdyssä valituksissa erityisesti vuosina 2011 ja 2015.

Vaikka saamelaismääritelmän muuttamista on harkittu jo aikaisemminkin useaan kertaan, kuten esim. Aarnion selvityksessä saamelaiskäräjälain muutostarpeesta vuonna 2012 tuodaan esille<sup>284</sup>, päällimmäisenä syynä, miksi saamelaismääritelmän tiukentamista ehdotetaan vuoden 2014 hallituksen esityksessä, on KHO:n 2011 tulkintalinjan muutos. Kuten aiemmasta kappaleesta käy ilmi, uudessa tulkinnassa KHO ei enää tiukasti rajaudu vuoteen 1875 tai edes 3 §:n 1 kohdan kieliperusteeseen, vaan perustaa ratkaisunsa kokonaisarvioon henkilön saamelaisuudesta. Saamelaiskäräjät, kuten useat saamelaisjärjestöt, ovat toistuvasti useassa yhteydessä ehdottaneet määritelmän muuttamista kieliperusteiseksi. Vuoden 2014 mukainen esitys oli valtion ja saamelaisten välinen neuvottelukompromissi. Kuten mainittu, uusin Saamelaiskäräjien hyväksymä ehdotus on yhteispohjoismainen saamelaismääritelmä, mikä olisi nimenomaan kieliperusteinen.

Yhteispohjoismaista saamelaismääritelmää koskeva ehdotus tuli julkiseksi vasta, kun tämä raportti on jo pääosin kirjoitettu. Koska Pohjoismaisen saamelaissopimuksen ratifiointista ei kuitenkaan ole vielä mitään takeita, on syytä käsitellä myös vuoden 2014 hallituksen esityksen ehdottamaa saamelaismääritelmää sekä pohtia asiaa muutenkin kuin Pohjoismaisen saamelaissopimuksen kontekstissa. Vuoden 2014 hallituksen esityksessä ehdotetun saamelaismääritelmän mukaan saamelaisella tarkoitettaisiin henkilöä, joka pitää itseään saamelaisena, edellyttäen että hän itse tai ainakin yksi hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään tai, että hän on sukusiteittensä kautta omaksunut saamelaiskulttuurin ja ylläpitänyt yhteyttä siihen ja on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty verotusta tai väestökirjanpitoa varten laadittuun viranomaisasiakirjaan lappalaiseksi tai, että ainakin yksi hänen vanhemmistaan on merkitty tai olisi voitu nyt ehdotettavan lain mukaan merkitä äänioikeutetuksi Saamelaisvaltuuskunnan tai Saamelaiskäräjien vaaleissa. Laissa ei siten enää pidettäisi henkilöä saamelaisena pelkästään sillä perustella, että hän on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa. Ehdotuksessa on toisaalta otettu huomioon saamelaisten alkuperäiskansana harjoittaman kulttuurin moninaisuus, eri saamen kielet samoin kuin saamelaiskulttuurin harjoittamisen erilaiset tavat ja muodot.<sup>285</sup>

Hallituksen esityksen mukaan määritelmäsäännöksen keskeinen merkitys on, että saamelainen on otettava äänioikeutetuista saamelaiskäräjävaaleissa laadittavaan vaaliluetteloon. Laikiin ehdotetaan lisättäväksi maininta, jonka mukaan Saamelaiskäräjät käsittelee hakemukset saamelaisten ottamiseksi vaaliluetteloon ja ilmoitukset vaaliluettelosta poistamiseksi. Mainin-

283 HE 167/2014 vp, s. 5–6.

284 Aarnio, E. J., Saamelaiskäräjälain muutostarpeet, Oikeusministeriön tilaama selvitysraportti, 3.5.2012, s. 13–15.

285 s. 23.

nan tarkoituksena on tuoda esiin saamelaisen yhteisön ryhmähyväksynnän merkitys käsitellessä saamelaiseksi itsensä identifioivien henkilöiden hakemuksia vaaliluetteloon merkitsemisestä.<sup>286</sup>

Esitys koskien käräjien kokouksen roolia on lähtökohtaisesti perusteltu. Ei ole kuitenkaan ehkä mietitty ihan loppuun sitä kysymystä, kuinka hyvin Saamelaiskäräjien kokouksella on aikaa ja resursseja tutustua tapauksiin. Lähtökohtaisesti Saamelaiskäräjien hallituksen ja kokouksen tulisi pystyä luottamaan vaalilautakunnan arvioon henkilön saamelaisuudesta. Epämääräisyyttä on tähänastisessa käytännössä lisännyt se, että viime hetkellä hallituksen tai käräjien kokoukseen on toisinaan tuotu uusi todiste esimerkiksi henkilön isovanhempien kielitaidosta, josta on saatettu äänestää. Epämääräisyyttä on entisestään lisännyt, jos vaalilautakunta on hakenut myöhemmin purkua tällaisille päätöksille. Yhtenä vaihtoehtona olisi kenties syytä pohtia sitä, että vaalilautakunnan toiminta erotettaisiin jotenkin kokonaan Saamelaiskäräjien politiikasta eivätkä vaalilautakunnan jäsenet olisi ehdokkaina tai jäseninä hallituksessa tai kokouksessa. Tällöin vaalilautakunnan tulisi kuitenkin olla huomattavasti nykyistä laajempi edustukseen todellista ryhmähyväksyntää.

Kuten hallituksen esityksessä tuodaan esille, Saamelaiskäräjien asettama vaalilautakunta päättää hakemuksesta saamelaisen merkitsemisestä vaaliluetteloon. Esityksen mukaan tämän tehtävän suuren merkityksen vuoksi on tärkeää, että Suomessa puhuttavat eri saamen kielet ja kulttuurimuodot tulevat vaalilautakunnassa edustetuiksi. Tästä ehdotetaan lakiin otettavaksi nimenomainen maininta. Lisäksi sääntelyä ehdotetaan tarkistettavaksi niin, että vaalilautakuntaan kuuluu puheenjohtajan lisäksi kuusi jäsentä nykyisen neljän asemesta.<sup>287</sup> Ehdotus vaalilautakunnan laajentamisesta on perusteltu. Samalla tulisi myös pohtia päätöksenteon avoimutta ja läpinäkyvyyttä, niin että hakijoiden henkilötiedot kuitenkin pysyisivät salaisina.

Nykyisin vaalilautakunta käsittelee hakemuksia vaaliluetteloon ottamiseksi vain vaalivuosina. Esityksellä pyritään saamaan aikaan muutos tässä käytännössä. Lakiin ehdotetaan sen vuoksi otettavaksi säännös, jonka mukaan vaalilautakunnan on käsiteltävä hakemukset vaaliluetteloon ottamiseksi ja ilmoitukset luettelosta poistamiseksi ilman aiheutonta viivytystä. Hakemuksia käsiteltäisiin siten vastaisuudessa jatkuvaluonteisesti.<sup>288</sup>

Tämä ehdotus on hyvin olennainen. Tätä tarkoitusta varten valtion tulisi osoittaa resurssit oikeustieteellisen tutkinnon ja saamelaiskulttuurin tuntemuksen omaavan henkilön jatkuvaluonteiseksi palkkaamiseksi.

Esityksessä ehdotetaan tarkistettavaksi säännöksiä muutoksenhausta Saamelaiskäräjien toimielinten päätöksiin. Saamelaiskäräjien hallituksen päätökseen saa ehdotetun pääsäännön mukaan vaatia oikaisua käräjien kokoukselta. Saamelaiskäräjien lautakunnan ja muun toimielimen päätökseen taas oikaisua saisi hakea käräjien hallitukselta. Oikaisuvaatimuksen johdosta annettuun päätökseen saisi hakea muutosta valittamalla hallinto-oikeuteen. Myös Saamelaiskäräjien kokouksen tekemästä päätöksestä valitettaisiin hallinto-oikeuteen. Hallinto-oikeuden päätökseen saa ehdotuksen mukaan hakea muutosta valittamalla vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan. Kuitenkin vaalilautakunnan päätöksestä henkilön hakemukseen tulla saamelaisena merkityksi vaaliluetteloon samoin kuin lautakunnan päätökseen vaaliluettelosta poistamista koskevassa asiassa saisi vastaisuudessa vaatia oikaisua Saamelaiskäräjien kokoukselta. Kokouksen päätökseen taas saisi hakea muutosta valittamalla – poikkeuksellisesti – suoraan korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Tällaista sääntelyä voidaan pitää perusteltuna yhtäältä asian suuren merkityksen vuoksi ja toisaalta siksi, että vaalikauden lopulla jätettyihin hakemuksiin tulee vastaisuudessakin saada lopullinen ratkaisu kiireellisesti.<sup>289</sup> Esitys on perusteltu oikeusturvan ja hyvän hallinnon vahvistamiseksi.

<sup>286</sup> s. 23–24.

<sup>287</sup> s. 24.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> s. 26.

Hallituksen esityksessä todetaan, että esitys selkeyttäisi sääntelyä saamelaiseksi itsensä identifioivien henkilöiden oikeudesta tulla tunnustetuksi saamelaiseksi. Ehdotuksessa saamelaisen määritelmää koskevan sääntelyn tarkistamiseksi on otettu huomioon saamelaisten alkuperäiskansana harjoittama aineellisen ja henkisen kulttuurin moninaisuus. Saamelaisen yhteisön ryhmähyväksynnän kannalta merkityksellisen vaalilautakunnan kokoonpanon laajentaminen ja lautakunnan jäsenten valintaa ohjaavan sääntelyn sisällyttäminen lakiin olisivat omiaan lisäämään saamelaisten luottamusta lautakunnan päätöksentekoon. Esityksessä ehdotettu muutoksenhakusääntelyn kehittäminen olisi saamelaisten oikeusturvan kannalta merkityksellistä.<sup>290</sup>

Hallituksen esityksen mukaan saamelaiskäräjälain sääntelyä Saamelaiskäräjien kokoonpanosta ehdotetaan tarkistettavaksi. Saamelaiskäräjille ehdotetaan valittavaksi nykyisen 21 jäsenen asemesta 25 jäsentä. Tämä on äänioikeutettujen määrässä toteutuneen kehityksen vuoksi perusteltua. Lain sääntelyä kuntakiintiöistä ehdotetaan tarkistettavaksi niin, että kiintiöt vastaisivat nykyistä paremmin saamelaisten kotiseutualueen kunnissa asuvien äänioikeutettujen saamelaisten lukumäärää. Saamelaiskäräjissä tulee ehdotuksen mukaan olla vähintään viisi jäsentä Inarin kunnasta, neljä jäsentä Utsjoen kunnasta, kolme jäsentä Enontekiön kunnasta ja kaksi jäsentä Sodankylän kunnan Lapin paliskunnan alueelta ja yksi varajäsen kustakin mainitusta kunnasta. Lisäksi käräjissä tulee olla saamelaisten kotiseutualueen ulkopuolelta vähintään yksi jäsen ja varajäsen. Vähintään puolet Saamelaiskäräjien jäsenistä olisi siten edelleen valittava saamelaisten kotiseutualueelta. Esityksen mukaan yhden paikan varaaminen kotiseutualueen ulkopuolelta valittavalle jäsenelle on perusteltua kun otetaan huomioon, että suurin osa saamelaiskäräjävaaleissa äänioikeutetuista asuu kotiseutualueen ulkopuolella.<sup>291</sup> Ehdotus on hyvin perusteltu.

Kuten KHO:n tapausanalyysissä tuotiin esille, perustuslakivaliokunta toteaa mietinnössään liittyen HE 167/2014 vp<sup>292</sup> pitävänsä korkeimman hallinto-oikeuden tapaan muun ohella itseidentifikaatiota ja asian kokonaisharkintaa sekä perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa tärkeinä. Valiokunta korostaa oikeusvarmuuden merkitystä ja pitää tärkeänä, että saamelaismääritelmään liittynyt epävarmuus poistuu. Valiokunta katsoo, että hallituksen esityksen mukainen 1 momentin 2 kohdan määritelmä, jossa edellytetään henkilön omaksuneen saamelaiskulttuurin sukusiteidensä kautta ja pitäneen siihen yhteyttä, olisi liian tulkinnanvarainen, kun otetaan huomioon myös saamelaiskulttuurin käsitteen epämääräisyys. Valiokunnan käsityksen mukaan ehdotettu uusi muotoilu voisi johtaa epävarmuuteen ja pykälän 2 momentti korostaisi liikaa ryhmäidentifikaatiota. Näistä syistä valiokunta ehdottaa, että lakiehdotuksen 3 §:ää ei muuteta, vaan pykälä säilyy nykyisessä muodossaan. Valiokunta pitää tärkeänä, että saamelaismääritelmää sovellettaessa saamelaiskulttuurin moninaisuus otetaan aidosti huomioon ja huolehditaan kaikkiin saamelaisryhmiin kuuluvien oikeuksista.<sup>293</sup>

Perustuslakivaliokunta puoltaa KHO:n 2011 vuonna aloittamaa kokonaisharkintaa ja korostaa itseidentifikaatiota ja perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa yksilön kannalta. Vuonna 2011 KHO hyväksyi vain neljä henkilöä kokonaisharkinnalla, mikä saattoi hetkellisesti näyttää tuovan tilanteeseen jonkunlaista ”kompromissia” kun vaaliluetteloon saattoi nyt päästä myös muita kuin kieliperusteella hakeutuvia. Ehdotusta siitä, että 3 pykälän 2 kohtaan lisättäisiin vaatimus, että ”henkilö on omaksunut saamelaiskulttuurin sukusiteidensä kautta ja pitänyt siihen yhteyttä” valiokunta pitää liian tulkinnan varaisena. KHO:n tapausanalyysin valossa perustuslakivaliokunnan kantaan liiasta tulkinnanvaraisuudesta on pakko yhtyä. KHO:n olisi mahdollon Helsingistä käsin arvioida, kuuluuko henkilö johonkin saamelaisyhteisöön saatikka pitääkö hän siihen yhteyttä. Perustuslakivaliokunta tuo esille, että kyseinen ehdotus korostaisi liiaksi ryhmähyväksyntää. Tässä yhteydessä voi hämmästellä, ettei valiokunta mainitse mitään

290 s. 26–27.

291 s. 24.

292 PeVM 12/2014 vp - HE 167/2014 vp.

293 s. 4.

saamelaisten itsehallinnosta alkuperäiskansana, saamelaisten itsemääräämisoikeudesta tai saamelaiskäräjälain 1 §:n mukaisesta lain tarkoituksesta eikä pohdi asiaa sekä yksilön että ryhmäoikeuksien kannalta. On täysin selvää, ettei yksilön oikeuksia saa unohtaa eivätkä ne saa tulla rajoitetuksi ryhmän taholta ilman että asialle on objektiivinen perustelu. Perustuslakivaliokunnan tehtävänä on kuitenkin pitää huolta, että perusoikeudet ja niihin liittyvät ihmis-oikeudet toteutuvat Suomessa. Saamelaisten oikeuksien kohdalla on pakko huomioida myös ryhmäoikeusnäkökulma, joka kumpuaa sekä perustuslaista, missä saamelaiset tunnustetaan alkuperäiskansaksi että kansainvälisestä oikeudesta. Kysymys on ennen kaikkea saamelaisten itsehallinnosta. Esimerkiksi Niemivuo muistuttaa, että tietyt perusoikeudet ovat selkeästi kollektiivisia, saamelaisille väestöryhmille – alkuperäiskansana – kuuluvia oikeuksia. Tällaisia ovat erityisesti oikeus kieleen ja kulttuuriin.<sup>294</sup> Perustuslakivaliokunnan tehtävänä on tasapuolisesti varmistaa sekä yksilöllisten että kollektiivisten perusoikeuksien toteutuminen.

Perustuslakivaliokunnan kantaa voidaan pitää ymmärrettävänä sen tiedon valossa, mitä heillä on ollut käytettävissä ennen vuoden 2015 KHO:n päätöksiä, jotka osoittavat että tilanne ei ole yhdenvertainen edes niille, joilla on lappalainen esi-isä ja jotka kokevat olevansa saamelaisia ja perustelevat elämäntapaansa lähes sanasta sanaan samalla tavoin ja tulevat hyväksytyiksi tai hyläytyiksi. Tämänhetkinen tilanne ei ole siis oikeusturvan kannalta kestävä myöskään niille, jotka hakeutuvat (jopa useaan kertaan) saamelaiskäräjälautteloon ja tulevat hyläytyksi, ja KHO saattaa hyväksyä tai olla hyväksymättä heidät. Epävarmuus kuormittaa kohtuuttomasti sekä yksilöitä että Saamelaiskäräjiä ja vieläpä valtion korkeinta oikeuslaitosta. Kokonaisharkinta on osoittautunut erittäin ongelmalliseksi. Ongelmallista on niin ikään kuitenkin se, että voimassa oleva saamelaiskäräjälaki on jo mahdollistanut saamelaisten juurten ja identiteetin uudelleen löytämisen ja vahvistamisen. Vaikkei asiaa voida mitenkään ”todistaa”, ei silti ole syytä epäillä, etteikö identiteettikokemus voi olla aito ja perusteltu yksilön näkökulmasta. Jos saamelaisuus myös määritellään perinteisen maankäytön kautta, henkilöllä on täysi syy uskoa olevansa oikeutettu kuulumaan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon.

Perustuslakivaliokunta pitää tärkeänä sitä, että saamelaismääritelmään liittynyt epävarmuus poistuu. Tähän kantaan on helppo yhtyä. Kuitenkaan sillä, että saamelaismääritelmä säilytetään ennallaan, se ei varmasti poistu. KHO:n vuoden 2015 päätökset kaiketi tekevät sen selväksi.

Perustuslakivaliokunta pitää myös erittäin tärkeänä, että vaalilautakuntaa laajennetaan hallituksen esityksen mukaisesti niin että vaalilautakuntaan kuuluu puheenjohtajan lisäksi kuusi jäsentä nykyisen neljän asemesta ja eri saamen kielten ja kulttuurimuotojen tulee olla vaalilautakunnassa edustettuina. Valiokunta korostaa, että vaalilautakunnalla ja Saamelaiskäräjillä on suuri vastuu soveltaa lain 3 §:n mukaista saamelaismääritelmää saamelaiskulttuurin moninaisuus aidosti huomioon ottaen siten, että myös pienempiin saamelaisryhmiin kuuluvien oikeus tulla merkityiksi vaaliluetteloon toteutuu laissa tarkoitetulla tavalla. Valiokunta pitää asian suuren merkityksen vuoksi perusteltuna, että vaaliluetteloon merkitsemistä koskevasta päätöksestä haetaan jatkossa oikaisua Saamelaiskäräjien kokoukselta Saamelaiskäräjien hallituksen sijasta. Lisäksi valiokunta pitää tärkeänä vahvistaa kansalaisten luottamusta vaalilautakunnan ja Saamelaiskäräjien kokouksen päätöksenteon puolueettomuuteen ja läpinäkyvyyteen siten, että vaalilautakunnan jäsen ei ole Saamelaiskäräjien kokouksessa käsittelemässä oikaisuvaatimusta vaalilautakunnan päätöksestä, jota hän on ollut vaalilautakunnassa tekemässä. Tämän vuoksi valiokunta ehdottaa vaalilautakuntaa koskevaan sääntelyyn lisättäväksi säännöksen, jonka mukaan vaalilautakuntaan ei voi kuulua Saamelaiskäräjien jäseniä eikä varajäseniä. Lisäksi valiokunta ehdottaa, että vaalilautakunnan työhön ei voi osallistua henkilö, joka on ehdolla saamelaiskäräjävaaleissa.<sup>295</sup> Perustuslakivaliokunta näkee hyvänä myös hallituksen esityksen Saamelaiskäräjien jäsenmäärän nostamiseksi sekä kuntakiintiöistä, jotka määrittävät

<sup>294</sup> Niemivuo, M. (2010), s. 100.  
<sup>295</sup> s. 3–4.



saamelaisalueen eri kunnista valittavien jäsenten vähimmäismäärän. Lisäksi valiokunta kiinnittää huomiota tarpeeseen selvittää, voitaisiinko Saamelaiskäräjien kokouksen ja käräjien hallituksen suhdetta kehittää kunnanvaltuuston ja kunnanhallituksen välisen suhteen suuntaan.<sup>296</sup>

Kaikkia edellisen kappaleen perustuslakivaliokunnan ehdotuksia voidaan pitää lähtökohtaisesti perusteltuina. Vaalilautakunnan tulisi olla mahdollisimman kattava ja sen työn tulisi olla niin läpinäkyvää kuin on mahdollista. Päätösten alistaminen Saamelaiskäräjien kokoukselle hallituksen sijaan laajentaa ryhmähyväksyntää. Se, että vaalilautakunta irrotetaan Saamelaiskäräjien suorasta politiikasta, näyttäisi sinänsä hyvin perustellulta. Jos päätökset kuitenkin viime kädessä tekee Saamelaiskäräjien kokous, ne kytkeytyvät sitä kautta kuitenkin suoraan saamelaispolitiikkaan. Se mahdollisuus, että vaalilautakunta ja Saamelaiskäräjien kokous päättyisivät usein eri näkemyksiin henkilöiden saamelaisuudesta, olisi jälleen omiaan lisäämään epävarmuutta. Tästä syystä aiemmin pohdittiin myös mahdollisuutta, jossa vaalilautakunta olisi kokonaan Saamelaiskäräjien politiikasta erillinen elin, jonka päätöksistä valitettaisiin suoraan korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Tämä saattaisi olla omiaan lisäämään luottamusta vaalilautakuntaan. Pohdittavaksi kysymykseksi kuitenkin jäisi vaalilautakunnan valinta, jonka kuitenkin pitäisi tapahtua Saamelaiskäräjien toimesta, sillä muutenhan se ei olisi saamelaisten itsehallinnon mukaista. Olennaisin tae objektiivisuudesta ja tasapuolisuudesta olisi kuitenkin saamelaismääritelmän muuttaminen siten, ettei se anna juurikaan tulkinnanvaraa vaan sitä on sovellettava samalla tavoin kaikissa tapauksissa.

Saamelaiskäräjälain muutosta valmistelleen työryhmän työn tueksi oikeusministeriön lainsäädäntöneuvos Eero J. Aarniolta tilatessa selvityksessä 2012 tehdään myös ehdotuksia saamelaismääritelmän suhteen. Analysoituaan vuoden 2011 KHO:n tapauksia, vetäen niistä pitkälle samanlaiset johtopäätökset kuin tässäkin tutkimuksessa tehdään, Aarnio päätyy pohtimaan, mitä tapahtuisi, jos saamelaiskäräjälakia ei muuteta.

Aarnio toteaa, että jos määritelmän muuttamistarpeen arvioinnissa päädyttäisiin siihen, että saamelaiskäräjälain 3 §:n saamelaisen määritelmän sisältävää pykälää ei olisi tarpeen muuttaa, olisivat muuttamattoman pykälän ohella käytettävissä KHO:n vuosien 1999, 2003 ja 2011 vuosikirjaratkaisut.<sup>297</sup> (Tähän on lisättävä myös 2015 ratkaisut). Aarnio toteaa, että viimeksi mainittu vuosikirjaratkaisu eroaa ennen sen tekemistä vallinneesta tilanteesta siten, että käyttöön on otettu asiassa esiin tulleiden seikkojen perusteella tehty saamelaisuuden subjektiivisen perusteen, samastumisen aitouden arviointi ja kokonaisarvio siitä, voivatko saamelaisuuden määrittelyn objektiiviset perusteet täytyä silloinkin, kun yksikään lakiin kirjatusta objektiivisista perusteista ei täyty.<sup>298</sup> Tässä on syytä kommentoida, että objektiiviset perusteet eivät täyty siinä merkityksessä kuin lain säätäjä on ne tarkoittanut ja niin kuin Saamelaiskäräjät ja KHO niitä tulkitsevat. Kirjaimellinen sanamuotohan täytyy ns. lappalaisperusteella hakeutuvien kohdalla saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella, jossa edellytetään vain että hakija on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty sanottuihin rekistereihin.

Aarnio jatkaa toteamalla, että olisi harkittava sitä, voitaisiinko vaaliluettelon laadintaprosessiin käytännössä mitenkään lisätä tekijöitä, joilla varmistettaisiin, että kaikki samastumisen aitouden perusteet tulisivat huolella arvioitaviksi. Pitäisi myös harkita, mitä tekijöitä voitaisiin lisätä, jotta voitaisiin jotenkin varmistaa, että lakiin kirjatusta objektiivisista perusteista poikkeava kokonaisarvio tulisi sovellettavaksi vain tapauksissa, joissa se poikkeuksellisesti nähtäisiin aivan välttämättömäksi. Arvioitaessa, voitaisiinko pykälän tulkinta jättää sen varaan, että näin voitaisiin menetellä, tulisi varautua siihen, että lakiin kirjatusta perusteista riippumattomia kokonaisratkaisuja kuitenkin tehdään myös vastaisuudessa ennalta arvaamaton määrä.<sup>299</sup>

---

296 s. 5.

297 s. Aarnio, E. J. (2012), s. 32.

298 Ibid.

299 Ibid.

Aarnion huomio samaistumisen aitouden arvioinnista on erittäin keskeinen ja sen ongelmallisuutta on käsitelty edellisen kappaleen yhteydessä. Kuitenkin henkilön identiteetin aitouden arvioiminen ja kyseenalaistaminen on paitsi luultavasti mahdotonta myös erittäin loukkaavaa. Tästä syystä tässä tutkimuksessa lähdetään ehdottamaan sitä, että lain objektiivisten kriteereiden tulee olla niin selkeät, ettei henkilön identiteettiä tarvitse punnita tai kyseenalaistaa. Selvää on, että tällä hetkellä vaaliluetteloön hakeutuvat ne, jotka aidosti mieltävät olevansa saamelaisia mutta myös niitä, jotka katsovat olevansa oikeutettuja tulla hyväksytyksi vaaliluetteloön ns. lappalaispykälän perusteella silloinkin, kun aitoa itseidentifikaatiota ja ryhmään kuulumista ei todellisuudessa ole tai ainakaan ole ollut ennen 1990-luvun tai sen jälkeisten aikojen poliittisen ilmapiirin muuttumista.

Saamelaiskäräjien hallituksen laatimissa yleisperusteluissa koskien vaaliluetteloön hakeutumista vuonna 2015 todetaan, että henkilön samaistuminen saamelaiseksi tarkoittaa samaistumista Saamelaiskäräjien vaaliluetteloön merkittyyn saamelaisten ryhmään. Saamelaisten ryhmään kuuluvat henkilöt ovat perustuslain mukaisesti lähinnä saamenkielistä syntyperää olevia henkilöitä, jotka ovat syntyneet saamelaiseen perheeseen. Nämä henkilöt kuuluvat saamelaisten alkuperäiskansaan, joka käyttää Saamelaiskäräjillä kansalle kuuluvaa itsehallintoa. Henkilön samaistuminen saamelaisten ryhmään (niin kutsuttu itseidentifikaatio) ei voi olla mielivaltaista, vaan sen tulee liittyä yksilön identiteetin kannalta merkitykselliseen objektiiviseen kriteeriin. Itseidentifikaatio mahdollistaa sen, että henkilö voidaan hyväksyä ryhmään, mikäli hän täyttää ryhmän asettamat objektiiviset kriteerit. Itseidentifikaatiolle ei näin ollen voi antaa yhtä suurta painoarvoa kuin ryhmän hyväksynnälle. Saamelaiseen alkuperäiskansaan kuulumista määriteltäessä itseidentifikaation kohdalla täytyy tarkastella myös samaistumisen aitouden mala fide -aspektia.<sup>300</sup> Vielä vuonna 1999 KHO on lähtenyt selkeästi tästä näkökulmasta. Vuonna 2011 linja on muuttunut siten, että yksilön itseidentifikaatio saa enemmän painoa suhteessa ryhmähyväksyntään. Myös Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelussa tuodaan esille, että identiteetin mala fide -aspektia on hankala todistaa yksilötasolla. Perusteluissa todetaan, että ”yleisellä tasolla voidaan kuitenkin havaita, että saamelaiseksi identifioiminen ei välttämättä ole aito, vaan voi perustua poliittisiin tavoitteisiin ja opportunistisiin. Taustalla on maa- oikeuskysymys, koska varsinkin vaaliluetteloön hakeutuvat, alueella asuvat suomalaiset kokevat, että alkuperäiskansa- asemasta olisi heille jotain hyötyä. Taustalla voi vaikuttaa ILO 169 -sopimuksen ratifioimisen aiheuttama pelko ja huoli.”<sup>301</sup> Myöskään Saamelaiskäräjät eivät näin ollen väitä, etteikö identifioituminen voisi myös olla aito. Tätä on hankalaa, ellei mahdotonta, todistaa.

Aarnio tuo esille, että kokonaisuutena voisi pahimmassa tapauksessa johtaa siihen, että lakiin kirjatut ryhmän jäsenyyden perusteet täyttävät saamelaiset joutuisivat vähemmistöön käytettäessä heille perustuslain mukaan kuuluvaa kulttuuri-itsehallintoa saamelaisten kotiseutualueella. Aarnio tuo esille, että tämän uhkakuvan esitti jo vuonna 1997 lausunnossaan hovioikeuden presidentti Rintala todeten, että jo tuolloin voimassa olleen ”lain voidaan arvioida mahdollistavan sen, että saamelaisiksi määräytyvät, mutta kulttuuriltaan ehkä satoja vuosia sitten suomalaistuneet tai alkuaankin yksinomaan suomalaiset, muualla asuvat henkilöt voivat saada saamelaisten kotiseutualueen itsehallinnossa moninkertaisen enemmistön kielisaamelaisiin nähden. Sillä olisi saamelaisuutta suomalaisuuteen sulattava vaikutus”.<sup>302</sup> Rintalan raporttia käsitellään erikseen kappaleessa neljä.

Tämä huoli saattaa olla perusteltu mutta se saattaa osoittautua myös liioitelluksi. Kun vuonna 2011 kokonaisarviolla hyväksyttiin 4, vuonna 2015 määrä nousi 53:een. Kun hakijat edelleen huomaavat, että KHO saattaa hyväksyä niitäkin valittajia, jotka aiemmin hylkäsivät, on syytä olettaa, että useaan kertaan hakeutuminen ja valittaminen lisääntyy. Tästä ei kuitenkaan ole varmuutta.

300 Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloön hakeutumista 2015, s. 2.

301 Ibid., s. 3.

302 Ibid., s. 32.

Aarnio pohtii myös sitä, että saamelaisiksi käräjien vaaleissa hakeutuvien määrään voitaneen kenties kuitenkin vaikuttaa maankäyttöä saamelaisten kotiseutualueella ja saamelaisten osallistumista sitä koskevaan päätöksentekoon koskevaa lainsäädäntöä maltillisesti edelleen kehittämällä ja tekemällä selväksi, mitä oikeuksia saamelaisille tällä lainsäädännöllä halutaan turvata.<sup>303</sup>

Tämä pohdinta on erittäin keskeinen. Juuri pelko siitä, että erityisesti ILO sopimus 169:n ratifiointi saattaisi merkitä maa-oikeuksien ”palauttamista” tai turvaamista niille saamelaisille, jotka ovat vaaliluettelossa, on useille ihmisille eräs keskeisimmistä syistä sekä ILO sopimus 169:n vastustukselle että joillekin itse vaaliluetteloon pyrkimiselle. Saamelaisten maa-oikeuskysymys on ratkaistava tavalla, jossa muidenkin perinteisten elinkeinojen turva huomioidaan, aivan kuten tälläkin hetkellä on asian laita. Tämän tutkimuksen ILO sopimus 169:ää koskeva analyysi ei tue näkemystä, jonka mukaan ratifiointi edellyttäisi maan ”omistusoikeuden” turvaamista saamelaisille. Kysymys tulisi ennen kaikkea olla vahvasti turvatusta käyttöoikeudesta, jossa saamelaishallinnolla sekä elinkeinonharjoittajilla (saamelaisilla ja muilla) on oltava vahva osallistumisoikeus maita ja luonnonvaroja koskevaan päätöksentekoon sekä mahdollisuus pyrkiä pysäyttämään saamelaiskulttuurille haitallisia hankkeita ja mahdollisesti neuvoteltavaan kompensatioon ”vähäistä suuremmista” haitoista. Myöskään oikeusministeriön 21.12.2016 tiedotteen mukaan Pohjoismainen saamelaissopimus ei muuta maa- ja vesioikeuksia saamelaisten kotiseutualueella. Sopimuksen johdannossa todetaan, että sopimus turvaa, muttei muuta olemassa olevia oikeuksia saamelaisalueella.

Aarnio ehdottaa myös, että Ylä-Lapissa jo kauan vallinneiden maa-oikeuksiin liittyvien riitaisuuksien ratkaisemiseksi voitaisiin pyrkiä saattamaan sovinnonhakisesti yhteen Saamelaiskäräjien johtohenkilöt, viime vaaleissa KHO:ssa saamelaisiksi hyväksytyt henkilöt (2011) ja vielä vailla saamelaisstatusta olevat saamelaisiksi pyrkivät henkilöt pohtimaan, mistä itse asiassa on kysymys. Aarnio toteaa, että näin voitaisiin pyrkiä saavuttamaan alueella tähänastista sovinnoisempi ilmapiiri, minkä tavoitteen saavuttamista tasavallan presidentti Sauli Niinistökin on vastikään Saamelaiskäräjien avajaisten yhteydessä korostanut.<sup>304</sup>

Myös Saamelaiskäräjät on ehdottanut nk. totuus- ja sovintokomission perustamista muualta maailmalta otetun mallin mukaisesti auttamaan valtion ja saamelaisten välisen luottamuksen palauttamisessa. Tässä yhteydessä mieluummin sovittelukomission niminen elin voitaisiin perustaa myös saamelaismääritelmäkysymystä pohtimaan. Kysymys täytyy kuitenkin olla valtion ja saamen kansan välisestä suhteesta, jossa on otettava huomioon Saamelaiskäräjien laillinen ja täysivaltainen oikeus edustaa saamen kansaa. Tämän lisäksi myös saamelaisjärjestöjä, mukaan lukien juuri niitä järjestöjä, joita on perustettu ns. statuksettomien ja muiden Saamelaiskäräjien ulkopuolelle jääneiden henkilöiden toimesta (joista keskustellaan kappaleessa neljä), on tärkeä kuulla ja heidän kanssaan keskustella. Vuoropuhelu pitäisi rakentaa siten, että kaikki keskustelijat voisivat istua saman pöydän ääreen ja puhetta ei johtaisi valtion tai Saamelaiskäräjien virallinen edustaja vaan joku ulkopuolinen ja neutraali ”sovittelija”. Mitä vähemmän tällä henkilöllä olisi aiempia kytköksiä kyseiseen asiaan, sen parempi se olisi asian kannalta. Suomen järjestelmässä on jo olemassa mahdollisuus sovitteluun, joten virallisia sovittelijoita voitaisiin myös käyttää. Tässä ”sovittelutyössä” olisi silti syytä pitää mielessä se, ettei Saamelaiskäräjien näkemystä saamelaista kansaa edustavana instituutiona voida ohittaa saamelaismääritelmäkysymyksessä. Keskustelun myötä olisi kuitenkin mahdollisuus ainakin yrittää ymmärtää kaikkien osapuolten näkemystä ja parhaassa tilanteessa se voisi edesauttaa tai tukea ratkaisua, joka palauttaisi ”rauhan” tai ainakin huomattavasti lisäisi vaaliluetteloon pyrkijöiden ja KHO:een valittavien oikeusturvaa, saamelaisten itsemääräämisoikeutta unohtamatta. Osapuolten näkemykset saattavat olla kuitenkin niin kaukana toisistaan, ettei onnistuneeksi koettua sovittelua välttämättä voitaisi saada aikaiseksi. Surullista tilanteessa on se, että itse

---

303 Ibid.

304 Ibid.

kiista saattaa myös palvella joidenkin ihmisten asiaa, jotka esiintyvät asiassa aktiivisesti: niin kauan kuin riidellään, saadaan saamelaisten oikeuksien ratkaisemista siirtää tuonemmaksi. Tämä on erittäin huolestuttavaa saamelaisten oikeuksien edistämisen kannalta.

Aarnio esittää myös näkemyksiään saamelaismääritelmän muuttamiseksi. Hänen mukaansa saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohtaan saattaisi olla aihetta harkita muutosta, jota oikeusministeriössä harkittiin jo vuonna 1998, ja jossa kohtaan 2 lisättäisiin siihen alun perin tarkoitettu varhaisinta huomioon otettavaa vuoden 1875 viranomaisrekisteriä tarkoittava maininta. Tämä ratkaisu seuraisi KHO:n vuosikirjaratkaisun 1999:55 määrittelemiä linjauksia ja näyttäisi olevan suurimmalta osaltaan linjassa myös vuosikirjaratkaisun 2011:81 kanssa siltä osin kuin on kysymys viranomaisrekistereissä olevista merkinnöistä. Eihän yhdessäkään 26.9.2011 tehdyssä KHO:n ratkaisussa katsottu tätä vanhemman merkinnän yksinomaan riittävän perusteeksi valittajan saamelaisuudelle. Aarnion mukaan, jos 2 kohtaa muutettaisiin edellä tarkoitettulla tavalla, tulisi myös 3 kohtaan lisätä rajaus, jonka mukaan sitä sovellettaisiin vain, jos asianomainen henkilö ”on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa *taikka 1 tai 2 kohdassa säädetyllä perusteella saamelaiskäräjien vaaleissa*”. Tällä voitaisiin ehkäistä nykyiseen laajaan polveutumiskriteeriin vetoaminen tulevissa vaaleissa.<sup>305</sup>

Ehdotusta voidaan pitää perusteltuna kun otetaan huomioon vuoden 2015 KHO:n ratkaisukäytäntö. Perustuslakivaliokunta voisi vielä tarkemmin perustella, mistä syystä itse asiassa kyseistä vuotta ei voitaisi tavalla taikka toisella lisätä lakiin niin että siitä säädettäisiin asetukseksi. Oliko kyse enemmän kuitenkin siitä, että niin kuin valiokunta myös totesi, se ei pidä *tarkoituksenmukaisena* rajata määritelmää kyseiselle vuodelle. Vuoden 2015 tapausten valossa valiokunta saattaa harkita tilannetta uudelleen. Tässä yhteydessä pitäisi kuitenkin selvittää, onko 1875 nimenomaan oikea vuosi vai voisiko hieman aikaisempi rekisteri olla oikeampi niin, ettei määritelmästä tulisi liian poissulkeva. Lappalaispykälän perusteella Saamelaiskäräjien luetteloon hakeutuneet ovat katsoneet, että kuinka vanhan rekisterin tahansa pitäisi katsoa riittäväksi perusteeksi, kunhan hakija pitää itseään saamelaisena ja hänellä mahdollisesti on saamelaiskulttuurin mukainen elämäntapa. Kuten jo mainittu, Suomessa poronhoito, kalastus tai metsästys eivät kuulu pelkästään saamelaiskulttuuriin, joten käytännössä, mikäli saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohta hyväksyttäisiin sen tämänhetkisen sanamuodon mukaisesti, se mahdollistaisi vaaliluetteloon pääsyn lukuisille ei-saamelaisille ihmisille. Arvioita on esitetty aina jopa 100 000 asti, mikä pohjautuu matemaattisiin laskelmiin niistä ihmisistä, jotka periaatteessa voisivat hakea vaaliluetteloon sanottujen vanhojen maaluetteloiden perusteella. On luonnollisesti täysin eri asia, kuinka moni todellisuudessa hakisi vaaliluetteloon tällä perusteella. Koska saamelaiset muodostavat hyvin pienen ryhmän, muutaman sadankin ei-saamelaisen ihmisen hyväksyminen vaaliluetteloon olisi omiaan sulauttamaan saamelaiskulttuuria pääväestöön. Kansainvälisen alkuperäiskansaoikeuden keskeinen ydin on juuri suojata tältä sulautumiselta: se suojaa alkuperäiskansakulttuurin säilymistä tukemalla sitä ylläpitävän ryhmän säilymistä.

Aarnio pohtii sitä, että pykälän johtolauseen subjektiivista itseidentifikaatioperustettakin pitäisi kenties yrittää muuttaa jotenkin niin, että se johtaisi harkitsemaan itseidentifikaation aitoutta. ”Kun kansainvälinen oikeus edellyttää ryhmän jäsenyydeltä objektiivisten kriteerien lisäksi, paitsi itseidentifikaatiota, myös sitä, että ryhmä hyväksyy jäsenensä, tulisi tämäkin elementti pyrkiä lisäämään saamelaisen määritelmään. Tällöin on kuitenkin huomattava, että sen mukaan kuin edellä esitetty, mahdollisuus saattaa vaaliluetteloon ottamista koskeva kielteinen päätös korkeimman hallinto-oikeuden tutkittavaksi, tulee kuitenkin edelleen säilyttää.”<sup>306</sup>

Tätäkin ehdotusta olisi syytä pohtia. Kuten todettu, itseidentifikaation aitoutta on vaikea ulkopuolelta määrittää. Ryhmähyväksyntä on kuitenkin kansainvälisen oikeuden olennainen periaate alkuperäiskansaoikeuskysymyksissä. Asian kirjaaminen saamelaismääritelmään te-

305 Ibid., s. 33.

306 Ibid.

kisi asian selväksi. Koska se antaisi suorat valtuudet Saamelaiskäräjille päättää jäsenistään, päätösten lainmukaisuus olisi välttämätöntä alistaa puolueettomalle elimelle. Myös tässä tutkimuksessa päädytään kannattamaan muutoksenhakuoikeutta korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Kuten sanottu, korkeimman hallinto-oikeuden tehtävä tulisi kuitenkin arvioida päätösten lainmukaisuutta, eikä itse yrittää määrittää sitä, kuka on saamelainen. Tässä yrityksessä KHO on 2011 ja 2015 tapausten valossa epäonnistunut. Kuinka se olisikaan voinut siinä onnistua? Saamelaiskäräjien vaalilautakunnan tehtävä on perehtyä jokaisen hakijan kohdalla sukuihin, taustoihin, todistuksiin ja niiden aitouteen jne. Kuten niin ikään sanottu, tätä arviointiprosessia on perusteltua tehdä läpinäkyvämmäksi. On syytä pohtia, voitaisiinko päätöksiä julkaista jossain muodossa siten, ettei henkilötietoja paljastuisi sen varmistamiseksi, noudatetaanko kaikkiin päätöksiin samoja objektiivisia kriteereitä eikä esim. kielitodisteiden luotettavuutta arvioida eri kriteerien mukaisesti.

Aarnion lausunnosta käy myös esille, että Saamelaiskäräjien vaalilautakunta on Saamelaiskäräjille tekemänsä ja oikeusministeriölle tiedoksi saattamansa 28.12.2011 päivätyn saamelaiskäräjävaalien kehittämisehdotuksen ohessa lähettänyt oikeusministeriölle samana päivänä päivätyllä läheteellään Heikki J. Hyväriseltä tilaamansa asiantuntijalausannon (19/22.12.2011) Saamelaiskäräjien syksyn 2011 vaaleihin liittyvistä KHO:n ratkaisuista ja niihin johtaneista syistä sekä pyytänyt ministeriötä ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin, jotta ne lausunnossa esille tuodut oikeudelliset epäkohdat, jotka vaikeuttavat tai estävät saamelaisten alkuperäiskansan perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien sekä saamelaisten itsehallinnon toteutumista, saataisiin mitä pikimmiten poistetuiksi.<sup>307</sup>

Hyvärisen lausunnossa, johon on jo viitattu tämän tutkimuksen aiemmassa kappaleessa, esitetään, että saamelaiskäräjälain saamelaisen määritelmää tulee muuttaa siten, että saamen kielen merkitystä saamelaisuuden perustana vahvistetaan ja saamelaisten perinteistä kulttuuria edustavaan lappalaiskriteeriin lisätään siihen ajallisesti kuuluva takaraja.<sup>308</sup> Hyvärinen tuo myös esille, että määritelmästä ei ilmene se, että alkuperäiskansojen edustajiston tulisi hyväksyä henkilö saamelaiseksi. Hän myös huomauttaa, että vaaliluettelon hakeutuvan itseidentifikaation aitous pitäisi selvittää.<sup>309</sup>

Saamelaiskäräjien hallitus teki myös kannanoton (Dnro259/D.a.1/2012), jossa saamelaismääritelmää ehdotetaan muutettavaksi siten, että polveutumisperuste poistettaisiin siitä. Lisäksi Saamelaiskäräjien hallitus esittää, vedoten saamelaisparlamentaarikkojen konferenssin (marskuussa 2011) julistukseen siitä, että saamelaisten tulisi itse määritellä ketkä ovat saamelaisia, että saamelaiskäräjälain 26 b § poistettaisiin. Kannanotossa todetaan, että ”nykyinen käytäntö, jossa KHO päättää viime kädessä siitä, kuka on saamelainen, on KP-sopimuksen 1 artiklan ja alkuperäiskansajulistuksen vastainen”, mikä ”käytäntö näin ollen loukkaa saamelaisten itsemääräämisoikeutta ja asemaa alkuperäiskansana”.<sup>310</sup>

Tässä yhteydessä on todettava, että esimerkiksi Norjassa Saamelaiskäräjät päättää siitä keitä hyväksytään vaaliluettelon ilman muutoksenhakuoikeutta. Norjan Saamelaiskäräjien käytäntö on ollut liberaali sisälle pääsemisen suhteen, kuten kappaleessa kahdeksan tuodaan esille. Suomen tilanteessa ei kuitenkaan tämän tutkimuksen pohjalta olisi yksilön oikeusturvan kannalta paras ratkaisu, jollei Saamelaiskäräjien päätökseen voisi hakea muutosta. Muutamit epämääräiset tapaukset ovat riittäviä osoittamaan, että tällainen muutoksenhakumahdollisuus on hyvän hallinnon mukainen.

307 Ibid., s. 24.

308 Hyvärinen. H., lausunto saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksistä saamelaiskäräjien vuoden 2011 vaaleissa, 19/22.12.2011., s. 19.

309 Ibid., s. 2.

310 Dnro259/D.a.1/2012, käsitellään myös Aarnion raportissa, s. 22.

Määritelmäkysymys tulee joka tapauksessa ratkaista saamelaisten ja Suomen valtion välillä. Kysymys on ennen kaikkea saamelaisten oman itsehallinnon piiriin lukeutuvasta asiasta. Tutkijoiden tehtävänä on tuottaa tietoa päätöksentekoon, ei toimia asian ratkaisijoina. Saamelaisia edustaa Saamelaiskäräjät, joten sen täytyy olla keskeisin neuvotteluosapuoli vaikka keskusteluja käytäisiinkin myös eri järjestöjen kanssa. Tässä yhteydessä voi varmuudella sanoa, että sekä lainmukaista että asianmukaista on ensisijaisesti kunnioittaa Saamelaiskäräjien näkemystä siitä, millaiseksi saamelaismääritelmä tulisi rakentaa. Saamelaiskäräjien tulee pystyä osoittamaan määritelmän objektiivisuus sekä perustella kriteerit aukottomasti. KHO:n vuoden 2015 ratkaisukäytäntö osoittaa, että mitä selkeämpi määritelmä on, sitä selkeämpi on myös yksilöiden oikeusturva. Määritelmää ei tulisi tehdä liian poissulkevaksi siten, että ihmisiä, jotka todellisuudessa ovat saamelaisia, ei jäisi määritelmän ulkopuolelle. Tämä ei ole edes niiden saamelaisten etu, jotka ovat jo vaaliluettelossa. Liian tiukat kriteerit herättävät aina vastakainasetteluja ja huonoa ilmapiiriä. Ongelmana tässä luonnollisesti on se, että tällä hetkellä on ihmisiä, jotka määrittelevät itsensä saamelaiseksi, mutta eivät täytä kriteereitä siinä merkityksessä, minkä Saamelaiskäräjät niille antavat. Saamelaiskäräjien näkökulmasta henkilöt ovat suomalaisia, jotka saamelaisten oikeuskeskustelun myötä ovat löytäneet lappalaisen esi-isän ja katsovat oikeudekseen tulla merkityksi vaaliluetteloon. On myös mahdollista, että ihminen "löytää" saamelaisen identiteettinsä esi-isiä kartoittamalla. Tällä hetkellä keskustelua käydään myös kulttuurin revitalisaatiosta. Tähän liittyy myös pohdinta siitä, voiko myös identiteetin revitalisoida. Tällekkin argumentille on kannattajansa. Myös jo hävinneitä saamenkieliä tahdotaan elvyttää. Tässä ei sinänsä pitäisi olla mitään ongelmaa, mutta mikäli valtio alkaisi suunnata tällaiseen toimintaan resursseja, se voisi olla pois elossa olevien mutta uhanalaisten saamenkielten tukemiselta.

Syytä on myös pitää mielessä, että Suomessa ainakin oikeusministeriö on lähtenyt siitä, että saamelaiskäräjälain tarkoituksena on koskea olennaisesti samaa väestöryhmää, jota aikaisempi asetuskin oli koskenut eikä luoda nykyisten saamelaisten rinnalle uutta kansanryhmää. Saamelaiskäräjien syrjivään käytäntöön vedoten on esitetty, että todellisuudessa saamelaisia ovat myös ja jopa ennen kaikkea henkilöt, joilla on kaukaisia esi-isiä lappalaiseksi merkittynä maarekistereissä, joilla ei välttämättä ole minkäänlaista suhdetta tämän hetkiseen etniseen saamelaiseen ryhmään. Nykyistä saamelaiskäräjälakia koskevan hallituksen esityksen tavoitteen mukaan "esityksessä on lähtökohtana, että Suomen saamelaisten itsemääräämisoikeutta heitä erityisesti koskevissa asioissa pyritään kehittämään edelleen etno-poliittisen ratkaisun ja siihen liittyvien erityisten oikeuksien perustalta lähinnä saamelaisten kotiseutualueella."<sup>311</sup> Hyvärinen tuo lausunnossaan esille, että *etninen ryhmä puolestaan on tosiasiallinen ryhmä* eikä ryhmä joka muodostetaan esimerkiksi asiakirjaperustalta.<sup>312</sup> Tällä hetkellä saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 kohdan perusteella hakeutuvat henkilöt eivät muodosta yhtenäistä ryhmää, vaan ovat joukko yksilöitä, jotka saattavat kuulua erilaisiin ryhmiin esimerkiksi järjestötoiminnan kautta. Silti näihin ryhmiin kuuluu henkilöitä, jotka kokevat olevansa saamelaisia.

Kuten aiemmin mainittu, juuri ennen tämän tutkimuksen valmistumista tuli julkiseksi tieto Pohjoismaisen saamelaissopimuksen neuvottelutuloksen hyväksymisestä ja siitä, että Suomi lähtee viemään ratifiointia eteenpäin tämän neuvottelutuloksen mukaisesti. Sopimusteksti ei kuitenkaan ole julkinen tämän raportin kirjoittamisen aikaan, joten tieto pohjautuu oikeusministeriön tiedotteeseen 21.12.2016.<sup>313</sup> Tästä tiedotteesta käy ilmi, että saamelaismääritelmä ratkaistaisiin yhteispohjoismaisen mallin pohjalta, jossa noudatettaisiin Norjan mallia. Norjassa on neljänteen polveen perustuva kieliperusteinen määritelmä. Kieltä ei ole myöskään tarvinnut oppia ensimmäisenä kielenä, vaan se voi olla "äidinkieli" kotikielenä. Määritelmä ei myöskään määrittele saamelaisuutta, vaan määrää siitä, kuka saa äänestää Saamelaiskäräjien vaaleissa. Myös Norjassa ja Ruotsissa on paljon saamelaisia, jotka eivät kuulu vaaliluetteloon. Tiedot-

311 HE 248/1994 s. 16

312 Hyvärinen, H. (2012), s. 16.

313 <http://oikeusministerio.fi/en/index/currentissues/tiedotteet/2016/12/pohjoismaisestasaamelaissopimuksestaneuvottelutuloshallitusvieratiffoitavaksi.html>.

teesta käy myös ilmi, että Suomen osalta äänioikeus täsmennetään kansallisessa lainsäädännössä seuraaviin, syksyllä 2019 pidettäviin vaaleihin mennessä.

Saamelaiset ovat yksi kansa yli valtion rajojen, joten samanlainen määrittely olisi varmasti luonnollinen ja perusteltu saamelaisten kannalta. Kieli on myös alkuperäinen saamelaisten määritelmä, kuten kappaleessa neljä tuodaan esille. Yhteispohjoismaista saamelaismäärittelyä on ehdotettu jo vuodesta 1959 lähtien.<sup>314</sup> Myös KHO on todennut päätöksissään, että alkuperäiskansan tärkeä tunnusmerkki on oma kieli. Niin ikään se on todennut, että ennen saamelaiskärjälakia kieli oli ainoa niin sanottu objektiivinen peruste vastaavanlaisessa asemassa olleen saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa. Ruotsissa ja Norjassa kieli on vastaavissa säännöksissä keskeinen saamelaismäärittelyn peruste. Näiden maiden saamelaiset kuuluvat samaan alkuperäiskansaan kuin Suomen saamelaiset. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan saamelaismäärittely voi saamelaiskärjälain 3 §:n 1 ja 3 kohdan mukaan ulottua neljään sukupolveen.<sup>315</sup> Tästäkin syystä on johdonmukaista laajentaa kielikriteeriä neljanteen sukupolveen. Myös jotkut inarinsaamelaiset ovat esittäneet kielikriteerin laajentamista neljanteen sukupolveen, kuten kappaleesta neljä käy ilmi.

Saamelaiskäräjien hallituksen laatimissa yleisperusteluissa vaaliluetteloon hakeutumiseen liittyen (2015) korostetaan saamen kielen merkitystä tärkeänä osana saamelaiskulttuuria. Kieli ei ole vain kommunikaatioväline, vaan se ilmentää saamelaiskulttuuria, sen arvoja, elinkeinoja, luontosuhdetta ja ympäröivää todellisuutta. Saamen kieli ja sen erityisterminologia on osa saamelaisten perinteistä tietoa. Saamelaisuus on kuulumista saamelaisiin yhteisöihin ja näiden yhteinen nimittäjä on saamen kieli.<sup>316</sup>

Saamelaiskäsitteen tulkinnan lähtökohtana on saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevan lainsäädännöllisen uudistuksen tarkoitus, jolla hallituksen esityksen perustelujen mukaan pyrittiin turvaamaan olemassa olevalle saamelaisten etniselle ryhmälle oikeus muihin väestöryhmiin nähden yhdenvertaiseen kohteluun hallinnossa etno-poliittisen kulttuuri-itsehallinnon perustalta. (HE 248/1994 vp). Saamelaiseksi tuli hallituksen esityksen perustelujen mukaan katsoa henkilö, joka samaistui saamelaiseksi ja täytti yhden lain 3 §:n 1-3 kohtien objektiivisen kriteerin, ja jonka pääperusteena oli tosiasiallinen kuuluminen saamelaisten ryhmään: saamelaiseksi synnyttään, ei tulla eikä päästä. Tosiasiallinen kuuluminen saamelaisten ryhmään ilmeni kuulumisena saamelaisten epävirallisiin yhteisöihin. Kohtien 1-3 mukainen etninen saamelaisryhmä saattoi olla jonkin verran nykyistä suurempi, mutta lisäyksellä ei katsottu olevan edes maininnan arvoisia vaikutuksia nykyisten saamelaisten asemaan (HE 248/1994 vp).<sup>317</sup>

Mikäli laissa ei enää määriteltäisi saamelaisuutta, vaan sitä, kuka saa äänestää Saamelaiskäräjien vaaleissa, antaisi tämä enemmän tilaa kokea saamelaisuutta myös vaaliluettelon ulkopuolella, kuten muissakin Pohjoismaissa. Mikäli saamelaisille kuitenkin vahvistetaan erityisiä oikeuksia, tällöin edelleen avoimeksi jäisi kysymys siitä, miten näiden oikeuksien subjektit määräytyisivät. Pelkkä itseidentifikaatio ei voisi olla riittävä peruste saamelaisuudelle, sillä tällöinhän kuka tahansa henkilö voisi päättää alkaa saamelaiseksi erityisoikeuksien toivossa. Mahdolliset erityisoikeudet voisivat koskea esimerkiksi kielellisten oikeuksien lisäksi maankäyttöön liittyvistä asioista päättämiseen osallistumista erilaisissa yhteistyöryhmissä. Maankäyttökysymyksissä objektiivisena kriteerinä voisi kenties edelleen toimia historialliset maa- ja kantokirjat itseidentifikaation ja perinteisen elämäntavan lisäksi. Tämä saattaisi olla ratkaisu saamelaismäärittelmäkiistaan. ILO sopimus 169:llä tai Pohjoismaisella saamelaisopimuksella ei tulla vahvistamaan maahan liittyviä historiallisia tai nykyisiä omistusoikeuksia kiinteistöoikeudellisessa merkityksessä. Mikäli henkilöillä on osoittaa omistus- tai erityisperusteisia oikeuksia maihin tai vesiin, asiat tulee ratkaista Suomen oikeusjärjestyksen mukaisesti, ilman että kan-

314 Aarnio, A. J. (2012), s. 9. Kts. tämän raportin kappale neljä.

315 Ibid.

316 Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista 2015, s. 1.

317 Ibid.

sainväliset sopimukset näitä oikeuksia myöskään voivat poistaa. Tällöin henkilön kuulumisella tai kuulumattomuudella Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon ei ole merkitystä.

Ryhmähyväksyntä tarkoittaa ennen kaikkea sitä, että Saamelaiskäräjien tulee hyväksyä saamelaismääritelmä, ainakin siltä osin kun se tarkoittaa oikeutta äänestää saamelaiskäräjävaaleissa. Muutoin se olisi vastoin saamelaisten perustuslaissa turvattua itsehallintoa sekä kansainvälistä alkuperäiskansaoikeutta. *Tätä kysymystä Saamelaiskäräjien ei kuitenkaan pitäisi nähdä ensisijaisesti vain oikeutena vaan ennen kaikkea myös velvollisuutena, joka pitää sisällään painavan vastuun varmistaa, ettei määritelmästä tehdä liian poissulkevaa ja ihmiset, jotka täyttävät määritelmän kriteerit, pääsevät ryhmän jäseneksi.*



## Lähteet (kappaleet 1, 2, 3 ja 15)

### Lait, asetukset ja oikeustapaukset

71/1923 Luonnonsuojelulaki.

239/1932 Poronhoitolaki.

444/1948 Poronhoitolaki.

503/1951 Kalastuslaki.

264/1961 Vesilaki.

295/1963 Muinaismuistolaki.

932/1981 Asetus eräistä valtion omistamille alueille perustetuista kansallispuistoista ja luonnonpuistoista.

286/1982 Kalastuslaki.

610/1984 Luontaiselinkeinolaki.

990/1987 Ydinenergilaki.

1198/1989 Asetus Norjan kanssa Tenojoen kalastuspiirin yhteisestä kalastussäännöstä tehdyn sopimuksen ja siihen liittyvän kalastussäännön voimaansaattamisesta sekä sopimuksen ja kalastussäännön eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta.

161/1990 Porotalouslaki.

848/1990 Poronhoitolaki.

62/1991 Erämaalaki.

501/1991 Laki Tenojoen kalastussääntöä koskevan sopimuksen ja kalastussäännön eräiden määräysten aiheuttamien menetysten korvaamisesta.

592/1991 Säteilylaki.

615/1993 Metsästyslaki.

201/1994 Kotikuntalaki.

468/1994 Laki ympäristövaikutusten arviointimenettelystä.

253/1995 Kolttalaki.

554/1995 Kiinteistönmuodostamislaki.

974/1995 Laki saamelaiskäräjistä.

1710/1995 Maastoliikennelaki.

1725/1995 Laki saamelaiskäräjistä annetun lain muuttamisesta.

1727/1995 Asetus saamelaiskäräjistä.

1093/1996 Metsälaki.

1096/1996 Luonnonsuojelulaki.

133/1997 Koltta-asetus.

1212/1997 Laki kalastuslain muuttamisesta.

628/1998 Perusopetuslaki.

629/1998 Lukiolaki.

132/1999 Maankäyttö- ja rakennuslaki.

45/2000 Porotalouden ja luontaiselinkeinojen rahoituslaki.

86/2000 Ympäristönsuojelulaki.

1279/2002 Laki saamelaiskäräjistä annetun lain muuttamisesta.

1026/2003 Laki saamelaiskäräjistä annetun lain 4 a ja 18 §:n muuttamisesta.

1086/2003 Saamen kielilaki.

1378/2004 Laki metsähallituksesta (kumottu).

200/2005 Laki viranomaisten suunnitelmien ja ohjelmien ympäristövaikutusten arvioinnista.

347/2005 Valtioneuvoston asetus viranomaisten suunnitelmien ja ohjelmien ympäristövaikutusten arvioinnista.

965/2006 Oikeusministeriön asetus saamelaiskäräjien vaaleissa noudatettavasta menettelystä.

494/2009 Patoturvallisuuslaki.

1326/2010 Terveystieteiden tutkimuslaki.

587/2011 Vesilaki.

621/2011 Kaivoslaki.

626/2011 Laki saamelaiskäräjistä annetun lain 9 §:n muuttamisesta.

986/2011 Laki porotalouden ja luontaiselinkeinojen rakennetuista.

527/2014 Ympäristönsuojelulaki.

379/2015 Kalastuslaki.

1676/2015 Laki porotalouden ja luontaiselinkeinojen rakennetuista annetun lain muuttamisesta.

234/2016 Laki Metsähallituksesta.

235/2016 Laki valtion metsätalouden osakeyhtiöstä.

247/2016 Valtioneuvoston asetus Metsähallituksesta.

394/2016 Laki biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpanosta.

515/2016 Laki kaivoslain muuttamisesta.

SopS 37/1970. Asetus kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevan kansainvälisen yleissopimuksen voimaansaattamisesta.

SopS 8/1976. Asetus kansalaisyhteiskunnallisia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen sekä siihen liittyvän valinnaisen pöytäkirjan voimaansaattamisesta.

SopS33/1980 Asetus valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen voimaansaattamisesta.

SopS 19/1987. Asetus maailman kulttuuri- ja luonnonperinnön suojelemista koskevan yleissopimuksen voimaansaattamisesta.

SopS 94/1989. Asetus Norjan kanssa Tenojoen kalastuspiirin yhteisestä kalastussäännöstä tehdyn sopimuksen ja siihen liittyvän kalastussäännön voimaansaattamisesta sekä sopimuksen ja kalastussäännön eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta.

SopS 63/1999. Ulkoasiainministeriön ilmoitus Euroopan ihmisoikeussopimuksesta (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi) sellaisena kuin se on muutettuna yhdennellätoista pöytäkirjalla.

SopS 78/1994. Asetus biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen voimaansaattamisesta.

The Framework Convention for the Protection of National Minorities and its Explanatory Report, H (95) 10, Strasbourg, February 1995. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c10cf> (haettu 21.12.2016).

Århusissa 25 päivänä kesäkuuta 1998 tiedon saannista, yleisön osallistumisoikeudesta päätöksentekoon sekä muutoksenhaku- ja vireillepano-oikeudesta ympäristöasioissa tehty yleissopimus, jonka eduskunta on hyväksynyt 21 päivänä kesäkuuta 2004 ja jonka tasavallan presidentti on hyväksynyt 13 päivänä elokuuta ja joka on tullut voimaan 30 päivänä marraskuuta 2004, 122/2004.

YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus 13.9.2007. A/RES/61/295.

Yleissopimus aineettoman kulttuuriperinnön suojelemisesta, hyväksytty 17.10.2003, tuli voimaan 21.5.2013, 47/2013.

### **Korkeimman hallinto-oikeuden päätökset vuonna 1999:**

KHO 22.9.1999 T 3181, KHO 22.9.1999 T 3182, KHO 22.9.1999 T 3183, KHO 22.9.1999 T 3186.

KHO 23.9.1999 T 3198.

KHO 24.9.1999 T 3336, KHO 24.9.1999 T 3566, KHO 24.9.1999 T 3610, KHO 24.9.1999 T 3630, KHO 24.9.1999 T 3633.

KHO 27.9.1999 T 3639, KHO 27.9.1999 T 2659, KHO 27.9.1999 T 3656, KHO 27.9.1999 T 3657, KHO 27.9.1999 T 3659, KHO 27.9.1999 T 3663, KHO 27.9.1999 T 3666, KHO 27.9.1999 T 3671, KHO 27.9.1999 T 3686, KHO 27.9.1999 T 3704, KHO 27.9.1999 T 3733, KHO 27.9.1999 T 3736, KHO 27.9.1999 T 3762, KHO 27.9.1999 T 3763, KHO 27.9.1999 T 3770, KHO 27.9.1999 T 3833, KHO 27.9.1999 T 3834.

### **Korkeimman hallinto-oikeuden päätökset vuonna 2003:**

KHO 11.3.2003 T 516.

KHO 19.9.2003 T 2210, KHO 19.9.2003 T 2223 – T 2230, KHO 19.9.2003 T 2231, KHO 19.9.2003 T 2232, KHO 19.9.2003 T 2234, KHO 19.9.2003 T 2235, KHO 19.9.2003 T 2236.

### **Korkeimman hallinto-oikeuden päätökset vuonna 2007-2014:**

KHO 20.9.2007 T 2328 - T 2339, KHO 20.9.2007 T 2340.

KHO 26.9.2011 T 2710, KHO 26.9.2011 T 2711, KHO 26.9.2011 T 2712, KHO 26.9.2011 T 2713, KHO 26.9.2011 T 2714.

KHO 2012:11.

KHO 2014:111, 25.6.2014, T 1988.

### **Korkeimman hallinto-oikeuden päätökset vuonna 2015:**

KHO 30.9.2015 T 2507, KHO 30.9.2015 T 2587, KHO 30.9.2015 T 2563, KHO 30.9.2015 T 2566, KHO 30.9.2015 T 2570, KHO 30.9.2015 T 2587, KHO 30.9.2015 T 2589, KHO 30.9.2015 T 2592, KHO 30.9.2015 T 2594, KHO 30.9.2015 T 2599, KHO 30.9.2015 T 2600, KHO 30.9.2015 T 2602, KHO 30.9.2015 T 2603, KHO 30.9.2015 T 2604, KHO 30.9.2015 T 2605, KHO 30.9.2015 T 2606, KHO 30.9.2015 T 2607, KHO 30.9.2015 T 2610, KHO 30.9.2015 T 2618, KHO 30.9.2015 T 2620, KHO 30.9.2015 T 2621, KHO 30.9.2015 T 2622, KHO 30.9.2015 T 2623, KHO 30.9.2015 T 2624, KHO 30.9.2015 T 2629, KHO 30.9.2015 T 2631, KHO 30.9.2015 T 2632, KHO 30.9.2015 T 2650, KHO 30.9.2015 T 2651, KHO 30.9.2015 T 2652, KHO 30.9.2015 T 2654, KHO 30.9.2015 T 2656, KHO 30.9.2015 T 2658, KHO 30.9.2015 T 2659, KHO 30.9.2015 T 2660, KHO 30.9.2015 T 2661, KHO

30.9.2015 T 2662, KHO 30.9.2015 T 2663, KHO 30.9.2015 T 2664, KHO 30.9.2015 T 2665, KHO 30.9.2015 T 2666, KHO 30.9.2015 T 2667, KHO 30.9.2015 T 2668, KHO 30.9.2015 T 2669, KHO 30.9.2015 T 2670, KHO 30.9.2015 T 2671, KHO 30.9.2015 T 2672- 2678, KHO 30.9.2015 T 2679, KHO 30.9.2015 T 2684, KHO 30.9.2015 T 2688, KHO 30.9.2015 T 2696, KHO 30.9.2015 T 2699, KHO 30.9.2015 T 2702, KHO 30.9.2015 T 2703, KHO 30.9.2015 T 2704, KHO 30.9.2015 T 2705, KHO 30.9.2015 T 2706, KHO 30.9.2015 T 2711, KHO 30.9.2015 T 2712, KHO 30.9.2015 T 2713, KHO 30.9.2015 T 2719, KHO 30.9.2015 T 2720, KHO 30.9.2015 T 2724, KHO 30.9.2015 T 2726, KHO 30.9.2015 T 2727, KHO 30.9.2015 T 2744, KHO 30.9.2015 T 2745, KHO 30.9.2015 T 2746, KHO 30.9.2015 T 2747, KHO 30.9.2015 T 2748, KHO 30.9.2015 T 2749, KHO 30.9.2015 T 2753, KHO 30.9.2015 T 2755, KHO 30.9.2015 T 2756, KHO 30.9.2015 T 2757, KHO 30.9.2015 T 2758, KHO 30.9.2015 T 2759, KHO 30.9.2015 T 2762, KHO 30.9.2015 T 2764, KHO 30.9.2015 T 2766, KHO 30.9.2015 T 2769, KHO 30.9.2015 T 2786, KHO 30.9.2015 T 2788, KHO 30.9.2015 T 2789, KHO 30.9.2015 T 2790, KHO 30.9.2015 T 2791.

### **Korkeimman hallinto-oikeuden päätökset vuonna 2016:**

KHO 13.1.2016 T 73- 79.

KHO 4.10.2016 T 16/0311/1.

### **Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätöksiä 2016:**

Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0309/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0310/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0311/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0312/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0313/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0314/1, Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 4.10.2016, T 16/0315/1.

### **Hallituksen esitykset**

HE n:o 31 1930 vp. Hallituksen esitys n:o 31 (1930IIVp) poronhoitolaiksi.

HE n:o 45 1945 vp. Hallituksen esitys n:o 45 (1945vp) uudeksi poronhoitolaiksi

HE 243/1976 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa suoritettavaa vesialueiden rajankäyntiä sekä kalastamista pohjoisella vesialueella koskevaksi lainsäädännöksi.

HE n:o 69/1985 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi poronhoitolaiksi.

HE 244/1989 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poronhoitolaiksi.

HE 306/1990 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle vuonna 1989 pidetyn 76. Kansainvälisen työkonferenssin hyväksymän itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen johdosta.

HE 192/1992 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi poronhoitolain 4 §:n muuttamisesta.

HE 8/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kalatalouden korkotuki- lainoista annetun lain 14 §:n muuttamisesta.

HE 248/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle saamelaiden kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön.

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 273/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kaivoslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 247/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi porotalouden ja luontaiselinkeinojen rakennetuesta, laiksi porotaloutta kohdanneiden vahinkojen korvaamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.

HE 167/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi saamelaiskäräjistä annetun lain ja rikoslain 40 luvun 11 §:n muuttamisesta.

HE 192/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kalastuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 264/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja Metsähallituksesta annetun lain muuttamisesta.

HE 126/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän geenivarojen saatavuudesta sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta jaosta tehdyn Nagoyan pöytäkirjan hyväksymisestä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpanosta.

HE 132/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 30.9.2016 Hallituksen esitys eduskunnalle kalastuksesta Tenojoen vesistöissä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta sekä kalastuslain muuttamisesta. [Diaarinumeroa ei vielä saatavilla 22.10.2016]

Luonnos hallituksen esitykseksi Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, lausuntoyhteenveto 11.2.2016. MMM004:00, 2016.

## Valiokuntien lausunnot ja mietinnöt

MmVM 2 2016 vp – HE 132/2015 vp. Maa- ja metsätalousvaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi.

PeVL 7/ 1978 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 243 (1976 vp) Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa suoritettavaa vesialueiden rajankäyntiä sekä kalastamista pohjoisella vesialueella koskevaksi lainsäädännöksi ja ed. Mäki-Hakolan lakialoitteesta n:o 129 ( 1976 vp.) , joka sisältää ehdotukset laiksi vesialueiden rajankäynnistä Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa ja laiksi kalastamisesta pohjoisella vesialueella.

PeVL 5/1981 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto kalastuslakiuudistukseen liittyen.

PeVL 13/1989 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto Tenojoen kalastussäännön eräiden määräysten hyväksymisestä.

PeVL 3/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 244/1989 vp. poronhoitolaiksi.

PeVM 12/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan valtiopäiväjärjestyksen 52 a §:stä antama mietintö.

PeVL 30/1993 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 179 laiksi kalastuslain muuttamisesta, ed. Lahti-Nuutilan ym. lakialoitteesta n:o 20/1991 vp laiksi kalastuslain 91 §:n muuttamisesta, ed. Rajamäen ym. lakialoitteesta n:o 57/1991 vp laiksi kalastuslain 8 §:n muuttamisesta, ed. Aittoniemen ym. lakialoitteesta n:o 21/1992 vp laiksi kalastuslain 9 ja 88 §:n muuttamisesta, ed. Rajamäen ym. lakialoitteesta n:o 16/1992 vp laiksi kalastuslain muuttamisesta ja ed. Iivarin ym. lakialoitteesta n:o 39 laiksi kalastuslain 9 §:n muuttamisesta.

PeVL 8/1993 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 192/1992 vp laiksi poronhoitolain 4 §:n muuttamisesta.

PeVM 17/1994 vp - HE 248/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 17 hallituksen esityksestä saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön.

PeVM 1/1995 vp - HE 248/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 1. Vuoden 1994 valtiopäiviltä lepäämässä olevat ehdotukset saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön.

PeVL 27/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 27/1997 vp - HE 143/1997 vp: Hallituksen esitys laiksi kalastuslain muuttamisesta.

PeVL 29/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 29/2004 vp - HE 169/2003 vp: Hallituksen esitys laeiksi Pallas-Yllästunturin kansallispuistosta sekä eräiden luonnonsuojelualueiden perustamisesta valtionmaille annetun lain muuttamisesta.

PeVL 38/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 38/2004 vp - HE 154/2004 vp: Hallituksen esitys laiksi Metsähallituksesta.

PeVL 21/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 21/2007 vp - HE 112/2007 vp: Hallituksen esitys porotalouden ja luontaiselinkeinojen rahoituslain muuttamisesta.

PeVL 40/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 40/2009 vp - HE 108/2009 vp: Hallituksen esitys laiksi Saamelaisalueen koulutuskeskuksesta.

PeVL 32/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 32/2010 vp - HE 273/2009 vp: Hallituksen esitys kaivoslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVM 12/2014 vp — HE 167/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 12. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi saamelaiskäräjistä annetun lain ja rikoslain 40 luvun 11 §:n muuttamisesta.

PeVM 13/2014 vp — HE 264/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja Metsähallituksesta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 52/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 52/2014 vp - VNS 6/2014 vp: Valtioneuvoston ihmisoikeusselonteko 2014.

PeVL 1/2016 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 1/2016 vp - HE 132/2015 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi.

SoVL 11/1990 vp. Sosiaalivaliokunnan lausunto HE 248/1994 hallituksen esitys Eduskunnalle saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön liittyen.

SuVM 12/1994 vp. Suuren valiokunnan mietintö n:o 12 hallituksen esityksestä saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön

TyVM 7/2003 vp — HE 44/2003 vp. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö 7/2003 vp: Hallituksen esitys laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

YmVL 7/2010 vp. — HE 273/2009 vp. Ympäristövaliokunnan lausunto 7/2010 vp: Hallituksen esitys kaivoslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

## Muut lausunnot ja mietinnöt

Enontekiön kunnanvaltuusto 20.6.2012, 17 § Enontekiön kunnan kanta ILO-169 yleissopimuksen sopimuksen ratifiointiin.

Enontekiön kunnanvaltuusto 13.1.2014, 6 § Enontekiön lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän luonnoksesta hallituksen esitykseksi saamelaiskäräjälain muuttamiseksi.

Inarin kunnan lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 55/2013, 19.2.2013, Dnro 37/00.04.00/2013.

Inarin kunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle ILO:n yleissopimuksen nro 169:n hyväksymisestä, 2.6.2014, Dnro 230/00.04.00/2014.

KM 1929:8. Erinäisiä poronhoitoa koskevia kysymyksiä selvittämään asetetun komitean mietintö I.

KM 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö.

KOM 1985:9. Tenojoen kalastustoimikunnan mietintö I.

KOM 1984:27. Pohjoisten kuntien kalastuslakitoimikunnan mietintö.

Luonnos Pohjoismaiseksi saamelais sopimukseksi. Oikeusministeriö, työryhmämietintö 2009:18.

MMM 2012:2 (Kalastuslain kokonaisuudistuksen työryhmän mietintö).

Oikeuskanslerin päätös. Dnro OKV/1879/1/2013. 5.6.2014.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 29/2012, Alkuperäiskansoja koskevan sopimuksen ratifiointiedellytykset, lausuntotiivistelmä.

Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja. Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, 55/2013.

Oikeusministeriön lausunto kalastuslain hallituksen esitysluonnoksesta, 21.4.2014, 223/43/2013.

Pohjoismainen Saamelais sopimus, suomalais-, norjalais-, ruotsalais-, saamelaisen asiantuntijatyöryhmän 27. lokakuuta 2005 luovuttama luonnos.

Saamelaisten osallistumisoikeuksien lisääminen valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksentekomenettelyssä saamelaisten kotiseutualueella –työryhmän mietintö, Työryhmämuistio mmm 2014:2.

Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi, 1990:32, sisäasiainministeriö.

Saamelaiskäräjien toimintakertomus vuodelta 1999.

Saamelaiskäräjien kannanotto koskien saamelaiskärä- jälain ja –asetuksen muutostarpeita. Dnro 259/D.a.1/2012.

Saamelaiskäräjien muistio Nagoyan pöytäkirjan alkuperäiskansoja koskevista velvoitteista. Dnro 686/D.a.2/2013.

Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015.

Saamelaiskäräjien lausunto Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaan lakiesityksen johdosta, 24.11.2015, Maa- ja metsätalousministeriön lausuntopyyntö MMMOO4:00/2014, Dnro: 1216/D.a.2/2015.

Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle Metsähallituksen uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi, Eduskunnan Perustuslakivaliokunnan kuuleminen hallituksen esityksen HE 132/2015 johdosta, Dnro: 61/D.a.4/2016, 3.2.2016.

Saamelaiskäräjien lausunto Dnro 379/D.a.2/2016, 12.8.2016. Saamelaiskäräjien lausunto Suomen ja Norjan välisen kalastuksesta Tenojoen vesistöissä tehdyn sopimuksen allekirjoittamisesta.

Saamelaiskäräjät lausunto 9.11.2016, Dnro:501/D.a.2/2016, Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä maakuntauudistukseksi ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisuudistukseksi sekä niihin liittyviksi laeiksi.

Saamelaiskäräjien lausunto kaivoslain muutosesityksen johdosta sekä esitys kaivoslain toimeenpanoon liittyvien ongelmien ratkaisemiseksi, Lausunto 27.4.2016, 251/D.a.4/2016. <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaistuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-56071.pdf> (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä uudeksi kalastuslaiksi, 3.2.2014, Dnro: 685/D.a.2/2013. [http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712\\_164142\\_saamkarajat\\_lausunto.pdf](http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/14258/214712_164142_saamkarajat_lausunto.pdf) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien taustamuistio pääministeri Sipilälle 12.8.2016.

Saamelaiskäräjien toimintaohjelma ja taloussuunnitelma 2016-2019.

Saamelaiskäräjät, Pöytäkirja 7/2011, 31.5.2011.

Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotiivistelmä, 22/2014.

Sodankylän kunnan lausunto hallituksen luonnosesityksestä eduskunnalle ILO:n yleissopimuksen Nro 169 hyväksymisestä, 32/49/2011 / Oikeusministeriö, Kh 183 § / 3.6.2014, liite nro 7.

Sodankylän kunnan lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä, 7.1.2014, Kh 14.1.2014 § 5, liite 7.

Toimenpideohjelma saamenkielen elvyttämiseksi, Opetus- ja kulttuuriministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä, 2012:7. Opetus- ja kulttuuriministeriön korkeakoulu- ja tiedepolitiikan osasto.

Työryhmämuistio MMM 1 988:24.

Ulkoasiain ministeriö perustuslakivaliokunnalle, 02.02.2016, HEL7M0598-8.

Ulkoasiainministeriön lausunto Suomen ja Norjan välillä Tenojoen kalastuksesta tehdyn sopimuksen allekirjoittaminen, 15.8.2016, HEL7M0521-10.

Ulkoasiainministeriö, lausunto HE kalastuksesta Tenojoen vesistössä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen hyväksymisestä, 18.10.2016, Maa- ja metsätalousministeriölle, HEL7M1260-28.

Utsjoen kunnan lausunto 24.1.2014 saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 55/2013.

Utsjoen kunnan lausunto 17.6.2014 hallituksen esitykseen eduskunnalle kansainvälisen työjärjestön (ILO) itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen nro 169 hyväksymisestä ja voimaansaattamisesta.

Valtioneuvoston ihmisoikeusselonteko 2014. Ulkoasiainministeriö. Jyväskylä: Grano Oy.

## **Kansainvälisten sopimusten valvontaelinten oikeustapaukset ja kannanotot**

ACFC/OP/IV (2016) 002, hyväksytty 26.2.2016, julkistettu 6.10.2016. Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea.

ACFC/INF/OP/1(2001)002, hyväksytty 22.7.2001. Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea.

ACFC/OP/II(2006)003, hyväksytty 2.3.2006, julkistettu 20.4.2006. Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea.

ACFC/OP/III(2010)007, hyväksytty 14.10.2010, julkistettu 13.4.2011. Euroopan neuvoston ministerikomiteaa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanon valvonnassa avustava neuvoa-antava komitea.

CEACR Observation - adopted 2003, published 92nd ILC session (2004) Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) - Norway (Ratification: 1990).

CERD General Recommendation VIII Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention. Identification with a Particular Racial or Ethnic Group. 22.08.1990.

CERD Concluding Observations on Finland, 10.12.2003, CERD/C/63/CO/5.

CERD Concluding Observations on Finland, 13.3.2009, CERD/C/FIN/CO/19.

CERD Concluding Observations on Finland, 23.10.2012, CERD/C/FIN/CO/20-22.

CESCR Concluding Observations on the sixth periodic report on Finland, 17.12.2014, E/C.12/FIN/CO/6.

Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, *Sawhoyamaya Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v. Paraguay*, Judgment of 29 March 2006. Merits, Reparations and Costs. IACHR Series C, No. 146.

Inter-American Court of Human Rights Case of the *Saramaka People v. Suriname* Judgment of November 28, 2007. <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/surinameiachrsaramakajudgmentnov07eng.pdf> (haettu 21.12.2016).

Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Preparation, and Costs.

Inter-American Court of Human Rights case of the *Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment



of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf) (haettu 21.12.2016).

The Council of the European Union, General Secretariat of the Council, 17 October 2016, 12988/16, Council Conclusions.

UN Human Rights Committee. *Lovelace v. Canada*, 30 July 1981, HRC, no. 24/1977, A/36/40 (1981) U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981).

UN Human Rights Committee. *Kitok v. Sweden*, 27 July 1988, HRC, no. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/ (1985).

UN Human Rights Committee. *I Länsman et al v. Finland*, Communication No. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Canada UN Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Mexico, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Norway, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112 (1999).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Australia, UN Doc. CCPR/CO/69/Aus (2000).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Denmark, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK (2000).

UN Human Rights Committee. *J.G.A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia*, Communication No. 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (2000).

UN Human Rights Committee. *Apirana Mahuika v. New Zealand* 27.10.2000, 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Sweden, UN Doc. CCPR/CO/74/SWE (2002).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Finland, UN Doc. CCPR/CO/82/FIN (2004).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5 (2005).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations of the Human Rights Committee on United States, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3 (2006).

UN Human Rights Committee. *Poma Poma v. Peru* CCPR/C/95/D/1457/2006 24 April (2009).

UN Human Rights Committee, Concluding Observations on Finland, CCPR/C/FIN/CO/6 (2013).

UN Human Rights Committee. Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Sweden, CCPR/C/SWE/CO/7 (2016).

## Kirjallisuus ja raportit

Aarnio, E.J., Saamelaiskäräjälain muutostarpeet, Oikeusministeriön tilaama selvitysraportti, 3.5.2012.

Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity - *Report of the Ad Hoc Working Group on the work of its first session* (1988).

Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity – *Report of the Ad hoc working group on the work of its second session in preparation for a legal instrument on biological diversity of the planet* (1990).

Akwé:Kon ohjeiden soveltaminen Hammastunturin erämaan käyttö- ja hoitosuunnitelmaan, Loppuraportti, Metsähallitus, 2013.

Alfredsson, G., "Institutional Trends - Minority Rights," <https://www.wcl.american.edu/hracademy/Class2-Reading3MinorityRightsNormsandInstitutions.pdf.pdf> (haettu 21.12.2016).

Andersen, C., *Métis. Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*. UBC Press (2014).

Barume, A. K., "Responding to the Concerns of the African States", in Claire Charters, and Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making The Declaration Work: The United Nations Declaration on The Rights Of Indigenous Peoples*. IWGIA (2009).

Biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen alkuperäiskansojen perinnetietoa käsittelevän artikla 8:n kansallisen asiantuntijatyöryhmän loppuraportti (kesäkuu 2011).

Chakraborty, S.K., "Conservation of Biodiversity and Farmers' Rights in India: Issues and Perspective", *Legal News and Views*, Vol. 24, No. 10, 2010.

Gaudry, A. and Andersen, C.: "Daniels v. Canada: Racialized Legacies, Settler Self-Indigenization and the Denial of Indigenous Peoplehood", *Topia 36. Canadian Journal of Cultural Studies* (2016).

Guttorm, A., Erytisperusteisista kalastusoikeuksista, osakaskunnan kalastusoikeuden käyttäminen ja mallisäännöt, 2014. <http://www.lapinkalatalouskeskus.net/assets/Materiaalit/Hankeraportit/JULKAISU-17-10-14-PROAG.pdf> (haettu 21.12.2016).

Hallituksen esityksen laatimishjeet. Oikeusministeriö 2004:4.

Hallituksen julkaisusarja 1/2011, 22.6.2011. Pääministeri Jyrki Kataisen hallitusohjelma.

Hallituksen julkaisusarja 10/2015. Ratkaisujen Suomi. Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma.

Handbook For ILO Tripartite Constituents: Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No 169). (2013).

Harry, B. K., and Shrumm, H. "Community Protocols and Access and Benefit Sharing." *Asian Biotechnology and Development Review* 12(3) (2010): 52.

Heikkilä, L.: *Reindeer talk. Sámi Reindeer Herding and Nature Management*. Acta universitatis Lapponiensis 110. Rovaniemi (2006).

Heinämäki, L., Herrmann, T., Neumann, A., "The Protection of Culturally and Spiritually Important Landscapes of Arctic Indigenous Peoples under the Convention on Biological Diversity and First Experiences from the Application of the Akwé:Kon Guidelines in Finland", *The Yearbook of Polar Law VI* (2015): 189-225, Brill.

Heinämäki, L., Magga, A-M., Ojanlatva, E., "Saamelaisten pyhät paikat kulttuuriperintöoikeuden ja tapaoikeuksien valossa", teoksessa T. Nykänen ja L. Valkeapää, Kilpisjärven poliittinen luonto (toim.), Suomalaisen kirjallisuuden seura, Helsinki (2016): 199-242.

Helander-Renvall, E. ja Markkula, I., *Luonnon monimuotoisuus ja saamelaiset*, Suomen ympäristö 12/2011, Ympäristöministeriö.

Hyvärinen, H. "Saamelaisten perinteisen kulttuurin ja elinkeinojen suoja". Teoksessa K. Kokko (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja B, nro 30, Rovaniemi (2010).

Hyvärinen, H., Lausunto saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksistä saamelaiskäräjien vuoden 2011 vaaleissa, 19/22.12.2011. [www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/18600/OTTK%20Heikki%20j.%20Hyvärinen.doc](http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/18600/OTTK%20Heikki%20j.%20Hyvärinen.doc) (haettu 21.12.2016).

Hyvönen, V., *Kiinteistönmuodostamisoikeus II. Kiinteistötoimitukset*, Espoo (2001).

ILO: Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169 (1996).

ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No 169), A Manual, International Labour Organization 2003, Geneva, International Labour Office.

ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No 169): A Manual, International Labour Organization (2013).

Imai, S. and Gunn, K., "The individual and the Group, Selection of Membership, Duties to the Community". In *Oxford Commentaries on International Law: A Commentary on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford: Oxford University Press, 2017 forthcoming).

Joonas, J., *Poronhoito-oikeus maankäyttöoikeutena*, (Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1993).

Joonas, J., "Maa- ja vesialueiden yleiskäyttöoikeudet erityisesti Pohjois-Suomen alueella". Oikeuskirja (toim. Martikainen, Petri). Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, Sarja B 25 (1995).

Joonas, J., "Kuka kuuluu alkuperäisväestöön? Historian vastauksia tämän päivän kysymyksiin", *Lakimies* 4/2003, s. 734-755.

Joonas, J., *Pohjois-Lapin erityiset kalastusoikeuskysymykset*, *Juridica Lapponica* 36, (2011).

Joonas, T., *ILO Convention No. 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, *Juridica Lapponica* 37, University of Lapland, Rovaniemi (2012).

Kidd, K. & Kendrick, J., "Mapping everyday practices as rights of resistance: indigenous peoples in Central Africa", *Politics of Indigeneity: Dialogues and Reflections on Indigenous Activism* (ed. Venkateswar, S & Hughes, E). London: Zed Books (2011).

Koivurova, T., "Alkuperäiskansojen asema ja oikeudet kansainvälisessä oikeudessa", teoksessa K. Kokko (toim.), *Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta*, (Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja b nro 30, Rovaniemi (2010).

Koivurova, T., "Alkuperäiskansojen ihmisoikeudet", teoksessa *Ihmisoikeuksien käsikirja*, T. Koivurova ja E. Pirjatanniemi (toim.), Tietosanoma (2013), 266-269.

Koivurova, T. and Petrétei, A.: "Enacting a New Mining Act in Finland – How were Sami Rights and Interests Taken into Account?" *Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal* (ed. Gabriel Michanek) (2014:1, ISSN: 2000-4273).

Kokko, K., "Saamelaiset ja ympäristönkäytön konfliktien sääntely". Teoksessa K.Kokko (toim.), *Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta*, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, sarja B, nro 30 (Rovaniemi, 2010).

Markkula, I. ja Helander-Renvall, E.. *Perinteisen tiedon käsikirja. Arktisen keskuksen tiedotteita* 59 (2014).

Mikkola, M., "Sosiaaliturvan leikkaukset Euroopan sosiaalisen peruskirjan valossa", Teoksessa *Hellsten-Hidén-Saksli* (toim.), *Sosiaaliset oikeudet ja sosiaaliturva*. Kela, Helsinki (2001).

Mustonen T. ja Feodoroff P., *Snowchange Cooperative Discussion Paper # 3: Report on the Collaborative Management Workshops in Kola Peninsula, Russia and Along the Näätämö River Catchment Area, Finland –Working Report from 2013 - 2014*. <http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Snowchange-Ponoi-and-Neiden-2013-Report.pdf> (haettu 21.12.2016).

Mustonen T. ja Feodoroff P., *Snowchange Discussion Paper #9 Näätämö River Collaborative Management Project Work Report May 2014 – September 2015*. <http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/09/Snowchange-Discussion-Paper-9.pdf> (haettu 21.12.2016).

Mustonen T. ja Feodoroff P., *Ponoi and Näätämö River Collaborative Management Plan*. [http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo\\_sisus\\_1205\\_p.pdf](http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2014/05/Naatamo_sisus_1205_p.pdf) (haettu 21.12.2016).

Mustonen, T., "Communal visual histories to detect environmental change in northern areas: Examples of emerging North American and Eurasian practices", *Ambio* 2015:44: 766-777.

Myntti, K., "Suomen saamelaisten yhteiskunnallinen osallistuminen ja kulttuuri-itsehallinto," Raportti Oikeusministeriölle, osa I. OM, lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1997, Helsinki (1997).

Niemivuo, M., "Suomen Perustuslaki ja Saamelaiset", teoksessa K. Kokko (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja Sarja B no 30, Rovaniemi (2010).

Palmater, P., *Beyond Blood: Rethinking Indigenous Identity*, Saskatoon, Purich Publishing Ltd (2011).

Rautiainen, P. "Perusoikeuksien heikennyskielto", *Oikeus* 2013 (42); 3: 261-283.

Raitio, K., "*You Can't Please Everyone*" – *Conflict Management Practices, Frames and Institutions in Finnish State Forests*, Joensuun yliopisto (2008).

Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, "The Situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland" (12 January 2011).

Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the Human Rights of Sami People in the Sápmi Region of Norway, Sweden and Finland, 9.8.2016, A/HRC/33/42/Add.3.

Sarivaara, E., *Saamelaismääritelmän tulkinnasta ja soveltamisesta*, 3/(2012).

Sarivaara, E., *Statuksettomat saamelaiset, Paikantumisia saamelaisuuden rajoilla*, akateeminen väitöskirja, (Lapin yliopisto, Kasvatustieteellinen väitöskirja, Diedut 2/2012).

Simpson, A., *The Mohawk Interruptus. Political Life across the Borders of Settler states*, Durham and London, Duke University Press (2014).

Sharon, V., *Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous People*, Penticton:Theytus Books (1998).

Scheinin, M., "Saamelaisten ihmisoikeudet, kulttuuri ja maankäyttö." Teoksessa M. Scheinin ja T. Dahlgren (toim.), *Toteutuvatko saamelaisten ihmisoikeudet?* Helsinki: Yliopistopaino (2001), s. 38-91.

Sverloff, M., *Suenjilin saamelaisten perintö*. Vammala (2003).

Suiseeya, K. R.M, "Negotiating the Nagoya Protocol: Indigenous Demand for Justice", *Global Environmental Politics*, August 2014, Vol. 14, No. 3:102-124.

*Säädösehdotusten vaikutusten arviointi ohjeet*. Oikeusministeriö 2007:6.

Thomberry, P. "*Integrating the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into CERD Practice*", in S. Allen and A. Xanthaki (eds), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Studies in International Law*, Vol. 30, Oxford (2011).

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Add. Jose R. Martinez Cobo, the Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations.

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/21. Report of the Working Group on Indigenous Populations of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

Van Genugten, W., "Protection of Indigenous Peoples on the African Continent: Concepts, Position Seeking, and the Interaction of Legal Systems", 104 (1) *A.J.I.L.* 29 (2010).

Vihervuori, P., Maahan, veteen ja luonnonvaroihin sekä perinteisiin elinkeinoihin kohdistuvat oikeudet saamelaisten kotiseutualueella, ILO:n alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen edellyttämät saamelaisten maahan ja vesiin kohdistuvia oikeuksia koskevat muutosehdotukset. (1999).

Viljanen, J., Heiskanen, H., Raskulla, S., "Ihmisoikeuksien yleiset opit ja Suomalainen ympäristöoikeudellinen argumentaatio", *Ympäristöjuridiikka* 1/2016: 86-109.

Vähemmistövaltuutettu. *99 Kysymystä ja vastausta ILO-169 sopimuksesta*. (2014).

Ylä-Lapin luonnovarasuunnitelma Kausi 2012-2021, Tolonen J. et al (toim) (2013).

Ympäristöhallinnon ohjeita 1/2011, Akwé:Kon-ohjeet.

## Muut lähteet

Arktinen keskus. *Saamelaisten oikeuksien toteutuminen: kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus*. <http://www.arcticcentre.org/FI/hankkeet/saamelaistenoikeudet>. (haettu 21.12.2016).

Arktinen keskus. *Saamelaisten oikeuksien toteutuminen: kansainvälinen oikeusvertaileva tutkimus. Asiantuntijahaastattelut*. <http://www.arcticcentre.org/FI/hankkeet/saamelaistenoikeudet/haastattelut>. (haettu 21.12.2016).

City-Sámit. *Yhdistys*. <http://www.citysamit.net/yhdistys.html>. (haettu 21.12.2016).

Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, CBD/COP/DEC/XIII/18, 17.12.2016.

Heiskanen, Heta ja Juha Lavapuro. *Metsähallituslaissa tulee säätää saamelaisten oikeuksista*, 22.1.2015. <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2015/11/22/heta-heiskanen-juha-lavapuro-metsahallituslaissa-tulee-saataa-saamelaisten-oikeuksista/>. (haettu 21.12.2016).

Heiskanen, Heta. *Lausunto ympäristövaliokunnalle*, 16.2.2016. <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-42514.pdf>. (haettu 21.12.2016).

*Inarilainen* 31.10.2014. Oza don ge sámedikki válgalogahallamii. Hae sieki saamelaiskäräjien vaaliluetteloon.

Indigenous Peoples Biocultural Climate Change Assessment Initiative. <http://ipcca.info/> (haettu 21.12.2016).

Kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma 2012-2013, 18/2012.

*Lohikiistoihin uusi malli yhteishallinnasta*. <http://www.lumi.fi/2013/04/lohikiistoihin-uusi-malli-yhteishallinnasta/>. (haettu 21.12.2016).

Maailmanpankki. *OP 4.10 – Indigenous Peoples*. <https://policies.worldbank.org/sites/PPF3/Pages/Manuals/Operational%20Manual.aspx> (haettu 21.12.2016).

Maa- ja metsätalousministeriö. *Metsähallituslain uudistaminen*. <http://mmm.fi/metsahallituslain-uudistaminen> (haettu 21.12.2016).

Maa- ja metsätalousministeriö. Tenon kalastussopimusluonnos – kalastussäännön kalastussäätelyratkaisu lyhyesti. [http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/Teno\\_kalastussopimus\\_luonnos\\_300616/6fb34e02-996d-4f2d-b686-d75d85e2f167](http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/Teno_kalastussopimus_luonnos_300616/6fb34e02-996d-4f2d-b686-d75d85e2f167) (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Hammastunturin erämaa-alueen hoito- ja käyttösuunnitelma. [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/hammastunturi\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/b3424bef-6618-40d0-b9ae-ae643027816c](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/hammastunturi_hks_vahvistettavaksi.pdf/b3424bef-6618-40d0-b9ae-ae643027816c) (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Kevon luonnonpuiston hoito- ja käyttösuunnitelma. [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/kevon\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/413726cd-b3e5-497b-a903-91bc01d05420](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/kevon_hks_vahvistettavaksi.pdf/413726cd-b3e5-497b-a903-91bc01d05420) (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Vätsärin erämaan hoidon ja käytön suunnittelu. <http://www.metsa.fi/vatsarisuunnittelu:%20UKK:%20http://www.metsa.fi/documents/10739/8f644049-a5e2-4cf4-adfc-fe6b1948291e> (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Mallan luonnonpuiston hoito- ja käyttösuunnitelma. [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/malla\\_hks\\_vahvistettavaksi.pdf/a13697aa-4c52-4be2-8220-4ec9c2fa6842](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/malla_hks_vahvistettavaksi.pdf/a13697aa-4c52-4be2-8220-4ec9c2fa6842) (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Mallan ja Saanan alueille hoito- ja käyttösuunnitelma. <http://www.metsa.fi/web/guest/kasivarsisuunnittelu> (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Puljun erämaan Natura-alueen hoito- ja käyttösuunnitelma. [http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/pulju\\_hks\\_vahvistettavana.pdf/14d303d3-00be-4373-b18d-634148b2b6e9](http://www.metsa.fi/documents/10739/1110148/pulju_hks_vahvistettavana.pdf/14d303d3-00be-4373-b18d-634148b2b6e9) (haettu 21.12.2016).

Metsähallitus. Metsähallitus ja Muddusjärven paliskunta uuteen yhteistyöhön. [http://www.metsa.fi/tiedotteet/-/asset\\_publisher/1im94Tprnc1a/content/metsahallitus-ja-muddusjarven-paliskunta-uuteen-yhteistyohon?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.metsa.fi%2Ftiedotteet%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_1im94Tprnc1a%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-6%26p\\_p\\_col\\_pos%3D1%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://www.metsa.fi/tiedotteet/-/asset_publisher/1im94Tprnc1a/content/metsahallitus-ja-muddusjarven-paliskunta-uuteen-yhteistyohon?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.metsa.fi%2Ftiedotteet%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1im94Tprnc1a%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-6%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2) (haettu 21.12.2016).

Näätämö River Collaborative Management Efforts by the Skolt Sámi. [http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/01/koltat\\_7taulua\\_p.pdf](http://www.snowchange.org/pages/wp-content/uploads/2015/01/koltat_7taulua_p.pdf) (haettu 21.12.2016).

Office of the High Commissioner on Human Rights. Finland / Indigenous peoples: New bill threatens Sami's rights to their traditional lands and livelihood. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16897&LangID=E> (haettu 21.12.2016).

Oikeusministeriö. Agreement on the Nordic Saami Convention reached. <http://oikeusministerio.fi/en/index/currentissues/tiedotteet/2016/12/pohjoismaisesta-saamelaissopimuksesta-neuvottelutuloshallitusvieratifoitavaksi.html> (haettu 21.12.2016).

Olsén, L. Neuvottelukulttuurin parantaminen ja toimiva yhteistyö olennaisia saamelaisten oikeuksien edistämiseksi. <http://tietokayttoon.fi/ajankohtaista/blogi/-/blogs/alueellinen-neuvottelukulttuuri-ja-yhteistyö-olennaisia-saamelaisten-oikeuksien-edistamisessä> (haettu 21.12.2016).

Olsén, L. Uusia tuulia saamelaisia koskevaan päätöksentekoon? <http://tietokayttoon.fi/ajankohtaista/blogi/-/blogs/uusia-tuulia-saamelaisten-oikeuksia-koskevaan-paatoksentekoon-> (haettu 21.12.2016).

Paliskuntain yhdistys/Metsähallitussopimus, 4.4.2013. [http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Liite2\\_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d6](http://mmm.fi/documents/1410837/1890407/Liite2_PY.pdf/183571a6-5a6e-4561-999f-6a8522e38d6) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjät kantelee oikeuskanslerille Tenojoen sopimusasiassa. [http://www.samediggi.fi/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1288&Itemid=39](http://www.samediggi.fi/index.php?option=com_content&task=view&id=1288&Itemid=39) (haettu 21.12.2016).

Saami Council, Observations by the Saami Council with regard to Finland's 20<sup>th</sup>, 21<sup>st</sup>, and 22<sup>nd</sup> Periodic Reports to the Committee for the Elimination of Racial Discrimination, 13. August 2012.

The Skolt Sámi's Path to Climate Change Resilience. <https://ourworld.unu.edu/en/the-skolt-sami-path-to-climate-change-resilience> (haettu 21.12.2016).

Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes), Päätös ML 2014: 0029, 7.7.2016, [http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4t%C3%B6kset/ML20140029\\_paatos\\_Tukesnet.pdf](http://www.tukes.fi/Tiedostot/Malminetsint%C3%A4p%C3%A4%C3%A4t%C3%B6kset/ML20140029_paatos_Tukesnet.pdf) (haettu 21.12.2016).

UNEP/CBD/WG8J/REC/9/1, 7 November 2015, Voluntary Guidelines for the Development of Mechanisms, Legislation or Other Appropriate Initiatives to Ensure the [Free] Prior and Informed Consent [or Approval and Involvement] of Indigenous Peoples and Local Communities.

UNEP/CBD/COP/13/17, 30 September 2016, A Glossary of the Relevant Key Terms and Concepts to be used within the Context of Article 8 (j) and related Provisions.

UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Factsheet, Who are indigenous peoples? [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/5session\\_factsheet1.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/5session_factsheet1.pdf). (haettu 21.12.2016).

UN Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues. THE CONCEPT OF INDIGENOUS PEOPLES. [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop\\_data\\_background.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background.doc). (haettu 21.12.2016).

VGDS. OZA DON GE SÁMEDIKKI JIENASTUSLOHKUI. HAE SIEKI SAAMELAISKÄRÄJIEN VAALILUETTELOON. <http://vgdsamit.blogspot.fi/2014/10/oza-don-ge-samedikki-jienastuslohkui.html> (haettu 21.12.2016).

Yle Sápmi 22.3.2016. YK:n ihmisoikeusvaltuutetun toimisto kehottaa Suomen hallitusta vielä neuvottelemaan saamelaisten kanssa Metsähallituksen uudelleenorganisoinnista. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/ykn\\_ihmisoikeusvaltuutetun\\_toimisto\\_kehottaa\\_suomen\\_hallitusta\\_viel%C3%A4\\_neuvottelemaan\\_saamelaisten\\_kanssa\\_metsahallituksen\\_uudelleenorganisoinnista/8761078](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/ykn_ihmisoikeusvaltuutetun_toimisto_kehottaa_suomen_hallitusta_viel%C3%A4_neuvottelemaan_saamelaisten_kanssa_metsahallituksen_uudelleenorganisoinnista/8761078) (Martta Alajärvi) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 22.10.2015. Useat tahot vastustivat metsähallituslakiin ehdotettuja saamelaispykälää – Pelkäsivät saamelaiskäräjien vallan kasvua. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/useat\\_tahot\\_vastustivat\\_metsahallituslakiin\\_ehdotettuja\\_saamelaispykalia\\_pelkasivat\\_saamelaiskarajien\\_vallan\\_kasvua/8396843](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/useat_tahot_vastustivat_metsahallituslakiin_ehdotettuja_saamelaispykalia_pelkasivat_saamelaiskarajien_vallan_kasvua/8396843) (Martta Alajärvi) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 26.10.2015. Saamelaispaliskunnat vastustavat metsähallituslakiluonnoksen viemistä eduskuntaan. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaispaliskunnat\\_vastustavat\\_metsahallituslakiluonnoksen\\_viemista\\_eduskuntaan/8407614](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaispaliskunnat_vastustavat_metsahallituslakiluonnoksen_viemista_eduskuntaan/8407614) (Aletta Lakkala) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 26.10.2015. Paliskuntain yhdistys: ”Saamelaiskulttuurin heikentämiskielto olisi suotavaa palauttaa metsähallituslakiesitykseen”. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/paliskuntain\\_yhdistys\\_saamelaiskulttuurin\\_heikentamiskielto\\_olisi\\_suotavaa\\_palauttaa\\_metsahallituslakiesitykseen/8407923](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/paliskuntain_yhdistys_saamelaiskulttuurin_heikentamiskielto_olisi_suotavaa_palauttaa_metsahallituslakiesitykseen/8407923) (Martta Alajärvi) (haettu 21.12.2016).

*Yle* 4.3.2016. Yli 100 000 nimeä metsähallituslakia vastustavassa listassa. <http://yle.fi/uutiset/3-8721147> (Perttu Ruokangas) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 22.6.2016. Saamelaiskäräjät valitsi edustajansa Metsähallituksen neuvottelukuntiin. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaiskarajat\\_valitsi\\_edustajansa\\_metsahallituksen\\_neuvottelukuntiin/8973843](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/saamelaiskarajat_valitsi_edustajansa_metsahallituksen_neuvottelukuntiin/8973843) (Xia Torikka) (haettu 21.12.2016).

*Yle* 30.6.2016. Utsjoella järjestäytytään Tenon uutta kalastussopimusta vastaan. <http://yle.fi/uutiset/3-8995569> (Gabriela Satokangas) (haettu 21.12.2016).

*Yle* 1.7.2016. ”Tenon uusi sopimus loukkaa perustuslaillisia oikeuksia” – Utsjokelaisten eriävä mielipide. <http://yle.fi/uutiset/3-8998183> (Kaisa Aikio, Pirta Näkkäläjärvä ja Gabriela Satokangas) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 7.7.2016. Totaalikielto: Tenon sopimusluonnos kieltää perinteisen pyynnin kaupunkisaamelaisilta. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/totaalikielto\\_tenon\\_sopimusluonnos\\_kieltaa\\_perinteisen\\_pynnin\\_kaupunkisaamelaisilta/9008554](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/totaalikielto_tenon_sopimusluonnos_kieltaa_perinteisen_pynnin_kaupunkisaamelaisilta/9008554) (haettu 21.12.2016).

*Yle* 8.7.2016 Utsjoki haluaa Tenojoen lohisopimuksen uuteen valmisteluun. <http://yle.fi/uutiset/3-9013435> (Tapani Leisti) (haettu 21.12.2016).

# 4. KUVAUS SAAMELAISTEN ITSEHALLINNON KEHITTYMISESTÄ SEKÄ SAAMELAISUUDEN MÄÄRITTELYN JA SAAMELAIS- JA ALKUPERÄISKANSAKESKUSTELUN TAUSTOISTA JA TAPAHTUMISTA SUOMESSA

Sanna Valkonen\*

## 1. Johdanto

Suomen saamelaisten oikeudellinen, poliittinen ja yhteiskunnallinen asema edistyi merkittävästi 1990-luvulla erilaisten lainsäädäntöhankkeiden myötä. Saamelaisen alkuperäiskansan kulttuuri-itsehallinnon perustava laki Saamelaiskäräjistä<sup>1</sup> (saamelaiskäräjälaki) tuli voimaan Suomessa 20 vuotta sitten. Saamelaiskäräjälain lisäksi saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon perustaminen käsitti kaksi muuta lakia, jotka olivat laki Suomen hallitusmuodon muuttamisesta<sup>2</sup>, joka määritteli saamelaisille alkuperäiskansana kotiseutualueellaan perustuslaillisen oikeuden omaa kieltään ja kulttuuriaan koskevaan itsehallintoon, sekä laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa<sup>3</sup>.

Saamelaisten aseman parantaminen lainsäädännöllä on herättänyt 1990-luvun alusta lähtien vilkasta keskustelua saamelaisten oikeuksista sekä alkuperäiskansan määrittelystä Suomessa. Keskustelun eräs keskeinen juonne on, että saamelaisten oikeudellisen ja poliittisen aseman parantumisen ja tätä kautta saavutettujen ja oletettujen erityisoikeuksien ja etujen on nähty asettavan muut paikalliset ihmiset eriarvoiseen asemaan.

Tästä on seurannut, että 1990-luvulle saakka suhteellisen ongelmattomat etniset suhteet ja etnisten rajojen määrittely, jotka eivät aiemmin ole vastaavalla tavalla julkisesti politisoituneet, problematisoituivat voimakkaasti saamelaisten asemaa vahvistamaan pyrkivien lakiesitysten myötä. Keskustelu on tematisoitunut varsinkin ILO sopimus 169:n alkuperäiskansan käsitteeseen, alkuperäiskansan statukseen liitettyihin erityisoikeuksiin, erityisesti maa- ja vesioikeuksiin sekä saamelaisen oikeudellisen subjektuuden määrittelyyn. Vahvan jännitteen keskusteluun on tuonut Suomen valtion pyrkimys ratifoida ILO sopimus 169. Mahdollisen ratifioimisen on nähty ja pelätty tuovan saamelaisille muut paikalliset poissulkevia erityisoikeuksia maiden ja vesien käyttöön sekä perinteisiin elinkeinoihin.<sup>4</sup> Erityiset maita ja vesiä koskevat oikeudet ovat olleet myös Saamelaiskäräjien poliittisen toiminnan keskiössä. Suomen valtio ei ole kyennyt löytämään ratkaisua asiassa eikä hillitsemään erilaisia pelkoja asiaan liittyen monista yrityksistä huolimatta. Koko saamelaisen kulttuuri-itsehallinnon olemassaoloaika on leimannut poliittinen kamppailu siitä, kenellä on oikeus kuulua Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon, millä tavalla alkuperäiskansa tulisi Suomessa määritellä ja kenelle kuuluvat alkuperäiskansaoikeudet Suomessa.

Saamelaisten alkuperäiskansa-aseman oikeudellisen tunnistamisen myötä Suomen nyky-saamelaisryhmän määrittelyä ja olemassaolon perustoja sekä alkuperäiskansan statusta on lähdetty haastamaan ja myös kyseenalaistamaan aluksi paikallistason liikehdinnän kautta, myöhemmin laajentuen laajemmaksi poliittiseksi ja myös akateemiseksi diskurssiksi. Tästä on seurannut, että Suomessa on erilaisia näkemyksiä siitä, kuinka alkuperäiskansa ja siihen

\* Kiitokset Ulf Mörkenstamille ja Per Sellelle tämän kappaleen lukemisesta ja palautteesta sekä Audra Simpsonille asiasisältöön liittyvistä kommentteista.

<sup>1</sup> 974/1995.

<sup>2</sup> 969/1995.

<sup>3</sup> 516/1991; 975/1995; 1726/1995.

<sup>4</sup> Ks. esim. Hiltunen 2012, 292; Pääkkönen 2008; Lehtola 2015, 242–249; Tuulentie 2001, 105–115; Valkonen 2009, 155–169.



kuuluminen tulisi ymmärtää. Tämä on tarkoittanut saamelaiden oikeuksien kehittymisen väliaikaista pysähtymistä ja tulevaisuuteen siirtämistä.

Tämän kappaleen tarkoituksena on auttaa ymmärtämään saamelaisen ja alkuperäiskansan määrittelyn problematisoitunutta tilannetta Suomessa. Kappaleen tarkoituksena ei ole tarjota ratkaisuja alkuperäiskansan määrittelyä koskeviin kysymyksiin, vaan kontekstualisoida nykyistä keskustelua ja myös valottaa syitä, miksi ja miten Suomen valtion ja saamelaisen itsehallinnon alkuperäiskansa- ja saamelaistulkintaa haastava ja jopa kiistävä alkuperäiskansatulkinta on tullut Suomessa mahdolliseksi. Kappale pyrkii siis kuvailemaan tilannetta, joka on viime vuosina saattanut avautua päätöksentekijöille pääasiallisesti saamelaiden keskinäisenä kiistanä.

Kappaleessa luodaan katsaus Suomen saamelaiden nykyisen oikeudellisen ja poliittisen aseman taustoihin, saamelaisen itsehallinnon kehittymiseen sekä valtion toimenpiteisiin saamelaiden poliittisen ja oikeudellisen aseman vahvistamiseksi ja ILO sopimus 169 ratifioimisedellytyksien luomiseksi. Kappaleessa myös kuvataan, kuinka saamelaisuus on ymmärretty ja kuinka sitä on määriteltä ennen kuin siihen 1990-luvulla liitettiin erityisiä oikeuksia sekä sen jälkeen. Kappaleessa tarkastellaan myös 1990-luvun alussa syntyneitä, 2010-luvulle tultaessa laajentunutta poliittista ja akateemista keskustelua, sekä saamelaiden itsehallintoa haastavaa poliittista liikehdintää saamelaiden alkuperäiskansa-asemaan sekä saamelaisen määrittelyyn liittyen.

Koska Saamelaiskäräjät on perustamisestaan lähtien ollut selkeä linjassaan suhteessa saamelaisen määrittelyyn eli kannattanut kieliperusteista määritelmää<sup>5</sup>, ei tässä yhteydessä keskitytä laajemmin Saamelaiskäräjien ja muiden saamelaistahojen argumentaatioon tältä osin. Myös monet saamelaiden yhdistykset ovat koko keskustelun ajan selkeästi ilmaisseet kantansa kieliperustaisen määrittelyn puolesta.<sup>6</sup> Kieliperustaisen määritelmän on nähty olevan selkeimmin sopusoinnussa saamelaiden sukuyhteisöllisyyttä painottavan itseymmärryksen kanssa.<sup>7</sup> On toki selvää, että saamelaidenkin keskuudessa on erilaisia näkemyksiä liittyen siihen, kuinka saamelaisuus tulisi määritellä ja myös nykyisillä Saamelaiskäräjillä on muutama Saamelaiskäräjien laintulkintaa haastava henkilö.<sup>8</sup> Myös inarinsaamelaiden keskuudessa käydään keskustelua siitä, onko kolmeen sukupolveen ulottuva kielellinen määritelmä liian tiukka inarinsaamelaiden kohdalla, koska joissain tapauksissa inarinsaamelaisilla kielen vaihto on saattanut tapahtua sukupolvea aiemmin.<sup>9</sup>

Kappaleessa ei tarkastella kolttasaamelaiden asemaa tai määrittelyä, koska sitä ei ole laajamittaisesti problematisoitu julkisessa keskustelussa. Myöskään kieltä koskevan lainsäädännön ja käytäntöjen kehitykseen ei tässä yhteydessä paneuduta. Kappaleessa kuitenkin käydään lyhyesti läpi Saamelaiskäräjien maa-oikeuksiin liittyvää argumentaatiota, koska maa-oikeudet ja niihin liittyen ILO sopimus 169:n subjektiukset ovat selkeästi olleet eräs keskeinen juonne saamelaiskeskustelussa ja osaltaan liittyvät myös saamelaisen määrittelyä koskevaan problematiikkaan.

1990-luvulla virinnyttä keskustelua avataan Saamelaiskäräjien linjaa saamelaisuuden määrittelyn suhteen vastustavien tai haastavien tahojen tuottaman julkisen materiaalin sekä osin muun julkisen keskustelun ja asiaa koskevien tutkimusten kautta keskittyen erityisesti siihen,

5 Ks. esim. Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015. Ks. myös Mynntti 1997, 66–67. Saamelaiskäräjät kannatti Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnössä (55/2013) esitettyä saamelaisen määritelmää, jossa kielikriteerin lisäksi painotetaan saamelaiskulttuurin omaksumista saamelaisessa sukuyhteisössä ja yhteyttä saamelaisiin sukuyhteisöihin. Ks. Saamelaiskäräjien lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 15.1.2014, 6.

6 Ks. esim. Yle Sääpi 25.2.2015, Yhdistysten ja yksityishenkilöiden kirje kansanedustajille 25.2.2015; Lapin Kansa 25.1.1999, 5. "Kunnes saamelaismääritelmä on muutettu kieliperusteiseksi" Saamelaisyhdistykset esittävät saamelaiskäräjävaalien siirtämistä; Lapin Kansa 21.2.1996, 5. Oikeusministeri Kari Häkämies ei halua avata kärjälakia. Saamelaisyhdistys: Lappalaiset poistettava saamelaismäärityksestä.

7 Ks. esim. Yhdistysten ja yksityishenkilöiden kirje kansanedustajille 25.2.2015; Ks. myös Saamelaiskäräjien lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 15.1.2014, 6.

8 Ks. esim. Lapin Kansa 30.4.2016, 34. Syyt vastustukseemme. (Anu Avaskari ja Kari Kyrö).

9 Monet inarinsaamelaiset suvut vaihtoivat kielen suomeen 1800-luvulla, saattoivat menettää yhteyden saamelaiskulttuuriin ja tulivat näin luokitelluiksi suomalaisiksi, vaikkakin paikallistasoilla tietoisuus sukujen inarinsaamelaistaustasta voikin olla säilynyt (ks. Nahkiaisaja 2016, 27, 60, 157; Lehtola 2012, 41).

kuinka saamelaisuutta ja alkuperäiskansaan kuulumista pyritään uudelleen määrittämään. Tarkoituksena on pyrkiä antamaan yleiskuva keskeisestä argumentaatiosta, mutta luonnollisesti tämän kuvauksen puitteissa ei ole mahdollista analysoida tai ottaa huomioon kaikkia keskusteluun liittyviä juonteita tai tapahtumia. Tämän kappaleen tarkoituksena ei ole tarkastella ihmisten välisissä suhteissa tapahtuvaa etnisten rajojen määrittelyä, vaan asiaa tarkastellaan julkisen argumentaation ja keskustelun kautta. Tässä kappaleessa ei tarkastella eikä oteta kantaa siihen, kuka on identiteetiltään saamelainen tai kenellä on oikeus saamelaiseen identiteettiin.

## 2. Saamelaisoikeuksien, saamelaisten itsehallinnon ja saamelaisuuden määrittelyn taustaa

### 2.1. Suomen saamelaispolitiikan alkuvaiheet

Saamelaisten aseman parantuminen Suomessa on tapahtunut pitkälti valtion ja saamelaisten yhteistoiminnan kautta. Saamelaisjärjestöt ovat vaikuttaneet aktiivisesti Suomen poliittisessa toiminnassa ja tätä kautta on muotoutunut valtioneuvoston tasolla ymmärrys saamen kielen ja kulttuurin suojelemisen tarpeesta sekä saamelaisen poliittisen yhteisön ja saamelaisten oikeuksien tunnustamisen tarpeesta.<sup>10</sup>

Saamelaisten erityisoikeuksien lähtökohtana on ollut yleisesti tunnustettu ajatus positiivisesta erityiskohtelusta, jota ilman vähemmistöryhmät voivat jäädä enemmistöyhteiskunnissa eriarvoiseen asemaan. Enemmistödemokratiassa vähemmistön mahdollisuudet edistää olemassaololleen keskeisiä kysymyksiä, kuten kielellisiä ja kulttuurisia oikeuksia, eivät ole tasa-arvoiset (määrällisen ja kulttuurisen) enemmistön kanssa.<sup>11</sup> Tämä lähtökohta on Suomessa otettu jossain määrin huomioon sotienjälkeiseltä ajalta lähtien. Vähemmistöjen poliittisen toiminnan toimintaympäristöt alkoivat muuttua YK:n perustamisen ja kolonialististen rakenteiden asteittaisen murtumisen myötä. Myös hyvinvointivaltion rakentaminen loi vähemmistöille uudenlaisia rakenteellisia mahdollisuuksia.<sup>12</sup> Nämä tekijät vaikuttivat saamelaisuuden esiintuloon yhteiskunnallisena kysymyksenä monilla areenoilla. Myös saamelaisten määrittely tuli tuolloin ajankohtaiseksi, kun oikeudet omaan kieleen, kulttuuriin ja identiteettiin ja niiden säilyttämiseen omassa etnisessä ryhmässä nousivat paitsi saamelaisten yhteistoiminnan keskeiseksi nimittäjäksi myös valtioiden uudelleen arvioinnin kohteeksi.<sup>13</sup>

Suomen, Ruotsin ja Norjan saamelaisiin kohdistuva politiikka on historiallisesti ollut kussakin maassa erilaista. Assimilaatio- eli sulauttamispolitiikka on ollut voimakkainta Norjassa, jossa vähemmistöjen tietoinen sulauttaminen kirjattiin osaksi lainsäädäntöä. Ruotsissa ”lapp skall vara lapp” -politiikka aiheutti saamelaisten eristämistä muusta yhteiskunnasta sekä saamelaisuuden kiinnittämistä yksinomaan poronhoidon harjoittamiseen. Suomessa ei virallisesti koskaan omaksuttu selvästi kolonialismin ja alistamisen malleja noudattavaa, lainsäädäntöön ja virkamieskäytäntöihin sisäänkirjoitettua saamelaisten hallitsemisen tapaa. Suomessa käytäntönä on ollut paremminkin korostaa koko väestön yhteisiä tarpeita, jolloin saamelaiskysymykset on siirretty syrjään.<sup>14</sup>

Suomessa järjestäytynyt saamelaispolitiikka alkoi hieman myöhemmin kuin Norjassa ja Ruotsissa, joissa ensimmäiset saamelaisyhdistykset perustettiin 1900-luvun alussa.<sup>15</sup> Ensimmäi-

<sup>10</sup> Nykyisen saamelaishallinnon alkuna Suomessa nähdään hallituksen esityksessä Eduskunnalle saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön (HE 248/1994 vp, 8) valtioneuvoston päätöksellä (401/60) vuonna 1960 aluksi oikeusministeriön alaisuuteen perustettu saamelaisasiain neuvottelukunta. Uusi valtioneuvoston päätös (367/87) neuvottelukunnasta annettiin vuonna 1987. Saamelaisasian neuvottelukunta toimi sisäasiainministeriön yhteydessä saamelaisväestöä koskevien asioiden yhteensovittamista ja yhtenäistä valmistelua varten ja sen tehtävänä oli valmistella saamelaiskysymyksiä erityisesti Pohjoismaiden neuvoston suositusten perustalta.

<sup>11</sup> Ks. Lehtola 2015, 244–245.

<sup>12</sup> Pääkkönen 2008, 148.

<sup>13</sup> Ks. esim. Seurujärvi-Kari, Saamelaiskulttuurin ensyklopedia: Saamelaismäärittelmä.

<sup>14</sup> Nyyssönen 2009; Lehtola 2012, 16–17.

<sup>15</sup> Lehtola 2005, 11.

nen saamelaisasioihin keskittyvä yhdistys, Lapin sivistysseura, perustettiin Suomessa vuonna 1932. Perustamisen taustalla oli lisääntynyt mielenkiinto pohjoisia alueita kohtaan sekä voimistuvat poliittiset ajatukset ”yksikielisestä ja yksimielisestä” maasta. Seuran perustajat olivat suurelta osin akateemisesti koulutettuja suomalaisia ”saamen ystäviä”. Ensimmäinen saamelaisten oma yhdistys, Samii Litto, Saamelaisten yhdistys perustettiin vuonna 1945. Samii Litto oli ensimmäinen taho Suomessa, joka johdonmukaisesti käytti nimitystä ”saamelainen” tai ”saami” vanhan termin ”lappalainen” asemesta. Omakielisen nimityksen käyttäminen valtaväestöjen julkisuudessa nähtiin tärkeäksi.<sup>16</sup> Ruotsissa ja Norjassa saamelaisyhdistykset olivat nimenneet 1900-luvun alussa perustamiaan yhdistyksiä saamelainen -termiä käyttäen alkaessaan osallistua julkiseen keskusteluun.<sup>17</sup>

Samii Litto kantoi huolta saamelaisen kulttuurin säilymisestä sodan tuhojen ja jälleenrakennusajan paineissa. Saamelaisyhdistykset järjestivät vuonna 1947 Helsinkiin saamelaislähetystön, jossa oli edustettuina kaikki Suomen saamelaisryhmät. Lähetystö vaati valtiovallalta toimenpiteitä saamelaisten olojen turvaamiseksi ja ehdotti erityisen valtioneelimen perustamista saamelaisasioista huolehtimaan sekä komitean asettamista määrittelemään sen tehtävät ja koostumuksen.<sup>18</sup> Ministeriö asetti Saamelaisasiain komitean, joka aloitti työnsä vuonna 1949. Komiteamietintö, joka oli hyvin edistyksellinen, julkaistiin vuonna 1952. Mietintöä on myöhemmin kuvattu itsenäisen Suomen ensimmäisenä merkittävänä saamelaispoliittisena dokumenttina, jossa kuuluu myös saamelaisten oma ääni.<sup>19</sup>

Saamelaisasiain komitea katsoi välttämättömäksi, että saamelaisten tuolloinen asuma-alue, eli Enontekiön, Inarin ja Utsjoen kunnat sekä Sodankylän pohjoisosa, ”käsitellään erityisenä saamelaisalueena, jonka olojen järjestelyissä saamelaisten tulevaisuuden turvaaminen erityisesti otetaan huomioon.”<sup>20</sup> Tämä alue oli tuolloin kielen ja kulttuurin perustalta tunnistetun saamelaisuuden asuma-alue.<sup>21</sup> Saamelaisalueella todetaan olevan huomattava suomalaisenemmistö – suomalaisasutuksen huomattavimmiksi saarekkeiksi Takalapissa mainitaan muodostuneen Peltovuoman kylän Enontekiöllä sekä Kyrönkylän eli Ivalon Inarissa.<sup>22</sup> Mietinnössä myös todetaan osan saamelaisalueen suomalaisväestöstä harjoittaneen vanhastaan poronhoitoa maatalouden lisäksi.<sup>23</sup> Komitea halusi turvata saamelaisväestölle ensisijaisen kotipaikkaoikeuden, joka turvaisi saamelaiskulttuuria suomalaiselta asutusalueelta.<sup>24</sup>

Mietinnössä ehdotetaan joka kuntaan perustettavaksi saamelaisten yhteisökokousten valitsema valtuusto, joka olisi neuvoa antava ja aloitteita tekevä elin. Saamelaisasiain komitea myös ehdotti erilaisia toimia saamen kielen aseman parantamiseksi. Komiteamietintö sisältää myös saamelaislakiehdotuksen.<sup>25</sup> Komitea laati väestötilaston Suomen saamelaisesta väestöstä vuodenvaihteessa 1948–1949. Tilastotyötä varten komitea määritteli saamelaisen antaen ”käytännöllisessä elämässä kouraantuntuvammalle seikalle, saamen kielen taidolle, ratkaisevan merkityksen.”<sup>26</sup> Komiteamietinnössä olevassa lakiehdotuksessa ”Saamelaiseksi katsotaan henkilö, jonka vanhempien tai toisen heistä kotikieli on tai on ollut saami ja joka, paitsi mikäli on kysymys pikku lapsesta tai mykästä, itsekin saamea tyydyttävästi puhuu.”<sup>27</sup>

Saamenkielen siis nähtiin tuolloin määrittävän kaikkein keskeisemmin saamelaisuutta eli elävää saamelaiskulttuuria. Määritelmästä todetaan mietinnössä, että se on ”sikäli ahdas, että

16 Ibid., 11–12.

17 Ks. Lehtola 2009, 41.

18 Lehtola 2005 12–13.

19 Pääkkönen 2008, 166. Valtioneuvosto kutsui Saamelaisasiain komitean puheenjohtajaksi varatuomari L.I. Itkosen sekä jäseniksi poromies Oula Aikion, kauppias J. E. Jomppasen, kanslisti Jussi Lainiorannan, katekeetta Laura Lehtolan, filosofian kandidaatti Karl Nickulin ja Opettaja Antti Outakosken. Saamelaisasiain komiteamietintö 1952.

20 Saamelaisasiain komiteamietintö 1952, 60.

21 Ibid. Mietinnössä mainitaan myös historiallinen lapinraja saamelaisten historiallisena nautinta-alueena.

22 Ibid., 38.

23 Ibid., 61.

24 Ibid., 61–62.

25 Ibid., 60–62, 67–72, 81–84.

26 Ibid., 30.

27 Ibid., 81. Myös vuonna 1938 Lapin taloudellisia oloja käsitellyt komiteamietintö huomioi saamen kielen kehittämisen tärkeyden. Ks. Pääkkönen 2008, 152.

sulkee pois ne saamen heimoa olevat ihmiset, jotka eivät puhu saamea”.<sup>28</sup> Myntin tulkinnan mukaan komitean ehdottama kielellinen määritelmä yhdistettynä siihen, että komitea myöhemmin mainitsee saamen heimon sekä siihen, että henkilön vanhemman kotikielen on tullut olla saame, tarkoittaa, että saamelaisuus kiinnitetään kielen lisäksi myös saamelaiseen syntyperään.<sup>29</sup> Komiteanmietintö sai aikaan pieniä uudistuksia koulupoliitikassa, mutta ei johtanut lainsäädäntötoimiin. Näin myös saamelaisen määritelmä jäi juridisesti vaikuttamattomaksi.<sup>30</sup> Vuoden 1973 Saamelaiskomitean mietinnössä palataan pitkälti samoihin asioihin kun vuoden 1952 mietinnössä.<sup>31</sup>

Merkittävä kehityskulku 1950-luvulla oli saamelaisten pohjoismaisen yhteistyön viriäminen. Ensimmäinen pohjoismainen saamelaiskonferenssi pidettiin Jokkmokkissa vuonna 1953, jonka jälkeen niitä alettiin pitää kolmen vuoden välein Pohjoismaisen saamelaisneuvoston järjestäminä. Pohjoismainen saamelaisneuvosto perustettiin vuonna 1956 (vuodesta 1992 se on ollut Saamelaisneuvosto Venäjän saamelaisten liittyttyä siihen). Saamelaisneuvoston tehtävä on edistää saamelaisten taloudellista, sosiaalista ja kulttuurista asemaa.<sup>32</sup>

1950-luvun kuluessa kysymykset saamelaisen juridisesta määrittelystä sekä saamelaisten oikeuksista maahan ja luonnonvaroihin alkoivat muotoutua.<sup>33</sup> Saamen kielen asema yhteiskunnassa sekä saamelaisten oikeudet perinteisesti käyttämiinsä maihin olivat saamelaispoliittisen liikehdinnän keskiössä kaikissa Pohjoismaissa.<sup>34</sup> Keskeinen tekijä saamelaisten poliittisen toiminnan muotoutumisessa oli oikeuksien vaatiminen ensin kansainvälisten vähemmistöoikeuksien julistusten pohjalta, 1970-luvulta lähtien yhä enemmän kansainväliseen alkuperäiskansaliikkeeseen osallistumisen kautta ja viitekehityksessä.<sup>35</sup> Saamelaiset ovat olleet alusta lähtien aktiivisesti mukana kansainvälisen alkuperäiskansaliikkeen toiminnassa.<sup>36</sup>

Suomessa perustettiin 1950-luvun lopulta lähtien uusia saamelaisyhdistyksiä.<sup>37</sup> 1960-luvun loppu ja 1970-luvun alku olivat saamelaisyhteisöissä laajemman poliittisen heräämisen aikaa. Tuolloin perustettiin monia saamelaisten paikallisia yhdistyksiä, nostettiin saamelaisten perinteistä kulttuuria esille ja nuorempi koulutettu saamelaispolvi alkoi haastaa vanhemman polven poliittisia näkemyksiä. Saamelaisten aktivoitumisen taustalla kaikissa Pohjoismaissa olivat osaltaan yleismaailmalliset liikkeet, kuten opiskelijamallakat, kolmannen maailman vapausjärjestöjen toiminta ja Yhdysvaltain mustien oikeustaistelu, joiden vaikutus heijastui myös saamelaisalueelle.<sup>38</sup> Saamelaiskonferenssit alkoivat rakentaa saamelaista tulevaisuutta poliittisilla erityisohjelmilla.<sup>39</sup> Saamelaisten lisääntynyt aktiivisuus herätti myös epäluuloja ja jopa pelkoja paikallisesti.<sup>40</sup> Saamelaisaktivistien nuorempi polvi, niin sanotut radikaalit, ajoi saamelaisyhdistysten keskusjärjestön perustamista, johon vanhempi polvi Samii Littossa suhtautui kielteisesti. Samii Litton toiminnanjohtaja Johan Nuorgam tyrnäsi keskusjärjestöhankkeen Lapin Kansa-sanomalehden mielipidepalstalla ehdottaen samalla saamelaisten parlamentin perustamista. Ajatus parlamentista herätti myönteistä huomiota.<sup>41</sup>

## 2.2. Väestöselvitys saamelaisista

Yhteispohjoismainen, kolmanteen sukupolven ulottuva kieliperustainen saamelaisen määritelmä sai alkunsa 1950-luvun lopulla Saamelaisneuvoston piirissä tehdystä valmistelutyös-

28 Saamelaisasiain komiteanmietintö 1952, 30.

29 Myntti 1997, 29.

30 Lehtola 2005, 13; Aarnio 2012, 9.

31 Lehtola 2005, 14; Saamelaiskomitean mietintö 1973.

32 Rantala 2004, 2–4; Seurujärvi-Kari, Saamelaiskulttuurin ensyklopedia: Saamelaisneuvosto; Saamelaisneuvosto.

33 Pääkkönen 2008, 150.

34 Rantala 2004, 2–4; Lehtola 2005, 20–22.

35 Lehtola 2005, 20–22; Seurujärvi-Kari 2012, 52; Minde, 2008.

36 Seurujärvi-Kari 2012, 51–57; Minde 2008, 49–86.

37 Lehtola 2005, 17.

38 Ibid., 16–19; Seurujärvi-Kari 2012, 52.

39 Pääkkönen 2008, 162.

40 Lehtola 2005, 26.

41 Ibid., 26–28.

tä.<sup>42</sup> Eräs vuonna 1958 Pohjoismaiden neuvostolle annettu jäsen ehdotus kehotti neuvostoa suosittamaan hallituksille, että nämä yhtenäistäisivät saamelaisia koskevaa lainsäädäntöään luonnonvarojen hyödyntämistä koskevissa kysymyksissä. Ehdotuksen johdosta Pohjoismaisen neuvosto pyysi lausuntoa Pohjoismaiselta saamelaisneuvostolta, joka lausunnossaan korosti yhteispohjoismaisen saamelaisen määritelmän tarpeellisuutta. Saamelaisneuvoston näkemyksen mukaan silloinen saamelaislainsäädäntö oli puutteellinen, koska se huomioi vain poronhoitajasaamelaiset. Pohjoismaisen saamelaisneuvosto oli lausunnon mukaan sopinut kielellisestä saamelaismääritelmästä: ”Saamelaiseksi katsotaan henkilö, jonka vanhemmat tai isovanhemmat tai ainakin yksi heistä puhuu tai on puhunut saamea kotikielensä.”<sup>43</sup> Henkilön ei tämän määrittelyn mukaan tarvinnut itse puhua saamen kieltä. Tämän jälkeen pohjoismaisissa kokouksissa vuosina 1959–1980 oli esillä myös muita ehdotuksia pohjoismaiseksi saamelaismääritelmäksi, mutta ne eivät johtaneet mihinkään lopputulokseen.<sup>44</sup>

Myös saamelaisia koskevan väestötutkimuksen ja -laskennan tekemistä pidettiin tarpeellisenä. Vuoden 1959 saamelaiskonferenssissa Inarissa Saamelaisneuvosto esitti yhtenäisen väestöllisen tilaston laatimista; asia oli ollut esillä myös 1950-luvun aiemmissa saamelaiskonferensseissa.<sup>45</sup> Tavoitteena oli väestötieteellisten tutkimusten perusteella aikaansaada yhteispohjoismaisen määrittely saamelaisesta yksilötasolla. Ajatus sai tukea myös Pohjoismaiden neuvoston piirissä.<sup>46</sup> Taustalla oli siis yhteispohjoismaisen yhteisymmärrys siitä, että saamelaisia koskevan lainsäädännön kehittämisen kannalta olisi tärkeä selvittää, miten käsite ”saamelainen” tulisi määritellä.<sup>47</sup> Pohjoismaisen saamelaisneuvosto ja tilastoviranomaiset tulivat yhdessä siihen tulokseen, että Saamelaisneuvosto hoitaisi ensimmäisen tutkimuksen järjestämisen Suomessa, koska Suomessa saamelaisten asuinalue oli Norjaa ja Ruotsia huomattavasti suppeampi.<sup>48</sup> Ruotsissa ja Norjassa ei kuitenkaan koskaan järjestetty vastaavaa tutkimusta.<sup>49</sup>

Suomessa tämä johti Karl Nickulin johtamaan tutkimukseen, jossa asiantuntijoina olivat muun muassa professori Erik Allardt sekä Pohjoismaiden tilastolliset päätoimistot.<sup>50</sup> Virallisen väestötieteellisen selvityksen teki Erkki Nickul tilastotieteen opinnäytteenä.<sup>51</sup> Väestöselvitys perustui aikaisempiin tutkimuksiin ja paikallisiin tietoihin.<sup>52</sup> On esitetty, että Suomen viranomaiset ovat yleensä olleet hyvin perillä, ketkä paikallistasolla ovat saamelaisia ja ketkä eivät ole, eli että virkamiehillä on ollut vanhastaan pitkälti paikallisten omiin tietoihin pohjautuva tarkka käsitys saamelaisista.<sup>53</sup> Suomi on myös ollut saamelaisten väestötutkimuksen edelläkävijä. Vuonna 1945 aloitti Lapin Sivistysseura Suomen saamelaisista laajan sukuhistoriallisen tutkimuksen, jota johti Oulun maakunta-arkiston hoitaja Aslak Outakoski. Hänen laatimansa niin sanottu perherekisterikortisto ylsi 1700-luvun alkuun saakka. Valtion asettama Saamelaisasiain komitea, joka luovutti mietintönsä vuonna 1952, keräsi tietoja seurakunnista ja tarkensi väestötietoja edelleen.<sup>54</sup>

Nickulin johtama väestötutkimus tehtiin kenttätöinä paikallisten opiskelijoiden voimin. Tutkimuksessa todetaan, kuinka luotettavimmat tiedot saamelaisista saadaan käyttämällä koulutettuja ja paikalliset olot tuntevia saamelaisia. Tutkimus suoritettiin pääosin kesällä 1962. Tietojen kerääjille (12 saamelaisopiskelijaa) ”annettiin tehtäväksi haastatella jokainen saamelaisalueen asukas, jonka vanhemmista tai iso-vanhemmista ’jollakin on tai on ollut saamen kieli ensimmäisenä kielenään’.”<sup>55</sup> Saamelaisalueella tarkoitettiin vuonna 1949 asetetun Saamelaisasiain

42 Pääkkönen 2008, 150; Seurujärvi-Kari, saamelaiskulttuurin ensyklopedia: Saamelaismääritelmä; Myntti 1997, 30–31; Rantala 2004, 3.

43 Ks. Myntti 1997, 30–31; Aarnio 2012, 9–10.

44 Ks. Myntti 1997, 30–34.

45 Myntti 1997, 33; Pääkkönen 2008, 170.

46 Ibid.

47 Nickul 1968, 2.

48 Ibid., 3; Seurujärvi-Kari, saamelaiskulttuurin ensyklopedia: Saamelaismääritelmä.

49 Ibid.

50 Myös Turun yliopiston sosiologinen mielipidetutkimus, jonka pohjalta Erkki Asp teki tutkimuksensa Lappalaiset ja lappalaisuus (1965), liittyi hankkeeseen. Ks. Nickul 1968, 8; Lehtola 2000, 187.

51 Nickul 1968, 9.

52 Ibid., 3–4; Lehtola 2000, 186–187.

53 Lehtola 2012, 41; Lehtola 2000, 186–187.

54 Saamelaisasiain komiteanmietintö 1952, 3–4; Lehtola 2000, 186–187.

55 Nickul 1968, 7.

komitean määrittelemää aluetta. Lisäksi haastattelijoiden kehoitettiin keräämään tietoa myös saamelaisalueen ulkopuolella asuvista saamelaisista näiden sukulaisten antamien tietojen perusteella. Haastatteluja tehtiin myös saamelaisalueen ulkopuolella.<sup>56</sup>

Selvityksessä kerrotaan seikkaperäisesti, kuinka selvitystyö on tehty, ja todetaan myös, kuinka haastattelijoiden paikallistuntemus oli tutkimukselle oli suuri etu. Esimerkiksi Ivalosta todetaan, että ”Tämän Taka-Lapin suurimman taajaman yli 2500 asukasta ovat kieleltään ja elinkeinoiltaan suomalaisia, mutta heidän joukossaan asuu myös saamelaisperäisiä henkilöitä, joiden löytäminen vaatii runsaasti aikaa”. Näitä haastatteluja täydennettiin myöhemmin.<sup>57</sup> Samoin täydennettiin tietoja saamelaisalueen eteläpuolella asuneista postikyselyllä, jonka vastausprosentti jäi kuitenkin suhteellisen matalaksi. Aineistoa myöhemmin täydennettiin ja tarkistettiin vertaamalla sitä seurakuntien tietoihin, Saamelaisasiain komitean laatimaan tilastoon saamelaisista vuosina 1948–49, Aslak Outakosken keräämään perhekortistoon sekä muihin tutkimuksissa tai muissa lähteissä esitettyihin sukuuutteloihin. Perhe- ja päälomakkeet käytiin yksitellen läpi ja niitä verrattiin keskenään. Nickul teki myös vuonna 1966 täydennysmatkan Lappiin ja sai paikallista asiantuntija-apua monilta henkilöiltä sekä tutki neljän seurakunnan kirkonkirjoja ja myöhemmin keräsi myös saamelaisalueen ulkopuolelle muuttaneista tietoja.<sup>58</sup>

Aineiston luotettavuudesta selvityksessä todetaan, että saamelaisalueen kohdalla ”Haastattelijoiden perehtyneisyys alueeseen ja verrattain tarkka täydennystyö haastattelun jälkeisinä vuosina antavat aihetta otaksua, että on päästy hyvinkin suureen peittävytyteen.”<sup>59</sup> Suomalaisista saamelaisista todetaan, että he ovat voineet helpommin jäädä haastattelemaan kuin sellaiset ihmiset, joita yleisesti pidetään saamelaisina. Haastattelijoita oli kuitenkin kehoitettu olemaan ”erityisen tarkkoja myös puoli- ja neljännessaamelaisien mukaan saamiseksi. He tekivät ilmeisesti parhaansa ja suhtautuivat vakavasti epäselviinkin tapauksiin.”<sup>60</sup> Nickulin arvio tutkimuksen luotettavuudesta koskee siis nimenomaan kysymystä siitä, kuinka hyvin ja luotettavasti tutkimus tavoitti tehtävänasettelussa saamelaisiksi määritellyt henkilöt.<sup>61</sup> Saatujen tietojen luotettavuutta pohtiessaan Nickul toteaa selvityksessä, kuinka haastateltavat olisi pitänyt kouluttaa tehtäväänsä paremmin. Monien puutteellisten lomakkeiden vuoksi - esimerkiksi isovanhemman nimi saattoi puuttua – aineiston täydentämiseen piti käyttää paljon aikaa. Myös henkilöiden äidinkielen tai heidän vanhempiensa tai isovanhempiensa äidinkielen suhteen oli puutteita tiedoissa, mutta Nickulin mukaan melkein kaikki tapaukset selvisivät myöhemmässä täydennystyössä.<sup>62</sup>

Väestötutkimuksen haastattelujen perusteella tiedot kerättiin yhteensä 3852 henkilöstä, joiden ensiksi oppima kieli oli saame tai jonka vanhemmista tai isovanhemmista ainakin yksi oli oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään.<sup>63</sup> Selvityksessä jaotellaan saamelaisia kieliryhmittäin ja kuvataan yksityiskohtaisesti eri sukujen kielitilannetta ja niiden mahdollista suomalaistumista tai saamelaistumista ja kerrotaan nimien muutoksista.<sup>64</sup> Väestöselvitys on toiminut sittemmin saamelaisvaltuuskunnan ja myöhemmin Saamelaiskäräjien vaaliluettelon perustana.

Väestöselvitystä on sittemmin kritisoitu Saamelaiskäräjien saamelaisen määrittelyä haastavien liikkeiden ja joidenkin tutkijoiden taholta. Väestöselvitystä on kritisoitu sen toteuttamistavasta sekä siitä, että kielimäärittelyä ei ole tarkoitettu alkuperäiskansaa koskeväksi määrittelyksi ja tutkimuksen toteuttamisen ajankohta on ongelmallinen alkuperäiskansan määrittelyn suh-

---

56 Ibid., 3–7.

57 Ibid., 10–11.

58 Ibid., 11–24.

59 Ibid., 24. Saamelaisalueen eteläpuolelta saadun aineiston ollessa hajanainen ja vajaa, ei siitä voi Nickulin mukaan tehdä varmoja johtopäätöksiä.

60 Ibid., 24–25.

61 Ibid. Ks. myös Myntti 1997, 64.

62 Nickul 1968, 26–27.

63 Ibid., 113.

64 Ibid., 41–68.

teen.<sup>65</sup> Myös väestöselvityksen alue- ja aikarajauksen on katsottu rajanneen monet saamelais-  
suvut selvityksen ulkopuolelle.<sup>66</sup>

Väestöselvityksen tarkoituksena on ollut kartoittaa selvityksessä esitetyn määritelmän mu-  
kaiset saamelaiset erityisesti saamelaisalueelta. Tässä tehtävässä selvitys on Nickulin ar-  
vion mukaan onnistunut hyvin. Selvityksen ei ole ollut tarkoitus kattaa kaikkia historiallisista  
saamelaisista polveutuvia henkilöitä, vaan kielellisesti tunnistettavia saamelaisia.<sup>67</sup> On myös  
mahdollista ja todennäköistäkin, että väestöselvityksen ulkopuolelle varsinkin saamelaisalu-  
een ulkopuolella on jäänyt henkilöitä, jotka olisivat täyttäneet selvityksen kielikriteerin, mutta  
joita selvitys ei joko tavoittanut, jotka eivät identifioineet itseään saamelaiseksi tai jotka eivät  
katsoneet tarpeelliseksi siihen vastata. Toisaalta kun saamelaisvaltuuskunnan ensimmäistä  
vaaliluetteloa koottiin 1970-luvulla, Sammallahten mukaan asia oli laajasti esillä pohjoisen  
tiedotusvälineissä, jolloin voidaan olettaa, että uutinen on tavoittanut itseään saamelaisten  
pitäviä henkilöitä muuallakin kuin saamelaisalueen kunnissa.<sup>68</sup> Luetteloa on myös täydennetty  
vuosien mittaan. Väestöselvityksen taustalla oli saamelaisten oma aktiivisuus ja yhteisoh-  
joismainen yhteistyö, joten voidaan ajatella, että se on perustunut saamelaisten käsitykseen  
saamelaisuudesta, jonka mukaan etninen saamelaisuus oli elävää ennen kaikkea saamelais-  
alueella, perustui saamen kieleen ja oli toisten saamelaisten tunnistettavissa (eli perustui ryh-  
mätunnistamiseen).<sup>69</sup>

### 2.3. Vuoden 1973 Saamelaiskomitean mietintö ja koevaalit

Keskeinen edistysaskel saamelaisasiain hoidossa Suomessa on ollut saamelaisvaltuuskun-  
nan perustaminen asetuksella<sup>70</sup> vuonna 1973. Jo vuoden 1952 komiteamietinnössä esitettiin  
ajatuksia saamelaisten edustuselimestä, samoin Nickul ehdotti tätä väestötieteellisen tutki-  
muksen yhteydessä. Saamelaisten oma aktiivisuus ja saamelaisliike ajoivat asiaa ja lopulta  
suomalaisissa poliittisissa elimissä alettiin taipua asian kannalle. Kansainväliset virtaukset ja  
ihmisoikeuskysymykset toivat uuden näkökulman saamelaisten asioiden järjestämiseen.<sup>71</sup>

Pääministeri Ahti Karjalainen asetti Saamelaiskomitean kesällä 1971.<sup>72</sup> Saamelaiskomiteaan  
pyrittiin saamaan mahdollisimman kattava edustus sekä puoluepoliittisesti että saamelaisten  
ja suomalaisten suhteen. Komiteasta tuli lopulta saamelaisenemmistöinen. Sitä johti osasto-  
päällikkö, myöhempi maaherra Asko Oinas.<sup>73</sup> Komitea määritteli saamelaiset Suomen alku-  
peräisväestöksi ja pääväestöstä eroavaksi rodulliseksi, kielelliseksi ja kulttuuriseksi vähem-  
mistökansanryhmäksi. Komitea kuvasi tehtävänsä ja siihen liittyvien ongelmien ratkomisen  
kokonaisvaltaisuutta seuraavasti:

”Saamelaiskulttuurin säilyminen ja kehittämisedellytysten turvaaminen on kokonais-  
valtainen ongelma, jonka ratkaisemiseksi tarvitaan ensisijaisesti aineellisen toimeen-  
tuturvan takaavia toimenpiteitä sekä saamelaisten kielellistä asemaa parantavia, yh-  
teiskunnallisia laitoksia kiinteyttäviä ja omaa elinympäristöä koskevaa päätöksentekoa  
turvaavia lainsäädännöllisiä ratkaisuja.”<sup>74</sup>

65 J. Joonas. 2013a, 751: ”Se, että haastattelut tehtiin juuri tuolloin, ei ole yhteydessä mihinkään sellaiseen ajankohtaan tai tapahtumaan, joka liittyisi  
alkuperäiskansan määrittelyä koskeviin kriteereihin.”

66 Sarivaara 2012; 59–60, 220.

67 Alkuperäiskansan määrittelemisestä ks. kpl 3.

68 Sammallahti 2013a, 22.

69 On siis täysin mahdollista, että väestöselvityksen ja myöhemmin saamelaisvaltuuskunnan ja Saamelaiskäräjien vaaliluettelon ulkopuolelle on syystä  
tai toisesta jäänyt henkilöitä, joilla olisi laillinen oikeus kuulua luetteloon. Toinen kysymys on kuitenkin saamelaisuuden ja/tai alkuperäiskansaisuuden  
määrittelyn alueellinen ja historiallinen merkittävä laajennus, jota on viime vuosina ajettu Saamelaiskäräjien tulkintaa haastavien liikkeiden ja joidenkin  
tutkijoiden taholta. Tällöin kyse ei siis ole enää siitä, että väestöselvityksessä on saattanut jäädä joihinkin yksittäisiä ihmisiä tai yksittäisiä sukuja luettelon  
ulkopuolelle tai että saamelaisalueen aiemmin suomalaisiksi määritellyt, kuitenkin vahvat siteet alueeseen ja sen historiaan, ja mahdolliset saamelais- tai  
verolappalaisjuuret omaava väestö kokee joutuneensa epäreiluun asemaan, vaan saamelaisoikeudet tai alkuperäiskansaoikeudet nähdään yhä laajemman  
ihmisryhmän oikeutena. Alkuperäiskansan määrittely on myös joissain tulkinnoissa irrotettu saamelaisuudesta tai alkuperäiskansan on nähty viittaavaan  
nimenomaan historialliseen väestöön.

70 Asetus saamelaisvaltuuskunnasta 824/1973.

71 Lehtola 2005, 25, 39.

72 Ibid., 29.

73 Lehtola 2005, 32; Saamelaiskomitean mietintö 1973, I–IV.

74 Ibid., 131, 165; ks. myös Pääkkönen 2008, 173.

Saamelaiskomitea selvitti hyvin kattavasti saamelaisten oikeudellisia, yhteiskunnallisia ja taloudellisia oloja ja ehdotti tutkimustensa pohjalta Saamelaisasiain komitean tapaan erityistä saamelaisten oikeudellisen aseman, kielen, elinkeinon ja kulttuurin turvaavaa saamelaislakia, jossa olisi määritelty saamelaisalue ja saamelainen henkilö. Lisäksi ehdotettiin perustettavaksi vaaleilla valittava saamelaisparlamentti, ja sille alisteinen lapinkylien muodostama paikallishallinto. Saamelaisparlamentilla olisi ollut pitkälle menevä oikeus saamelaisalueen luonnonvaroista päätettäessä.<sup>75</sup> Myös saamen kielen virallistamista saamelaisalueella ehdotettiin.<sup>76</sup>

Mietinnössä todetaan, kuinka ”Saamelaiskulttuurin henkisenä perustana ja ilmenemismuotona on saamen kieli”<sup>77</sup> ja mietinnössä ehdotetaan kieliperustaista saamelaismääritelmää saamelaislakiin todeten myös, että ”Saamelaisuus voi perustua myös syntyperään tai elämäntapaan saamelaisparlamentin harkinnan mukaan”.<sup>78</sup> Saamelaislain soveltamisalueeksi ehdotetaan perustettavaa saamelaisaluetta, josta todetaan: ”Saamelaisalueen muodostaminen on tärkeätä sen vuoksi, että saamelaisten asuman alueen uudistuvien luonnonvarojen kestävä käyttö ja niihin perustuva luontaiselinkeinojen harjoittaminen voidaan turvata.” Saamelaisalueeksi ehdotetaan Saamelaisasiainkomitean vuonna 1952 määrittämää aluetta, jossa ”asui vuonna 1970 90 % kaikista saamelaisiksi lasketuista”.<sup>79</sup> Tämä alue on myös nykyinen laissa<sup>80</sup> määritelty saamelaisten kotiseutualue.

Komiteamietinnöstä annetussa lausuntapalautteessa kiinnitettiin huomiota alueen muun väestön etujen huomiotta jättämiseen, mikä aiheuttaisi jännitteitä ja katkeruutta. Ehdotuksiin epäilevästi suhtautuivat muun muassa Enontekiön kunnanhallitus, Metsähallitus ja eri ministeriöt. Saamelaisjärjestöt, Paliskuntainyhdistys, Utsjoen kunnanhallitus ja Lapin lääninhallitus olivat esitetyn saamelaislain kannalla.<sup>81</sup>

Komitea esitti jo ennen mietintönsä julkaisemista koevaalien järjestämistä, joilla valittaisiin saamelaisille parlamentti. Parlamentin hallintomallia mietittiin tarkkaan, esimerkiksi puolueita ei haluttu mukaan saamelaispolitiikkaan, koska saamelaisasioiden nähtiin olevan viranomaiskysymyksiä, jolloin tarvittiin kaikkien puolueiden tukea. Lopulta päädyttiin henkilökohtaiseen vaalitapaan. Koevaalien tarkoituksena oli testata vaalitavan toimivuus sekä saamelaisväestön kiinnostus.<sup>82</sup> Saamelaisvaltuuskunnan koevaalien äänioikeusluettelo laadittiin vuoden 1962 väestöselvityksen<sup>83</sup> pohjalta ja se koski saamelaisaluetta. Kuten mainittu, tämä äänioikeusluettelo on sittemmin ollut perusta myös Saamelaiskäräjien vaaliluettelolle.

Äänioikeutettuja oli tuolloin Inarissa 1267, Utsjoella 649, Enontekiöllä 262 ja Sodankylässä 194 eli yhteensä 2396 henkilöä. Väestöselvityksen tekoon osallistuneen Nils-Henrik Valkeapään myöhemmän arvion mukaan luettelointi onnistui hyvin, sillä noin 70–80 prosenttia saamelaisista saatiin äänioikeutetuksi jo tuolloin. Saamelaisvaltuuskunta myöhemmin täydensi jatkuvasti äänioikeutettujen luetteloa myös saamelaisalueen ulkopuolella asuvien osalta.<sup>84</sup> Saamelaisluetteloa päivitettiin myös väestömuutostietojen avulla. Esimerkiksi vuoden 1970 väestönlaskennassa kerättiin tavanomaisesta menettelytavasta poiketen paljon tietoa etnisistä vähemmistöistä.<sup>85</sup> Tuolloin oli käytössä väestönlaskennassa ensimmäistä kertaa henkilötunnus, jonka käyttö mahdollisti myös saamelaisvähemmistön tutkimuksen väestönlaskennan tietojen avulla.<sup>86</sup> Toisaalta saamelaisvaltuuskunta piti saamelaiskortistoa vaillinaisena vielä 1980-luvun alussa ja ongelmana sitä, ettei valtuuskunta voinut täydentää rekisteriä keskusrekisterin tai kirkonkirjojen mukaan. Myös vaaleja koskevissa säännöksissä oli epämääräisyyksiä. Tämä johti myös

75 Saamelaiskomitean mietintö 1973, 165–198; Pääkkönen 2008, 174.

76 Saamelaiskomitean mietintö 1973, 172–175.

77 Ibid., 166–167.

78 Ibid., 170. Ehdotetun lain säädökset olisivat koskeneet myös saamelaisen kanssa avioitunutta henkilöä.

79 Ibid., 170.

80 974/1995, 4 §.

81 Ks. Pääkkönen 2008, 174; Lehtola 2005, 37.

82 Saamelaiskomitean mietintö 1973, III; Lehtola 2005, 35.

83 Lehtola 2005, 35; Nickul 1968.

84 Lehtola 2005, 35.

85 Pääkkönen 2008, 172.

86 Myntti 1997, 64.



valituksiin vaaleissa.<sup>87</sup> Vaaleja varten alettiin luetteloita myös saamelaisalueen ulkopuolella asuvia saamelaisia.<sup>88</sup> Saamelaisvaltuuskunnan vaaliluetteloon on siis ollut mahdollista hakeutua koko sen olemassaolon ajan vaalien yhteydessä. Näin ollen vaaliluetteloon ovat voineet hakeutua myös henkilöt, jotka ovat saattaneet syystä tai toisesta jäädä väestöselvityksen ulkopuolelle.<sup>89</sup> Saamelaisvaltuuskunnan vaaleja järjestettiin neljän vuoden välein vuosina 1975, 1979, 1983, 1987, 1991 ja 1995.<sup>90</sup>

## 2.4. Saamelaisvaltuuskunta

Asetus saamelaisvaltuuskunnasta<sup>91</sup> annettiin 9.11.1973. Asetuksen mukaan saamelaisvaltuuskuntaan kuului 20 jäsentä, joiden määrääminen tehtävänsä kuului asetuksen mukaan valtioneuvostolle. Valtioneuvoston tuli perustaa päätöksensä saamelaisten kesken toimitettavien vaalien tulokseen. Saamelaisvaltuuskunnan jäseniksi oli määrättävä eniten ääniä saaneet, mutta kuitenkin niin, että saamelaisten kotiseutualueen jokaisesta neljästä kunnasta oli oltava kaksi jäsentä. Valtuuskunnan toimikaudeksi säädettiin neljä vuotta. Ensimmäisen saamelaisvaltuuskunnan jäseniksi valtioneuvosto määräsi asetuksen antamisen yhteydessä Saamelaiskomitean ehdottamissa koevaaleissa 4.-20.10.1972 valitun saamelaisparlamentin jäsenet.<sup>92</sup> Saamelaisvaltuuskunta-asetuksen mukainen saamelaismääritelmä kuului: ”Saamelaisella tarkoitetaan tässä asetuksessa henkilöä, jonka tai jonka vanhemmista tai isovanhemmista ainakin yhden Pohjoismainen Saamelaisneuvoston Suomen jaoston vuonna 1962 suorittaman väestötutkimuksen mukaan taikka muutoin todetaan oppineen saamen kielen ensimmäisenä kielenään”.<sup>93</sup>

Vuonna 1973 asetuksella perustettu saamelaisvaltuuskunta tarkoitettiin väliaikaiseksi ratkaisuksi, joka korvattaisiin ”saamelaisparlamentilla” Saamelaiskomitean mietinnössä ehdotetun saamelaislain tultua hyväksytyksi.<sup>94</sup> Ensimmäinen virallinen saamelaisvaltuuskunta valittiin vuonna 1975.

Saamelaisvaltuuskunnan virallinen argumentaatio alkoi muotoutua Saamelaiskomitean työn pohjalta.<sup>95</sup> Valtuuskunnan tehtävä oli valvoa saamelaisten etuja ja oikeuksia kotiseutualueellaan sekä antaa lausuntoja ja tehdä aloitteita viranomaisille saamelaisia ja saamelaisten kotiseutualuetta koskevissa asioissa. Viranomaisilla ei kuitenkaan ollut velvollisuutta kuulla saamelaisvaltuuskuntaa.<sup>96</sup> Kaiken kaikkiaan saamelaisvaltuuskunnalla ei juurikaan ollut tosiasiallista valtaa, mikä nähtiin valtuuskunnan piirissä ongelmana.<sup>97</sup>

Saamelaisten oikeudet käyttämiinsä maihin ja vesiin olivat saamelaisvaltuuskunnan toiminnan keskiössä alusta lähtien. Vielä 1970-luvulla iso osa saamelaisista sai toimeentulonsa luontaiselinkeinoista, joita he harjoittivat pääosin Metsähallituksen hallinnoimilla mailla, jonka ei toiminnassaan tarvinnut ottaa huomioon saamelaisten etuja. Saamelaiset joutuivat yleensä väistymään muiden maan- ja vesien käyttömuotojen tieltä. Osa saamelaisista ei ollut koskaan perustanut uudis- tai asutustilaa, joten heillä ei tunnustettu olevan maanomistajan oikeuksia asuttamiinsa alueisiin. Saamelaisvaltuuskunta korosti siidojen veronmaksuun ja ylimuistoiseen nautintaan perustuvaa saamelaisten maanomistusta. Valtuuskunnan mukaan saamelaisalueella oli kiinteistöoikeudellisesti kaksi päällekkäistä tai rinnakkaista kiinteistöjärjestelmää eli

87 Lehtola 2005, 94: ”Rekisteristä puuttuu joissakin tapauksissa kokonaisia sukuja. Tällä hetkellä on valtuuskunta ainoa, joka pitää rekisteriä saamelaisista ja koska saamelaisuus määritellään kielellisin perustein, ei rekisteriä voi täydentää keskusrekisterin tai kirkonkirjojen mukaan.”

88 Lehtola 2005, 35, 43.

89 Samallahti 2013a, 21–25 Vaalien yhteydessä on ollut myös yksityishenkilöiden suorittamaa rekrytointia, ks. Samallahti 2013a, 23.

90 Aarnio 2012, 4.

91 824/1973.

92 Aarnio 2012, 4.

93 Asetus saamelaisvaltuuskunnasta 824/1973 1 § 2 momentti.

94 HE 248/1994 vp., 9.

95 Lehtola 2005, 45–47.

96 Ibid., 53–54.

97 Ibid., 53–56; Pääkkönen 2008, 176.

verolle pannut lapinkylät<sup>98</sup> ja asutuslakien mukaisissa toimituksissa syntyneet kiinteistöt ai-noastaan jälkimmäisten ollessa merkittyjä maarekisteriin.<sup>99</sup>

Saamelaisvaltuuskunnan keskeinen vaatimus sen toiminnan alusta lähtien oli erityinen saame-laislaki, jonka taustalla oli käsitys saamelaisten vanhoista, koskaan kumoamattomista maaoi-keuksista. Valtuuskunta aloitti myös tutkimushankkeen siidajärjestelmästä, joka osaltaan liittyi Saamelaisinstituutissa aiemmin aloitettuun juridis-historialliseen projektiin, josta ensimmäiset tulokset, Heikki J. Hyvärisen tutkimustyö, julkaistiin vuonna 1977. Erilaisista lakiesityksistä saamelaisvaltuuskunta lausui nimenomaan ratkaisemattoman maakysymyksen valossa.<sup>100</sup> Keskeinen poliittinen linjaus valtuuskunnalla oli myös se, että saamelaisten kotiseutualue tulisi käsittää yhtenä kokonaisuutena lainsäädäntötyössä ja hallintotoimissa. Koska saamelaisten kulttuuri muodosti erillisen ja poikkeavan kokonaisuuden verrattuna suomalaiseen kulttuu-riin, olivat sen ongelmat myös erityislaatuista, minkä vuoksi niitä pitäisi käsitellä omina ky-symyksinään ja erillään valtakunnallisista suunnitelmista ja uudistuksista. Tämä linjaus rea-lisoitui esimerkiksi poronhoitolain uudistuksiin, joissa ei huomioitu saamelaisen poronhoidon erityislaatuista ja poronhoito määrittyi kaikkien yleisoikeudeksi, liittyvissä kannanotoissa, joissa saamelaisvaltuuskunta korosti saamelaisen poronhoidon erityislaatuista verrattu-na eteläisempään poronhoitoon ja sen historiallista ja nykypäivän merkitystä saamelaiselle elämäntavalle. Valtuuskunta piti tärkeänä saamelaisalueen erottamista hallinnollisesti omaksi poronhoitoalueekseen ja poronhoidon palauttamista saamelaisten yksinoikeudeksi (uusien po-ronhoitajien osalta) saamelaisalueella. Hallintomalliksi saamelaisalueen poronhoidolle valtuus-kunta ehdotti lapinkyläjärjestelmää.<sup>101</sup>

1970 ja 80-luvuilla saamelaisten asiat etenivät etenkin koulu- ja kieliasioiden suhteen ja tässä prosessissa saamelaisvaltuuskunnalla oli keskeinen rooli.<sup>102</sup> Saamelaisvaltuuskunnan toimin-taa leimasi resurssien ja päätösvallan puute, julkisuudessa valtuuskuntaa kritisoitiin toisinaan tehottomuudesta ja erimielisyyksistä.<sup>103</sup> Keskeisiä yhteiskunnallisia ongelmakohtia olivat saa-melaisia koskevien erityislakien puute sekä selvittämättömät maa- ja vesioikeudet.<sup>104</sup> Saame-laisvaltuuskunnan vaaleja koskevia säännöksiä tarkastettiin vuonna 1991 voimaan tullessa vaaliohjesäännössä ja valtuuskuntaa koskevassa asetuksessa. Saamelaisen määritelmää muutettiin tuolloin niin, että kielellisen perusteen lisäksi henkilön tuli pitää itseään saamelai-sina. Tutkijoiden jo aiemmin esiin nostama näkökohta samaistumisesta vähemmistöryhmään nousi esille tuolloin eri yhteyksissä ja sisältyi myös ILO sopimus 169:ään. Ketään ei voinut ilman tahtoaan pitää saamelaisena ja listata kuuluvaksi etniseen ryhmään.<sup>105</sup>

98 Historialliset Kemin ja Tornion Lapin lapinkylät olivat 1500-luvun puolivälistä lähtien kruunun tunnustama ja verottama yksikkö historiallisen Lapin rajan pohjois- ja länsipuolella (ks. esim. Vahtola et al. 2006). Lapin raja kulki Kuusamon lapinkylien länsipuolelta Simojärveen, Kemijärveen, Sodankylän ja Kittilän etelärajaa, Kittilän länsirajaa ja Enontekiön etelärajaa pitkin Sonkamuotkaan nykyisen Enontekiön ja Muonion rajan läntiseen päätepisteeseen (Sammallahti 2013a, 9; Sammallahti 2013b, 54). Tämän rajan pohjois- ja länsipuolella lapinkylien asukkaiden voidaan sanoa olleen etnisyydeltään eli kieleltään ja kulttuuriltaan pääasiassa saamelaisia. Lapinkylien asukkaina on voinut olla myös etnisyydeltään muuta väestöä edustavia ihmisiä. (ks. esim. Enbuske 2008, 16–17; Vahtola et al. 2006, 5.) Metsävyöhykkeen osalta tätä saamelaisuutta on myöhemmässä tutkimuksessa kuvattu nimellä metsäsaamelaisuus ja metsäsaamelainen kulttuuri (ks. esim. Lehtola 2015, 104). J. Joonan (2013b, 9) mukaan myös vanhimmissa lapinveroluetteloidissa lappalaiset oli jaettu kahteen ryhmään eli metsä- eli kuusi (gran)lappalaisiin sekä tunturilappalaisiin. Kruunun antamista uudisasutusplakateista vuosina 1673, 1695 ja 1749 johtuen lapinkyläjärjestelmä ja metsäsaamelainen pyyntikulttuuri joutuivat muutoksen kouriin. Seudulle alkoi muuttua uudisasukkaita ja myös lapinkylien osakkaat perustivat uudistiloja ja vähitellen omaksuivat suomen kielen ja sekä talonpoikaisen elämäntavan menestyäkseen muuttuneessa yhteiskunnal-lisessa tilanteessa. Lappalaiselinkeinoja saatettiin kuitenkin harjoittaa pitkään muiden elinkeinojen ohella. (Ks. esim. Enbuske 2008; Vahtola et al. 2006; ks. myös Sammallahti 2013b, 54–59). Korpjaakko-Labban (2000, 94) mukaan 1760-luvun jälkeen ei lapinveroa maksaneiksi merkittyjä henkilöitä juuri ole muualla kuin Enontekiöllä, Inarissa ja Utsjoella. 1850-luvun jälkeen lapinkylien veroasiakirjoja on laadittu enää alueella, joka vastaa nykyistä saamelaisten kotiseutualueita (ks. Rintala 1997, 13). Historiallisten metsäsaamelaisten puhuma saamen kieli hävisi 1700- ja 1800-luvulla. (Sammallahti 2013a, 9–10; Sammallahti 2013b, 59). Viimeaikaisessa tutkimuksessa ja keskustelussa on esitetty yksittäisten henkilöiden osanneen keminsaamea (keminlappia) vielä 1930-luvulla (ks. J. Joonan, 2013b, 24) tai jopa 1960-luvulla Sallassa (Majjala. Kirjoitin metsälappalaisuudesta kirjan "Kemin-Lappi elää!". 1.12.2016, <http://www.eeva-mariamajjala.fi/blogi/2016/12/01/14273>). Pekka Sammallahti (2013b) on torjunut tutkimustensa pohjalta tämäntaltaisia näkemyksiä.

99 Lehtola 2005, 58–59.

100 Ibid., 59–60.

101 Ibid., 65–71; Ks. myös Saamelaisasiain komiteanmietintö 1952, 45–50; Saamelaiskomitean mietintö 1973, 58–60.

102 Laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa (516/1991) tuli voimaan vuonna 1992 (uusi versio 975/1995 ja 1726/1995). Saamen kiellilaki (1086/2003) tuli voimaan vuonna 2003. Peruskoululaki, jossa turvataan oikeus saada saamenkielistä opetusta saamelaisten kotiseutualueella, tuli voimaan vuonna 1983 (476/198).

103 Lehtola 2005, 96–100.

104 Ibid., 94.

105 Aarnio 2012, 10–11; Lehtola 2005, 106.

## 2.5. Vuoden 1990 saamelaislakiehdotus

Saamelaisten pohjoismaisessa yhteistyössä on alusta lähtien pidetty tärkeänä saamelaisten maa- ja elinkeino-oikeuksia.<sup>106</sup> 1980-luvulla tuli uutta tutkimustietoa liittyen saamelaisten historiallisiin maa- ja vesioikeuksiin. Pohjoismaisen Saamelaisinstituutin historiallisia maa- ja vesioikeuksia koskevassa projektissa mukana olleen Hyvärisen oikeushistoriallisen tutkimuksen mukaan saamelaisten maahan kohdistuneiden yksityisoikeudellisten oikeuksien ei tiedetty lakanneen tai siirtyneen valtiolle laillisella saannolla.<sup>107</sup> Kaisa Korpijaakon vuonna 1989 ilmestyneen oikeustieteen väitöskirjan mukaan saamelaisten suhde käyttämiinsä alueisiin tutkimusajanjaksoilla 1500-luvun puolivälistä 1700-luvun puoliväliin on vastannut lapinkylän puitteissa aikansa maanomistusta.<sup>108</sup>

1970-luvun alusta lähtien esillä ollut ajatus erityisestä saamelaislaista konkretisoitui vuonna 1990, kun Saamelaisasiain neuvottelukunta<sup>109</sup> luovutti silloiselle työministerille saamelaislakiehdotuksen, jota oli työstänyt neuvottelukunnan alainen erityinen jaosto.<sup>110</sup> Saamelaislakiehdotus perustui pohjoismaiseen maanomistusta koskevaan selvitystyöhön, jolle Pohjoismaiden neuvosto oli antanut suosituksen (n:o 24/1974). Pohjoismaisen ministerineuvoston sihteeristön suosituksesta Suomen, Ruotsin ja Norjan saamelaislakeja valmistelevat komiteat tapasivat säännöllisesti vuodesta 1983 lähtien.<sup>111</sup> Lakiehdotuksen taustalla oli myös ILO sopimus 169:n uudistaminen. Uudistetussa sopimuksessa oli luovuttu ajatuksesta sulauttaa alkuperäiskansat valtioiden valtakulttuureihin. Pyrkimyksenä sen sijaan oli vahvistaa alkuperäiskansan omaa kulttuuria, elinkeinoja ja kieltä valtiovallan tukemana.<sup>112</sup>

Lakiehdotuksen tarkoituksena oli ”palauttaa saamelaisväestölle oikeuksia heidän vanhastaan asumiinsa ja käyttämiinsä maa- ja vesialueisiin sekä turvata saamen kieltä, saamelaiskulttuuria ja siihen perinteisesti kuuluvien elinkeinojen harjoittamista.”<sup>113</sup> Laki koski alueellisesti saamelaisten kotiseutualueetta, joka oli määritelty Saamelaisasiain komiteanmietinnössä vuonna 1952 ja myöhemmin saamelaisvaltuuskunnasta annetussa asetuksessa (824/73).<sup>114</sup>

Lakiehdotuksen keskeinen lähtökohta oli, että tilajaotuksen ulkopuolella olevat valtionmaat saamelaisalueella siirrettäisiin saamelaisten ja muiden lappalaiselinkeinoja harjoittavien paikallisten ihmisten yhteisesti hallitsemien, paliskuntien alueita vastaavien lapinkyläisten omistukseen. Valtion metsämaat eli tilajaotukseen kuulumattomat alueet muodostaisivat kussakin lapinkylässä saamelaisyhteismaan. Poro- ja eläinharjoitusta harjoitettaisiin koko lapinkylän alueella, sen sijaan kalastukseen ja metsästykseseen käytettäisiin saamelaisyhteismaan aluetta.<sup>115</sup> Suojelualueet säilyisivät saamelaisyhteismaahan kuuluvina suojelualueina, samoin tilojen oikeudet kuten erityisperusteiset kalastusoikeudet myös säilyisivät saamelaisyhteismaalla.<sup>116</sup>

106 Ks. esim. Rantala 2004.

107 Ks. Lehtola 2005, 127–128.

108 Korpijaako1989; ks. myös Pääkkönen 2008, 89; Lehtola 2005, 127–128.

109 Neuvottelukunnan puheenjohtajana toimi Asko Oinas ja sihteerinä Pekka Aikio, Heikki Hyvärinen sekä Kaisa Korpijaako.

110 Saamelaisasiain neuvottelukunta oli vuonna 1978 perustanut alaisuuteensa erityisen jaoston, jonka ”tehtäväksi annettiin tehdä selvitys siitä, mitä oikeuksia saamelaisille valtion hallinnassa oleviin luonnonvaroihin tulee antaa, ja tehdä ehdotukset tarvittavista säännöksistä sekä siitä, miten näiden oikeuksien hallinto tulee järjestää”. Jaoston työ pohjautui Eduskunnan perustuslakivaliokunnan vuonna 1978 antamaan lausuntoon (n:o 7/1978 vp) liittyen Hallituksen esitykseen vesialueiden rajankäyntiä ja kalastusta koskevaksi lainsäädännöksi Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa. Lausunnossaan perustuslakivaliokunta katsoi, ”että maan pohjoisimpien kuntien luontaistaloudesta huomattavan osan elannostaan saavilla maataomistamattomilla asukkailla, joista valtaosa kuuluu saamelaisväestöön, on sellainen vähintään nautintaperusteisiin oikeuksiin rinnastettava oikeus kalastukseen, joka sekä ammattikalastuksen että kotitarvekalastuksen luontoisena nauttii hallitusmuodon 6 §:ssä tarkoitettua omaisuudensuojaa.” Eduskunnan perustuslakivaliokunta oli vuodesta 1978 lähtien kiinnittänyt lausunnoissaan (n:o 7/1978 vp.; 5/1981 vp.; 11/1982 vp. ja 13/1989 vp.) huomiota saamelaisten asemaan, oikeuksiin, omaisuudenturvaan, oikeuksien selvittämisen tarpeeseen ja 1980-luvun lopulla erillisen saamelaislain kiireelliseen tarpeeseen. Ks. Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I, II–III.

111 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I 1990:32, II–III.

112 Suomen valtio oli aiemmin katsonut, että saamelaiset ovat ILO sopimuksen 169 tarkoittama alkuperäisväestö. Lisäksi eduskunnan perustuslakivaliokunta oli vuonna 1990 antamassaan lausunnossa (n:o 3/1990 vp.) pitänyt saamelaisia ILO:n yleissopimuksen tarkoitamana alkuperäiskansana. Ks. Saamelaisasiain neuvottelukunnanmietintö I, 1990, 56.

113 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I 1990, V.

114 Ibid.

115 Ibid.

116 Ibid., VI.

Lapinkylän osakkaiksi katsottaisiin lakiehdotuksen mukaan lapinkylän alueella vakituisesti asuva ehdotuksen 3 §:n mukainen saamelainen.<sup>117</sup> Lain mukaisena saamelaisena pidettäisiin ensinnäkin ”lappalaista eli maa- tai henkikirjassa lapinveroa maksaneeksi merkityn kalastaja, metsä- tai tunturilappalaisen jälkeläistä. Toisaalta saamelaisena pidettäisiin nykyiseen saamelaismääritelmään nojautuen sellaista saamelaista syntyperää olevaa henkilöä, joka itse tai jonka vanhemmista tai isovanhemmista ainakin yksi on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään, sekä tällaisen henkilön jälkeläistä.”<sup>118</sup>

Tämän lisäksi lapinkylän osakkaana pidettäisiin sellaista lapinkylän alueella vakituisesti asuvaa henkilöä, joka harjoittaa lappalaiselinkeinoa pysyvänä elinkeinonaan jo toisessa tai useammassa polvessa.<sup>119</sup> Mietinnössä tähdennetään päätoimisuuden ja jatkuvuuden kriteerejä lapinkylän osakkuuden määrittämisessä: ”Koska lapinkylän osakkuus merkitsee viimeksi tarkoitettussa tapauksessa osakspiirin laajennusta ehdotuksen mukaisen saamelaismääritelmän ulkopuolelle, osakkuuden määräytymistä on tarkoitettu tulkittavaksi suppeasti. Lapinkylän osakkuuden syntyminen edellytetään tällöin sitä, että lappalaiselinkeinoon harjoittaminen täyttää samanaikaisesti sekä keskeytymättömyyden että päätoimisuuden edellytykset samoin kuin sen, että asianomainen henkilö on saanut ja saa pääasialliset tulonsa tästä elinkeinosta. [...] Keskeytymättömyyttä koskeva vaatimus sisältää puolestaan sen ehdon, että lappalaiselinkeinoa on kussakin tapauksessa tullut harjoittaa ilman keskeytyksiä vähintään toiseen sukupolveen.”<sup>120</sup>

Keskeinen muutos suhteessa 1950-luvulla vakiintuneeseen käytäntöön saamelaisuuden määrittelyyn liittyen on, että lakiehdotuksen sisältämä saamelaisen määritelmä tuo kiinteistöoikeudellisen käsitteen ”lappalainen” jo sekä pohjoismaisesti että Suomen saamelaisten ja valtion politiikassa vakiintuneen käsitteen ”saamelainen” rinnalle. Lakiehdotuksessa saamelaisuus määritellään ensisijaisesti lappalaisuuden perusteella ja toisena kriteerinä on kieliperuste. Lakiehdotuksessa todetaan saamelaisuuden määrittelystä seuraavasti: ”Viitattujen perusteiden pohjalta ehdotuksessa on omaksuttu oikeusjärjestelyjen perustaksi kaksijakoinen saamelaismääritelmä, joka nojautuu osaksi kiinteistöoikeudellisiin, osaksi etnisiin ehtoihin.”<sup>121</sup> Itseidentifikaatioedellytystä määritelmässä ei ole.

Lappalaisperustalta määrittävälle saamelaisuudelle asetetaan lakiehdotuksessa ajallinen kriteeri eli verorekisterimerkinnän kuinka kaukaa historiasta tahansa tai minkä tahansa historiallisen lapinkylän alueelta<sup>122</sup> ei nähdä olevan yhteydessä nykysaamelaisväestöön ja näin määrittävän saamelaista:

”Ehdotuksen mukaisesti lappalaiseksi katsottiin henkilö, joka on merkitty maakirjaan, veronkantoluetteloon tai henkikirjaan kalastaja-, metsä- tai tunturilappalaiseksi vuosien 1875–1923 välisenä aikana sekä hänen jälkeläisensä. Vuosi 1875 on otettu lähtökohdaksi sen vuoksi, että vuodesta 1877 lähtien uudistilojen sijoittaminen siirtyi metsähallintoviranomaisille ja lappalaiset menettivät näiltä osin määräysvaltansa lapinkyliensä tiluksiin. Lisäperusteena on se, että kyseisen vuoden maakirja on laadittu erityisellä huolella. Vuoden 1923 henkikirjat tilittävät puolestaan viimeisen kerran lapinveronimistä maaveroa maksaneet lappalaiset ja tilat. Näiden rekisterien pohjalta laadittaisiin sukuselvitykset lappalaisista ja henkilö merkittäisiin lappalaiseksi laadittavaan saamelaisten henkilörekisteriin.”<sup>123</sup>

117 Ibid., 66, 85.

118 Ibid., 62, 84.

119 Ibid., 66, 85.

120 Ibid., 66.

121 Ibid., 61–62.

122 Lapinkylän veroasiakirjoja on laadittu 1850-luvun jälkeen enää alueella, joka vastaa nykyistä saamelaisten kotiseutualuetta (ks. Rintala 1997, 11).

1760-luvun jälkeen ei lapinveroa maksaneiksi merkittyjä henkilöitä ei Korpijaako-Labban (2000, 94) mukaan juuri ole muualla kuin Enontekiöllä, Inarissa ja Utsjoella.

123 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I 1990, 45–46.

Vuosien 1875–1923 viranomaisrekistereitä lappalaisen määrittelyssä perustellaan myös sillä, että ”Kyseiset asiakirjat tilittävät lappalaisten maksaman lapinveron perusteen ja ne lapinkylien asukkaat, jotka kyseisenä ajankohtana varmuudella ovat säilyttäneet aikaisemman kiinteistöoikeudellisen oikeusasemansa ja olleet vapaaehtoisesti luopumatta siihen liittyvästä kulttuuristaan.”<sup>124</sup> Omaksutun ratkaisun perusteena on myös, että viimeiset luotettavat viranomaisten laatimat selvitykset lapinkylien lappalaisista ovat peräisin vuoden 1898 maakirjasta ja vuoden 1923 henkikirjasta.<sup>125</sup> Lakiehdotuksessa korostetaan lappalaisyhteisöjen perillisten määrittelyssä myös lappalaisyhteisöjen jatkuvaa käyttämistä sukupolvesta toiseen niistä vapaaehtoisesti luopumatta.<sup>126</sup> Se, että valtio on ottanut määräysvallan itselleen lapinkylien alueella, nähdään edellä kuvailtujen henkilöiden kohdalla selvänä oikeudenmenetyksenä.<sup>127</sup> Historiallisten oikeuksien palauttamista nykypäivän muuttuneessa yhteiskunnassa arvioidaan seuraavasti:

”Nykyoloissa on kuitenkin vaikeata ellei suorastaan mahdotonta selvittää, mikä alue on kuulunut itse kullekin saamelaiselle. Myös yhteiskunta on muuttunut niin täydellisesti, että saamelaisten vanhoja oikeuksia sellaisenaan ei voitane palauttaa. Siksi neuvottelukunta ehdottaa, että oikeudet palautettaisiin lapinkylien puitteissa yhteisesti lappalaisille ja saamelaisille, kuitenkin niin, että myös muut suomalaiset, jotka harjoittavat elinkeinokseen poronhoitoa, kalastusta ja metsästyksiä, säilyttävät oikeutensa.”<sup>128</sup>

Lakiehdotuksen perustelujen pohjalta piirtyy kuva siitä, että lappalaisen käsitteen mukaan saamelaisen määrittelyyn perustuu vahvasti lakiehdotuksen ydinajatuksen kiinteistöoikeudellisen lappalaisen aseman uudelleen turvaamisesta perustettavien lapinkylien kautta ja tätä kautta saamelaisen kulttuurin aineellisen perustan eli luontoperustaisten elinkeinojen suojaamiseen muiden maankäyttömuotojen paineessa. Saamelaisasiain neuvottelukunnan valmisteleva lakiehdotus pohjautuu selkeästi ymmärrykseen siitä, että valtion maanomistukselle ei näyttänyt olevan saamelaisten asumilla alueilla riittäviä oikeudellisia perusteita; sen sijaan lappalaisten aiempaa omistusoikeutta lapinkyliensä veromaihin pidetään kiistattomana.<sup>129</sup> Lappalaisten oikeudet kuitenkin puuttuivat lainsäädännöstä. Tämä tarkoitti, että erityisesti perinteisiä lappalaiselinkinoja harjoittavien ihmisten asema, varsinkin niiden, jotka eivät olleet perustaneet uudistilaa, oli turvaton ja heidän omaisuudenturvansa ”erittäin heikko verrattuna tilallisten omaisuudenturvaan, joka toteutuu hallitusmuodon 6 § edellyttämällä tavalla”.<sup>130</sup> Mietinnön mukaan ”Lappalaisten vanhat oikeudet ja alueet eivät toteudu samanlaisten perusteiden mukaisesti kuin maata viljelevien tilallisten oikeudet.” Tämä nähdään kansalaisryhmien välistä eriarvoisuutta voimakkaasti ylläpitävänä rakenteellisena epäkohtana.<sup>131</sup>

Lakiehdotuksessa pidetään selvänä, että suurin osa lappalaisperustaisen määrittelyn mukaisista henkilöistä on myös kielellisellä perusteella määritellen saamelaisia.<sup>132</sup> Lappalaisen käsite nähdään lakiehdotuksessa kiinteistöoikeudellisena käsitteenä ja saamalainen etnisiin lähtökohtiin (kieleen) kiinnittyvänä käsitteenä:

”Vaikka etnisperäisen saamelaiskäsitteen vakiintuminen on merkinnyt kiinteistöoikeudellisen lappalaiskäsitteen hämärtymistä, viimeksi mainitun käsitteen ei tänä päivänäkään voida katsoa menettäneen oikeudellista merkitystään. Osa lapinkylien alueilla eläneiden lappalaisten jälkeläisistä ei koskaan ole perustanut uudistilaa, vaan jatkanut poronhoidon, metsästyksen ja kalastuksen harjoittamista tilaa perustamatta nykyaikaan asti. Osa lappalaisten jälkeläisistä on nimellisesti perustanut uudistilan, mutta jatkanut myös perinteisten elinkeinojen harjoittamista perustetusta tilasta riippumatta.”

124 Ibid., 62–63.

125 Ibid., 62.

126 Ibid.

127 Ibid., 63.

128 Ibid., IV.

129 Ibid., 61–62.

130 Ibid., 11.

131 Ibid.

132 Ibid., 46.

”Lähinnä nämä kaksi ryhmää muodostavat luontaistaloudessa tänä päivänä elävän saamelaisväestön. Niissä tapauksissa, joissa suvultaan ja kieleltään saamelaista syntyperää olevan henkilön isovanhemmat ovat jo kieleltään ehtineet suomalaistua, häntä ei kuitenkaan nykyisten määritelmien mukaan katsota saamelaiseksi. Sen sijaan tällainen henkilö on usein tämän lakiehdotuksen mukainen lappalainen.”<sup>133</sup>

Toisaalta todetaan myös, että kaikki kieliperustaiset saamelaiset eivät välttämättä ole määritelmän mukaisia lappalaisia eli henkilöitä, joiden esi-isiä on merkitty virallisiin rekistereihin lappalaisiksi vuosien 1875–1923 välisenä aikana. Tämä voi johtua useista seikoista, kuten siitä, että henkilön esi-isiä on perustanut uudistilan jo ennen vuotta 1875 tai hän on joutunut valtion toimien vuoksi siirtymään esi-isiensä vanhoilta tiluksilta lapinkylässä.<sup>134</sup>

Lakiehdotuksessa tähdennetään, että ”Saamelaislakiin liittyvillä järjestelyillä ei vähennetä kenenkään yksityisen omaisuuteen ja vakiintuneita elinkeinoon kohdistuvia oikeuksia. Paikallisen väestön muukin lakiin perustuva maankäyttö, kalastus ja liikkuminen säilytetään entisellään. Kuntien toimivalta kaavoitus- ja rakentamisasioissa säilyy ennallaan.”<sup>135</sup> Poronhoidosta olisi voimassa mitä siitä poronhoitolaissa säädetään.<sup>136</sup>

Mietinnössä myös ehdotetaan saamelaisia koskevien asioiden hoitamista varten perustettavaksi saamelaisten keskuudestaan valitsema edustajisto eli Saamelaiskäräjät, joka korvaisi saamelaisvaltuuskunnan. Saamelaiskäräjät tekisi aloitteita ja esityksiä sekä antaisi lausuntoja saamelaiskysymyksissä. Saamelaisia tai saamelaisten kotiseutualuetta koskevissa kysymyksissä olisi viranomaisen kuultava Saamelaiskäräjää. Osa saamelaisyhteisöiden tuotosta siirrettäisiin Saamelaiskäräjien käyttöön saamelaisväestön olojen ja saamelaiskulttuurin edistämiseksi.<sup>137</sup>

Lakiehdotuksessa ehdotetaan myös saamelaisten henkilörekisterin laatimista sisäasiainministeriön toimesta. Tarkoituksena oli selvittää lain 3 §:ssä tarkoitettujen lappalaisten jälkeläiset vuoden 1875 ja sitä myöhempien maa- ja henkikirjojen perusteella siten, että ensin laadittaisiin luettelo kussakin kylässä veronmaksajina olleista lappalaisista ja tämän jälkeen kirkonkirjojen pohjalta laadittaisiin selvitys näiden lappalaisten nykyisistä jälkeläisistä. Tätä luetteloa täydennettäisiin luettelosta puuttuvien, kieliperustaisen saamelaisen määritelmän täyttävien henkilöiden osalta, missä tehtävässä käytettäisiin hyväksi saamelaisten viimeisintä vaaliluetteloa, jota täydennettäisiin alaikäisten osalta. Lisäksi ehdotetaan laadittavan luettelo lapinkylän muista osakkaista.<sup>138</sup>

Ehdotuksen mukainen saamelaislaki olisi merkinnyt saamelaisten ja luontaiselinkeinoja harjoittavien muiden paikallisten ihmisten maankäyttöön liittyvän vaikutusvallan melko huomattavaa lisääntymistä saamelaisalueella suhteessa valtioon. Lakiehdotus sai varsin ristiriitaisen vastaanoton ja siitä annetut lausunnot olivat pääosin varauksellisia ja kielteisiä.<sup>139</sup> Myös pohjoisen sanomalehdissä käytiin asiasta keskustelua: keskeinen pelko oli, että saamelaisille annettaisiin alueiden käyttöön ja elinkeinoihin liittyviä erityisoikeuksia, jotka vähentäisivät muun paikallisväestön oikeuksia. Lain pelättiin myös aiheuttavan ristiriitoja eri kansanryhmien välille, rajoittavan kuntalaisten oikeuksia luonnonkäyttöön ja se nähtiin tasa-arvon vastaisena.<sup>140</sup> Myös saamelaisvaltuuskunnan sisäinen vähemmistö otti kielteisen kannan lakiehdotukseen, koska lain pelättiin aiheuttavan ristiriitoja saamelaisten ja muun paikallisväestön sekä eri elin-

133 Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I 1990, 61.

134 Ibid., 46: ”Viimeksi mainittuun ryhmään kuuluvat muun muassa lappalaiset, jotka ovat joutuneet siirtymään lappalaismaaltaan uudisasutuksen johdosta sekä valtioiden välisten rajasulkujen ja rajajärjestelyiden johdosta kuten paimentolaislappalaiset, jotka viime vuosisadan jälkipuolella muuttivat Enontekiöltä Sodankylään ja koltat, jotka asutettiin toisen maailmansodan seurauksena Petsamosta Inariin. Ehdotuksen mukaan katsotaan, että sellaisellakin saamelaisella, jota ei katsota lappalaiseksi, olisi erityisiä oikeuksia saamelaisten kotiseutualueella.”

135 Ibid., V.

136 Ibid., VI.

137 Ibid., VI–VII.

138 Ibid., 49–50, 78–79.

139 Ks. Pääkkönen 2008, 91; Tuulentie 2001, 259; Lehtola 2005, 135.

140 Pääkkönen 2008, 90; Tuulentie 2001, 257–258; Lehtola 2005, 131–132, 172.

keinojen kesken. Saamelaisvaltuuskunnan enemmistö kannatti kuitenkin lakiehdotusta ja se nähtiin historiallisena.<sup>141</sup> Lakiesitystä ei vahvan vastustuksen vuoksi viety eteenpäin.<sup>142</sup> Vuoden 1990 saamelaislakiehdotusta seurannut keskustelu oli ensimmäinen vahva vastareaktio, jossa saamelaisten erityisoikeuksia vastustettiin paikallistasolla.<sup>143</sup> Tulevien vuosien kuluessa tämä vastakkainasettelu muuntuu vaatimukseksi laajentaa alkuperäiskansan tai saamelaisen status koskemaan yhä suurempaa ihmisjoukkoa historiallisiin esi-isiin perustuen.

## 2.6. Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon perustaminen

Oikeusministeriö perusti vuonna 1993 työryhmän pohtimaan saamelaisia koskevaa hallintoa ja perustuslaillista asemaa erillään maanomistuskysymyksistä. Tarkoituksena oli tunnustaa perustuslaissa saamelaisten erityisasema Suomen ainoana alkuperäiskansana sekä nostaa saamelaisvaltuuskuntaa koskevat säädökset lain tasolle.<sup>144</sup> Myös saamelaisvaltuuskunta oli päätyynyt oikeusministeri Hannele Pokan aiemmin toteamalle kannalle, että ei ollut tarkoituksenmukaista valmistella samassa elimessä sekä maata koskevia oikeuksia että saamelaishallintoa: ”ensin mainitut seikat ovat niin kiistanalaisia, että ne voivat kohtuuttomasti viivyttää jälkimmäisten toteutumista”.<sup>145</sup> Saamelaisten kulttuuri-itsehallinto oli Suomen hallituksen ja saamelaisvaltuuskunnan yhteinen tavoite.<sup>146</sup> Työryhmän lähtökohtana oli, että ”Suomen ainoan alkuperäiskansan, saamelaisten, oikeus muihin väestöryhmiin nähden yhdenvertaiseen kohteluun hallinnossa voidaan riittävästi turvata vain etnisen kulttuuriautonomian pohjalta”. Työryhmän näkemyksen mukaan tämä lähtökohta oli ILO sopimus 169:n määräysten ja hengen mukainen.<sup>147</sup>

Hallituksen esityksessä<sup>148</sup> perustellaan tarvetta saamelaisten etniselle kulttuuri-itsehallinnolle yhdenvertaisuuden toteutumisella. Historiallisen kehityksen tuloksena nykysaamelaisten asema ei ole yhdenvertainen muiden väestöryhmien kanssa. Tilanteen korjaamiseksi ehdotetaan saamelaisten alkuperäiskansa-aseman tunnustamista hallitusmuodossa: ”Esityksessä ehdotetun hallitusmuodon 14 §:n 3 momentin mukaisesti saamelaisilla alkuperäiskansana sekä romaneilla ja muilla ryhmillä olisi oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Saamelaisten oikeudesta käyttää saamen kieltä viranomaisissa säädetään ehdotetun momentin mukaan lailla.”<sup>149</sup>

Ehdotus perustuu näkemykseen siitä, että saamelaiset ovat paitsi kielellinen ja kulttuurinen vähemmistö myös ainoa alkuperäiskansa Suomessa, minkä myös perustuslakivaliokunta oli todennut vuonna 1990 antamassaan mietinnössä ja mitä myös saamelaisvaltuuskunta oli eri yhteyksissä korostanut.<sup>150</sup> Ehdotetulla säännöksellä olisi sen perustelujen mukaan tarkoitus turvata saamelaisten asema alkuperäiskansana siihen liittyvine kansainvälisistä sopimuksista ilmenevine oikeuksineen. Lisäksi säännös turvaisi vähemmistön kulttuurimuotoa, johon saamelaisten osalta kuuluvat saamelaisten perinteiset elinkeinot kuten poronhoito, kalastus ja metsästyks. Säännös tarjoaisi valtiosääntöoikeudellisen perustan ryhmän elinolosuhteiden kehittämiseksi sen omaa kulttuuriperinnettä kunnioittaen.”<sup>151</sup>

Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon perustamisella ja saamelaisten alkuperäiskansa-aseman tunnistamisella perustuslaissa pyrittiin ILO sopimus 169:ssä asetettuihin päämääriin ja näin luomaan sopimuksen ratifiointiedellytyksiä. Etnisen kulttuuri-itsehallinnon kautta ”Saamelaisille

141 Lehtola 2005, 131–134; Pääkkönen 2008, 91–92.

142 Lehtola 2005, 135; Pääkkönen 2008, 91–92.

143 Ks. Pääkkönen 2008, 90–92.

144 HE 248/1994 vp., 16.

145 Lehtola 2005, 137.

146 Ibid., 144.

147 Saamelaistyöryhmän mietintö 1994, II.

148 HE 248/1994 vp.

149 HE 248/1994 vp., 5.

150 PeVM 12/1990 vp; HE 248/1994 vp., 5–6.

151 Ibid., 5.

turvattaisiin sopimuksen edellyttämät oikeudet hallita mahdollisimman laajasti omaa taloudellista, sosiaalista ja kulttuurikehitystään sekä osallistua sen suunnitteluun alueellisella ja kansallisella tasolla”.<sup>152</sup>

Saamelaisten oikeuksien historiallista kehitystä kuvattaessa hallituksen esityksessä käytetään termiä lappalainen, kun taas nykysaamelaisista puhuttaessa termiä saamelainen. Ehdotuksen yleisperusteluissa kuvataan lappalaisten ja lapinkylien oikeuksien historiaa ja sen myöhempiä kielteistä kehitystä. Keskeinen saamelaisten asemaan eriarvoistavasti vaikuttanut tekijä on ollut autonomian ajan alkupuolelta alkanut lappalaisten oikeuksien kielteinen kehitys, joka on jatkunut nykypäivään saakka. Pohjoisen asukkaiden muodollisesti tasa-arvoinen kohtelu viranomaiskäytännössä on tarkoittanut, että ”lappalaisilla — kuten muillakin kansalaisilla — oli mahdollisuus päästä Lapinmaassa maata viljelevän kruununtillallisen asemaan. Lappalaiseksi jääminen merkitsi puolestaan saamenkieliselle poronhoitajalle, kalastajalle tai metsästäjälle, että hänen oikeutensa, asemansa ja tarpeensa sivuutettiin usein lainvalmistelussa, lainsäädännössä, hallinnossa ja hallintopalveluissa. Kyseinen suhtautuminen johti erityisesti toisen maailmansodan jälkeen lappalaisten arvostuksen heikkenemiseen ja heidän voimakkaaseen sulautumiseensa pääväestöön.”<sup>153</sup>

Saamelaisuuden jatkuvuutta kuvataan yhteisöjen säilymisen kautta. Saamelainen yhteiskunta on ollut olemassa huolimatta oikeuksien heikentymisestä alueellisina pienyhdyskuntien verkostona. Saamelaisia yhteisöjä, niiden yhteenkuuluvuutta sekä keskinäistä kulttuurista ja sosiaalista sidoksellisuutta ja yhteisöllisyyttä luonnehditaan hallituksen esityksessä seuraavasti:

”Saamelaisten epävirallisten yhteisöjen jäseniä liittivät yhteisöihinsä muun muassa paikallinen saamen kieli, kunkin alueen historiallinen yhteys Suomen, Ruotsin, Norjan tai Venäjän väestöryhmiin, alueen perinteinen kansallispuke, oma musiikki, joiku- ja kertomaperinne, kirkkokunta tai uskonlahko, saamelaiset kyläryhmät, erityinen elinkeinoperusta, perinteiset porolaidunmaat, kalavedet, metsästysalueet ja hillasuot sekä saamenkielinen paikannimistö. Näiden historiallisten, kielellisten, kulttuuristen ja uskonnollisten tekijöiden lisäksi saamelaisten yhteisöjä pitivät koossa sosiaaliset tekijät kuten sukulaisuus, tuttavat ja asumayhteisöt. Saamelaisten epävirallisten yhteisöjen toimintaan ei liittynyt valta-yhteiskunnan tunnustamaa päätösvaltaa.”<sup>154</sup>

Saamelaisen määrittely mukailee hallituksen esityksessä vuoden 1990 saamelaislakiehdotuksessa esitettyä määritelmää, joka poikkesi aiemmasta pohjoismaisesta käytännöstä:

”Saamelaiseksi katsottaisiin 1 kohdassa henkilö, joka itse, tai jonka vanhemmista tai isovanhemmista ainakin yksi on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenään.”<sup>155</sup>

”Uutena perusteena ehdotetaan 2 kohdassa, että saamelaisiksi katsottaisiin myös lappalaisten jälkeläiset ilman, että heidän tarvitsi esittää näyttöä omasta tai takenevan polven sukunsa saamenkielen taidosta. Säännöksen mukaisesti henkilö olisi saamelainen, mikäli joku hänen vanhemmistaan tai esivanhemmistaan olisi merkitty tunturi-, metsä-, tai kalastajalappalaiseksi valtion viranomaisten pitämässä rekistereissä”.<sup>156</sup>

Saamelaisuuden määrittelyä kiinteistöoikeudellisen lappalaisuuden perusteella perustellaan sillä, että nykyiset kieliperusteella määritellyt saamelaiset ovat lappalaisten jälkeläisiä. Hallituksen esityksessä todetaan, että osa lappalaisten ”jälkeläisistä on saattanut kadottaa saamen kielen äidinkielenään jo niin kauan sitten, että heitä ei nykyisen määritelmän mukaan enää pidetä saamelaisina. Tämän vuoksi esitetään, että saamelaisena pidettäisiin saamenkielisestä

<sup>152</sup> Ibid., 14.

<sup>153</sup> Ibid., 4–5.

<sup>154</sup> HE 248/1994 vp., 5.

<sup>155</sup> Ibid., 24.

<sup>156</sup> Ibid.



syntyperästä riippumatta myös sellaisen henkilön jälkeläistä, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa.”<sup>157</sup>

Hallituksen esityksessä ehdotetaan vuoden 1875 luetteloja ensimmäisiksi huomioon otettaviksi viranomaisrekistereiksi, mistä säädetäisiin tarkemmin asetuksessa. Käytännössä tämä tarkoittaisi, että ”1800-luvun alkupuolella syntyneestä lappalaisesta alkaen hänen suoraan alenevassa polvessa oleva jälkeläinen voidaan katsoa saamelaiseksi, ajallisesti kauemmas menettäessä saattaisivat näyttövaikeudet lisääntyä kohtuuttomasti ja hakijan tosiasiallinen yhteys saamen kansaan voisi olla kyseenalainen”.<sup>158</sup>

Saamelaisuuden määrittelyyn on otettu myös Ruotsin mallin mukaisesti kriteeri, joka suojaa saamelaiseksi katsotun henkilön lapsen oikeutta vanhempiensa identiteettiin eli saamelaisen määritelmän 3 kohdan peruste: ”saamelaisena pidettäisiin henkilöä, jonka vanhemmista ainakin toinen on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan tai saamelaiskäräjien vaaleissa.” Tätä kriteeriä perustellaan muun muassa sillä, että saamelaiseksi katsotun henkilön lapselle on kohtuullista taata oikeus samaistua vanhempiensa identiteettiin.<sup>159</sup> On huomattava, että tämän kriteerin perusteella saamelaisuutta voisi käytännössä määrittää kieliperusteella isovanhempien sukupolvea kauempaa ja saamelaisuudesta tulee ”kielestä, kulttuurista, ympäristöstä, asuinpaikasta ja elinkeinosta riippumaton, eräällä tavalla ’periytyvä’ ominaisuus”.<sup>160</sup>

Lainsäätäjä ei selkeästi ole osannut ennakoida, että saamelaisen määrittelyn perustaminen myös historiallisiin verolappalaisyhteisöihin laajentaisi määrittelyn kohderyhmää siten, kuin tuli käymään. Hallituksen esityksessä todetaan lain 3 §:stä: ”Saamelaisen määritelmä olisi ehdotetussa muodossaan aikaisempaa väljempi, joten saamelaisiksi katsottavien henkilöiden määrä saattaisi jonkin verran lisääntyä.”<sup>161</sup>

Saamelaisvaltuuskunnan keskusteluissa liittyen saamelaisuuden määrittelyyn kannatettiin yleisesti saamelaisvaltuuskunnan vaalien kieliperustaista saamelaismääritelmää, koska se oli lähellä pohjoismaista saamelaisen määritelmää ja siihen oli vuonna 1991 lisätty kansainvälisen oikeuden mukaisesti itseidentifikaation periaate eli henkilön oli pidettävä itseään saamelaisena.<sup>162</sup>

Kuten edellä on esitelty, hallituksen esityksessä saamelaiskäräjälaiksi oli kuitenkin saamelaismääritelmä, joka oli alkujaan laadittu vuoden 1990 saamelaislakiehdotusta varten ja jolla oli haluttu turvata saamelaisalueella verolappalaisina vielä 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa eläneiden henkilöiden jälkeläisten oikeusasema saamelaisina ja oikeudet perustettavien lapinkyläisten osakkaina. Eduskunnan perustuslakivaliokunta kuitenkin jätti rajaavan vuoden 1875 pois saamelaiskäräjälain saamelaisen määritelmän lappalaiskriteeristä, koska vuosilukua varten olisi pitänyt antaa asetukset, ja näin historiallisen lapinkyläisten osakkuuteen perustuvaan saamelaisuuteen ei tullut aikarajoitusta.<sup>163</sup> Julkisuudessa esitettiin syyksi tähän sitä, että perustuslakivaliokunta jätti erityisesti enontekiöläisten vaatimuksesta saamelaisen määritelmään väljyyttä, jotta saamelaisrekisteriin haluaville olisi enemmän mahdollisuuksia osoittaa kelpoisuutensa.<sup>164</sup>

<sup>157</sup> Ibid., 18.

<sup>158</sup> Ibid., 24.

<sup>159</sup> Ibid., 18.

<sup>160</sup> Ks. Myntti 1997, 72–73; ks. kpl 3.

<sup>161</sup> HE 248/1994 vp., 23–24.

<sup>162</sup> Lehtola 2005, 141–142. Muutama henkilö kannatti myös saamelaisen määritelmän laajentamista, ks. ibid.

<sup>163</sup> PeVM 17/1994 - HE 248/1994; Rintala 1997, 17; ks. myös Lehtola 2005, 142.

<sup>164</sup> Lapin Kansa 7.2.1995, 7. Inari tyytyy perustuslakivaliokunnan kantaan saamelaisten kulttuuri-itsehallintolaista.

Lakiin Saamelaiskäräjistä kirjattiin saamelaisen määritelmä:

Saamelaisella tarkoitetaan tässä laissa henkilöä, joka pitää itseään saamelaisena, edellyttäen:

1. että hän itse tai ainakin yksi hänen vanhemmistaan tai isovanhemmistaan on oppinut saamen kielen ensimmäisenä kielenä; tai
2. että hän on sellaisen henkilön jälkeläinen, joka on merkitty tunturi-, metsä-, tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjassa; taikka
3. että ainakin yksi hänen vanhemmistaan on merkitty tai olisi voitu merkitä äänioikeutetuksi saamelaisvaltuuskunnan tai saamelaiskäräjien vaaleissa.<sup>165</sup>

Saamelaiskäräjät ei ole pitänyt legitiiminä saamelaisen määritelmän 2 kohtaa, jossa saamelaisuutta määritellään historiallisiin verorekistereihin merkityn lappalaisuuden perusteella ilman aikarajoitusta. Saamelaisen määritelmä ei myöskään vastaa hallituksen esitystä saamelaisen määrittelystä lappalaiskriteerin osalta. Myös monien saamelaisjärjestöjen ja muiden saamelaisen kansalaisyhteiskunnan toimijoiden mukaan määritelmän toinen momentti ei määritä etnistä saamelaista eikä siis vastaa saamelaisten perinteistä ymmärrystä siitä, ketkä ovat saamelaisia.<sup>166</sup>

On selvää, että rajavuosiluvun pois jättäminen muutti saamelaisen määrittelyn luonnetta huomattavasti. Vuoden 1990 lakiehdotus perustui keskeisesti ajatukseen lappalaiselinkeinojen ja -oikeuksien suojaamisesta ja maan hallinnan palauttamisesta valtiolta uudelleen perustettaville lapinkylille, jolloin oli loogista, että saamelaisalueella katkeamattomasti näitä oikeuksia käyttäneet pääsisivät mukaan perustettavaan hallintoon. Lappalaiskriteeriä ei myöskään nähty pelkästään etnisenä kriteerinä. Rajavuosiluku olisi taannut, että kriteeri koskisi ensisijaisesti saamelaisten kotiseutualueella lapinveroa maksaneiden henkilöiden jälkeläisiä, jotka suurelta osin olisivat myös kieliperustaisia saamelaisia. Kulttuuri-itsehallintolain sekä perustuslain kohdan 17, 3 §:n ja 121.4 §:n tarkoitus taas on suojata saamelaisten kieltä ja kulttuuria ja luoda edellytykset mahdolliselle myöhemmälle ILO sopimus 169:n ratifioimiselle. Saamelaisalueen maa-oikeuksiin liittyvät kysymykset oli tarkoitus ratkaista erikseen. Lakiin Saamelaiskäräjistä otettiin kuitenkin mukaan verolappalaisperustainen saamelaisuuden määrittelyn kriteeri kieli-kriteerin lisäksi. Myntin tulkinnan mukaan lappalaiskriteerillä haluttiin mahdollisesti ennakoida mahdollisten tulevien saamelaisoikeuksien, kuten kiinteistöoikeudellisten oikeuksien, kytke- mistä saamelaisuuteen.<sup>167</sup>

### 3. Kulttuuri-itsehallinnon alkuaika ja alkuperäiskansan uudet tulkinnat

#### 3.1. Järjestäytyneen lappalaisliikehännän synty

Kuten vuoden 1990 saamelaislakiehdotukseen, myös ehdotukseen saamelaisten kulttuuri-itsehallinnosta osa saamelaisalueella asuvista, pääväestöksi katsotuista ihmisistä, joista monet kuitenkin polveutuivat vanhoista lapinsuvuista, suhtautui hyvin kielteisesti.<sup>168</sup> Myös saamelaisalueen kunnista Enontekiö ja Inari suhtautuivat lakiehdotukseen kielteisesti.<sup>169</sup> Keskeisenä

<sup>165</sup> 974/1995, 3 §.

<sup>166</sup> Ks. esim. Yle Sääpmi 25.2.2015. Yhdistysten ja yksityishenkilöiden kirje kansanedustajille 25.2.2015; Lapin Kansan 25.1.1999, 5. "Kunnes saamelaismääritelmä on muutettu kieliperusteiseksi" Saamelaisyhdistykset esittävät saamelaiskäräjävaalien siirtämistä; Lapin Kansan 21.2.1996, 5. Oikeusministeri Kari Häkämies ei halua avata käräjälakia. Saamelaisyhdistys: Lappalaiset poistettava saamelaismäärittelyksestä.

<sup>167</sup> Myntti 1997, 67.

<sup>168</sup> Ks. esim. Myntti 1997; Tuulentie 2001; Pääkkönen 2008.

<sup>169</sup> Saamelaisalueen kuntien kannat muuttuivat lausuntovaiheen ja eduskuntakäsittelyn välillä kielteiseksi, ks. Tuulentie 2001, 110; ks. myös esim. Lapin Kansan 10.5.1995, 6. Eduskunnan perustuslakivaliokunta Lapin liiton ja saamelaisvaltuuskunnan kyydissä. Kulttuuri-itsehallintolain perustelut arveluttavat yhä; Lapin Kansan 11.5.1995, 6. Enontekiön kunnan kanta jyrkkä saamelaiskulttuuri-itsehallintolaille.

paikallisväestön pelkona tuolloin oli, että saamelaisten kulttuuri-itsehallinto ja perustuslakiin kirjattu alkuperäiskansastatus kaventaisivat muiden paikallisten ihmisten oikeuksia maahan ja luonnonkäyttöön, kuten poronhoitoon, yleiseen maankäyttöön sekä metsästyksen ja kalastukseen. Pelättiin myös, että kolmen pohjoisimman kunnan asukkaat asettuisivat keskenään epätasa-arvoiseen asemaan esimerkiksi suhteessa ammatinharjoittamiseen.<sup>170</sup> Lain nähtiin olevan myös pienen piirin salassa valmisteleva.<sup>171</sup> Vaikka laki koski kieltä ja kulttuuria, ajateltiin sen tarkoittavan jatkossa myös maa-oikeuksien luovuttamista saamelaisille.<sup>172</sup> Eduskunta lykkäsi lain käsittelyä vaalien yli. Laki hyväksyttiin lopulta eduskunnassa 16.6.1995 luvuin 159–20.<sup>173</sup>

Lain hyväksymisen jälkeen tilanne kuitenkin muuttui rajavuosiluvun 1875 jäädessä pois saamelaiskäräjälain saamelaisen määritelmän 3 §:n 1 momentin 2 kohdasta. Tämä tarkoitti, että lain mukaan henkilö oli laissa tarkoitettu saamelainen, mikäli pystyi todistamaan, että joku hänen esi-isistään oli merkitty asiakirjoihin lappalaiseksi niin kaukana historiassa kuin vanhimmat luettelot ulottuvat eli 1500-luvun puoliväliin. Tässä yhteydessä voi pohtia, tekeekö rajavuosiluvun 1875 poisjääminen saamelaisen määritelmästä osaltaan ymmärrettäväksi sen, miksi jotkut samat ihmiset ensin vastustivat lakia – se olisi sulkenut heidät pois mahdollisten saamelaisoikeuksien subjekteina, ja lain tultua voimaan puolustivat sen muotoa – laki määritteli myös heidät saamelaisiksi.<sup>174</sup> Uusi saamelaisen määritelmä ei ollut siirtymäsäännöksen vuoksi voimassa vielä vuoden 1995 saamelaiskäräjävaaleissa, vaan ensimmäisen kerran vuoden 1999 vaaleissa.<sup>175</sup> Ensimmäisten saamelaiskäräjävaalien järjestämisen yhteydessä monet paikalliset toimijat sekä muun muassa Inarin ja Enontekiön kunnat pitivät vaaleja epädemokraattisina: saamelainen oikeussubjekti oli laissa määritelty, mutta tätä ei vielä implementoitu, vaan vaalit toimitettiin saamelaisvaltuuskunta-asetuksen mukaisesti.<sup>176</sup>

Saamelaisten kulttuuri-itsehallinto synnytti saamelaisalueella organisoituneempaa liikehdintää, joka monella tapaa kietoutui saamelaisen määritelmässä esiintyvän lappalaisen käsitteen ja kategorian ympärille. Enontekiöllä perustettiin vuonna 1995 Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistys, jonka tarkoituksena kirjattiin muun muassa: ”Lappalaiskulttuurin ja -perinteen suojeleminen ja edistäminen; Lapinkielen säilymisen turvaaminen; Lappalaiskulttuurin säilyttämisen tarpeen herättäminen jäsenistössään.”<sup>177</sup> Yhdistys sai julkisuudessa tukea myös Inarista ja Sompioista.<sup>178</sup> Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistys muun muassa teki mielenosoitusmatkan Helsinkiin juuri ennen lain käsittelyä, kirjelmöi oikeusministerille ja perustuslakivaliokunnalle laista ja keräsi adressin saamelaisten kulttuuri-itsehallintolakia vastaan, joka luovutettiin eduskuntaryhmille 12.2.1995.<sup>179</sup> Yhdistys myös julkaisi ennen saamelaiskäräjälain eduskuntakäsittelyä (3.6.1995) sanomalehden nimeltä Kiisa, jossa esitetään yhdistyksen keskeiset argumentit. Lehestä otettiin 10 000 kappaleen painos. Pohjoisessa perustettiin myös lapinkyliksi nimettyjä alueellisia järjestöjä sekä yhteinen lapinkylien etujärjestö ajamaan lapinkylien perilliseksi itsensä tunnistavien henkilöiden oikeuksia.<sup>180</sup> Lapinkylien yhteistyöjärjestön keskeiseksi tehtäväksi määriteltiin ”historiallisten lapinkylien maa-oikeuksien suojelemisen”, lapinkyliyhdistykset myös esittivät valtiolle maiden palauttamista niiden historiallisten oikeudenomistajien jälkeläisille.<sup>181</sup> Näiden liikkeiden jäsenet alkoivat julkisuudessa kutsua itseään lappalaisiksi.<sup>182</sup>

170 Ks. esim. Pääkkönen 2008; 91–94; Myntti 1997, 66; Kiisa 1995, 5. Kansalaistoimintaa saamelaiskulttuuri-itsehallintolain kaatamiseksi.

171 Kiisa 1995, 12. Kuumat paperit.

172 Ks. esim. Kiisa 1995, 8. Saamelaiskulttuurilla jaetaan jo porojen laidunalueita.

173 Ks. Lehtola 2005, 149.

174 Ks. Hänninen 2003, 7.

175 Aarnio 2012, 13.

176 Lapin Kansan 3.10.1995, 1. Vain osa tulevasta hallintoalmaisista pääsi uurnille. Saamelaiskäräjävaalien laillisuutta perätään; Lapin Kansan 10.11.1995, 7. Asia kunnanhallitukseen. Myös Enontekiö ottaa kantaa saamelaiskäräjälakiin; Lapin Kansan 15.11.1995, 5. Enontekiö vaatii demokratian toteutumista käräjäläisissä.

177 Kiisa, 3.6.1995, 24. Lappalaiskulttuuri ja -perinneyhdistys säännöt. ks. myös Lapin Kansan 6.6.1995. Päättäjien lepsuilla synnyttää järjestäytyntää saamelaisvastaista kansalaistoimintaa. Saamelaisten kulttuuri-itsehallintolain vastustajille oma lehti, 5.

178 Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015, 4; Pääkkönen 2008, 95; Kiisa 1995, 2. Selvitys tämän lehden ”linjasta”.

179 Ks. Kiisa 1995, 4. Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon eteneminen; Kiisa 1995, 6. Pohjoisen asukkaat päättivät itse lähteä Helsinkiin; Kiisa 1995, 6. Usean sadan pohjoisen äänestyskelpoisen asukkaan allekirjoittama adressi.

180 Lapinkylien yhteistyöjärjestö edustaa (vuonna 2002) Suontavaaran, Peltojärven, Ivalojoen, Kyrön ja Kuivasalmen, Sodankylän sekä Kemian ja Sompion lapinkyliä (lapinkyliyhdistyksiä), ks. Kurkinen 2002b, 35.

181 Hyvärinen 2011, 9; Pääkkönen 2008, 94–97.

182 Pääkkönen 2008, 194; Tuulentie 2001, 152–153; Hyvärinen 2011, 8.

Nämä yhdistykset ovat sittemmin toimineet lausunnonantajina saamelaisia koskevien asioiden käsittelyssä.<sup>183</sup>

Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistyksen argumentaatiossa saamelaisuus näyttäytyy vahvasti poliittisesti määräytyneenä liikkeenä. Saamelaisuudesta, saamelaisista toimijoista ja saamelaisvaltuuskunnan vaaliluetteloon kuulumisesta kirjoitetaan Kiisa-julkaisussa muun muassa: ”Pohjoisilla paikkakunnilla saamelaisuus katsotaan aatteeksi, ei kansalaisuudeksi.”; ”Saamelaisyhdistys on perustettu 1960-luvun loppupuolella aatteellisena järjestönä.”; ”Kun saamelaisyhdistys alkoi rekisteröimään jäseniään, ja näin syntyy saamelaisrekisteri, jota on käytetty määriteltäessä ”alkuperäiskansa”.”; ”Saamelainen on norjalaisten ”vääntämä” sanasta suomalainen (sanakirja suomi=saame). Saame/saamelainen sana oli paikkakunnalla täysin tuntematon käsite 1970-luvulle asti. Sanaa vierastettiin yleisesti vanhoissa lappalaissuvuissa.”; ”Saamelaisyhdistys otti sanan käyttöönsä ja jäseniään yhdistys alkoi nimittämään saamelaisiksi.”<sup>184</sup>

Saamelaisuus näyttäytyy Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistyksen julkaisussa aatteellisena liikkeenä, johon ei ole koettu tarvetta liittyä mukaan. ILO sopimus 169:n mahdollisen ratifioinnin nähdään tarkoittavan, että tälle aatteelliselle liikkeelle eli saamelaisyhdistyksen jäsenille annetaan esimerkiksi yksinoikeus maankäyttöön. Saamelaisvaltuuskunnan vaaliluetteloon kuuluvat nähdään keinotekoisena ”alkuperäiskansana”.<sup>185</sup> Saamelaisuuden asemoitumisesta lappalaisuuteen kirjoitetaan muun muassa seuraavasti: ”Alueen väestö on n.90%:sesti alkuperäisten lappalaisten jälkeläisiä, kuitenkin rekisteröityneitä saamelaisia väestöstä on vain n. 10%. Saamelaiset tukeutuvat etnisyyteen eli lappalaisuuteen saavuttaakseen alkuperäiskansalle vaadittavat ominaisuudet. Lappalaiset ovat alkuperäiskansaa, jos Suomessa yleensä alkuperäiskansasta voidaan puhua. Saamelaiset ovat kielellinen vähemmistö lappalaisista. Lappalaiseksi synnyttään, mutta saamelaiseksi rekisteröidytään. Lisäksi kulttuuri on koko alueen alkuperäisväestön yhteinen kulttuuri. Voidaanko kulttuuri rajata jollekin rekisteröityneelle ryhmälle yksinoikeutena?”<sup>186</sup>

Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistyksen materiaaleista tulee selkeästi esiin, että kyseiset henkilöt eivät ole aiemmin kokeneet tarvetta hakeutua saamelaisvaltuuskunnan luetteloon: ”[s]uurin osa jäsenistämme ei aiemmin halunnutkaan hakeutua saamelaisvaltuuskunnan vaaliluetteloon, koska on katsottu, ettei valtiovalta luovuttaisi tällaisen yhdistysmuotoisen rekisterin nojalla enempää etuuksia ja oikeuksia, kuin yleensä aatteellisille tai vastaaville yhdistyksille.”<sup>187</sup> Lappalaisliikkeen argumentaation mukaan saamelaisvaltuuskunta on nähty ensisijaisesti aatteellisena yhdistyksenä, poliittisen yhdistyksen hallituksena, ei ”minkään kansan tai vastaavan” edustajana.<sup>188</sup> Koska saamelaisvaltuuskunta ei ollut laintasoinen instituutio kuten Saamelaiskäräjät eikä sillä ollut itsehallinnollista asemaa eikä sen jäsenyyteen liittynyt muita erityisiä oikeuksia tai etuuksia kuin oikeus äänestää ja olla ehdolla valtuuskunnan vaaleissa, ei sen jäsenyyttä ole koettu tärkeäksi, ja se on myös saanut toimia melko rauhassa 1970 ja 1980-luvuilla.<sup>189</sup> Toisaalta tästä syystä ei voi myöskään täysin verrata saamelaisvaltuuskunnan ja Saamelaiskäräjien jäsenyyttä.<sup>190</sup>

1990-luvun alussa lappalaisen käsitettä ei vielä juurikaan käytetty sen aiemmasta käyttötavasta poikkeavalla tavalla.<sup>191</sup> Lappalainen-termillä on aiempina vuosikymmeninä viitattu yleisesti historiallisen kiinteistöoikeudellisen aseman lisäksi valtaväestöjen julkisuudessa nimenomaan etnisiin saamelaisiin ja joissain yhteyksissä termillä on voinut olla myös halventavia merkityk-

183 Ks. Aarnio 2000, 12; Kurkinen 2000, 91–93; Kurkinen 2002b, 35–37.

184 Kiisa 1995, 12. Kuumat paperit. Paperit, jotka luovutettiin perustuslakivaliokunnalle 10.5.1995 sekä päätoimittajille.

185 Kiisa 1995, esim. 12–15

186 Kiisa 1995, 10. Tutkimuspyyntö Eduskunnan Oikeusasiamiehelle.

187 Pääkkönen 2008, 96, ks. myös Kiisa 1995, 12.

188 Kiisa 1995, 15.

189 Ks. Lehtola 2015, 12.

190 Myntti 1997, 72.

191 ks. Pääkkönen 2008, 216–217; ks. myös Tuulentie 2001, 118, 146–147. Tuulentie kiinnittää huomiota lappalaisen käsitteen horjumuuteen vuoden 1990 saamelaislakiehdotuksesta annetuissa lausunnoissa.

siä.<sup>192</sup> Vuoden 1995 jälkeen lappalaisen käsite vakiintuu Saamelaiskäräjien saamelaisuuden määrittelyä vastustavan tahon julkisen itsemäärittelyn tavaksi.<sup>193</sup> Intressejä artikuloidaan vuoden 1995 jälkeen myös metsälappalaisen tai metsäsaamelaisen kategorian kautta. Esimerkiksi Kiisa-lehdessä erään tekstin otsikko on ”Enontekiöläisen metsälappalaisen näkemyksiä” ja tekstissä viitataan järvi- ja metsälappalaisiin Enontekiön kantaväestönä.<sup>194</sup> Lapinkyläyhdistysten argumentaatiossa lappalaisen käsitettä on käytetty melko systemaattisesti tähän päivään saakka ja lappalaiset nähdään eri kansanryhmänä kuin saamelaiset. Lapinkylien yhteistyöjärjestö, joka edustaa Suonttavaaran, Peltojärven, Ivalojoen, Kyrön ja Kuivasalmen, Sodankylän sekä Kemin ja Sompion lapinkylä (lapinkyläyhdistyksiä), lausuu vuoden 2002 ehdotukseen hallituksen esitykseksi<sup>195</sup> seuraavasti:

”Esityksen perusteluissa todetaan virheellisesti, että saamelainen on yhtä kuin lappalainen, vaikka asiakirjoin on todistettu, että lappalainen ja saamelainen ovat kaksi eri vähemmistökansanryhmää Suomessa. Lappalaiset ovat olleet Suomen Lapinmaan alkuperäiskansaa jo 1500-luvulla eli ajankohtana, josta alkaen on olemassa kirjallista tietoa. Saamelaiset puolestaan ovat suurelta osin noin 100-150 vuotta sitten siirtolaisina Suomeen tulleita, alueelle vieraan elinkeinon (suurporonhoidon) ja kielen (saame) mukanaan tuoneita ihmisiä.”<sup>196</sup>

Inarinmaan lapinkyläyhdistys ry:n vuonna 2016 pääministeri Juha Sipilälle annetussa lausunnossa lappalaisista ja saamelaisista todetaan samantyyppisesti:

”Voidaan sanoa, että lappalainen ja saamelainen ovat kaksi eri vähemmistökansanryhmää Suomessa. Lappalaiset ovat Suomen Lapinmaan alkuperäiskansaa todistettavasti jo kirjallisen tiedon alusta saakka, 1500-luvulta ja sitä ennen. Inarin alueella he ovat puhuneet inarinlappia, kieltä, jota nykyisin nimitetään inarinsaameksi. Inarin eteläpuolella kieli on ollut metsälappia, eli kieltä joka nykyisin on jo osin kadonnut, mutta jota pyritään elvyttämään. Saamelaiset puolestaan ovat suurelta osin noin 160–130 vuotta sitten siirtolaisina Suomeen tulleita, alueelle vieraan elinkeinon (suurporonhoidon) ja alueelle vieraan kielen (pohjoissaamen) mukanaan tuomia ihmisiä.”<sup>197</sup>

192 Lappalaisen käsitteen eri merkityksistä, ks. Pääkkönen 2008, 188-194; Sammallahti 2013a, 7, 11, 18. Historiallisesti ottaen lappalainen on ollut suomalaisen ja ruotsalaisten käyttämä nimitys väestöstä, joka on ollut kielillisesti, kulttuurisesti ja elintavoiltaan erilainen suhteessa talonpoikaiseen väestöön, ja joka on käyttänyt itsestään omakielistä sanaa (nykypohjoissaameksi säpmlaš), oli kyseessä järvisaamelainen, jokisaamelainen tai porosaamelainen (Lehtola 2012, 27; Nahkiaisjoja 2016, 26-27; Enbuske 2008, 16-17). Kiinteistöoikeudellisenä käsitteenä lappalainen on ollut henkilö, joka lapinkylän jäsenenä on osallistunut kruunulle maksettavan lapinveron maksuun yhdessä muiden asukkaiden kanssa. Tuomiokirjoissa ja lapinveron kannon yhteydessä syntyneissä maa- ja veronkantokirjoissa ei vanhempina aikoina lappalaisella välttämättä tarkoitettu etnistä nimitystä, vaan pyyntikulttuurista, kalastuksesta, metsästyksestä tai poronhoidosta elävää henkilöä. Ruotsinkielinen ilmaisu tällöin oli ”leva som lapp”. (Nahkiaisjoja 2016, 26–27.) Nahkiaisjojan mukaan 1700-luvun puoliväliin tultaessa ja varsinkin 1800-luvulla Inarissa ja Utsjoella lappalaisella tarkoitettiin lähes poikkeuksetta myös etnisesti saamelaista väestönsä (ibid., 27). Myös Enontekiöllä lappalaisella on 1800-luvulla viitattu tunturi- eli porosaamelaisiin (Enbuske 2008, 360). 1800-luvun kuluessa lappalainen supistui merkitykseltään viittaamaan nimenomaan etnisiin saamelaisiin (Sammallahti 2013a, 8). Sotienjälkeiseltä ajalta lähtien (harvakseltaan jo 1900-luvun alusta) saamelaiset ovat pyrkineet käyttämään nimitystä saamelainen myös valtakielien kontekstissa yhteiskunnallisessa toiminnassaan, mikä on ollut osa itsemäärittelyn haltuunottoa ja irrottautumista ulkopuolisten antamasta nimityksestä. Pohjoisen paikallistasolla saamelaisista on kuitenkin käytetty usein nimitystä lappalainen vielä 1980-luvulla ja jopa 1990-luvulle tultaessa. (Ks. esim. Pääkkönen 2008, 193–194; Lehtola 2012, 27.) Paikalliseen pääväestöön kuuluneita on saamelaisten keskuudessa kutsuttu yleisesti termillä lantalainen (lääddelaš). On siis syytä huomata, että ”lappalainen” ei tietyvästi ole ollut historiallista lapinveroa maksaneiden ”verolappalaisten”, ainakaan saamenkielisten ihmisten, etnisen itseidentifikaation muoto, vaan heidän kruunun määrittämä kiinteistöoikeudellinen asemansa (vs. talonpoika/maanviljelyskylän asukas). 1600-luvulta alkanut ja 1700- ja 1800-luvuille jatkunut integroituminen talonpoikaisyhteiskuntaan on tarkoittanut myös kielen vaihtumista suomen kieleen saamelaisten nykyisen kotiseutualueen eteläpuolella. Myös nykyisellä saamelaisten kotiseutualueella osa lapinveroa maksaneista perusti uudistilan jo varhain, vaihtoi kielen ja sukupolvien kuluessa tuli identifioitua suomalaisen pääväestöön (Enbuske 2008; Nahkiaisjoja 2016).

193 Ks. Pääkkönen 2009, 96. Nahkiaisjojan (2016, 27) mukaan ”Henkilöt, jotka tänä päivänä haluavat kutsuttavan itseään lappalaisiksi, eivät suinkaan ole täysin homogeeninen ryhmä. Heidän suvuillaan on erilainen historiallinen tausta riippuen siitä, millä alueella he asuvat ja mistä heidän esi-isänsä ovat lähtöisin. Niillä, joiden sukujuuret ovat kotoisin Inarin alueelta, on usein joku inarinsaamelainen esi-isä tai esi-isiä. Esimerkiksi Huhtamellan, Akujärven ja osin Kiviniemen suvut ovat lähtöisin inarinsaamelaisesta Morottajan suvusta. Uudisasutuksen myötä useat näiden sukujen edustajista suomalaisuivat jossakin vaiheessa 1800-luvun puolivälin jälkeen ja menettivät yhteytensä saamen kieleen ja kulttuuriin.”

194 Kiisa 1995, 9. Enontekiöläisen metsälappalaisen näkemyksiä.

195 Kurkinen 2002b, 35.

196 Kurkinen 2002b, 35. Tunturisaamelaisten historiasta voidaan todeta tässä yhteydessä, että tunturisaamelainen suurporonhoito levisi Norjan ja Ruotsin tunturialueilta nykyisen Suomen alueelle 1600-luvulta lähtien. Porosaamelaiset ovat historiallisesti käyttäneet laajoja alueita laittuminaan koko Pohjois-Fennoskandian alueella. Norja ja Ruotsi vahvistivat rajansa ja jakoivat porosaamelaisten käyttämät laidunalueet Strömstadin rajasopimuksessa vuonna 1751. Rajasopimuksen liitteenä olleen lappekodicillin mukaan poronhoitajille turvattiin vapaa liikkuminen valtioiden rajojen yli. Valtioiden asettamat rajasulut 1800-luvun loppupuolella vaikuttivat suuresti porosaamelaiseen yhteiskuntaan, koska rajasulut pakottivat saamelaiset asettumaan johonkin maahan vakituiseksi ja estivät rajojen yli laiduntamisen. Rajasulun myötä porosaamelaisten pääsy vanhoille talvialueilleen estyi. Tilanteesta tuli vaikea, mikä johti porosaamelaisten muuttoihin eri puolille Pohjois-Suomea, -Ruotsia ja -Norjaa. Porosaamelaisia asettui tuolloin entisille laidunalueille, kuten Enontekiön ja Länsi-Inarin metsä- ja tunturiseuduille, osa porosaamelaisista suuntasi kokonaan uudelle alueelle, kuten Pohjois-Sodankylän metsäalueille. (Ks. esim. Nahkiaisjoja 2016, 228–274; Lehtola 2010, 128–129.) Rajasulkujen on nähty olleen erittäin haitallinen perinteiselle poropaimentolaisuudelle (Ks. Nahkiaisjoja 2016; Linkola 1985, 177–186).

197 Inarinmaan Lapinkyläyhdistys ry, ILO- sopimuksen ratifiointivaatimuksiin Suomessa liittyviä näkökohtia, separatismien varjossa, sopua etsien. Kannanotto pääministeri Juha Sipilälle 15.5.2016. Huomattakoon, että näiden liikkeiden jäsenet, vaikka näkevät olevansa eri kansanryhmää kuin saamelaiset, ovat kuitenkin pyrkineet hakeutumaan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon. Ks. kpl 3.

### 3.2. Alkuperäiskansa ajallisena ja paikallisena alkuperäisyytenä ja historiallisena oikeudenomistajuutena

Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistyksen sekä lapinkyläyhdistysten erilaisista teksteistä (Kiisa, mielipidekirjoitukset ja lehtihaastattelut, lausunnot) on selkeästi luettavissa, että alkuperäiskansan käsitettä tulkitaan sekä ajallisena ja paikallisena alkuperäisyytenä että yksilötason oikeudenomistajuutena. Teksteissä näyttäytyy suurena väärytenä se, että kielivähemmistö tai ”aatteellinen järjestö”, joksi saamelaiset kategorisoidaan, saisi yksinoikeudella alkuperäiskansaoikeudet, joiden nähdään kuuluvan alueiden ”todelliselle alkuperäiskansalle”. ”Todellisen alkuperäiskansan” muodostaisivat tällöin henkilöt, jotka pystyvät osoittamaan polveutumisensa alueen dokumentoidusta kantaväestöstä eli lapinveroa maksaneista henkilöistä. Argumenttia tuetaan myös luontoperustaisella elämäntavalla.<sup>198</sup> Erittäin kriittisesti suhtaudutaan siihen, että perustuslaissa määritellään saamelaisen alkuperäiskansan kulttuuriksi perinteiset elinkeinot, minkä nähdään tarkoittavan sitä, että elinkeino-oikeudet jaetaan tulevaisuudessa vain pienelle, Saamelaiskäräjien määrittämälle piirille.<sup>199</sup>

Keskeinen piirre lappalaisiksi identifioituvien yhdistysten argumentaatiossa on, että alkuperäiskansan määrittelyn on toivottu perustuvan ”asiakirjapohjaiseen totuuteen”<sup>200</sup>, millä on tarkoitettu nimenomaan yksilötasolla tapahtuvaa, historiallisten lapinkyläien nykyoikeudenomistajuuden selvittämistä. Esimerkiksi vuonna 1997 lappalaisliikettä lähellä oleva Niilo Tervo tekee selvityksen Inarin ja Enontekiön alueen vanhojen lapinkyläien oikeudenomistajista. 1400-luvulle ulottuvasta selvityksestä tehdyn uutisoinnin mukaan ”Tervon kokoama aineisto todistaa, että lapinkyläien kalastaja- ja metsälappalaisten jälkeläiset ovat Suomen saamelaisalueella todellista alkuperäiskansaa, jonka alueelle myöhemmin tunkeutunut porosaamelainen kulttuuri on sittemmin paikoin osittain tai kokonaan syrjäyttänyt”.<sup>201</sup>

Ajallisen alkuperäisyyden lisäksi pysyvä asuttaminen verrattuna jutavien porosaamelaisten liikkuvaan elämäntapaan nähdään keskeisenä alkuperäiskansan määreenä. Porosaamelaisten alkuperäisyys kiistetään heidän liikkuvan elämäntapansa vuoksi, minkä vuoksi he eivät ole voineet asuttaa jotain aluetta ”ensin”.<sup>202</sup> Huomattakoon, että esimerkiksi vuoden 1998 luonnoksessa hallituksen esitykseksi korostetaan, että saamelaisten historiallista asuinalueutta tulee tarkastella kokonaisuutena, eikä alueen sisäisillä muuttoliikkeillä ole merkitystä alueen alkuperäiskansan määrittelyn suhteen: ”ILO-sopimuksen soveltamisalue on kuitenkin tietyn paikkakunnan ja tietyn valtion aluetta laajempi. Suomen, Ruotsin, Norjan ja Venäjän pohjoisosien muodostama saamelaisalue on siten käsiteltävä sopimuksessa tarkoitettussa tilanteessa yhtenä kokonaisuutena.”<sup>203</sup> Tärkeä on myös ottaa huomioon, että porosaamelaisten muutot tapahtuivat valtioiden toimien seurauksena ja vaaransivat saamelaisten elämäntavan.<sup>204</sup> Hiltunen on pohtinut, kuinka genealogisen jatkuvuuden korostaminen alkuperäiskansan määrittelyssä johtaa jättämään huomiotta erilaisten kulttuuristen prosessien, kuten kulttuurisen sopeutumisen ja sulautumisen merkityksen etnisiä suhteita muokkaavina tekijöinä.<sup>205</sup> Näin ollen polveutumista korostava lähestymistapa ei myöskään näytä ottavan huomioon mahdollisia muutoksia ihmisten identifikaatioissa. Mikäli alkuperäiskansaisuus nähdään polveutumisen kautta perittävänä ominaisuutena ja oikeusasemana, jää saamelaisten omat itsemäärittely ja

198 Ks. esim. Kiisa 1995, 9.

199 Ks. esim. Kiisa 1995, 9. Kysymyshän ei ole pelkästään pilkkioikeuksista; Kiisa 1995, 9. Yhtiö nimeltä: Saamelaisten kulttuuri-itsehallintolaki.

200 2010-luvulla ILO sopimus 169:n ratifioinnin on toivottu perustuvan ”olosuhteanalyyysiin”. Suomen keskustan kansanedustaja Simo Rundgren jätti vuonna 2013 eduskunnalle toimenpidealoitteen (25/2013vp) ”Analyysi saamelaisten ja saamelaisalueen olosuhteista ennen ILO-169-sopimuksen ratifiointia”. Analyysin tarkoituksena olisi ollut selvittää ”faktat, joihin ihmisoikeustoiminnan tulee perustua, ja edellytykset, joilla ratifiointia voidaan harkita”

Aloitteen ovat allekirjoittaneet myös perussuomalaisten Ritva Elomaa sekä Suomen keskustan Eeva-Maria Majjala. Ks. TPA 25/2013 vp.

201 Lapin Kansa 22.5.1997, 5. Saamelaisten sukujuuret selvitetty 1400-luvulle saakka. Vanhojen lapinkyläien edustajat vaativat päättäjiltä puolueetonta jatkokutkimusta. Uutisen mukaan lapinkyläien edustajat vaativat asiasta päättäjiltä puolueetonta jatkokutkimusta. Valtio aloittaakin oikeushistoriallisen tutkimusprojektin vuonna 2002.

202 Ks. esim. Lapin Kansa 18.4.1996, 6. Maan ja luonnonvarojen hallinta sekä oma kansalaisuus mukana julistusluonnoksessa. Suomi kiirehtinyt alkuperäiskansojen oikeuksien julistusta.; Ks. myös Tuulentie 2001, 108.

203 Luonnos hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi saamelaiskäräjistä annetun lain muuttamisesta 1998, 26.

204 Ks. esim. Lehtola 2013, 61–67.

205 Hiltunen 2012, 292.

yhteisön rakentamisen tavat, jotka ovat mahdollistaneet saamelaisuuden säilymisen erityisenä etnisyytenä assimilaatiopaineista huolimatta, niin ikään huomiotta.

### 3.3. Valtion pyrkimykset tilanteen ratkaisemiseksi

Tilanteen kärjistyminen sekä Saamelaiskäräjien, Saamelaisneuvoston<sup>206</sup> ja monien muiden tahojen<sup>207</sup> vetoomukset saamelaisen määritelmän muuttamiseksi kieliperustaiseksi saamelaiskäräjälain tultua voimaan saivat myös valtion hakemaan ratkaisua ongelmalliseksi kääntyneeseen tilanteeseen.

Oikeusministeriö pyysi 8.10.1996<sup>208</sup> Vaasan hovioikeuden presidentti Erkki Rintalalta lausuntoa 1.1.1996 voimaan tulleen saamelaiskäräjälain (974/95) 3 §:n saamelaismääritelmästä. Lausunnossa tuli ottaa huomioon vähemmistökansojen kulttuuri-itsehallinnolle asetetut tavoitteet sekä asiaa koskevat kansainväliset sopimukset.<sup>209</sup> Rintala lähtee selvityksessään siitä, että ILO sopimus 169 koskee pelkästään väestöryhmiä, jotka täyttävät sopimuksen kriteerit. Tällöin on häneen mukaansa keskeistä tarkastella sitä, tuottaako saamelaisen määritelmä sellaisen väestöryhmän, johon ILO sopimus 169 soveltuu.<sup>210</sup>

Rintala toteaa, että saamelaisuus perustuu etnisiin lähtökohtiin vanhan ja yhteispohjoismaisen käsityksen mukaan, mikä tarkoittaa että saamen kieli ja näin saamelainen syntyperä on ollut perusteena henkilön saamelaisuudelle riippumatta heidän kiinteistöoikeudellisesta taustastaan. Äidinkieli on näin riidaton saamelaisuuden perus- ja päätunnusmerkki.<sup>211</sup> Rintalan mukaan omaksutun saamelaismääritelmän kieliperusteinen osa on sopusoinnussa kulttuuri-itsehallinnon tavoitteiden ja asiaa koskevien sopimusten kanssa.<sup>212</sup>

Vuoden 1990 lakiehdotus teki poikkeuksen suhteessa saamelaisuuden perinteiseen yhteispohjoismaiseen ymmärrykseen kieli- ja syntyperäperustaisena ja näin etno-kulttuurisena kuulumisena.<sup>213</sup> Rintala kiinnittää myös huomiota siihen, että vuoden 1994 hallituksen esityksessä saamelaiskäräjälainsäädännön kiinteistövero-oikeudellinen käsite ”lappalainen” ja etnis-kulttuurinen käsite ”saamelainen” samaistetaan, vaikka lappalaisen käsite ei historiallisesti ole ollut etninen. Rintala toteaa, että vaikka kyseessä oli radikaali siirtymä pois yhteispohjoismaiselta etno-poliittiselta linjaukselta, ei perusteluja tähän vuoden 1994 hallituksen esityksessä tästä näkökulmasta esitetty.<sup>214</sup>

Rintala tuo esiin kiinteistöoikeudellisen määrittelyn ongelmallisuuden ja pohtii myös aikarajoituksen poisjättämistä ilman saamelaisvaltuuskunnan kuulemista kansainvälisen oikeuden (erityisesti ns. Cobon määritelmän, jota YK:n ihmisoikeuskomitea käyttää) valossa.<sup>215</sup> Lausunnossa todetaan, kuinka historialliseen maavero-oikeudelliseen lappalaisen käsitteeseen perustuva saamelaisen määritelmä tekee ”ILO-sopimuksen näkökulmasta saamelaismaaksi koko vanhan Kemin Lapin (Kustaa Vaasan ajoista voutikunta) sellaisena kuin se oli 1500-luvun

206 Kirjeet oikeusministeriölle 4.3.1996 ja 13.3.1996, ks. Rintala 1997, 18.

207 Virallisten saamelaisistahojen eli Saamelaiskäräjien ja Saamelaisneuvoston lisäksi myös monet muut tahot esittivät saamelaisen määritelmän muuttamista kieliperustaiseksi saamelaiskäräjälain tultua voimaan. Vuonna 1996 saamelaisen määritelmän muuttamista kieliperustaiseksi vaativat muun muassa kotimaisten kielten tutkimuskeskus ja kotimaisten kielten tutkimuspoliittisen seminaarin yli 200 osallistujaa sekä Valtioneuvoston asettama rasismien, muukalaisvihan ja antisemitismin vastainen valtuuskunta. Myös saamelaisasiain neuvottelukunta katsoi, että määritelmä muutettava kieliperustaiseksi eli pohjoismaisen käytännön mukaiseksi. 1990-luvun lopulla muun muassa rasismien vastainen valtuuskunta vaati määritelmän muuttamista kieliperustaiseksi. Lapin Kansa 5.3.1996, 3. Yli 200 allekirjoittajaa Tiedeyhteisö vetoaa saamelaisten puolesta; Lapin Kansa 12.9.1998, 4. Rasismien vastainen valtuuskunta: Saamelaismääritelmä kieliperustaiseksi; Lapin Kansa 31.3.1998, 1. Saamelaisasiain neuvottelukunta: Kieliperuste on oikea saamelaisuuden määritelmä. 208 Dno 3703/34/95.

209 Rintala 1997.

210 Ibid., 6–7.

211 Ibid., 7–8, 13.

212 Ibid., 7–8. Lausunnossaan Rintala pitää ensiksi opittuun kieleen perustuvaa määrittelyä mahdollisesti kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 8/1976) 27 artiklan kannalta liian ahtaaseen tulkintaan johtavana ja ehdottaa, että kielellisen määrittelyn perustaksi otettaisiin kotikieli. Ks. myös Aarnio 2012, 14.

213 Rintala 1997, 14, 17.

214 Ibid., 17.

215 Ibid., 17–19.

puolivälissä eli arvioilta noin kolmanneksen nyky-Suomen alueesta”.<sup>216</sup> Historiallisista syistä johtuen ILO sopimus 169:ää ei voida kuitenkaan laittaa täytäntöön nykysaamelaisten asuinalueiden eli saamelaisten kotiseutualueen ulkopuolella: ”ILO-sopimus ei tarkoita joltakin alueelta jo kuolleen alkuperäiskulttuurin herättämistä uudelleen henkiin, vaan vielä oikeudellisesta oloista huolimatta elävänä säilyneen kielen ja kulttuurin suojelemista sulautumiselta alkuperäiskansan alueelle tulleen valtaväestön kieleen ja kulttuuriin.”<sup>217</sup>

Rintala toteaa, että ”Ilman väestötutkimustakin, tunnetun asutushistorian perusteella, lain voidaan arvioida mahdollistavan sen, että saamelaisiksi määräytyvät, mutta kulttuuriltaan ehkä satoja vuosia sitten suomalaistuneet tai alkuaankin yksinomaan suomalaiset, muualla asuvat henkilöt voivat saada saamelaisten kotiseutualueen itsehallinnossa moninkertaisen enemmistön kielisaamelaisiin nähden. Sillä olisi saamelaisuutta suomalaisuuteen sulauttava vaikutus.” Näin ollen lappalaisperustaisen määritelmän mukainen kansanryhmä ei täytä ILO sopimuksen 169:n alkuperäiskansakäsitteen tunnusmerkkejä. Enemmistöllä heistä ei ole omintakeista kieltä ja kulttuuria eivätkä he edusta pääväestön kulttuurista poikkeavaa säilynyttä alkuperäiskulttuuria. Enemmistö ei myöskään polveudu saamelaisten kotiseutualueen alueella asuneesta, valtaväestöjä edeltäneestä, väestöstä.<sup>218</sup> Saamelaiset ovat yksi ja sama alkuperäiskansa ja Suomen ei olisi pitänyt siirtyä yhteispohjoismaiselta etno-poliittiselta linjalta pois ja neuvottelematta Norjan, Ruotsin ja saamelaisten edustajien kanssa. Lappalaiskriteeri ei ole hyväksyttävissä saamelaisten kulttuuri-itsehallinnolle asetettujen tavoitteiden ja asiaa koskevien kansainvälisten sopimusten kannalta.<sup>219</sup>

Rintala ehdottaa lausuntonsa loppuksi, että saamelaislakia olisi valmisteltava siitä lähtökohdasta, että saamelaisten kotiseutualueena tulee pitää tosiasioita vastaavasti nykyistä aluetta, jonka itsehallintoon osallistuisivat äidinkielen perusteella määräytyvät saamelaiset asuinpaikastaan riippumatta. Kuitenkin nykyisille saamelaisten kotiseutualueella asuville lappalaiselinkeinojen ammattimaisille harjoittajille syntyperästä riippumatta tulisi kuulua lapinkylän osakkuus, eli lappalaiselinkeinojen harjoittajia tulisi kohdella tasa-arvoisina riippumatta siitä, ovatko he syntyperältään saamelaisia vai suomalaisia.<sup>220</sup> Rintalan johtopäätös on käytännössä sama, mihin vuoden 1990 saamelaislakiehdotuksella pyrittiin eli lappalaiselinkeinoja harjoittavan paikallisväestön oikeuksien turvaaminen etnisyydestä riippumatta.

Myös Pohjoisen ympäristö- ja vähemmistöoikeuden instituutin tutkija Kristian Myntti tarkastelee oikeusministeriön vuonna 1995 tilaamassa selvityksessä Saamelaiskäräjien yhteiskunnallisia vaikutusmahdollisuuksia.<sup>221</sup> Selvitykseen sisältyy myös arvio saamelaiskäräjälain saamelaismääritelmästä kansainvälisen oikeuden valossa. Alkuperäiskansaa kansainvälisen oikeuden valossa koskevan selvityksen loppuksi Myntti toteaa, että ”alkuperäiskansalla on tietty vapaus ja oikeus itse päättää identiteetti-kriteereistään eli alkuperäiskansaan kuulumisen *perusteista*. Sillä ei kuitenkaan näyttäisi olevan oikeutta vapaasti itse päättää, ketkä ovat alkuperäiskansan jäseniä ja ketkä eivät ole. Alkuperäiskansan tai sen johtajien päätöksen siitä, kuka kuuluu tai ei kuulu alkuperäiskansaan tulee perustua tunnettujen kansainvälisten ihmisoikeuksien kanssa sopusoinnussa oleviin alkuperäiskansan *tapoihin* ja *perinteisiin*. Muutoin päätös ei ole objektiivisesti perusteltavissa, vaan mielivaltainen. Tässä valossa on myös Suomen saamelaismääritelmää tarkasteltava.”<sup>222</sup> Myntti esittää neljää vaihtoehtoista määritelmää, joista

---

216 Ibid., 19.

217 Ibid., 20.

218 Ibid., 20.

219 Ibid., 21, 23.

220 Ibid., 24-25.

221 Myntti 1997; Aarnio 2012, 14-15.

222 Myntti 1997, 26-27.



kolme on puhtaasti kielellisiä ja myös neljännessä, joka perustuu osin kiinteistöoikeudelliseen lappalaisuuteen, edellytetään saamen kielen osaamista.<sup>223</sup>

Selvitystyöhön nojautuen oikeusministeriö esitti saamelaisen määritelmän muuttamista kieli-pohjaiseksi vuonna 1998, mutta esitystä ei lopulta lähdetä viemään eteenpäin. Luonnoksessa hallituksen esitykseksi todetaan saamelaisuudesta: ”Saamelaisuus on etnisyyteen liittyvä käsite. Henkilöiden tai ruokakuntien verotusmuodon osoittavat viranomaisrekisterit eivät siten voi olla etnisellä perusteella määräytyvän saamelaiskäsitteen määrittelyn pohjana. Saamelaismääritelmän laajentumisesta käynnistyneen selvittelytyön pohjalta voidaan todeta myös, ettei sanottujen viranomaisrekisterien perusteella määräytyvä väestöryhmä olisi täyttänyt alkuperäiskansamääritteen edellytyksiä, vaikka tilannetta olisi tarkasteltu yksinomaan vuodelta 1875 ja sen jälkeen laadittujen rekisterien pohjalta.”<sup>224</sup> Saamelaiskäräjälain muutostarpeita selvittäneen Eero J. Aarnion mukaan riittävää yksimielisyyttä ei hankkeen eteenpäin viemiseksi kuitenkaan löytynyt, joten ministeriö ilmoitti kirjeellään 26.8.1998 Saamelaiskäräjille ja muille asiassa kuulluille tahoille, että hankkeesta tuossa vaiheessa luovuttaisiin. Ministeriö ilmoitti samalla, että se seuraa vuoden 1999 saamelaiskäräjävaalien valmistelua ja toimittamista, mistä saatujen kokemusten perusteella arvioidaan, onko tarpeen käynnistää uudelleen toimenpiteet lainsäädännön kehittämiseksi tältä osin.<sup>225</sup>

### 3.4. Vuoden 1999 saamelaiskäräjävaalit ja alkuperäiskansaan kuulumisen argumentaatio

Saamelaiskäräjien vaalilautakunta sai vuoden 1999 vaaleissa käsiteltäväkseen suuren määrän uusia hakemuksia, kun Saamelaiskäräjien vaaliluettelon hakeutui verolappalaisesta polveutumisen perusteella 1128 henkilöä, heistä osa oli vedonnut myös kieliperusteeseen. Tämä oli melko iso määrä suhteessa tuolloiseen äänioikeutettujen määrään, joka lopulta oli vaalien alla 5121 henkilöä. Saamelaiskäräjien vaalilautakunta hyväksyi näistä hakijoista kieliperusteella vaaliluettelon merkittäväksi 20. Saamelaiskäräjien päätöksiin haki muutosta korkeimmalta hallinto-oikeudelta (KHO) 656 henkilöä.<sup>226</sup> Kuten kappaleessa 3 tarkemmin kuvaillaan, KHO kuitenkin katsoi, että asiakirjanäytöt esivanhempien lappalaisuudesta ovat liian kaukaa historiasta: lappalaisperusteista saamelaisuutta ei voi johtaa kauempaa historiasta kuin kieliperusteista saamelaisuutta. Lisäksi alkuperäiskansan määrittelyssä alkuperäiskansan omalla käsityksellä siitä, keitä ryhmään kuuluu, on merkitystä. Muutoin kyse voisi olla alkuperäiskansan sulauttamisesta pääväestöön.<sup>227</sup>

Tässä vaiheessa Saamelaiskäräjien saamelaiskäsitystä haastavien ja vastustavien tahojen ymmärrys kuulumisesta alkuperäiskansaan ja lappalaisen alkuperäiskansan muodostamisesta on jo vakiintunut ja sitä artikuloidaan nimenomaan ILO sopimus 169:n subjektiutena. Seuraava Lapin Kansa -sanomalehdessä julkaistu kirjoitus kuvastaa tilannetta:

”Lappalaiset päättivät julistautua Suomen lappalaiseksi alkuperäiskansaksi lapinkylien kokouksessa 16.10.1999, joka 16.10. on lappalaisten kansallispäivä. Lappalaisia ovat ihmiset, joiden esivanhemmat ovat perinteisesti asuneet Lapinmaassa ja ovat merkityt tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, henki- tai veronkanto asiakirjoihin. Heidän oikeutensa maahan, veteen ja luonnonvaroihin on kirjattu asiakirjoissa. Lappa-

223 Ibid., 76–77. Myntti ehdottaa ensiksi opitun kielen asemesta käytettäväksi käsitettä kotikieli. Ensimmäinen vaihtoehto saamelaisen määritelmäksi isovanhempien sukupolven ulottuva kieliperustainen määritelmä; toisessa kieliperustan ulotetaan isovanhempien vanhempiin, kuten Norjassa voimassa olevassa määritelmässä on tehty. Kolmanteen, muutoin ensimmäisen vaihtoehdon kaltaiseen määritelmään, Myntti esittää lisättäväksi vaatimuksen, jonka mukaan kotikieliltään saamelaisten jälkeläisen tuli itekin olla oppinut saamen kielen. Neljännessä vaihtoehdossa Myntti ehdottaa hyväksyttäväksi saamelaiseksi kolmannessa vaihtoehdossa tarkoitettujen saamelaisten ohella sellaisen henkilön jälkeläiset, joka on merkitty tunturi-, metsä- tai kalastajalappalaiseksi maa-, veronkanto- tai henkikirjaan, mutta vain sillä edellytyksellä, että näiden voidaan todeta oppineen saamen kielen.

224 Luonnos hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi saamelaiskäräjistä annetun lain muuttamisesta 1998, 25.

225 Aarnio 2012, 15.

226 Ibid., 16.

227 Ks. kappale 3.

lainen alkuperäiskansa täyttää kaikki ILO:n alkuperäiskansakriteerit. Kansainvälisesti alkuperäiskansalta ei vaadita kieliperustetta. Kuitenkin kielikin lappalaisilla on ja on ollut puhuttua vielä vuosisadan alussa. Valtiovallan toimesta kieli hävitettiin ja kulttuuria pyrittiin suomalaistamaan ja väestöä sulauttamaan uudisasutuksen myötä tulleeeseen vieraaseen väestöön. Lappalainen alkuperäiskansa on ollut sorron kynsissä kolme vuosisataa. Kuitenkaan mitkään toimenpiteet eivät ole pystyneet tuhoamaan kulttuuria ja siihen kuuluvia lappalaisia elinkeinoja, poronhoito, metsästys ja kalastus. Päinvastoin nämä ovat olleet ja ovat vieläkin Lapinmaan lappalaisten elinkeinoja. Lappalaisten oikeudet maahan, veteen ja luonnonvaroihin ovat lapinkyläjärjestelmän mukaisesti asiakirjoin todistettavissa ja periytyviä oikeuksia. Lapinkyläjärjestelmää ei ole koskaan lakkautettu, se vain on ollut toimimattomana.”<sup>228</sup>

Lapinkyläjen yhteistyöjärjestö lähetti myös 17.1.2000 Suomen valtioneuvostolle tiedoksi ja toimenpiteitä varten lapinkyläjen yhteistyöjärjestön hyväksymän lappalaispoliittisen ohjelman, joka koski kuulumista lappalaiseen alkuperäiskansaan sekä tämän väitetyin kansan maahan ja veteen kohdistuvia oikeuksia. Tekstin perustana oli Norjan, Ruotsin ja Suomen saamelaisia edustaneen Pohjoismaisen saamelaisneuvoston saamelaispoliittinen ohjelma (1986), jonka otsikko ja sisältö oli muokattu lappalaisen käsitettä käyttäen.<sup>229</sup> Lapinkyläjen yhteistyöjärjestö lähetti lappalaispoliittisen ohjelman englanninkielisen version YK:n Geneven toimistoon 25.2.2000. Ulkoministeriön vastauskirjelmässä (20.2.2001) korostettiin saamelaisten perustuslaillista asemaa Suomen ainoana alkuperäiskansana. Oikeusministeriön kirjeessä (20.2.2001) Lapinkyläjen yhteistyöjärjestölle tähdenetään, että ”*saamelaiskäräjiä koskevan lain tarkoituksena oli koskea olennaisesti samaa väestöryhmää, jota aikaisempi asetuskäytäntö oli koskenut, eikä luoda uutta, eri tavoin määräytyvää kansanryhmää olemassa olevan saamelaisväestön rinnalle. Määrittely — saamelaisen alkuperäiskansan — henkilöllinen ulottuvuus on saanut ratkaisunsa sen oikeuskäytännön myötä, joka syntyi korkeimman hallinto-oikeuden annettua päätöksensä vuoden 1999 saamelaiskäräjien vaalien yhteydessä tehtyihin valituksiin (KHO 22.9.1999 T 3181/ vuosikirja ja muut saman sisältöiset ratkaisut).*”<sup>230</sup>

### 3.5. Maa-oikeus selvitykset ja maa-oikeus tutkimushanke

2000-luvulla keskustelua alkuperäiskansaan kuulumisesta käytiin yhä enemmän historiallisten maa-oikeuksien kontekstissa sekä liittyen yksilöiden tai sukujen historialliseen oikeudenomistajuuteen suhteessa valtioon. Tilojen maa- ja vesioikeuksia pyrittiin koordinoitusti selvittämään paikallisten toimijoiden taholta.<sup>231</sup> Myös valtio pyrki löytämään ratkaisun saamelaisten kotiseutualueen maa-alueiden hallintaan ja ILO sopimus 169:n ratifiointiedellytyksiin useiden selvityksien, toimikuntien sekä historiallisen maa-oikeus tutkimuksen kautta.

Suomen hallitus katsoi vuonna 1990, että mikäli Suomi ratifioi ILO sopimus 169:n, on saamelaisille turvattava voimassa olevaa lainsäädäntöä laajemmat oikeudet heidän perinteisesti omistamiinsa ja asuttamiinsa maihin ja näiden maiden luonnonvarojen käyttöön.<sup>232</sup> Samana vuonna eduskunnan perustuslakivaliokunta totesi, että se kiirehtii saamelaislain valmistelua ja asian saattamista eduskunnan käsiteltäväksi. Taustalla vaikutti Korpijaakon tutkimus saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa (1989), joka valiokunnan mukaan esitti varteenotettavia näkökohtia saamelaisten maahan kohdistuvan omistusoikeuden olemassaolon puolesta.<sup>233</sup>

228 Lapin Kansan 27.10.1999, 9. Lappalainen alkuperäiskansa ja ILO-sopimuksen ratifiointi. (Marjatta Hannula, Kemin ja Sompion Lapinkylä).

229 Hyvärinen 2011, 9; Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015, 4; ks. myös Kurkinen 2000, 92.

230 Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015, 4; ks. myös Lapin Kansan 10.3.2001, 5. Lappalaiset kantelivat oikeusministerin ja kahden ministeriön menettelyistä.

231 Ks. esim. Lapin Kansan 13.4.2003, 7. Maa- ja vesioikeuksia kirjataan Ylä-Lapista Tornionlaaksoon. Avatut asiakirjat romuttavat isojoan perusteita. Lapin Kansan 20.1.2003, 7. Inarissa alkoi suku- ja tilaoikeuksien paikantaminen.

232 HE 306/1990 vp, 2.

233 PeVL 3/1990 vp., 2; Korpijaako 1989; ks. myös Pohjoismainen saamelaisopimusluonnos 2005, 73.

Saamelaiden kotiseutualueen kulttuuri-itsehallintoa koskevasta lainsäädännöstä päätettiin jättää maa-alueita koskevat kysymykset lainvalmistelun ulkopuolelle, koska mahdollisten lainsäädäntötehtävien tapahtuvien ratkaisujen nähtiin edellyttävän tarkempia selvityksiä. Sisäasiainministeriö antoi vuonna 1993 saamelaisvaltuuskunnalle tehtäväksi selvittää saamelaiden oikeutta maa-alueisiin ja valmistella saamelaislakia. Vuonna 1998 apulaisoikeuskansleri totesi oikeusministeriölle lähettämässään kirjelmässä, että ”maa-aluekysymyksellä on merkitystä arvioitaessa saamelaiden perusoikeuksien laajuutta ja sisältöä sekä Kansainvälisen työjärjestön ILO:n yleissopimuksen n:o 169 ratifioinnin edellytyksiä”. Apulaisoikeuskansleri kehotti oikeusministeriötä välittömiin toimiin, joiden tarkoituksena oli selvittää saamelaiden mahdolliset maa-alueet.<sup>234</sup>

Kun Suomen hallitus antoi saamelaiden kulttuuri-itsehallintoon tähtäävät lakiesitykset vuoden 1994 valtiopäiville, se katsoi saamelaiden maa-alueita koskevan selvitystyön olevan saamelaisvaltuuskunnan tehtävänä.<sup>235</sup> Myös eduskunta kulttuuri-itsehallintolakia hyväksyessään edellytti hallituksen laativan selvityksen siitä, miten ja millaisin käytännön vaikutuksin esteet ILO 169:n ratifioimiselle on poistettavissa.<sup>236</sup> Saamelaisvaltuuskunta ja myöhemmin Saamelaiskäräjät eivät saaneet kuitenkaan rahoitusta selvitystyön tekemiseen vasta kuin vuonna 2002, jolloin se sai 40 000 markan määrärahan oikeusministeriöltä.<sup>237</sup> Oikeusministeriö ei reagoinut Saamelaiskäräjien tekemään tutkimukseen, joka ilmestyi vuonna 2002. Tämä ensimmäinen osamietintö käsitteli valtion metsämaata, suojelualueita ja yleisiä vesialueita. Mietinnön mukaan saamelaiden maanomistusoikeus ei ole siirtynyt valtiolle laillisella saannolla eli mietintö kiistää valtion maanomistuksen laillisuuden. Valtion metsämaan luonne kiinteistönä ja omistusoikeusyksikkönä on otettu omaisuuden suojaa loukkaavista ja virheellisistä lähtökohdista lainsäädäntöön. Mietinnössä todetaan, kuinka ennen nykyistä kiinteistöjaotusta saamelaiden kotiseutualueella ei ole ollut isännättömiä maita, vaan saamelaiset omistivat porolaidunmaansa, metsästyksensä ja kalavetensä valtion tunnustamalla omistusoikeudella ja maksoivat maistaan ja vesistään veroa ennen nykyistä kiinteistöjaotusta.<sup>238</sup>

Valtio käynnisti vuosien mittaan useita omia selvityksiä, jotka eivät kuitenkaan käsitelleet saamelaiden itsehallinnon keskeisenä pitämää kysymystä eli valtion maanomistuksen synnyn laillisuutta.<sup>239</sup> Oikeusministeriön toimeksiannosta ovat saamelaiden maa-alueita eri lähtökohdista selvittäneet hallintoneuvos Vihervuori (1999), oikeustieteen tohtori Wirilander (2001), maaherra Pokan johtama saamelaistoimikunta (2001) ja professori Vahtolan johdolla toiminut Lapin maa-alueitutkimusryhmä (2006).<sup>240</sup>

Hallintoneuvos Pekka Vihervuoren tehtävänä oli laatia lainsäädännöllinen vähimmäisratkaisu saamelaiden kotiseutualueella sijaitsevien valtion maina hallinnoitujen alueiden käyttöoikeudesta, jonka varassa Suomi voisi ratifioida ILO sopimus 169:n. Vihervuori lähti toimeksiantonsa pohjalta selvityksessään siitä, että ILO 169 sopimus koskee Suomessa saamelaisia alkuperäiskansana, jolloin saamelaisella ymmärretään Saamelaiskäräjistä annetun lain 3 § määritellyt saamelaisia ja jolloin sopimuksen ratifioiminen asettaa tietyt rajat, kuinka alkuperäiskansaan luettavan henkilöpiirin määrittymisen on tapahduttava. Vihervuori toteaa, että ”ILO-sopimuksesta erillinen, vaikkakin osin siihen liittyvä kysymys on myös saamelaiden tai vanhojen lapinkylien maahan tai veteen kohdistuvien oikeuksien mahdollinen vahvistaminen tuomioistuimessa varallisuus- tai oikeudellisella (yksityisoikeudellisella) perusteella”, jolloin ”mahdollisesti kysymykseen tuleva henkilöpiiri ei välttämättä määrittäisi juuri ILO-sopimuksen tai muiden kansainvälisten vähemmistönsuoja- tai alkuperäiskansasopimusten vaatimukset

234 Pohjoismaiden saamelaisopimusluonnos 2005, 73–74.

235 HE 248/1994 vp. 22; Maanomistustyöryhmän selvitys 2002, 1.

236 Ks. PeVL 17/1994 – HE 248/1994; ks. myös Lehtola 2005, 138.

237 Maanomistustyöryhmän 2002, 4. Maa-aluekysymykseen kuuluivat Saamelaiskäräjien puheenjohtajisto, lakimiesihteeri Heikki J. Hyvärinen sekä asiantuntijoina Kaisa Korpjaakko-Labba ja Voitto Hyvönen.

238 Maanomistustyöryhmän selvitys 2002, 1–5.

239 Maanomistustyöryhmän selvitys 2002, 81–82, 84; Lehdistöedote: Saamelaiskäräjien maanomistustyöryhmän maanomistusselvitys I Valtion metsämaa, suojelualueet ja yleiset vesialueet (Saamelaiskäräjät, 16.5.2003).

240 Vihervuori 1999; Wirilander 2001; Saamelaistoimikunnan mietintö 2001; Vahtola et al. 2006.

täyttävällä tavalla”.<sup>241</sup> Vihervuoren lainsäädännöllisiä muutosehdotuksia sisältämä selvitystyö julkaistiin lokakuussa 1999. Vihervuori esitti selvityksessään, että Saamelaiskäräjien yhteyteen perustetaan saamelaisten kotiseutualueen maaoikeusneuvosto, joka olisi saamelaisten yhdessä muun paikallisen väestön kanssa muodostama maanhallintatoimielin. Maaoikeusneuvostossa olisi neljä Saamelaiskäräjien nimeämää jäsentä sekä Enontekiön, Inarin, Utsjoen ja Sodankylän kuntien nimeämät jäsenet. Kolttien luottamusmiehellä olisi oikeus olla läsnä maaoikeusneuvoston kokouksissa. Maaoikeusneuvoston tehtävänä olisi valvoa sekä saamelaisväestön että muun paikallisen väestön oikeuksia ja etuja valtionmaina hallinnoitujen maiden ja vesien käyttöä koskevissa kysymyksissä saamelaisten kotiseutualueella siten kuin laissa ja muussa lainsäädännössä säädetään.<sup>242</sup> Maaoikeusneuvostolla olisi ollut asianosaisen puhevalta ja valitusoikeus eri lakien mukaisissa maa- ja vesialueiden käyttöä koskevissa asioissa ja tiettyihin toimenpiteisiin olisi tullut hankkia neuvoston suostumus.<sup>243</sup>

Vihervuoren selvityksessä ehdotettiin muutoksia noin 30 lakiin tai asetukseen sekä saamelaiten kotiseutualueen maaoikeusrahaston perustamista Saamelaiskäräjien yhteyteen. Metsähallituksen, Metsäntutkimuslaitoksen ja Valtion kiinteistölaitoksen olisi tullut tulouttaa määräosuus kaikista kotiseutualueen maankäyttötuloistaan rahastoon. Maaoikeusrahaston varoja, joita maaoikeusneuvosto olisi hallinnoinut, olisi voitu käyttää saamelaisen ja muun paikallisen väestön perinteisten ja muiden elinkeinojen kehittämiseen, maankäytön aiheuttamien haittojen korjaamiseen, saamelaisväestön edunvalvontaan sekä rahaston omaan toimintaan siten kuin asetuksella tarkemmin säädetään. Vihervuoren selvityksen mukaan vähintään kolmannes/puolet vuosittain jaettavista varoista olisi osoitettu Saamelaiskäräjille ja vähintään kolmannes saamelaisten kotiseutualueen kunnille.<sup>244</sup>

Vihervuoren selvitys lähetettiin lausuntokierrokselle ja se sai osakseen melko paljon kritiikkiä. Lausunnonantajista vain harvat olisivat hyväksyneet ehdotukset sellaisenaan. Kuitenkin sekä ehdotus lisätä paikallista päätäntävaltaa valtion maiden ja vesien käytön suhteen että ehdotus rahastoida niiden käytöstä saatavia tuloja paikallisten hyväksi saivat kohtuullisen yleisen hyväksynnän.<sup>245</sup> Saamelaiskäräjät ja usea muu saamelaistaho ehdotti Saamelaiskäräjiä hoitamaan maaoikeusneuvostolle kuuluvia tehtäviä.<sup>246</sup> Monissa lausunnoissa, kuten Åbo Akademin ihmisoikeusinstituutin, viitattiin siihen, että ”Suomen kansainvälisoikeudelliset sitoumukset edellyttävät muutoksia maahan ja veteen liittyviin oikeuksiin”.<sup>247</sup> Inarin ja Enontekiön kunnat olivat muun muassa huolissaan paikallisten asukkaiden ja elinkeinonharjoittajien mahdollisesta eriarvoistumisesta ja Sodankylän kunta kaikkien alueen elinkeinojen harjoittamismahdollisuuksien heikentämisestä.<sup>248</sup>

Oikeusministeriö käynnisti Vihervuoren selvityksen pohjalta asian jatkovalmistelun asettamalla marraskuussa 2000 maaherra Hannele Pokan johtaman, saamelaistoimikunnaksi nimetyn toimikunnan laatimaan ehdotuksen maahan, veteen, luonnonvaroihin ja perinteisiin luontaiselinkeinoihin liittyvien oikeuksien järjestämisestä saamelaisten kotiseutualueen valtion mailla. Toimikunnan tehtävänä oli selvittää ja tehdä ehdotus siitä, ”miten saamelaisten kotiseutualueella valtion maina hallinnoitujen alueiden käyttö tulee järjestää niin, että järjestely turvaa saamelaisen alkuperäiskansan oikeudet ylläpitää ja kehittää kulttuurimuotoaan ja perinteisiä elinkeinojaan ja toisaalta ottaa huomioon paikalliset elinolosuhteet ja niiden kehittämistarpeet”.<sup>249</sup> Ehdotuksen tuli täyttää ILO sopimus 169:n ratifioinnin esteiden poistamisen vähimmäisehdot.

241 Vihervuori 1999, III, 9–10.

242 Ibid. 101.

243 Ibid., 100–111. Metsähallituksen on kuultava neuvostoa ennalta saamelaisten kotiseutualueella tapahtuvien maa- tai vesialueiden omistus tai hallintasuhteiden muutoksien; turpeen, jäkälän tai maa-aineksen ottamisoikeuden ulkopuolisille luovuttamisen; muiden kuin vähäisten maa ja vesirakennushankkeiden; rakentamisen, teiden tekemisen, hakkuiden tai muiden alueen käyttötarkoitusta muuttavien toimien yhteydessä.

244 Ibid., 102–103, 111; Aarnio 2000, 2.

245 Aarnio 2000, 1.

246 Ks. Ibid., 4.

247 Ibid., 11.

248 Kurkinen 2000, 58–69.

249 Saamelaisoimikunnan mietintö 2001, I–IV, 1–3. Puheenjohtajana toimineen Hannele Pokan lisäksi mietinnön tekijöiksi on merkitty sihteeri Marja Ekroos, Matti Hepola ja Heikki Hyvärinen. Kaikkiaan mietinnön on allekirjoittanut 19 henkilöä.

Erityisesti piti tarkastella sitä, missä määrin ja minkälaisin mahdollisin muutoksin Vihervuoren tekemät ehdotukset ovat toteutettavissa. Toimikunnan tuli myös ottaa huomioon kolttien oikeudet ja heihin liittyvät erityispiirteet.<sup>250</sup> Toimikunta ehdotti joulukuussa 2001 luovutetussa mietinnössään erityisen saamelaiden kotiseutualueen johtokunnan perustamista. Johtokunnan toimivalta olisi käsittänyt Metsähallituksen hallinnassa olevien saamelaiden kotiseutualueiden maiden hallinnon ja käytön periaatteellisen ohjauksen siten kuin siitä erikseen säädettäisiin. Maat olisivat edelleen säilyneet valtion omistuksessa ja Metsähallituksen hallinnassa, mutta niiden käyttöä koskevista periaatteellisista ratkaisuista olisi päättänyt uusi, Saamelaiskäräjien edustajien ja muun paikallisen väestön edustajien muodostama yhteishallintoelin. Johtokuntaan ehdotettiin 11 jäsentä, joista Saamelaiskäräjät olisi nimennyt viisi ja saamelaiden kotiseutualueen kunnat niin ikään viisi. Valtioneuvosto olisi nimennyt johtokunnalle puheenjohtajan Saamelaiskäräjä ja kuntia kuultuaan.<sup>251</sup> Johtokunta olisi voinut asettaa myös kuntakohtaisia neuvottelukuntia. Toimikunnan mietintö sisälsi myös kolttasaamelaisia, kalastus- ja luonnon-suojelulainsäädäntöä, saamelaiskäräjälain neuvotteluvollisuuden tarkentamista, porotalouden hallintoa sekä yleensä rahoitukseen liittyviä selvitysehdotuksia.<sup>252</sup>

Saamelaistoimikunta oli sisäisesti erimielinen mietinnön ja ehdotusten sisällöstä. Eriäviä mielipiteitä, joihin osallistui 11 toimikunnan jäsentä, jätettiin neljä. Saamelaisosapuolet jättivät yhteisen eriävän mielipiteen. Sen mukaan ehdotus ei turvaa erityisesti johtokunnan kokoonpanon vuoksi saamelaisen alkuperäiskansan oikeuksia ylläpitää ja kehittää kulttuurimuotoaan ja perinteisiä elinkeinojaan. Saamelaistahot ehdottivat saamelaisenemmistöistä johtokuntaa, jonka yhdeksästä jäsenestä kuusi olisi Saamelaiskäräjien nimeämiä. Kaksi jäsenistä olisi kunnan nimeämiä ja yksi ympäristöministeriön nimeämä.<sup>253</sup> Enontekiön kunnan edustajan mukaan toimikunnan esitykset perustuvat väärään lähtökohtaan eli saamelaiden kollektiiviseen omistukseen, vaikka kyseessä on yksittäisten lappalaissukujen- ja perheiden omistus veromaihinsa.<sup>254</sup> Myös lausuntokierros tuotti ristiriitaisen ja kriittisen tuloksen. Vain Utsjoen kunta olisi ollut valmis hyväksymään toimikunnan esittämän hallintomallin sellaisenaan.<sup>255</sup>

Oikeusministeriö nimitti marraskuussa 2000 eli yhtä aikaa saamelaistoimikunnan perustamisen kanssa oikeustieteen tohtori Juhani Wirilanderin antamaan oikeudellisen arvion Vihervuoren työn ulkopuolelle jääneistä maanomistusoloista ja niiden kehityksestä saamelaiden kotiseutualueella. Wirilanderin tehtävänä oli ”laatia oikeudellinen arvio tähänastisten selvitysten kiinteistöoikeudellisesta merkityksestä maanomistusoloihin saamelaiden kotiseutualueella”. Wirilander nojautui työssään pääasiallisesti käräjäpöytäkirjoihin. Hänen selvityksensä valmistui toimikunnan työskentelyn aikana muodostaen näin yhden perustan toimikunnan työlle.<sup>256</sup> Wirilanderin selvityksen mukaan oli näyttöä siitä, että lapinkylän osakkailla on ollut joko yksin tai yhdessä toisten kanssa nykyiseen omistajanhallintaan rinnastuva oikeus eli omistusoikeus veromaihinsa, joita ovat olleet kalavedet, pyyntipaikat, laidunmaat ja muut erityiseen käyttöön otetut alueet. Kuitenkaan riidatonta näyttöä siitä, että lapinkylä olisi omistanut maansa kollektiivina, ei häneen mukaansa ollut. Wirilanderin mukaan aiempi pyrkimys suojata saamelaiden lappalaiselinkeinojen harjoittamista alkoi 1700-luvulla vähitellen murentua voimallisen Lapin asuttamisen myötä ja vuosisadan lopulla kruunu alkoi esiintyä ja toimia Lapin alueiden omistajana. Monet lappalaiselinkeinoja harjoittaneista saamelaisista ryhtyivät uudisasukkaiksi turvatakseen asemansa jatkossa kruunun otteen vahvistuessa pohjoisessa säilyttäen kuitenkin usein oikeutensa harjoittaa perinteisiä lapinelinkeinoja yhdessä lapinkylän osakkaiden kanssa.<sup>257</sup>

250 Saamelaistoimikunnan mietintö 2001, 1; Wirilander 2001, 1; Pohjoismainen saamelaissopimusluonnos 2005, 74–75.

251 Saamelaistoimikunnan mietintö 2001, 120.

252 Ibid., 121, 133–136.

253 Ibid., 144, 158.

254 Ibid., 159.

255 Ks. Kurkinen 2002a.

256 Wirilander 2001, 1; ks. myös Saamelaistoimikunnan mietintö 2001, 1.

257 Wirilander 2001, 63–64.

Maaherra Pokan johtaman saamelaistoimikunnan mietinnön ja siihen annettujen lausuntojen pohjalta tehtiin hallituksen esityksen muotoon laadittu lakiesitys vuonna 2002.<sup>258</sup> Lakiesityksen mukaan Metsähallituksen Ylä-Lapin luonnonhoitoalueen alueella tehtävien tärkeimpien maankäyttöratkaisujen päättämistä varten perustettaisiin neuvottelukunta, joka ohjaisi lausunnoillaan Metsähallituksen toimintaa alueella. Neuvottelukuntaan kuuluisi sekä Saamelaiskäräjien että muun paikallisen väestön edustajia valittavalla kokoonpanolla (11 tai 12 jäsentä). Valtion maat olisivat edelleen valtion omistuksessa ja Metsähallituksen hallinnassa, mutta neuvottelukunta antaisi maiden käyttöä koskevista periaatteellisista ratkaisuista lausuntonsa, josta Metsähallitus voisi poiketa vain erityisestä syystä.<sup>259</sup> Lakiesitys sai lausuntokierroksella ristiriitaista palautetta, minkä vuoksi oikeusministeriö ei antanut lakiesitystä eduskunnalle.<sup>260</sup> Oikeusministeriö esitti sen sijaan rahoitusta maa- ja metsätalouden kehittämiseksi käsittelevälle oikeushistorialliselle tutkimukselle.<sup>261</sup>

Oikeusministeriön tilaaman tutkimuksen tarkoituksena oli selvittää arkistolähteisiin nojautuen asutus-, väestö- ja maankäyttöhistoriaa vuosina 1750–1923 entisten Kemin ja Tornion Lappien alueella.<sup>262</sup> Pohjoissuomalainen, Oulun ja Lapin yliopistojen tutkijoista koostuva tutkijaryhmä professori Jouko Vahtolan johdolla sai kaksivuotisen määräyksen oikeushistoriallisen tutkimuksen tekemiseen. Tutkimusta organisoitaessa oli puolueettomuus keskeinen julkilausuttu periaate. Oikeusministeriön tarjouspyynnössä tutkimuksen suorittajille asetettiin ehto: ”Tutkimuksen tieteellisen luotettavuuden vuoksi edellytetään, että tutkimuksen tekijöillä ei ole mitään kytköksiä tutkimuksen kohteen mukaisesti määräytyviin intressitahoihin.”<sup>263</sup> Tämä tarkoitti, että sekä saamelaistutkijat että tutkijat, joiden nähtiin olevan liian lähellä saamelaista etnopolitiikkaa, jäivät lähtökohtaisesti tutkimuksen tekijöinä.<sup>264</sup> Toisaalta ryhmä oli ainoa, joka teki aiheesta esityksen ja tutkimussuunnitelman.<sup>265</sup> Saamelaiskäräjät suhtautui kriittisesti tutkimuksen lähtökohtiin eikä nimittänyt edustajiaan tutkimuksen seurantar ryhmään, koska oikeusministeriö ei neuvotellut Saamelaiskäräjien kanssa tutkimuksen järjestämisestä lain vaatimalla tavalla. Tutkimuksen nähtiin myös kilpailevan vuonna 1993 Saamelaiskäräjien tehtäväksi annetun maanomistusselvityksen kanssa.<sup>266</sup> Saamelaiskäräjien mukaan oikeusministeriön antama tutkimustehtävä oli virheellinen, koska tarkoitus ei ollut tutkia sitä, millä laillisella perusteella saamelaisille kuulunut maanomistusoikeus olisi siirtynyt valtion maanomistusoikeudeksi.<sup>267</sup>

Maa- ja metsätalouden tutkimukselle suunniteltu aikataulu ei toteutunut, vaan hankkeen määräaikoja pidennettiin useaan otteeseen. Tutkimusryhmän mukaan ”Tutkimus osoittautui sen kestäessä arvioitua vaativammaksi ja laajemmaksi sekä lähdeaineistoltaan että problematiikaltaan. Alun perin lähdettiin kuitenkin siitä, ettei tyydytä pinnallisiin selvityksiin vaan pyritään niin perusteellisiin tutkimuksiin kuin olosuhteet sallivat”.<sup>268</sup> Tutkimus julkistettiin 24.10.2006.<sup>269</sup> Tutkimusta odotettaessa saamelaisten maa- ja metsätalouden tilanteen ratkaisevaksi tarkoitettu lakiehdotus, jota valmistelivat lainsäädäntöneuvos Eero J. Aarnio oikeusministeriöstä sekä lakiasiassuhteeri Heikki J. Hyvärinen Saamelaiskäräjiltä jäi suunnitellusta syksyn 2006 eduskuntakäsittelystä pois.<sup>270</sup>

Tutkimuksen tulokset ja niiden perustelut sisältyvät tutkijoiden kirjallisiin tutkimusraportteihin, jotka julkaistiin erikseen.<sup>271</sup> Tutkimuksista on myös laadittu erillinen yhteenveto- ja tiivistelmäjulkaisu.<sup>272</sup> Lyhyesti voidaan hankkeen yhteenveto-osuuden perusteella todeta, että tutkimus-

258 Kurkinen 2002b, 1–3.

259 Kurkinen 2002b, 1–3; ks. myös Hänninen 2003, 140.

260 Helsingin Sanomat 7.10.2002, A9. Lapin maa- ja metsätalouden kehittämiseksi tehdään vielä yksi selvitys; ks. myös Pääkkönen 2008, 104.

261 Helsingin Sanomat 7.10.2002, A9. Saamelaisalueen valtionmaiden hallinnasta ei tule lakiesitystä; ks. myös Pääkkönen 2008, 105; Hänninen 2003, 140.

262 Vahtola 2006.

263 Ks. Pääkkönen 2008, 105.

264 Ibid., 105–106.

265 Vahtola et al. 2006.

266 Helsingin Sanomat 27.2.2003, A12. Lapin maa- ja metsätalouden kehittämiseksi tehdään vielä yksi selvitys; Pääkkönen 2008, 105.

267 Lapin Kansan 21.2.2003, 4. Saamelaiskäräjät ja maa- ja metsätalouden kehittäminen (Heikki Hyvärinen); Lehtola 2005, 163.

268 Vahtola et al. 2006, 2.

269 Vahtola et al. 2006.

270 Ks. Pääkkönen 2008, 107.

271 Tutkimukset ovat: Matti Enbuske, Asutuksen ja maankäytön historia keskisessä Lapissa ja Enontekiöllä 1900-luvun alkuun. Mauno Hiltunen, Maailma maailmojen välissä. Enontekiön asukkaat, elinkeinot ja maanhallinta 1550 - 1808. Juha Joona, Entisiin Tornion ja Kemin lapinmaihin kuuluneiden alueiden maa- ja vesioikeuksista. Tarja Nahkiaisoja, Asutus ja maankäyttö Inarissa ja Utsjoella 1700-luvun puolivälistä vuoteen 1925.

272 Vahtola et al. 2006, 2.

hankkeen mukaan kruunun otteen vahvistuessa erilaisten lainsäädännöllisten ja poliittisten toimien kautta Kemin ja Tornion Lapin saamelainen elämänmuoto ja lapinkyläjärjestelmä joutuivat muutoksen kouriin. Metsäsaamelainen väestö ja kulttuuri on ollut Kemin ja itäisen Tornion Lapin alkuperäiskulttuuria ja -väestöä, joka kruunun toimien myötä muuttui lappalaisista uudisasukkaiksi. Yhteenvedon mukaan saamelaiset uudistilalliset säilyttivät vaihtelevasti ”lappalaisuutensa.” Osa esimerkiksi saattoi elää pitkälle 1800-lukua lappalaiselinkeinoilla. 1800-luvun puolivälin jälkeen vanhan Kemin ja Tornion Lapin alueen metsäsaamelainen uudisasutus tuli vahvemmin suomalaistumisen, geneettisen ja kulttuurisen assimilaation vaikutuksen alaiseksi, kun alueelle muutti runsaasti suomalaisväestöä.<sup>273</sup> Lapinkyläjen maanomistuksesta hankkeen yhteenvedossa todetaan: ”Ei voida osoittaa, että Kemin ja Tornion Lapeissa lapinkylällä olisi ollut kollektiivista oikeutta kylän maihin”.<sup>274</sup> Lisäksi todetaan: ”Maakirjoihin 1800-luvulla merkitty tunturi-, kalastaja- ja metsälappalaisten lapinvero ei siis ollut miltään osin maahan ja maanomistukseen pohjautuva ja sitä osoittava vero kuten on väitetty.”<sup>275</sup>

Porosaamelaisuudesta tutkimushankkeen yhteenvedo-osiossa piirtyy kuva kulttuurimuotona, joka on monin paikoin saattanut alkuperäisen metsäsaamelaisen kulttuurin ahtaalle. Yhteenvedossa muun muassa todetaan peuranpyynnin joutuneen Inarissa vaikeuksiin peurojen loppumisen vuoksi 1800-luvun puolivälissä. Tutkimuksen mukaan ”keskeisenä syynä kriisiin oli Norjan porosaamelaisten tunkeutuminen 1800-luvun alkupuolella kymmentuhantisine porolauemoineen Inarin ja Utsjoen laidunalueille.” Yhteenvedossa myös todetaan, kuinka ”porosaamelaisten kaupallinen suurporonhoito levisi 1800-luvulla lähes kaikille vapaille kruunun maille Lapissa ja ahdisti monin tavoin metsäsaamelaisten pyyntiä ja uudistilojen viljelyä.”<sup>276</sup>

Tutkimushankkeen yhteenvedo-osuuden kokoavassa johtopäätöksessä todetaan: ”Vanhojen lapinmaiden asutuksen, elinkeinojen, verotuksen ja maankäytön historian tutkimus osoittaa, että kaikki tutkitut ilmiöt ovat olleet historiallisen kehityksen ja muutoksen alaisia, sekä omien sisäisten tekijöidensä vaikutuksesta että valtiovoiman harjoittaman politiikan vaikutuksesta. Valtio on ohjannut Lapinkin kehitystä keskitetyn valtion synnyn ajoista 1500-luvulta pitkälti yleisten valtakunnallisten lakien ja asetusten mukaisesti tai soveltaen niitä mahdollisimman pitkälle Lapin oloihin. Sen voi myös sanoa, että valtio on kautta historian kohdellut varsinkin maapolitiikassaan Lapin asukkaita yhdenvertaisesti Lapin asukkaina, tekemättä eroa etnisyyden perusteella.”<sup>277</sup>

Huolimatta hankkeen johtajan yhteenvedossa ja myös muissa yhteyksissä<sup>278</sup> artikuloimasta objektiivisuuden tavoitteesta, on maa- ja metsätalouden tutkimus nähty myös osana saamelaisten alkuperäiskansaoikeuksista ja maa- ja metsätalouden käytävää kamppailua.<sup>279</sup> Muun muassa hankkeen tutkijoiden ulkopuolisuus ja jääviys suhteessa tutkimuksen intressitahoihin on kyseenalaistettu, koska osa tutkijoista oli jo toiminut asiantuntijoina paikallisen liikehdinnän kirjelmöidessä saamelaismääritelmän kieliperustaiseksi palauttamista vastaan.<sup>280</sup> Keskustelua on myös käyty hankkeen organisoinnista, jossa ohitettiin neuvotteluvaihe Saamelaiskäräjien kanssa. Tutkimushanke on nähty osana faktuaalistamisen strategiaa, jossa saamelaiset tai saamelaisiin erityissuhteissa olevat tutkijat jäävätään lähtökohtaisesti saamelaisia koskevan tiedon tuottajina.<sup>281</sup> Hankkeessa tutkijana toiminut Mauno Hiltunen on myöhemmin pohtinut kriittisesti historiantutkimuksen merkitystä nykypäivän ongelmien ratkaisussa. Hiltunen toteaa:

”Historiantutkimus ei voi kuitenkaan toimia tuomioistuimena tai totuuskomissiona, koska historiallista tietoa ei voida käyttää sen paremmin nykyisyyden puolesta kuin

273 Ibid., 3–9.

274 Ibid., 5.

275 Ibid., 10.

276 Vahtola et al. 2006, 8, 9.

277 Ibid., 2006, 10.

278 Helsingin Sanomat 27.2.2003, 12. Lapin maa- ja metsätalouden tutkimusta tehdään vielä yksi selvitys.

279 Pääkkönen 2008, 256–257.

280 Kaleva 18.6.1996. Lapinkyläjen oikeuksien peräjäät Helsingissä; ks. myös Pääkkönen 2008, 106.

281 Pääkkönen 2008, 25–257, 279–280.

sitä vastaankaan. Olkoonkin, että mitään nykyisyydestä erillistä menneisyyttä ei ole, vaan ainoastaan menneisyyden ja nykyisyyden eroksi koettu suhde, joka on aina nykyisyyden ilmiö, historiantutkimuksessa menneisyyttä on viisainta tarkastella ja tulkita edelleen sen omista lähtökohdista käsin. Näin ollen alkuperäiskansan, saamelaiden aseman järjestämistä ei voida ratkaista historiallisen tiedon perusteella, vaikka historiantutkimus auttaa ymmärtämään menneisyydessä tapahtuneita kehityskulkuja, jotka jossain pisteessä kohtaavat nykyisyyden. Historia ei sinänsä todista mitään; sen sijaan tutkimuksen tuloksia voidaan käyttää hyväksi mitä erilaisimmin tavoin.”<sup>282</sup>

Hallituksen esityksessä ILO sopimus 169:n ratifioimiseksi<sup>283</sup> todetaan, että maa- ja metsätaloustutkimuksista ja niiden tuloksista on esitetty ristikkäisiä näkemyksiä. Niiden perusteella ei ole lähdetty ratkomaan saamelaiden asemaa. Myös oikeusministeriön hallintojohtaja Olli Muttilainen totesi Saamelaiskäräjien järjestämässä maa- ja metsätaloustutkimusseminaarissa 17.4.2008, että ILO sopimus 169:n ratifioimisratkaisu ei voi perustua pelkästään maanomistukseen ja maankäytön kehityksestä saatavaan historiatietoon, vaan huomioon on otettava myös nykyinen tilanne, kuten saamelaiden nykyasema, luonnonvarojen käyttöön liittyvät kysymykset sekä saamelaiselinkeinojen tila.<sup>284</sup> Tämän vuoksi on tullut tarve lähteä pohtimaan saamelaisen alkuperäiskansan oikeuksia nimenomaan kansainvälisoikeudellisesta näkökulmasta, koska kyse on valtioiden kansainvälisistä velvoitteista suhteessa nykypäivänä olemassa oleviin alkuperäiskansoihin, joita edustavat niiden omat instituutiot. Oikeushistoriallisten tutkimusten tilaaminen on ollut kuitenkin osoitus siitä, että alkuperäiskansaoikeuksiin pyrittiin hakemaan ratkaisua historiaa ja oikeushistoriaa koskevan tiedon kautta.

### 3.6. Saamelaiskäräjien argumentaatio liittyen maa- ja metsätalouteen

Saamelaiden poliittiset instituutiot ovat jo pitkään kyseenalaistaneet valtion omistusoikeuden Metsähallituksen hallinnoimiin maa- ja vesialueisiin. Kaisa Korpijaakon (myöh. Korpijaako-Labba) tutkimukset<sup>285</sup> samoin kuin saamelaiden maa- ja metsätaloustutkimusprojekti<sup>286</sup> ovat vaikuttaneet käsitykseen saamelaiden historiallisista maanomistuskäytännöistä ja -oikeuksista ja näin myös vahvistaneet saamelaiden maa- ja metsätaloustutkimusvaatimuksia. Myös ILO sopimus 169:n hyväksyminen vuonna 1989 on vahvistanut saamelaiden maa- ja metsätaloustutkimusvaateita alkuperäiskansana. Saamelaiskäräjien keskeinen poliittinen päämäärä koko sen olemassaolon ajan on ollut ILO sopimus 169:n ratifioimisen ajaminen.<sup>287</sup>

Eräs Saamelaiskäräjien keskeinen agenda on siis ollut saamelaiden maa- ja metsätaloustutkimusten turvaaminen. Käräjät on edeltäjänsä saamelaisvaltuuskunnan tavoin myös argumentoinut joissakin yhteyksissä saamelaisen alkuperäiskansan muuta paikallisväestöä vahvemmista (luontais) elinkeino-oikeuksista.<sup>288</sup> Toisinaan lausunnot ovat olleet niin vahvasti saamelaiden erityis- ja oikeuksia korostavia, että ne ovat voineet herättää pelkoja ja vastustusta muissa paikallisissa ihmisissä.<sup>289</sup> Huolta todennäköisesti on aiheuttanut myös se, että joissain 1990-luvulla esitetyissä asiantuntijakannanotoissa tuotiin esille, että ILO sopimus 169:n ratifiointi liitettynä siihen tosiseikkaan, että saamelaiset ovat Suomen perustuslaissa määritelty alkuperäiskansa, tulee tarkoittamaan saamelaiden kotiseutualueen maiden omistusoikeuden tunnustamista saamelaiselle alkuperäiskansalle, jonka jäsenet määritellään saamelaiskäräjälaissa.<sup>290</sup> Tämänkalta-

282 Hiltunen 2012, 294.

283 HE 264/2014 vp, 21.

284 Muttilainen 17.4.2008, 3; Lehtola 2015, 106–107.

285 Esim. Korpijaako 1989; Korpijaako-Labba 2000.

286 Maaomistustyöryhmän selvitys 2002.

287 Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä ILO 169-sopimuksen ratifioimiseksi (HE 264/2014) 2015, 4; Lausuntotiivistelmä. ILO:n

yleissopimuksen nro 169 hyväksyminen (40/2014) 2014; Kurkinen 2000, 74.

288 Pohjolan Sanomat 18.05.1997, 4. Saamelaiskäräjät Pöyrisjärven erämaa-alueen asiantuntijalausumista: Kyläyhteisön näkökulmat poistettava suunnitelmasta; Lapin Kansan 19.12.1994, 9. Saamelaisvaltuuskunta ei vahvistaisi Hammastunturin erämaan hoito- ja käyttösuunnitelmaa. ”Muu käyttö ei saa häiritä saamelaiskulttuuria eikä luontaiselinkeinoja”.

289 Ks. esim. Muistio lausuntoon Pöyrisjärven erämaa-alueen perusselvityksestä 12.5.1997, 3-4; Kurkinen 2000, 72; ks. myös Hänninen 2003, 123-165.

290 Korpijaako-Labba 1996, 51.



nen argumentaatio on varmasti ollut omiaan lisäämään paikallisväestön huolta maa- ja elinkeinojensa puolesta, vaikka toisaalta usein on myös tähdennetty, että muun paikallisväestön oikeuksia ei heikennetä.<sup>291</sup>

Näyttää siltä, että vaikka maihin liittyvät oikeudet ovat edelleen Saamelaiskäräjien toiminnan keskiössä ja niiden nähdään olevan elintärkeitä saamelaisen luontoperustaisen elämäntavan ja kulttuurin säilymisen kannalta, 2000-luvun kuluessa ja 2010-luvulle tultaessa maa- ja elinkeinonpuheen argumentointi korostaa paremminkin käyttöoikeuksia ja luonnonvarojen hallintaa,<sup>292</sup> minkä yhteydessä voidaan painottaa myös muun väestön elinolosuhteiden turvaamista.<sup>293</sup>

On ymmärrettävää, että saamelaishallinto näki kulttuuri-itsehallinnon alkuvuosina mahdollisuuksia vahvoihin maa- ja elinkeinonpuheisiin uusien tutkimusten ja ILO sopimus 169:n hyväksymisen siivittämänä. Vuosikymmenten kuluessa ja tilanteen aiheuttaessa huomattavia paikallisia ristiriitoja Saamelaiskäräjien linjaus asian suhteen näyttää muuttuneen. Esimerkiksi ILO sopimus 169:n ratifiointipyrkimyksen yhteydessä vuonna 2014 Saamelaiskäräjät sopi valtion kanssa ratifiointiin liitettävästä selitysosasta, jonka mukaan maa- ja elinkeinonpuheisiin ei kosketa.<sup>294</sup> Tämän perusteella voisi tulkita, että Saamelaiskäräjät on valmis omalta kannaltaan suuriin kompromisseihin maa- ja elinkeinonpuheiden suhteen.

## 4. 2010-luvun kehitys

### 4.1. Tutkimus alkuperäiskansan määrittelijänä

2010-luvulle tultaessa saamelaisen itsehallinnon ja Suomen valtion käsityksestä poikkeavat tulkinnat alkuperäiskansaan kuulumisesta, jotka korostavat alkuperäiskansasubjektuuden määrittelyä oikeudenomistajuuden, yksilötason polveutumisen ja valtion sisäisen ajallisen alkuperäisyyden näkökulmasta, ovat laajentuneet tieteelliseksi diskurssiksi. Varsinkin on vahvistunut jo 1990-luvulla esille tuotu näkemys historiallisten metsäsaamelaisten jälkeläisten alkuperäiskansa-asemasta, koska heidän on katsottu täyttävän ILO sopimus 169:n alkuperäiskansakriteerit. Esimerkiksi Juha Joonan on tarkastellut ILO sopimus 169:n subjektuutta sekä henkilöpolveutumisen että ajallisen alkuperäisyyden (valloituksen tai asuttamisen ajan) näkökulmasta problematisoiden kieliperustaista saamelaisuuden määrittelyä ja esittäen, että tietyillä historiallisen lapinmaan alueilla ILO 169 sopimuksen artiklan 1 tarkoittamaa alkuperäisväestöä ovat maa- ja veronkantoluetteloihin 1600- ja 1700-luvulla merkityt metsäsaamelaiset, jolloin heidän jälkeläisensä, jotka elävät saamelaisten perinteisillä alueilla ja ovat säilyttäneet yhteyden maa- ja vesialueiden käyttöön, täyttäisivät kyseisen sopimuksen subjektuuden kriteerit.<sup>295</sup> Myös Tanja Joonan ILO sopimus 169:ää koskeva tutkimus on tulkinnut kyseisen sopimuksen subjektuutta myös yksilön määrittelyä koskevaksi ihmisoikeuskysymykseksi.<sup>296</sup>

Joonan ja Joonan ovat myös tarkastelleet ILO sopimus 169:n soveltamisalueena historiallista lapinmaata, joka on nykyistä saamelaisten kotiseutualuetta huomattavasti suurempi alue.<sup>297</sup> Niin ikään Matti Enbuske on todennut, että historiallisen kehityksen näkökulmasta ei löydy perustetta rajata ILO sopimus 169:n tarkoittaman alkuperäisväestön perinteinen asuinalue nykyiseen saamelaisten kotiseutualueeseen ja jättää huomattava osa historiallisesta Kemin Lapista

291 Ks. esim. Lapin Kansa 30.4.2005, 5. Mikä Inarinmaan lapinkylä? (Pekka Aikio ja Heikki Hyvärinen); ks. myös Lapin Kansa 18.10.1999, 8. Lapinkylät päätymässä ihmisoikeus- ja omistuskanteisiin valtiota vastaan ILO-sopimuksen ratifioinnin yksipuolisen ja liian suppean selvityksen takia. Lapinkylät kunnille ja pohjoisen asukkailla: "Perehtykää Vihervuoren esityksiin".

292 Ks. esim. Saamelaiskäräjien esitykset hallitusohjelmaan 15.5.2015, 5; Lapin Kansa 29.9.2015, 23. Saamelaiskäräjät oli tehnyt 2013-14 suuren työn saadakseen valmisteilla olevaan metsähallituslakiin saamelaiskulttuurin heikentämiskielon; Lapin Kansa 19.11.2005, 7. "Olennaista ei maan omistaminen vaan vahva käyttöoikeus". Saamelaisten maa- ja elinkeinonpuheiden selvitystä odotellaan vuoden lopulla; Lapin Kansa 09.10.2004, 7. Pekka Aikio: Euroopan unioni tärkeä isänmaa saamelaisille.

293 Ks. esim. Klemetti Näkkäläjärven päätöspuhe maa- ja elinkeinonpuhe seminaarissa 17.4.2008, 2.

294 HE 264/2014 vp.

295 J. Joonan 2013a.

296 Ks. esim. T. Joonan 2012, 140, 152, 275, 308.

297 T. Joonan & J. Joonan 2012, 277-315.

sen ulkopuolelle.<sup>298</sup> Näillä tulkinnoilla on ollut vaikutusta suhteessa siihen, kuinka julkista keskustelua alkuperäiskansan ja saamelaisen määrittelystä on käyty ja kuinka Saamelaiskäräjien saamelaisuuden määrittelyä haastavat tai vastustavat tahot ovat perustelleet vaatimuksiaan.<sup>299</sup>

Tutkimus on tuonut myös uudenlaisia käsitteellisiä lähestymistapoja saamelaisen ja alkupe- räiskansan määrittelyyn. Erika Sarivaaran kasvatustieteen väitöskirjassaan<sup>300</sup> analyttisena käsitteenä esittämä statuksettoman saamelaisen käsite on muodostunut 2010-luvun saame- laisuutta ja alkuperäiskansaa uudelleen määrittelemään ja kategorisoimaan pyrkivän poliitti- sen liikehdinnän käsitteelliseksi lähtökohdaksi. Statuksettomalla saamelaisella tarkoitetaan Sarivaaran tutkimuksessa henkilöä, ”joka (1) polveutuu saamelaissuvusta, ja (2) häntä ei ole merkitty saamelaiskäräjien vaaliluetteloon”. Sarivaara ei tutkimuksessaan korosta henkilöiden itseidentifikaatiota, vaan statuksettoman saamelaisen määritelmä perustuu mainittuihin objek- tiivisiin kriteereihin.<sup>301</sup> Tutkimuksessa sovelletaan pohjoisamerikkalaista statuksettoman intiaa- nin käsitettä (non-status Indian<sup>302</sup>, käsitteestä enemmän kappaleessa 12), josta johdetaan sta- tuksettoman saamelaisen käsite. Sarivaara on sittemmin ollut aktiivinen metsäsaamelaisuuden ja metsäsaamelaisten kulttuuristen elementtien elvyttämisen puolestapuhuja ja hän oli mukana perustamassa metsäsaamelaista kulttuuria ja identiteettiä muiden saamelaiskulttuurien ohella elvyttämään pyrkivää Metsä- kalastaja- ja tunturisaamelaiset ry:tä vuonna 2012.<sup>303</sup>

Muutamit tutkijat ovat myös pyrkineet osoittamaan vallitsevan käsityksen metsäsaamelaisen kulttuurin häviämisestä uudisasutuksen paineessa vääräksi.<sup>304</sup> Tutkimuksessa on myös esi- tetty, että osa historiallisten metsäsaamelaisten jälkeläisistä pitää itseään metsäsaamelaisina ja metsäsaamelainen identiteetti ja kulttuuri ovat säilyneet, vaikka saamen kieli onkin kadon- nut.<sup>305</sup> Metsäsaamelaisiin on viitattu näkymättömänä saamelaisryhmänä.<sup>306</sup>

Verolappalais- tai metsäsaamelaisjuuria omaavia henkilöitä on arvioitu olevan Suomessa noin 100 000, mutta heistä noin 1000–1500 henkilön on arvioitu olevan kiinnostuneita tulemaan saamelaisuuden piiriin.<sup>307</sup> Nykyisiä saamelaisia äänioikeutettuja on 5878.<sup>308</sup> Matemaatikko Ta- pani Matala-ahon laskelman mukaan ”jokaista 1750-luvulla Lapinveron piirissä ollutta henkilöä kohti on nykyään noin 1024 hänen jälkeläistään. Siten, jos Lapinveron piirissä olisi ollut vaikka 500 henkilöä, niin nykyään heidän jälkeläisiään olisi arviolta 512 000. Matala-ahon mukaan tämän perusteella voi päätellä, että ”nykyisistä Lapin asukkaista suurella osalla on 1700-lu- vulla elänyt lapinveroa maksanut esivanhempi. Lapin maakunnan koko väkiluku oli vuoden 2012 lopussa Suomen virallisen tilaston mukaan 182 844. Verolappalaisten jälkeläisiä olisi koko Suomen väestöstä vuoden 2012 lopussa 9,4 prosenttia”.<sup>309</sup> Neljänteen polveen ulottuvan kieliperusteen (eli niin sanotun Norjan mallin<sup>310</sup>) mukaan uusien saamelaisten laskennallinen

298 Ks. Enbuske 2008, 514. Enbuske on myös todennut ILO sopimus 169:n ensimmäisen artiklan tuottaman määrittelyn sopivan yhtäläillä suomalaisiin kuin saamelaisiin (Enbuske 2008, 39). Enbusken tulkinnan kritiikistä ks. Sammallahti 2013a, 18. Maa- ja metsätalouden tutkimuskeskuksen tutkijoista Tarja Nahkiainen asutusta ja maankäyttöä Inarissa ja Utsjoella vuosina 1749–1925 tarkastelevassa väitöskirjassaan ei ota kantaa alkuperäiskansan määrittelyyn tai identiteettiin liittyviin kysymyksiin (Nahkiainen 2016). Mauno Hiltunen on puolestaan todennut, että historiallisen tiedon pohjalta ei voi tehdä tämän päivän kysymyksiä koskevia ratkaisuja, ja myös analysoinut lappalaisliikettä ja sen historiantulkintoja kriittisesti (Hiltunen 2012, 288, 294).

299 Väänänen. Eriävä mielipide koskien maa- ja metsätaloudenministeriön 16.7.2013 (Dnro MM005:00/2013) asettaman työryhmän asemaa, työskentelyä ja ehdotusta osuudesta uudistettavaan lakiin Metsähallituksesta; Ks. esim. Majjala. Kirjoitin metsälappalaisuudesta kirjan ”Kemin-Lappi elää!“. 1.12.2016; Lapin Kansan 18.7.2012, 22. Pääkirjoitus: Oikeusministeriön on aika antaa vastauksia; Lapin Kansan 14.7.2012, 32. Kenellä on oikeus laajaan Lapinmaan? Kiistakapula: Alkuperäiskansojen sopimukseen on valmistauduttu vuosikautia. Kaikki keskeiset kysymykset ovat silti auki.

300 Sarivaara 2012.

301 Ibid., 23. Sarivaara tarkastelee tutkimuksessaan nimenomaan saamenkieltä opetelaiden ihmisten paikantamista saamelaisyhteisöön. Sarivaara tekee tutkimuksellisen valinnan nimetä tutkimuksensa informantit statuksettomiksi saamelaisiksi, vaikka tutkimuksen 10 haastatellusta henkilöstä osa ei tutkimuk- sen mukaan identifioi itseään saamelaiseksi (Sarivaara 2012, 23, 225–226). Tämän valinnan kritiikistä ks. Lehtola 2015, 73; Junka-Aikio 2014, 18–19.

302 Sarivaara 2012, 23. Tässä yhteydessä on huomattava, että oikeudellisessa mielessä statuksettoman saamelaisen käsite ei ole verrannollinen statuksettoman intiaanin käsitteen kanssa, joka on valloittajavaltion (settler state) lainsäädännön kolonialistinen ja sukupuolisyrjivä sivutuote. Ks. kpl. 12.

303 Yle 19.7.2012, Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaisille uusi yhdistys.

304 Enbuske 2013; 33–53; Saarinen 2013, 55–68.

305 Ks. Sarivaara 2012; Sarivaara, Määttä ja Uusi-Autti 2013, 116.

306 Ks. esim. Saarinen, 2013.

307 Ks. Lehtola 2015, 71.

308 Saamelaiskäräjät: Saamelaisten lukumäärä vuoden 2015 Saamelaiskäräjien vaaleissa.

309 Matala-aho. FT, dosentti Tapani Matala-ahon asiantuntijalausunto 27.4.2013, 9; ks. myös Lehtola 2015, 76.

310 Eräs keskeinen Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon pyrkivien tahojen argumentti on, että Norjassa Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon hyväksytään liberaalimmin (Ks. Lehtola 2015, 74). Norjassa kieliperustainen saamelaisen määrittely ulottuu isovanhempien vanhempien sukupolveen. Ks. Kpl. 8.

lukumäärä olisi varovaisesti arvioiden 14 525–24 633 uutta saamelaista.<sup>311</sup> Lukumäärät, vaikakin ovat laskennallisia, ovat huomattavia suhteessa nykysaamelaisten määrään Suomessa. Kuten edellä mainittu, toinen kysymys toki on, kuinka moni näistä henkilöistä olisi kiinnostunut hakeutumaan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon.

## 4.2. Alkuperäiskansaisuus kielen, kulttuurin ja identiteetin revitalisaationa

Statuksettoman saamelaisen ja metsäsaamelaisen käsitteiden ympärille on 2010-luvulla syntynyt organisoituneempaa toimintaa. Vuonna 2012 perustettiin Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaiset ry, jonka kotipaikka on Savukoski. Yhdistyksen tavoitteena ”on kerätä yhteen metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaiset sekä tukea että elvyttää heidän saamelaista identiteettiä, kulttuureja ja saamen kieliä. Yhdistyksen tarkoituksena on edistää metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaisten taloudellisia, oikeudellisia ja kulttuurisia pyrkimyksiä ja aloitteita eri aloilla, sekä jakaa heistä tietoa paikallisesti, valtakunnallisesti ja kansainvälisillä areenoilla.”<sup>312</sup>

Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaiset ry hyväksyy jäsenekseen henkilöt, jotka täyttävät ILO sopimus 169: artiklan 1 mukaiset alkuperäiskansan kriteerit, jotka ovat yhdistyksen mukaan: 1. Itseidentifikaatio (henkilö tuntee itsensä saamelaiseksi); 2. polveutuminen saamelaisista; 3. kulttuurinen yhteys saamelaisuuteen. Yhdistys edellyttää polveutumisesta kirjallista näyttöä, joka voi olla Oulun maakunta-arkiston antama kirjallinen todistus polveutumisesta, sukututkimus, tai maakirja- tai veroluettelomerkintä verolappalaisesta polveutumisesta.<sup>313</sup> Yhdistyksen keskeinen agenda on inklusiivisemmän saamelaisen määrittelyn ja saamelaisyhteiskunnan ajaminen Suomessa.<sup>314</sup> Yhdistys näkee Saamelaiskäräjien olevan vahvasti statuksettomia saamelaisia syrjivä saamelaiskäräjälain tulkinnessaan.<sup>315</sup>

Statuksettoman saamelaisen käsitteen ympärille muodostunut ja usein nimenomaan metsäsaamelaisuuteen liitetty liike korostaa kielen ja kulttuurin revitalisaatiota henkilökohtaisena identiteetin elvyttämisprosessina.<sup>316</sup> Myös erilaisia metsäsaamelaisuuden kulttuurisia tunnusmerkkejä, kuten perinteisiä vaatteita on alettu elvyttää<sup>317</sup>, ja on myös herätetty keskustelua jo kuolleen keminsaamen kielen rekonstruoinnista ja elvyttämisestä.<sup>318</sup> Saamelaisen virallisen statuksen saaminen nähdään tärkeänä henkilön identiteetin tunnustamisena.<sup>319</sup>

Metsäsaamelaiset on näin pyritty tuomaan yhtenä saamelaisryhmänä Suomen kolmen saamelaisryhmän pohjoissaamelaisten, kolttsaamelaisten ja inarinsaamelaisten rinnalle tutkimuksen, järjestäytyneen toiminnan ja ihmisten itseidentifikaatioiden kautta. Hiljattain on myös esitetty Suomessa olevan neljä ”saamen ryhmää: pohjoissaamelaisten, koltat, inarinsaamelaisten ja keminlappalaisien, joita on kutsuttu myös keminsaamelaisiksi, metsälappalaisiksi ja metsäsaamelaisiksi.”<sup>320</sup>

311 Matala-aho. FT, dosentti Tapani Matala-ahon asiantuntijalausunto 27.4. 2013, 4–9.; ks. myös Lehtola 2015, 76. Tässä yhteydessä voi mainita, että Lehtolan mukaan käsite ”metsäsaamelainen” on vanhassa kansatieteellisessä tutkimuksessa kehitetty yleiskäsite, jolla on viitattu kaikkiin metsäalueella asuviin saamelaisryhmiin mukaan lukien inarinsaamelaisten ja kolttsaamelaisten. Metsäsaamelaisten on tarkoitettu Ruotsin, Sompion, Inarin ja Venäjän havumetsäalueiden saamelaisia yleisesti, eikä se ole ollut näiden ihmisten itseidentifikaation muoto. Ks. Lehtola 2015, 104. Metsäsaamelaisen etnonymin alla toimivia ihmisiä ei tiettävästi ole aiemmin ollut Suomessa ennen 1990-lukua.

312 VGDS: Metsä-, kalastaja-, ja tunturisaamelaiset ry, säännöt 2 §; Yhdistyksen aktiiveja on muun muassa Savukoskella, Sallassa, Enontekiöllä, Kittilässä ja Kuusamossa, ks. VGDS: Ari Laakso uudeksi puheenjohtajaksi. 13.5.2016.

313 VGDS: Metsä-, kalastaja-, ja tunturisaamelaiset ry, säännöt 3 §;

314 VGDS: Short review of the Finnish Sámi political situation 2011-2015: Why is there so much conflict over Sámi identity and belonging in Finland? 11.3.2015; ks. myös Lapin Kansan 22.8.2015, 7. ”Perustelut nöyryyttäviä, rumasti ja työkeästi tehty”; Lapin Kansan 14.12.2012, 9. Statuksettomat saamelaiset saivat tukea valtiolta.

315 VGDS: Short review of the Finnish Sámi political situation 2011-2015: Why is there so much conflict over Sámi identity and belonging in Finland? 11.3.2015.

316 Ibid.

317 Ks. esim. Sarivaara. Salla-päivä juhlapuhe 19.7.2012. ”Statuksettomat metsäsaamelaiset”; Lapin Kansan 2.12.2016, 14. ”Ottakaa lapinpuvut kaapeista ja tuokaa ne ulos”.

318 Ks. esim. Lapin Kansan 11.6.2016, 6. Kadonneen keminsaamen kielen elvyttäminen alkaa.

319 VGDS: Short review of the Finnish Sámi political situation 2011-2015: Why is there so much conflict over Sámi identity and belonging in Finland? 11.3.2015.

320 Majjala. Kirjoitin metsälappalaisuudesta kirjan ”Kemin-Lappi elää!”. 1.12.2016.

Saamelaiskäräjät ja useat saamelaisjärjestöt ovat suhtautuneet kriittisesti metsäsaamelaisuuden (tai lappalaisuuden) nimissä tapahtuvaan poliittiseen liikehdintään ja metsäsaamelaisuuden tuomiseen yhtenä nykysaamelaisuuden muotona yhteiskunnalliseen keskusteluun ja nähneet sen uhkana nykysaamelaisten itsehallinnolle, kielelle ja kulttuurille. Koska historiallisten metsäsaamelaisten jälkeläiset eivät mahdollisesti ole tulleet tunnistetuiksi saamelaisina saamelaisten keskuudessa sukupolviin, eivät saamelaisen itsehallinnon näkökulmasta kuulu saamelaisiin nyky-yhteisöihin, ja heidän nähdään edustavan pohjoista suomalaisuutta, pidetään heidän hyväksymistään Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon saamelaisten assimiloitumista valtaväestöön edistävänä kehityksenä.<sup>321</sup> Myös saamelaiskäräjäläin muutostarpeita selvittäneen raportin mukaan mahdollinen kehityskulku on, että kieliperustaiset saamelaiset voisivat lyhyessäkin ajassa jäädä vähemmistöön saamelaisten kieltä ja kulttuuria koskevassa, perustuslain turvaamassa kulttuuri-itsehallinnossa, mikäli saamelaisen määritelmää laajennetaan.<sup>322</sup>

### 4.3. Keskustelu inarinsaamelaisuudesta

Keskustelu inarinsaamelaisuudesta liittyy vahvasti saamelaisuuden määrittelyä koskevaan problematiikkaan. Toisaalta inarinsaamelaisuudesta käytävään keskusteluun liittyy myös erityspiirteitä, kuten kysymys siitä, kuka voi puhua inarinsaamelaisten puolesta kieleen liittyvissä asioissa tai kuka voi sanoa edustavansa inarinsaamelaisia esimerkiksi Saamelaiskäräjillä.<sup>323</sup> Saamelaiskäräjät on päättänyt selvittää inarinsaamelaisten oikeusasemaa vaalikaudella 2016–2019.<sup>324</sup>

Inarinsaamelaisia on ollut alusta asti mukana ns. saamelaisliikkeessä, vaikkakin inarinsaamelaisuus jäi siinä pitkään melko näkymättömäksi. Koska inarinsaamelaiset kokivat, että heidän kieleen ja kulttuuriin liittyvät asiat eivät edisty tarpeeksi hyvin saamelaisvaltuuskunnassa, nähtiin tarpeelliseksi perustaa oma yhdistys.<sup>325</sup> Vuonna 1986 perustettu Anarâškielâ servi rs. aloitti ja laittoi toimeen inarinsaamen kielen elvytyksen.<sup>326</sup> Yhdistys valitsi etnisen neutraaliuden re-italisaatiostrategiaksi, sillä kieliyhteisön ollessa pieni se tarvitsi ei-inarinsaamelaisia kielitilanteen vahvistamiseen.<sup>327</sup> Käytännössä tämä on tarkoittanut sitä, että inarinsaamen kieliyhteisö on ollut avoin kaikille kielenpuhujille heidän etnisyydestään riippumatta ja suomalaisten osuus tämän hetkistä inarinsaamen kielen puhujista on merkittävä.<sup>328</sup> Anarâškielâ servi rs., jonka toimintatapoihin ei yleensä kuulu poliittiset kannanotot, vetosi keväällä 2015 ILO 169 ratifioimisen puolesta yhdessä 12 muun saamelaisyhdistyksen kanssa.<sup>329</sup>

Anarâšah rs – Inarinsaamelaiset ry on vuonna 2008 perustettu yhdistys, jonka tarkoituksena on vaalia inarinsaamelaisten kulttuuria ja valvoa heidän etujaan. Siinä missä Anarâškielâ servi rs. on fokusoitunut kieleen, Anarâšah rs. on fokusoitunut etnisiteettiin.<sup>330</sup> Anarâšah rs. puolustaa laajempaa ja myös verolappalaisperustaista saamelaisen määrittelyä. Anarâšah-yhdistys on osallistunut aktiivisesti erilaisten saamelaisia koskevien lainvalmistelutöiden kommentointiin.<sup>331</sup> Yhdistys on monissa puheenvuoroissaan kritisoinut Saamelaiskäräjien politiikkaa muun muassa saamelaiskäräjäläin tulkintaan liittyen ja profiloitunut virallista saamelaispolitiikkaa

321 Ks. esim. Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015; Suomen saamelaisnuorten lausunto saamelaismääritelmästä 8.5.2013.

322 Ks. Aarnio 2012, 32.

323 Ks. Yle Sápmi 20.4.2016: Inarinsaamelaisten oikeusaseman selvittämisen toivotaan tuovan rauhan yhteiskunnalliseen keskusteluun.

324 Ks. Saamelaiskäräjät: Sámedikki Doaimmaprogramma ja Ekonomijaplána 2016–2019.

325 Pasanen 2015, 96–104.

326 Inarinsaamea puhutaan vain Suomen rajojen sisäpuolella Inarin kunnan alueella. Pasanen 2015, 22: "muutaman sadan puhujan kieli on elpynyt lyhyessä ajassa vakavasti uhanalaisesta marginaalikielystä paikallisyhteisössä arvostetuksi ja monilla yksityisillä ja yhteisöllisillä aloilla käytetyksi kieleksi."

327 Pasanen 2015, 323: tämä poikkeaa Saamelaiskäräjien linjasta.

328 Ibid., 317–328.

329 Saamelaisjärjestöjen vetoamus ILO 169 13.3.2015.

330 Pasanen 2015, 317.

331 Ks. Yle Sápmi 25.3.2014: Anarâšah-yhdistys pettyynyt saamelaisyhteisön asenteeseen.

vastustavana tahona. Näin sen poliittinen linja on lähempänä lapinkyläyhdistysten ja Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaiset ry:n agendoja. Anarâšah-yhdistys on myös vaatinut erityistä inarinsaamelaisia koskevaa lakia ja vastustanut ILO sopimus 169:n ratifiointia, koska nykyinen saamelaismääritelmä ei yhdistyksen mukaan koske kaikkia inarinsaamelaisia.<sup>332</sup>

Anarâšah-yhdistyksen kannanottoihin ei ole suhtauduttu pelkästään myönteisesti inarinsaamelaisien keskuudessa.<sup>333</sup> Keväällä 2014 84 inarinsaamelasta yksityishenkilöä allekirjoitti vetoomuksen, jossa he totesivat olevansa eri mieltä Anarâšah-yhdistyksen kanssa saamelaismääritelmään liittyvissä kysymyksissä. Allekirjoittaneet totesivat saamelaiskäräjälakityöryhmän ehdottaman saamelaismääritelmän olevan tarpeeksi laaja, jotta inarinsaamelaisien on mahdollisuus hakeutua vaaliluetteloon. Lisäksi vetoomuksessa todetaan, ettei niin sanottu lapalaiskriteeri vastaa inarinsaamelaisien tapaa tunnistaa yhteisönsä jäsenet.<sup>334</sup>

Syksyllä 2016 myös perustettiin uusi inarinsaamelaisien yhdistys, Aanaar sämmiliih -yhdistys. Yhdistyksen tavoitteena on ”luoda lisää kohtaamis- ja keskusteluareenoita inarinsaamelaisille, vaalia inarinsaamen kieltä ja kulttuuria sekä kehittää inarinsaamelaisien edustusta yhteisten asioiden hoidossa yhteistyössä muiden yhdistysten sekä julkishallinnollisten organisaatioiden ja päätäntäelinten kanssa.”<sup>335</sup> Yhdistyksen perustajajäsenet ovat inarinsaamelaisia Saamelaiskäräjien jäseniä, joista osa on julkisuudessaakin kyseenalaistanut Anarâšah-yhdistyksen tulkintaa inarinsaamelaisuudesta ja tapaa esiintyä inarinsaamelaisien edustajana.<sup>336</sup> Yhdistyksen säännöissä pyritään ensimmäistä kertaa määrittelemään, ketä inarinsaamelaisella tarkoitetaan: ”Inarinsaamelaisella tarkoitetaan henkilöä, jonka äidinkieli on inarinsaame, tai jonka vanhemmista tai isovanhemmista tai isoisovanhemmista yksi on puhunut äidinkielenään inarinsaamea.”<sup>337</sup> Yhdistys ulottaa kieliperusteen siis isovanhempia edeltäneeseen sukupolveen, mikä on virallista saamelaismääritelmää laajempi tulkinta.

## 5. Yhteenveto

Valtiolla on ollut hyviä pyrkimyksiä parantaa saamelaisien asemaa viimeisen 70 vuoden aikana. Saamelaiset ovat olleet aktiivisia toimijoita saamelaisuuden saattamisessa yhteiskunnalliseksi kysymykseksi ja yhdessä valtion kanssa rakentaneet saamelaista itsehallintoa. Vuoden 1990 saamelaislakiehdotus oli historiallinen yritys turvata paitsi saamelaisien kieltä ja kulttuuria, myös saamelaisalueen luontoperustaisten elinkeinojen harjoittajien asemaa etnisyyteen katsomatta. Saamelaisen kulttuuri-itsehallinnon perustava laki Saamelaiskäräjistä tuli voimaan yli 20 vuotta sitten. Saamelaiskäräjälain saamelaisen määritelmään ja myös Saamelaiskäräjien toimintaan on saamelaisen kulttuuri-itsehallinnon alusta lähtien kohdistunut voimakasta paikallista kritiikkiä.

Yhteenvetona voidaan todeta, että 1990-luvulle saakka ymmärrys saamelaisuudesta ja saamen kansaan tai saamelaiseen etniseen ryhmään kuulumisesta on ollut jokseenkin problematisoitumaton. Yhteispohjoismaisen yhteisymmärryksen mukaan saamelaisuutta on määritelty saamenkielisen syntyperän perusteella, mitä on pidetty riidattomana saamelaisuuden määreenä. Saamelaisuus ei ole ollut sellainen yhteiskunnallisesti merkittävä asema tai identiteettipositio, johon kuulumista olisi ollut tarpeen politisoida ja problematisoida julkisesti paikallisella, kansallisella tai kansainvälisellä tasolla tai joka olisi nähty houkuttelevaksi asemaksi. Saame-

332 Ks. Anarâšah rs – Inarinsaamelaiset ry:n lausunto 30.6.2014; Yle Sápmi 27.4.2016. Inarinsaamelaisille vaaditaan omaa lakia – Saamelaiskäräjädustaja tuomitsee perustuslakivaliokunnalle kerrotut jutut; ks. myös Lausuntotiivistelmä. Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö 22/2014, 20; Lausuntotiivistelmä. ILO:n yleissopimuksen nro 169 hyväksyminen 40/2014, 14.

333 Ks. esim. Mecirobdâst: Metsän reunasta alkaa hakkuuaukio: Alkuperäiskansaidenteetin rajanvedon politiikkaa Suomessa. 18.2.2015; ks. myös Mattus: Identiteetsuáldem. Anarâš, 4/2015, vol 28.

334 Vetoomus saamelaisministerityöryhmälle saamelaismääritelmään liittyen 15.3.2014.

335 Aanaar sämmiliih rs: Tiedote 3.10.2016.

336 Ks. Yle Sápmi 27.4.2016. Inarinsaamelaisille vaaditaan omaa lakia – Saamelaiskäräjädustaja tuomitsee perustuslakivaliokunnalle kerrotut jutut.

337 Aanaar sämmiliih rs: Njuolgádusah / Säännöt.

laisten oikeuksia on toki ajettu systemaattisemmin jo 1950-luvulta lähtien erilaisten saamelais- ja suomalaisten ja valtiollisten toimijoiden toimesta, mutta saamelaisuus itsessään ei ole aiemmin herättänyt poliittisessa mielessä laajemmin muun paikallisväestön tai saamelaisten kotiseutualueen ulkopuolisen väestön mielenkiintoa. Esimerkiksi saamelaisten kielellisiä oikeuksia on parannettu vuosikymmenten kuluessa erilaisin opetuksellisin ja lainsäädännöllisin toimenpitein, mikä ei ole aiheuttanut suurempaa vastarintaa tai johtanut Suomen saamelaisyhtymien alkuperäiskansa-aseman tai etnisyyden perustojen kyseenalaistamiseen.

Huolimatta siitä, että vuoden 1990 saamelaislakiehdotuksen tarkoituksena oli parantaa paitsi saamelaisten, myös muiden saamelaisten kotiseutualueella asuvien luontaiselinkeinojen harjoittajien asemaa, tarkasteltujen aineistojen perusteella on tulkittavissa, että maa- ja elinkeino-oikeuksien vaatimukset ja etnisen nykysaamelaisuuden yhdistäminen historiallisiin maankäyttöoikeuksiin ovat olleet eräs keskeinen syy paitsi saamelaislakien herättämälle vahvalle vastustukselle, myös mahdollisten saamelais- ja verolappalaisjuurten sekä saamelais- ja lappalaisidentiteettien merkityksen kasvulle. Vaikka kulttuuri-itsehallintolaki ei suoranaisesti määrittänyt maa-oikeuksia, vuoden 1990-lakiehdotus ja samanaikainen keskustelu ILO sopimus 169:n ratifioimisesta toivat ne keskustelun ytimeen. Tämä on mobilisoinut paikallisväestöä, joka aikaisemmin ei ole kokenut samalla tavalla saamelaista poliittista ja oikeudellista subjektiutta merkitykselliseksi tai itseään ylipäättään koskettavaksi.<sup>338</sup> Epätietoisuus siitä, mitä ILO sopimus 169:n ratifioiminen maa-oikeuksien suhteen tarkoittaisi eri ihmisryhmille, ja toisaalta monien tahojen selkeät kannanotot sen suhteen, että se voisi tarkoittaa saamelaisten maa-oikeuksien vahvistamista, ovat aiheuttaneet poliittisen vastarinnan syntymistä ja huolta omista oikeuksista.

Eräs tekijä Saamelaiskäräjien politiikkaa ja saamelaismäärittelyä haastavien tai vastustavien yhdistysten toiminnassa on ollut pohjoisen lehdistön sekä osaltaan pohjoisten kuntien (Enontekiön, Inarin ja Sodankylän) tuki.<sup>339</sup> Tuulentien tutkimuksen mukaan saamelaiskäräjälain säätämisen jälkeen lappalaistaho ja sen perustamat lapinkyläyhdistykset on otettu pohjoisen tiedotusvälineissä itsestäänselväksi, selontekoja kaipaamattomaksi ja tilanteita kommentoivaksi toimijaksi lakiin perustuvan aseman omaavan Saamelaiskäräjien rinnalle.<sup>340</sup> 2010-luvulle tullessa lapinkyläyhdistykset ja myöhemmin niin kutsuttujen statuksettomien saamelaisten yhdistykset sekä niiden määrittämät asiantuntijat ovat tulleet keskeisiksi toimijoiksi ja lausunnonantajiksi saamelaisia koskevien asioiden suhteen.<sup>341</sup>

1990-luvulta lähtien on Suomessa esitetty Saamelaiskäräjien saamelaisuuden määrittelyä haastavien tai vastustavien yhdistysten sekä joidenkin tutkijoiden taholta vaihtoehtoisia alkuperäiskansatulkintoja. Saamelaiskäräjien ja Suomen valtion tulkintaa haastavissa näkemyksissä alkuperäiskansaan kuulumisen on saatettu irrottaa vakiintuneisiin saamelaisiin nyky-yhteisöihin kuulumisesta ja saamelaisten itsemäärittelyn tavat sivuutetaan tai ne nähdään poliittisina, mielivaltaisina tai syrjivinä. Tällaisissa tulkinnoissa erityisesti ILO sopimus 169:n alkuperäiskansan käsitettä on luettu määritelmänä, joka kuvaa henkilöitä, jotka kuuluvat alkuperäiskansaan. Alkuperäiskansan ymmärretään tällöin viittaavan historiallisesta alkuperäisväestöstä polveutuviin henkilöihin. Tällöin näyttäisi ääritapauksissa siltä, että kaikki henkilöt, joilla on saamelaisia tai lapinkyliä osakkaina olleita esivanhempia (vaikka vain yksi esivanhempi henkilön lukuisien esivanhempien joukossa) mahdollisesti vaikka niin kaukana historiassa kuin rekisterimerkinnot ulottuvat, kuuluvat alkuperäiskansaan, mikäli he voivat osoittaa suoran polveutumisen. Tämä näkemys myös korostaa luontaiselinkeinojen harjoittamista, aluesuhdetta ja luonnonläheistä elämäntapaa. Keskeinen kysymys on, muodostaako tällaisten tulkintojen kautta määrittyvä ryhmä ihmisiä nykypäivänä selkeän kulttuurisesti muusta väestöstä erottuvan ryhmän, jolla on omat

338 Ks. alaviite 187.

339 Ks. esim. Lausunnotiivistelmä. Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö 22/2014; Lausunnotiivistelmä. ILO:n yleissopimuksen nro 169 hyväksyminen 40/2014; Lapin Kansan 20.12.1996, 10. Lääninoikeus kumosi Lappalaiskulttuuriyhdistyksen avustuksen: Esimerkiksi Enontekiön kunta myönsi 50 000 markan tuen Lappalaiskulttuuri- ja perinneyhdistykselle. Lapin lääninoikeus kumosi myöhemmin tämän päätöksen koska päätöksentekoon osallistui neljä jäävää valtuutettua. Avustuspäätös syntyi kaksi päivää ennen kuin yhdistys rekisteröitiin.

340 Tuulentie 2001, 152–153.

341 Ks. esim. MmVL 40/2014 vp – HE 167/2014 vp; Ks. myös Helsingin Sanomat 27.4.2015. Saamelaisia ei kuunnella lainvalmistelussa riittävästi. (Veli-Pekka Lehtola ja Jarmo Valkonen).

kulttuuriset ja sosiaaliset instituutiossa ja vahva yhteenkuuluvuuden ja yhteisöllisyyden tunne ja joka on suhteessa muuhun väestöön alisteisessa asemassa esimerkiksi kulttuurinsa ja kielensä vuoksi.

2010-luvun keskusteluissa edellä mainittujen, polveutumista painottavien kriteerien lisäksi yksilöiden itseidentifikaatio ja kulttuurinen yhteys saamelaisuuteen kielen elvyttämisen, elintapojen ja erilaisten kulttuuristen elementtien, kuten perinteisten vaatteiden, muodossa on saanut uudenlaista painoa: mikäli henkilö kokee olevansa saamelainen ja mahdollisesti on opetellut saamen kieltä, tulisi hänellä olla vielä vahvempi oikeus kuulua alkuperäiskansaan. Tai hänen ajatellaan kuuluvan itsestään selvästi alkuperäiskansaan, mutta hänellä tulisi olla oikeus kuulua myös Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon.

ILO sopimus 169:n ratifiointin ja saamelaiskäräjälain uudistuksen pysähtyminen eduskunnassa keväällä 2014 kertoo, että edellä kuvaillut kehityskulut ja diskurssi ovat vaikuttaneet Suomen poliittisten päättäjien käsityksiin alkuperäiskansasta, saamelaisista ja saamelaisten oikeuksista.<sup>342</sup>

Saamelaisen itsehallinnon toteutumisen näkökulmasta ongelmalliseksi on muodostunut se, että tämä diskurssi ei välttämättä perustu kansainvälisen oikeuden mukaiseen tulkintaan ja sen ei ole nähty perustuvan saamelaisyhteisölliseen ymmärrykseen saamelaiseen alkuperäiskansaan kuulumisesta. Saamelaisen itsehallinnon käsityksen mukaan alkuperäiskansaan kuulumisen tarkoittaa saamelaisyhteisöihin ja -ryhmään kuulumista, jolloin alkuperäiskansaan kuulumisen tulee määritellä saamelaisten omien yhteisöllisten käytäntöjen perusteella. Saamelaiskäräjälain saamelaisen määritelmässä nimenomaan kieliperuste heijastaa saamelaisten omaa ymmärrystä itsestään.

Kieli on sukuyhteisöllisyyden ohella yhä keskeisin saamelaisen kulttuurin ja yhteisöllisyyden tunnusmerkki. Kieli on ollut ja edelleen on tärkeä saamelaista yhteisöllisyyttä rakentava tekijä niin Suomen sisällä kuin ylijärjaisestikin.<sup>343</sup> Kieli on myös saamelaisten itsehallinnon perusta, sillä kulttuuri-itsehallinto koskee nimenomaan kieltä ja kulttuuria. Sammallahten mukaan saamelaisten ryhmäidentifikaatio perustuu yhteisöltä perittyihin kielellisiin, kulttuurisiin ja yhteisöllisiin tunnusmerkkeihin.<sup>344</sup> On selvää, että saamelaiset ovat poliittisesti määritelty ryhmä siinä mielessä, että saamelaisyhteisöä, kuten mitä tahansa nykypäivänä tunnustettua kansaa, yhteisöä tai alkuperäiskansaa on rakennettu poliittisella toiminnalla ja poliittiseen toimintaan liittyy aina valtakamppailuja ja valinnan tekemisiä. Kuitenkin, jos otetaan huomioon, että saamelaisuuden määrittelyn kieliperustaisuus toistuu kaikissa Pohjoismaissa, sillä on pitkä historia, ja myös historiallisesti saamelaiset on määritelty omaksi kansakseen kielen perusteella, on kieliperustaista määritelmää vaikea pitää yksinomaan poliittisena rajauksena vailla merkitystä yhteisöjen säilymiselle ja olemassaololle. Olennaista Suomessa olisikin pohtia, millä tavalla ja millaisten arvovalintojen kautta saamelaisten kielellinen ja kulttuurinen tasa-arvo suhteessa valtaväestöön voidaan parhaiten turvata.

<sup>342</sup> Ks. Lehtola 2015, 17; ks. esim. Kontula 2015: Anna Kontula (2015) kommentoi asiaa Facebookissa 7.3.2015: "Perustuslakivaliokunnan saamelaiskäräjäkannasta on tullut paljon kyselyä [...] Kysymys on hankala, koska siinä joudutaan tekemään valintaa vähemmistön oikeudesta määritellä itse yhteisönsä ja "vähemmistön vähemmistön" olemassaolon oikeuden välillä. Huolellisen harkinnan jälkeen asetin jälkimmäisen etusijalle."

<sup>343</sup> Saamelaiskäräjien yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015, 1.

<sup>344</sup> Sammallahti 2013a, 27.

## Lähteet

### Lait ja asetukset

824/1973. *Asetus saamelaisvaltuuskunnasta*. Helsinki 1973.

476/1983. *Peruskoululaki*. Helsinki 1983.

516/1991. *Laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa*. Helsinki 1991.

974/1995. *Laki saamelaiskäräjistä*. Helsinki 1995.

975/1995. *Laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa annetun lain muuttamisesta*. Helsinki 1995.

969/1995. *Laki Suomen Hallitusmuodon muuttamisesta*. Helsinki 1995.

1726/1995. *Laki saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa annetun lain muuttamisesta*. Helsinki 1995.

1086/2003. *Saamen kielilaki*. Helsinki 2003.

### Hallituksen esitykset

HE 306/1990 vp. *Hallituksen esitys Eduskunnalle vuonna 1989 pidetyn 76. Kansainvälisen työkonferenssin hyväksymän itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen johdosta*. Helsinki 1990.

HE 248/1994 vp. *Hallituksen esitys Eduskunnalle saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön*. Helsinki 1994.

HE 264/2014 vp. *Hallituksen esitys eduskunnalle itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja Metsähallituksesta annetun lain muuttamisesta*. Helsinki 2014.

### Perustuslakivaliokunnan ja muiden valiokuntien mietinnöt ja lausunnot

PeVL 3/1990 vp. *Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 244/1989 vp. poronhoitolaiksi*.

PeVM 17/1994 – HE 248/1994. *Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 17 hallituksen esityksestä saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön*. Helsinki 1994.

PeVM 1/1995 – HE 248/1994. *Vuoden 1994 valtiopäiviltä lepäämässä olevat ehdotukset saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön*. Helsinki 1995.

PeVM 13/2014 vp — HE 264/2014 vp. *Perustuslakivaliokunnan mietintö 13/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja Metsähallituksesta annetun lain muuttamisesta*. Helsinki 2014.

SuVM 12/1994 – HE 248/1994. *Suuren valiokunnan mietintö n:o 12 hallituksen esityksestä saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevien säännösten ottamisesta Suomen Hallitusmuotoon ja muuhun lainsäädäntöön*. Helsinki 1994.

MmVL 40/2014 vp — HE 167/2014 vp. *Maa- ja metsätalousvaliokunnan lausunto 40/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi saamelaiskäräjistä annetun lain ja rikoslain 40 luvun 11 §:n muuttamisesta*. Helsinki 2014.



TyVL 19/2014 vp — HE 264/2014 vp. *Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan lausunto 19/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja Metsähallituksesta annetun lain muuttamisesta.* Helsinki 2014.

## **Komiteanmietinnöt, muut mietinnöt, muistiot, selvitykset ja lausunnot**

Aarnio, Eero J. *Muistio. Maahan, veteen, luonnonvaroihin ja perinteisiin elinkeinoin saamelaisten kotiseutualueella liittyvää asiakokonaisuutta koskeva ns. Vihervuoren selvitys: Lausunnonantajien suhtautuminen asiaan ja selvitysmiehen keskeisimpiin ehdotuksiin.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2000.

Aarnio, Eero J. *Saamelaiskäräjälain muutostarpeet. Oikeusministeriön tilaama selvitysraportti.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2012.

Anarash rs – Inarinsaamelaiset ry:n lausunto 30.6.2014. <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/18600/Anarash%20Inarin%20saamelaiset.docx> (haettu 21.12.2016).

Hyvärinen, Heikki J. *Lausunto saamelaiskäräjien vaalilautakunnalle korkeimman hallinto-oikeuden päätöksistä saamelaiskäräjien vuoden 2011 vaaleissa.* Enontekiö, 2011.

Korpijaakko-Labba, Kaisa. 1996. *Saamelaiskäräjälain tulkintaongelmista.* Lapin lääninhallitus, 1996.

Kurkinen, Mirja. *Ns. Vihervuoren selvitys ja siitä annetut lausunnot.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2000.

Kurkinen, Mirja. *Lausuntotiivistelmä ja yhteenveto 3.5.2002.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2002a.

Kurkinen, Mirja. *Lausuntotiivistelmä ja yhteenveto. Ehdotus Hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi saamelaisten kotiseutualueen luonnonhoitoalueen neuvottelukunnasta ja laiksi Metsähallituksesta annetun lain muuttamiseksi. 19.9.2002.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2002b.

*Lausuntotiivistelmä. ILO:n yleissopimuksen nro 169 hyväksyminen 40/2014.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2014.

*Lausuntotiivistelmä. Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö 22/2014.* Helsinki: Oikeusministeriö, 2014.

Luonnos hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi saamelaiskäräjistä annetun lain muuttamisesta, 1998.

*Maanomistustyöryhmän selvitys saamelaisten kotiseutualueen maakysymyksessä. I Osamietintö. Valtion metsämaa, suojelualueet ja yleiset vesialueet, 2002.*

Matala-aho, Tapani. *FT, dosentti Tapani Matala-ahon asiantuntijalausunto 27.4.2013.* [http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2068&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2068&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Nickul, Erkki. *Suomen saamelaiset vuonna 1962. Selostus Pohjoismaiden saamelaisneuvoston suorittamasta väestöntutkimuksesta.* Helsinki: Helsingin yliopisto, 1962.

Muttilainen, Olli. *Alustus maa-oikeusseminaarissa 17.4.2008.* [www.samediggi.fi/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=240&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=240&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Myntti, Kristian. *Suomen Saamelaisten Yhteiskunnallinen Osallistuminen Ja Kulttuuri-itsehallinto: Raportti Oikeusministeriölle. Osa 1.* Helsinki: Oikeusministeriö, 1997.

*Pohjoismainen saamelaissopimus. Suomalais-norjalais-ruotsalais-saamelaisen asiantuntijatyöryhmän 27. lokakuuta 2005 luovuttama luonnos, 2005.*

Rintala, Erkki. *Lausunto saamelaiskäräjälain saamelaismäärelmästä.* Helsinki: Oikeusministeriö, 1997.

Saamelaisasiain komitea. *Saamelaisasiain Komitean Mietintö.* Helsinki, 1952.

Saamelaisasiain neuvottelukunta. *Saamelaisasiain neuvottelukunnan mietintö I. Ehdotus saamelaislaiksi ja erinäisten lakien muuttamiseksi. Komiteanmietintö 1990:32.* Helsinki: Sisäasiainministeriö, 1990.

Saamelaisjärjestöjen vetoamus ILO 169 13.3.2015. <http://www.samisoster.fi/wp-content/uploads/2011/08/Saamelaisj%C3%A4rjest%C3%B6jen-vetoamus-ILO-169-13.3.2015.pdf> (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskomitea. *Saamelaiskomitean Mietintö*. Helsinki: Valtioneuvosto, 1973.

*Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö* 55/2013. Oikeusministeriö, 2013.

*Saamelaistoimikunnan mietintö 2001:14*. Helsinki: Oikeusministeriö, 2001.

*Saamelaistyöryhmän mietintö*. Saamelaisten kulttuuri-itsehallinto. Helsinki: Oikeusministeriö, 1994.

Sammallahti, Pekka. *Muistio saamelaismääritelmästä oikeusministeriölle*, 2013a.

*Suomen saamelaisnuorten lausunto saamelaismääritelmästä 8.5.2013*. <http://www.ssn.fi/2013/05/suomen-saamelaisnuorten-lausunto-saamelaismaaritmasta/> (haettu 21.12.2016).

TPA 25/2013 vp. *Toimenpideoite. Analyysi saamelaisten ja saamelaisalueen olosuhteista ennen ILO-169-sopimuksen ratifiointia*. Simo Rundgren, Ritva Elomaa, Eeva-Maria Maijala. Helsinki 2013.

Vihervuori, Pekka. *Maahan, veteen ja luonnonvaroihin sekä perinteisiin elinkeinoihin kohdistuvat oikeudet saamelaisten kotiseutualueella. ILO:n alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen edellyttämät saamelaisten maahan ja vesiin kohdistuvia oikeuksia koskevat muutosehdotukset*. Oikeusministeriö: Helsinki, 1999.

Vetoamus saamelaisministerityöryhmälle saamelaismääritelmään liittyen 15.3.2014. [http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/18677/3\\_551\\_2012%20Vetoamus%20saamelaisministerity%C3%B6ryhm%C3%A4lle%2015%203%202014.pdf](http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/18677/3_551_2012%20Vetoamus%20saamelaisministerity%C3%B6ryhm%C3%A4lle%2015%203%202014.pdf) (haettu 21.12.2016).

Väänänen, Veikko. Eriävä mielipide koskien maa- ja metsätalousministeriön 16.7.2013 (Dnro MM005:00/2013) asettaman työryhmän asemaa, työskentelyä ja ehdotusta osuudesta uudistettavaan lakiin Metsähallituksesta. 10.3.2014. Saamelaisten osallistumisoikeuksien lisääminen valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevassa päätöksentekomenettelyssä saamelaisten kotiseutualueella - työryhmän mietintö. Työryhmämuistio mmm 2014:2. Helsinki 2014.

Wirilander, Juhani. *Lausunto maanomistusoloista ja niiden kehityksestä saamelaisten kotiseutualueella*, 2001.

## Saamelaiskäräjät

Muistio lausuntoon Pöyrisjärven erämaa-alueen perusselvityksestä 12.5.1997.

Lehdistötiedote: Saamelaiskäräjien maanomistustyöryhmän maanomistusselvitys I Valtion metsämaa, suojelualueet ja yleiset vesialueet. 16.5.2003.

Klemetti Näkkäljärven päätöspuhe maa-oikeusseminaarissa 17.4.2008. [http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=241&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=241&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien esitykset hallitusohjelmaan 15.5.2015. [http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2654&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2654&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Saamelaisten lukumäärä vuoden 2015 Saamelaiskäräjien vaaleissa. [http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2831&Itemid=99999999](http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2831&Itemid=99999999) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjät: Sámedikki Doaibmaprogramma ja Ekonomiiaplána 2016–2019. 19.12.2016. [http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2932&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2932&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien lausunto saamelaiskäräjälakityöryhmän mietinnöstä 15.1.2014. Dnro:/D.a.1/2014. [http://www.samediggi.fi/index.php?option=com\\_docman&task=search\\_result&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index.php?option=com_docman&task=search_result&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esitysluonnoksesta ILO 169-sopimuksen ratifioimiseksi (HE 264/2014), 2015. Dnro:386/D.a.1/2014. [http://www.samediggi.fi/index.php?option=com\\_docman&task=search\\_result&Itemid=10](http://www.samediggi.fi/index.php?option=com_docman&task=search_result&Itemid=10) (haettu 21.12.2016).

Saamelaiskäräjien hallituksen yleisperustelut koskien vaaliluetteloon hakeutumista vuonna 2015. [http://www.yle.fi/tvuutiset/uutiset/upics/liitetiedostot/SD\\_stivrra\\_akkastallamat\\_2015\\_.pdf](http://www.yle.fi/tvuutiset/uutiset/upics/liitetiedostot/SD_stivrra_akkastallamat_2015_.pdf) (haettu 21.12.2016).

## Medialähteet

*Helsingin Sanomat* 7.10.2002, A9. Saamelaisalueen valtionmaiden hallinnasta ei tule lakiesitystä. (Jaakko Tahkolahti).

*Helsingin Sanomat* 27.2.2003, A12. Lapin maa- ja metsätalouden kehittämisestä tehdään vielä yksi selvitys. (Jaakko Tahkolahti).

*Helsingin Sanomat* 27.4.2015. Saamelaisia ei kuunnella lainvalmistelussa riittävästi. <http://www.hs.fi/paakirjoitukset/art-2000002819586.html> (Veli-Pekka Lehtola ja Jarno Valkonen) (haettu 21.12.2016).

*Kaleva* 18.6.1996. Lapinkylien oikeuksien peräjäät Helsingissä. (Leo Mäkinen)

*Kiisa* 1995, 2. Selvitys tämän lehden "linjasta".

*Kiisa* 1995, 4. Saamelaisten kulttuuri-itsehallinnon eteneminen.

*Kiisa* 1995, 5. Kansalaistoimintaa saamelaiskulttuuri-itsehallintolain kaatamiseksi.

*Kiisa* 1995, 6. Pohjoisen asukkaat päättivät itse lähteä Helsinkiin.

*Kiisa* 1995, 6. Usean sadan pohjoisen äänestyskelpoisen asukkaan allekirjoittama adressi.

*Kiisa* 1995, 8. Saamelaiskulttuurilla jaetaan jo porojen laidunalueita.

*Kiisa* 1995, 9. Kysymyksen ei ole pelkäämistä pilkkioikeuksista.

*Kiisa* 1995, 9. Yhtiö nimeltä: Saamelaisten kulttuuri-itsehallintolaki.

*Kiisa* 1995, 10. Tutkimuspyyntö Eduskunnan Oikeusasiamiehelle.

*Kiisa* 1995, 12–15. Kuumat paperit.

*Kiisa* 1995, 24. Lappalaiskulttuuri ja -perinneyhdistys säännöt.

*Lapin Kansa* 19.12.1994, 9. Saamelaisvaltuuskunta ei vahvistaisi Hammastunturin erämaan hoito- ja käyttösuunnitelmaa. "Muu käyttö ei saa häiritä saamelaiskulttuuria eikä luontaiselinkeinoja".

*Lapin Kansa* 7.2.1995, 7. Inari tyytyy perustuslakivaliokunnan kantaan saamelaisten kulttuuri-itsehallintolaista. (Veikko Väänänen).

*Lapin Kansa* 10.5.1995, 6. Eduskunnan perustuslakivaliokunta Lapin liiton ja saamelaisvaltuuskunnankyydissä. Kulttuuri-itsehallintolain perustelut arveluttavat yhä.

*Lapin Kansa* 11.5.1995, 6. Enontekiön kunnan kanta jyrkkä saamelaiskulttuuri-itsehallintolaille.

*Lapin Kansa* 6.6.1995, 5. Päättäjien lepsuili synnyttää järjestäytyneitä saamelaisvastaista kansalaistoimintaa. Saamelaisten kulttuuri-itsehallintolain vastustajille oma lehti.

*Lapin Kansa* 3.10.1995, 1. Vain osa tulevista hallintoalalaisista pääsi uurnille. Saamelaiskäräjävaalien laillisuutta perätään.

*Lapin Kansa* 10.11.1995, 7 Asia kunnanhallitukseen. Myös Enontekiö ottaa kantaa saamelaiskäräjälakiin.

*Lapin Kansa* 15.11.1995, 5. Enontekiö vaatii demokratian toteutumista käräjälaissa.

*Lapin Kansa* 21.2.1996, 5. Oikeusministeri Kari Häkämies ei halua avata käräjälakia. Saamelaisyhdistys: Lappalaiset poistettava saamelaismäärityksestä.

*Lapin Kansa* 5.3.1996, 3. Yli 200 allekirjoittajaa Tiedeyhteisö vetoaa saamelaisten puolesta.

*Lapin Kansa* 18.4.1996, 6. Maan ja luonnonvarojen hallinta sekä oma kansalaisuus mukana julistusluonnoksessa. Suomi kiirehtinyt alkuperäiskansojen oikeuksien julistusta. (Veikko Väänänen).

*Lapin Kansa* 20.12.1996, 10. Lääninoikeus kumosi Lappalaiskulttuuriyhdistyksen avustuksen.

*Lapin Kansa* 22.5.1997, 5. Saamelaiden sukujuuret selvitetty 1400-luvulle saakka. Vanhojen lapinkyliden edustajat vaativat päättäjiltä puolueetonta jatkotutkimusta.

*Lapin Kansa* 31.3.1998, 1. Saamelaisasiain neuvottelukunta: Kieliperuste on oikea saamelaisuuden määritelmä.

*Lapin Kansa* 12.9.1998, 4. Rasmin vastainen valtuuskunta: Saamelaismääritelmä kieliperusteiseksi.

*Lapin Kansa* 25.1.1999, 5. "Kunnes saamelaismääritelmä on muutettu kieliperusteiseksi" Saamelaisyhdistykset esittävät saamelaiskäräjävaalien siirtämistä.

*Lapin Kansa* 18.10.1999, 8. Lapinkylät päätymässä ihmisoikeus- ja omistuskanteisiin valtiota vastaan ILO-sopimuksen ratifioinnin yksipuolisen ja liian suppean selvityksen takia. Lapinkylät kunnille ja pohjoisen asukkaille: "Perehtykää Vihervuoren esityksiin".

*Lapin Kansa* 27.10.1999, 9. Lappalainen alkuperäiskansa ja ILO-sopimuksen ratifiointi. (Marjatta Hannula, Kemin ja Sompion Lapinkylä).

*Lapin Kansa* 10.3.2001, 5. Lappalaiset kantelivat oikeusministerin ja kahden ministeriön menettelyistä.

*Lapin Kansa* 20.1.2003, 7. Inarissa alkoi suku- ja tilaoikeuksien paikantaminen. (Veikko Väänänen).

*Lapin Kansa* 21.2.2003, 4. Saamelaiskäräjät ja maaoikeusselvitys. (Heikki Hyvärinen).

*Lapin Kansa* 13.4.2003, 7. Maa- ja vesioikeuksia kirjataan Ylä-Lapista Tornionlaaksoon. Avatut asiakirjat romuttavat isojaan perusteita. (Veikko Väänänen).

*Lapin Kansa* 09.10.2004, 7. Pekka Aikio: Euroopan unioni tärkeä isänmaa saamelaisille. (Marjukka Vakkuri).

*Lapin Kansa* 30.4.2005, 5. Mikä Inarinmaan lapinkylä? (Pekka Aikio ja Heikki Hyvärinen).

*Lapin Kansa* 19.11.2005, 7. "Olennaista ei maan omistaminen vaan vahva käyttöoikeus". Saamelaiden maaoikeuksien selvitystä odotellaan vuoden lopulla. (Marita Tuomilaakso).

*Lapin Kansa* 14.7.2012, 32. Kenellä on oikeus laajaan Lapinmaahan? Kiistakapula: Alkuperäiskansojen sopimukseen on valmistauduttu vuosikausia. Kaikki keskeiset kysymykset ovat silti auki.

*Lapin Kansa* 18.7.2012, 22. Pääkirjoitus: Oikeusministeriön on aika antaa vastauksia.

*Lapin Kansa* 14.12.2012, 9. Statuksettomat saamelaiset saivat tukea valtiolta.

*Lapin Kansa* 22.8.2015, 7. "Perustelut nöyryyttäviä, rumasti ja töykeästi tehty". (Merja Vehmas).

*Lapin Kansa* 29.9.2015, 23. Saamelaiskäräjät oli tehnyt 2013-14 suuren työn saadakseen valmisteilla olevaan metsähallituslakiin saamelaiskulttuurin heikentämiskiellon. (Pentti Pieski).

*Lapin Kansa* 30.4.2016, 34. Syyt vastustukseemme. (Anu Avaskari ja Kari Kyrö).

*Lapin Kansa* 11.6.2016, 6. Kadonneen keminsaamen kielen elvyttäminen alkaa. (Terttu Pohtila).

*Lapin Kansa* 2.12.2016, 14. "Ottakaa lapinpuvut kaapeista ja tuokaa ne ulos".

Mattus, Ilmari. Identiteetsuáladem. *Anarâš* 4/2015, vol 28.

*Pohjolan Sanomat* 18.5.1997, 4. Saamelaiskäräjät Pöyrisjärven erämaa-alueen asiantuntijalausumista: Kyläyhteisön näkökulmat poistettava suunnitelmasta.

*Yle* 19.7.2012. Metsä-, kalastaja- ja tunturisaamelaisille uusi yhdistys. <http://yle.fi/uutiset/3-6223278> (Pia Tuukkanen) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 25.3.2014: Anarâšah-yhdistys pettynyt saamelaisyhteisön asenteeseen. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/anarash-yhdistys\\_pettynyt\\_saamelaisyhteisön\\_asenteeseen/7154800](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/anarash-yhdistys_pettynyt_saamelaisyhteisön_asenteeseen/7154800) (Susanna Guttorm) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 20.4.2016: Inarinsaamelaiden oikeusaseman selvittämisen toivotaan tuovan rauhan yhteiskunnalliseen keskusteluun. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/inarinsaamelaiden\\_oikeusaseman\\_selvittämisen\\_toivotaan\\_tuovan\\_rauhan\\_yhteiskunnalliseen\\_keskusteluun/8824618](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/inarinsaamelaiden_oikeusaseman_selvittämisen_toivotaan_tuovan_rauhan_yhteiskunnalliseen_keskusteluun/8824618) (Inger-Elle Suoninen) (haettu 21.12.2016).

*Yle Sápmi* 27.4.2016. Inarinsaamelaisille vaaditaan omaa lakia – Saamelaiskäräjäedustaja tuomitsee perustuslakivaliokunnalle kerrotut jutut. <http://yle.fi/uutiset/3-8839353> (Pirita Näkkäläjäarvi) (haettu 21.12.2016)

*Yle uutiset*. Yhdistysten ja yksityishenkilöiden kirje kansanedustajille 25.2.2015. *Yle Uutiset* 25.2.2015. [http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/yhdistysten\\_ja\\_yksityishenkiloiden\\_kirje\\_kansanedustajille\\_2522015/7828283](http://yle.fi/uutiset/osasto/sapmi/yhdistysten_ja_yksityishenkiloiden_kirje_kansanedustajille_2522015/7828283) (Pirita Näkkäläjäarvi) (haettu 21.12.2016).

## Verkkosivut ja -lähteet

Aanaar sämmiliih rs. *Njuolgádusah / Säännöt*. <https://aanaarsammiliih.org/saannot/> (haettu 21.12.2016).

Aanaar sämmiliih rs. *Tiedote* 3.10.2016. <https://aanaarsammiliih.org/2016/10/03/tiedote-3-10-2016/> (haettu 21.12.2016).

Inarinmaan Lapinkyläyhdistys ry. ILO- sopimuksen ratifointivaatimuksiin Suomessa liittyviä näkökohtia, separatismien varjossa, sopua etsien. Blogissa: *Pääministeri Sipilälle vakavaa postia Inarista*. Veikko Väänänen, 16.5.2016. [http://veikkovaananen.blogspot.fi/2016\\_05\\_01\\_archive.html](http://veikkovaananen.blogspot.fi/2016_05_01_archive.html) (haettu 21.12.2016).

Kontula, Anna. Facebook-julkaisu 7.3.2015 <https://www.facebook.com/anna.kontula.1/posts/10153199181273701> (haettu 21.12.2016).

Maijala, Eeva-Maria. Kirjoitin metsälappalaisuudesta kirjan "Kemin-Lappi elää!". 1.12.2016. <http://www.eeva-mariamaijala.fi/blogi/2016/12/01/14273> (haettu 21.12.2016).

Meciroidbäst. *Metsän reunasta alkaa hakkuuaukio: Alkuperäiskansaintiteetin rajanvedon politiikkaa Suomessa*. 18.2.2015. <https://meciroidbast.wordpress.com/2015/02/18/metsan-reunasta-alkaa-hakkuuaukio-alkuperäiskansaintiteetin-rajanyvedon-politiikkaa-suomessa/> (haettu 21.12.2016).

Saamelaisneuvosto. <http://www.saamicouncil.net/fi/> (haettu 21.12.2016).

Sarivaara, Erika Katjaana. *Salla-päivä juhlapuhe* 19.7.2012/FT Erika Sarivaara, *Statuksettomat metsäsaamelaiset*. [http://www.sallawiki.fi/wiki/Juhlapuheet#Salla-p.C3.A4iv.C3.A4\\_19.7.2012\\_juhlapuhe.2FFT\\_Erika\\_Sarivaara.2C\\_Statuksettomat\\_mets.C3.A4saamelaiset](http://www.sallawiki.fi/wiki/Juhlapuheet#Salla-p.C3.A4iv.C3.A4_19.7.2012_juhlapuhe.2FFT_Erika_Sarivaara.2C_Statuksettomat_mets.C3.A4saamelaiset) (haettu 21.12.2016).

Seurujärvi-Kari, Irja. Saamelaismääritelmä. *Saamelaiskulttuurin ensyklopedia*. [http://senc.hum.helsinki.fi/wiki/Definition\\_of\\_a\\_Saami](http://senc.hum.helsinki.fi/wiki/Definition_of_a_Saami) (haettu 21.12.2016).

Seurujärvi-Kari, Irja. Saamelaisneuvosto. *Saamelaiskulttuurin ensyklopedia*. <http://senc.hum.helsinki.fi/wiki/Saamelaisneuvosto> (haettu 21.12.2016).

VGDS. *Säännöt*. <http://vgdsamit.blogspot.fi/p/saannot.html> (haettu 21.12.2016).

VGDS. *Ari Laakso uudeksi puheenjohtajaksi*. 13.5.2016. <http://vgdsamit.blogspot.fi/2016/05/ari-laakso-uudeksi-puheenjohtajaksi.html> (haettu 21.12.2016).

VGDS. *Short review of the Finnish Sámi political situation 2011-2015: Why is there so much conflict over Sámi identity and belonging in Finland?* 11.3.2015. <http://vgdsamit.blogspot.fi/2015/03/short-review-of-finnish-sami-political.html> (haettu 21.12.2016).

## Kirjallisuus

Enbuske, Matti. *Vanhan Lapin Valtamailla: Asutus Ja Maankäyttö Historiallisen Kemin Lapin Ja Enontekiön Alueella 1500-luvulta 1900-luvun Alkuun*. Helsinki: Suomalaisen kirjallisuuden seura, 2008.

Enbuske, Matti. Saamelaiset Lapin uudisasuttajina. Teoksessa: *Kuka on saamelainen ja mitä on saamelaisuus – identiteetin juurilla*. Toim. Erika Sarivaara, Kaarina Määttä ja Satu Uusi-Autti. Rovaniemi: Lapin yliopistokustannus, 2013.

Hiltunen, Mauno. *Maailma Maailmojen Välissä: Enontekiön Asukkaat, Elinkeinot Ja Maanhallinta 1550-1808*. Helsinki: Oikeusministeriö, 2006.

Hiltunen, Mauno. Alkuperäiskansasta uuslappalaisiin ja kveeneihin: Kamppailu Lapin historian tulkinnoista. *Faravid 36. Pohjois-Suomen historiallisen yhdistyksen vuosikirja*, 279 – 296. Pohjois-Suomen Historiallinen Yhdistys, 2012.

Hänninen, Helena. *Menneisyydestä tulevaisuuteen. Saamelaisten kulttuuri-itsehallintolainsäädännön aiheuttamasta keskustelusta Enontekiöllä*. Helsinki: Helsingin yliopisto, 2003.

Joona, Juha. *Entisiin Tornion Ja Kemin Lapinmaihin Kuuluneiden Alueiden Maa- Ja Vesioikeuksista*. Rovaniemi: Lapin yliopisto, Pohjoisen ympäristö- ja vähemmistöoikeuden instituutti, 2006.

Joona, Juha. Kuka kuuluu alkuperäiskansaansa: Historian vastauksia tämän päivän kysymyksiin. *Lakimies* 111, no. 4: 734-755, 2013a.

Joona, Juha. Suomen metsäsaamelaisten historiasta. Teoksessa: *Kuka on saamelainen ja mitä on saamelaisuus: identiteetin juurilla*. Toim. Erika Sarivaara, Kaarina Määttä ja Satu Uusi-Autti. Rovaniemi: Lapin yliopistokustannus, 2013b.

Joona, Tanja. *ILO Convention 169 in a Nordic Context With Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*. Rovaniemi: Lapin yliopistokustannus, 2012.

Joona Tanja ja Juha Joona. The Historical Basis of Saami Land Rights in Finland and the Application of ILO Convention 169. Teoksessa: *ILO Convention 169 in a Nordic Context With Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*. Tanja Joona. Rovaniemi: Lapin yliopistokustannus, 2012

Junka-Aikio, Laura. Can the Sámi Speak Now. *Cultural Studies*, 11/2014.

Korpijaakko, Kaisa. *Saamelaisten Oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa: Oikeushistoriallinen Tutkimus Länsi-Pohjan Lapin Maankäyttöoloista Ja -oikeuksista Ennen 1700-luvun Puoliväliä*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1989.

Korpijaakko-Labba, Kaisa. *Saamelaisten Oikeusasemasta Suomessa: Kehityksen Pääpiirteet Ruotsin Vallan Lopulta Itsenäisyyden Ajan Alkuun*. Kautokeino: Sámi instituutta, 2000.

Lehtola, Veli-Pekka. *Nickul: Rauhan Mies, Rauhan Kansa*. Inari: Kustannus-Puntsi, 2000.

Lehtola, Veli-Pekka. Saame-sanat juuria suomalaisessa julkisuudessa. Teoksessa: *Ei Kiveäkään Kääntämättä: Juhlakirja Pentti Koivuselle*. Toim. Janne Ikäheimo ja Sanna Lipponen. Oulu: Pentti Koivusen juhlakirjatoimikunta, 2009.

Lehtola, Veli-Pekka. Porojen kansalaisuus? Suomen ja Norjan kiista rajaseudun poronhoidosta 1852-1936. *Faravid 34. Pohjois-Suomen historiallisen yhdistyksen vuosikirja*. Pohjois-Suomen Historiallinen Yhdistys, 2010.

Lehtola, Veli-Pekka. *Saamelaiset Suomalaiset: Kohtaamisia 1896-1953*. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, 2012.

Lehtola, Veli-Pekka. Rajasulut 1800-luvulla ja saamelaisten historia. Teoksessa: *Ealli Biras. Elävä ympäristö. Saamelainen kulttuuriympäristöohjelma*. Toim. Päivi Magga ja Eija Ojanlatva. Inari: Saamelaismuseosäätiö, 2013.

Lehtola, Veli-Pekka. *Saamelaiskiista. Sortaako Suomi alkuperäiskansaansa?* Helsinki: Intokustannus, 2015.

Linkola, Martti. Saamelaisten paimentolaisporonhoidon vaiheet. *Lappi: 4, Saamelaisten Ja Suomalaisen Maa*. Toim. Martti Linkola. Hämeenlinna: Karisto, 1985.

Minde, Henry. The Destination and the Journey Indigenous Peoples and the United Nations from the 1960s through 1985. Teoksessa: *Indigenous Peoples: Self-determination, Knowledge, Indigeneity*. Toim. Henry Minde. Delft: Eburon, 2008.

Nahkiaisoja, Tarja. *Asutus ja maankäyttö Inarissa ja Utsjoella 1700-luvun puolivälistä vuoteen 1925*. Helsinki: Oikeusministeriö, 2006.

Nahkiaisoja, Tarja. *Saamelaiden Maat Ja Vedet Kruunun Uudistiloiksi: Asutus Ja Maankäyttö Inarissa Ja Utsjoella Vuosina 1749–1925*. Oulu: Oulun yliopisto, 2016.

Nyyssönen, Jukka. De finska samernas etnopolitiska mobilisering inom statliga kramar. Teoksessa: *Fredens konsekvenser: samhällsförändringar i norr efter 1809*. Toim. Lars Elenius, Patrick Lantto ja Matti Enbuske. Luleå: Luleå tekniska universitet, 2009.

Pasanen, Annika. *Kuávsui já peeivičuová. 'Sarastus ja päivänvalo': Inarinsaamen kielen revitalisaatio*. Helsinki: Helsingin yliopisto, 2015.

Pääkkönen, Erkki. *Saamelainen etnisyyden ja pohjoinen paikallisuus. Saamelaiden etninen mobilisaatio ja paikallisperustainen vastaliike*. Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2008.

Rantala, Leif. *Historiikki. Saamelaisneuvosto 50 vuotta. 18. Saamelaiskonferenssi 7.-9.10.2004*. 2004.

Saarinen, Heli. Näkymättömät metsäsaamelaiset. Teoksessa: *Kuka on saamelainen ja mitä on saamelaisuus – identiteetin juurilla*. Toim. Erika Sarivaara, Kaarina Määttä ja Satu Uusi-Autti. Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2013.

Sammallahti, Pekka. Saamelaiden asutushistorian vaiheista. Saamen maa ja saamen kieli. Teoksessa: *Ealli Biras. Elävä ympäristö. Saamelainen kulttuuriympäristöohjelma*. Toim. Päivi Magga ja Eija Ojanlatva. Inari: Saamelaismuseosäätiö, 2013b.

Sarivaara, Erika Katjaana. *Statuksettomat Saamelaiset: Paikantumisia Saamelaisuuden Rajoilla*. Guovdageaidnu: Sámi allaskuvla, 2012.

Sarivaara, Erika, Katariina Määttä ja Satu Uusi-Autti, Statuksettomat saamelaiset. Teoksessa: *Kuka on saamelainen ja mitä on saamelaisuus – identiteetin juurilla*. Toim. Erika Sarivaara, Kaarina Määttä ja Satu Uusi-Autti. Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2013.

Seurujärvi-Kari, Irja. *Ale Jaskkot Eatnigiella: Alkuperäiskansaliikkeen Ja Saamen Kielen Merkitys Saamelaiden Identiteetille*. Helsinki: Helsingin yliopisto, 2012.

Tuulentie, Seija. *Meidän vähemmistömmä. Valtaväestön retoriikat saamelaiden oikeuksista käydyissä keskusteluissa*. Helsinki: SKS, 2001.

Vahtola, Jouko, Matti Enbuske, Mauno Hiltunen, Juha Joonas, and Tarja Nahkiaisoja. *Lapinmaan Maa-keudet: Yhteenveto Ja Tiivistelmä Lapinmaan Maa-keudet -tutkimuksesta*. Helsinki: Oikeusministeriö, 2006.

Valkonen, Sanna. *Poliittinen saamelaisuus*. Tampere: Vastapaino, 2009.

# 5. ASSESSMENT ON RECENT DEVELOPMENTS REGARDING INDIGENOUS PEOPLES' LEGAL STATUS AND RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: With Special Focus on Free, Prior and Informed Consent

Leena Heinämäki and Stefan Kirchner

## 1. Introduction

Reflecting the past decade's developments in international law, it becomes obvious that at least in international level, a paradigm shift in the status of Indigenous peoples has emerged, and is currently evolving. From the early standpoint in the modern human rights law of seeing Indigenous peoples as passive objectives of protection, mainly seeking to guarantee their equal enjoyment of human rights, and from a cautious recognition of their unique culture, many important steps have been taken towards guaranteeing their authoritative position and effective participation in the matters that are significant for Indigenous peoples to preserve their unique cultures and ways of life. A clear shift has occurred from viewing Indigenous issues as a part of the minority protection and general non-discrimination approach towards the recognition Indigenous communities as peoples with distinguished rights. Both human rights monitoring bodies and biodiversity protection regimes recognise a special status for Indigenous peoples due to their connection to lands, nature and natural resources. Specifically, this has happened in relation to the protection of the lands of Indigenous peoples, which has opened up recognition of fundamental rights, such as rights to self-determination and a right to be consulted and give or withhold their consent. International standards are celebrating a beginning of a new era in state-Indigenous relations, which is currently in a process to be implemented in many levels of the national legal systems.<sup>1</sup>

This chapter is dedicated to analyse particularly Indigenous peoples' free, prior and informed consent (FPIC) in the light of many important developments that have encouraged states, step by step, to accept that Indigenous peoples cannot be seen merely as objects of protection but shall be recognised as serious actors - as 'partners' with and within nation states. This legal analysis is done with the aim at providing an assessment of current international legal standards regarding Indigenous peoples, in particular their rights to culture, land rights in the form of traditional livelihoods and self-determination including their right to effective participation in matters that are important to them.

The analysis aims at providing updated information for Finnish decision-makers in implementing international law in relation to the Sámi People. The legal assessment of land rights provisions of ILO Convention No. 169 on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples<sup>2</sup>, reflected via land rights of UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)<sup>3</sup>, and the case law related to the mentioned instruments in the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) is done separately in chapter 6.

<sup>1</sup> Some general parts of this chapter dwells on the research already done by Heinämäki on FPIC, namely Heinämäki, L., 'The Rapidly Evolving International Status of Indigenous Peoples: The Example of the Sami People in Finland', Allard, C. and Funderud Skogvang, S. (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia, Autonomous Sami Law* (Farnham: Ashgate 2015) 189; Heinämäki, L., 'Global Context – Arctic Importance: Free, Prior and Informed Consent, a New Paradigm in International Law Related to Indigenous Peoples', Herrmann, T. M. and Thibault, M. (eds.), *Indigenous Peoples' Governance of Land and Protected Territories in the Arctic* (Cham: Springer 2016) 209. This study is, however, extensively broadened and updated with recent practice of international monitoring bodies and other agencies, including a thorough study on the recognition of FPIC by the Inter-American Court of Human Rights as well as the analysis on the political and legal implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

<sup>2</sup> International Labour Organization (ILO) Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991, 28 *International Legal Materials* (1989) 1382.

<sup>3</sup> The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 7 September 2007, Sixty-first Session, A/61/L.67.



## 2. Milestones Towards Legal Subjectivity of Indigenous Peoples in International Law

Between the 16th and the 19th century,<sup>4</sup> nomadic peoples were essentially 'degraded' "from the status of subjects of Public International Law to that of objects of the internal law of states".<sup>5</sup> Out of this approach developed the idea that all other socio-political groupings are merely 'objects' of international law. Accordingly, because states are the only players in this paradigm, only they can create international norms.<sup>6</sup> Within this state-centred approach to international law, matters concerning Indigenous peoples fall within the domestic issues of the states in which the Indigenous peoples live.<sup>7</sup>

Only in the late 20th century did the position of Indigenous peoples improve again and they even played an active role in the creation of new norms of international law concerning Indigenous rights.<sup>8</sup> On the international level, Indigenous peoples' rights have taken large steps forward since the 1970s.<sup>9</sup> To a large degree, this happened because Indigenous peoples brought their claims to the international stage after having been not only let down but rather systematically discriminated by nation states.<sup>10</sup> In the last quarter of the 20th century,<sup>11</sup> international law therefore emerged as a tool for the protection of Indigenous rights against the state. While the use of international law does not mean the full return of Indigenous peoples to the sovereignty they in many cases enjoyed prior to colonisation, it has significantly changed the understanding of Indigenous rights. It became recognised that despite of colonisation, assimilation, and similar policies, Indigenous peoples had largely managed to preserve their distinct societies, cultures, and traditional ways of life, which are deeply rooted in their ancestral lands. This characteristic, warranted the formulation of an Indigenous rights discourse that specifically targets Indigenous peoples but not minorities.<sup>12</sup>

For these reasons, from the very outset the Indigenous rights discourse focused on allowing Indigenous peoples to continue to exist as distinct polities, with particular attention being directed at their land and natural resource rights.<sup>13</sup> This principal position distinguishes Indigenous peoples' rights from those of minority group in a fundamental way. Indigenous rights are primary directed at Indigenous peoples as collectives, although Indigenous individuals are of course beneficiaries of human rights. Minority rights, on the other hand, are rights of individual members of minority groups, not of the group as such.<sup>14</sup>

4 Moretti, M., *International Law and Nomadic People* (Milton Keynes: Author House 2012), Kindle edition, position 252; see also Smith, L. T. *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples* (London: Zed Books 1999, 9<sup>th</sup> imprint 2006) 115; Gilbert, J., *Nomadic Peoples and Human Rights* (London: Routledge 2014).

5 Moretti, M., *International Law and Nomadic People* (Milton Keynes: Author House 2012), Kindle edition, position 252. This "classical" state-centred approach is reflected, for instance, in theories of the 18<sup>th</sup> century Swiss legal theorist Vattel, who supported the idea of a separate body of law concerned exclusively with nation-states and who averred that states are the legitimate "subjects" of international law. See, de Vattel, E., *The Law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns* (from the French of Monsieur de Vattel, from the new edition, by Joseph Chitty, Philadelphia, 1999, 1883) <<http://www.constitution.org/vattel/vattel.htm>>. See generally, Lauterpacht, H., 'The Grotian Tradition in International Law', 23 *British Year Book of International Law* (1946) 29; Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: CUP 2005) 115; Anghie, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge: CUP 2004) 42.

6 Maggio, G., 'Biodiversity', Watters, L., (ed.), *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004) 45. See, generally, Koskenniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (Cambridge: CUP 2002).

7 See Gutiérrez Vega, P., 'The Municipalization of the Legal Status of Indigenous Peoples by Modern (European) International Law', Kuppe, R. and Potz, R. (eds.), *Law and Anthropology*, 12 *International Yearbook for Legal Anthropology* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 17; Åhren, M., 'International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories, An Overview', Henriksen, T. (ed.), 1 *Nordisk Miljörettslig Tidskrift, Nordic Environmental Law Journal Special Issue Extracting Industries in the North: What About Environmental Law and Indigenous Peoples' Law?* (2014) 22.

8 See Anaya, S. J., *Indigenous Peoples and International Law* (New York: Aspen 2009), 17 *et seq.*; Gilbert, J., *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors* (Leiden: Martinus Nijhoff-Brill 2016).

9 Cf. Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 12.

10 Starting in the 1970, Indigenous peoples' representatives began appearing before UN human rights bodies in increasing numbers and with increasing frequency, basing their demands on generally applicable human rights principles. Indigenous peoples have enhanced their access to these bodies as several organisations representative of Indigenous groups have achieved official consultative status with the UN Economic and Social Council, the parent body of the UN human rights apparatus. Indigenous peoples also have invoked procedures within regional human rights bodies, particularly those associated with the Organization of American States. See: Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004) 57.

11 See also Eide, A., 'Rights of Indigenous Peoples, Achievements in International Law during the Last Quarter of a Century', 37 *Netherlands Yearbook of International Law* (2006) 163, 207.

12 Åhren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 84.

13 Keal, P., 'Indigenous Sovereignty', Jacobsen, T., Champford, C. and Thakur, R., (eds.), *Re-envisioning Sovereignty – The End of Westphalia?* (Farnham: Ashgate 2008) 317.

14 Åhren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 84.

As early as 1971, the UN Economic and Social Council (ECOSOC) authored the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to prepare a study on the 'Problem of Discrimination against Indigenous Populations'.<sup>15</sup> The report, conducted by a UN Special Rapporteur *José Martínez Cobo*, rejected the assimilation approach adopted, for instance, the International Labour Organization's (ILO) Convention No. 107 (1957) Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries (ILO 107).<sup>16</sup> The Cobo Report maintains that self-governance is a pre-condition for Indigenous peoples being able to maintain, develop and pass on to future generations their distinct cultural and ethnic identity.<sup>17</sup>

Strongly influenced and inspired by the *Cobo* Report, many important developments took place in UN in relation to Indigenous peoples. In 1982, the Working Group on Indigenous Populations (WGIP) was established by the United Nations Economic and Social Council.<sup>18</sup> Through the process of drafting a declaration on the rights of Indigenous peoples, WGIP engaged states, Indigenous peoples and others in a broad multilateral dialogue on the specific content of norms concerning Indigenous peoples and their rights. This was a very important step historically, since the working group provided an important means for Indigenous peoples to promote, for the first time, their own conceptions of their rights within the international arena, enabling them to make proposals and comments.<sup>19</sup> Eventually all the states of the Western Hemisphere came to participate in the working group discussion on the declaration,<sup>20</sup> which became finally adopted as the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) two decades later in 2007.

These developments have had many profound effects also on the work of the human rights monitoring bodies, culminating in the recent acknowledgment of the legal concept of free, prior and informed consent. When the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>21</sup> was adopted in 1966 (entering into force 1976), the original purpose of its minority Article 27 was not to aiming to create any special rights for Indigenous peoples, but to make sure that minorities were not denied by the states to enjoy their culture in a peaceful way. Despite the negative expression in Article 27 ICCPR: "minorities shall not be denied to enjoy their culture," the UN Human Rights Committee (HRC), the monitoring body of ICCPR, started early on to derive positive obligations from this provision.<sup>22</sup> In its jurisprudence concerning Indigenous peoples, the HRC has emphasised two requirements: consultation and economic sustainability of the protected form of the culture, such as a nature-based livelihoods.<sup>23</sup>

Thus, it is exactly the close connection of Indigenous peoples to the lands and natural resources that has led to quite extensive developments regarding their international status that clearly exceeds the general status of minorities in international law. According to new paradigm, Indigenous peoples can be seen at least as 'semi-subjects' of international law, which do not become parties to international treaties, but, however, enjoy both quite extensive substantive protection, and whose procedural rights, particularly participatory rights, including the right to self-determination, have been developed far beyond the participatory rights of other minorities or a general public.

15 The UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7, Add. 1-4 (1986). The previous documents UN Docs E/CN.4/Sub.2/476/Add. 1-6 (1981), E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add. 1-7 (1982), and E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 1-7 (1983).

16 ILO Convention No 107 Concerning the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, adopted 26 June 1957, entered into force 2 June 1959, 328 UNTS 247.

17 *Cobo Report* Add 4 UN Sales No E.86.XIV.3 (Volume 5: 'Conclusions and Recommendations').

18 Economic and Social Council Resolution 1982/34, <<http://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1982-34.doc>> (all links in this chapter are up to date as of 5 November 2016). The WGIP is an organ of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights.

19 Anaya, J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004) 63-64.

20 *Ibid.*, 64.

21 The International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 14 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 UNTS 302.

22 Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984. UN Human Rights Committee, General Comments No. 23: The Right of Minorities (Art. 27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994, Para 6.1.

23 Human Rights Committee, *I. Länsman et al v. Finland*, Communication No. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994). For the two-part test of consultation and economic sustainability, see Scheinin, M., 'The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous Land and Competing Uses of Land', Orlin, T. S., Rosas, A. and Scheinin, M., (eds.), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach* (Turku/Åbo: Institute for Human Rights, ÅboAkademi University 2000) 159, 168.

The HRC, due to its recognition of an intimate link between Indigenous culture and natural resources, has started to apply Article 1 ICCPR (the right to self-determination of peoples) to Indigenous peoples in its Concluding Observations related to the mandatory reports of the state parties.<sup>24</sup> This shift originally took place already in 1999, as a part of many other developments relating to the rights of Indigenous peoples, as described in this chapter. The recognition of the applicability of the right of self-determination to Indigenous peoples has been followed by other human rights monitoring bodies, such as the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)<sup>25</sup>, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)<sup>26</sup> and the Inter-American Human Rights Court.<sup>27</sup>

During 1960-1970, assimilation policy that prevailed in many countries, with the aim to integrate Indigenous peoples to the mainstream population without recognising their right to specific cultural characteristics, had to make space for demands of Indigenous peoples' movements concerning the right to self-determination, self-government and the positive recognition of their cultural integrity.

ILO 107, which was characterised by a strong integration approach, was replaced by the ILO 169 of 1989, marking a change not only in ILO's approach to Indigenous peoples but also is reflecting the shift in the general attitude towards Indigenous peoples. Although the protection of Indigenous peoples is still the main objective in the later convention, it is based on respect for Indigenous peoples' cultures, their distinct ways of life, and their traditions and customs, and particularly institutions representing them.

ILO 169 contains not merely substantive protection of the cultural integrity of Indigenous peoples but also recognises them as political and legal entities that need to be taken into account in the decision-making in the matters that concern the group.<sup>28</sup> The clear aim of the convention is to establish a frame for the partnership between Indigenous peoples and the state governments. The equal partnership-idea in ILO 169, however, remains short of full recognition because Indigenous peoples themselves were not able to participate in the creation of the Convention. Yet, ILO 169, although ratified only by 22 countries, has played a significant role in the improvement of the international status of Indigenous peoples. ILO 169 is the only international treaty solely concerned with Indigenous peoples. It can be seen significant to the extent that it creates treaty obligations among ratifying states in line with current trends in thinking prompted by Indigenous peoples' demands. The Convention is further meaningful as part of a larger body of developments that can be understood as giving rise to a new customary international law with the same normative thrust.<sup>29</sup>

In 1992, the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) in Rio succeeded to shift the role of Indigenous peoples from the objects of protection to subjects of co-operation. It helped to create an active role for Indigenous peoples by launching the idea of partnership between states and Indigenous peoples in the maintenance of the sustainability and the protection of the world's biodiversity. The term "partnership" was used in Agenda

24 See, e.g., Concluding Observations of the Human Rights Committee on Canada UN Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999); Concluding Observations on Mexico, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999); Norway, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112 (1999); Australia, UN Doc. CCPR/CO/69/AUS (2000); Denmark, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK (2000); Sweden, 2 April 2009, UN Doc. CCPR/CO/74/SWE (2002); Finland, UN Doc. CCPR/CO/82/FIN (2004); Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5 (2005); and the United States, 18 December 2006, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3 (2006); Concluding Observations on the Sixth periodic report of Finland, CCPR/C/FIN/CO/6, 22 August 2013; Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Sweden, CCPR/C/SWE/CO/7, 28 April 2016, paras. 38 *et seq.*

25 See, e.g. CESCR, Concluding Observations on Russian Federation, UN Doc. E/C.12.1/Add.94, 2002, paras. 11 and 39. See also other Concluding Observations of CESCR later in this text.

26 See, e.g., CERD, Concluding Observations on Finland, CERD/C/FIN/CO/20-22, 23 October 2012, para. 12.

27 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of November 28, 2007. IACHR Series C, No. 172; Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Decision of 1 February 2000, Preliminary objections. IACHR Series C, No. 66; Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Sawhoyamaya Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v. Paraguay*, Judgment of 29 March 2006, Merits, reparations and costs. IACHR Series C, No. 146.

28 Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples in the 1990's: From Object to Subject of International Law?', 33 *Harvard Human Rights Journal* (1994), reprinted in Watters, L. (ed.), *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004) 15, 23.

29 Anaya, J., 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issues of What Rights Indigenous Peoples Have in Land and Resources', 22 *Arizona Journal of International & Comparative Law* (2005) 9.

21.<sup>30</sup> Since Agenda 21 was adopted by consensus at the UNCED, states can hardly object to the use of the term 'partnership' in other United Nations contexts.<sup>31</sup> Principle 22 of the Rio Declaration<sup>32</sup> recognises Indigenous peoples as distinct social partners in achieving sustainable development, emphasising the unique value of Indigenous traditional cultures and ways of life.<sup>33</sup> In a similar way, the Convention on Biological Diversity<sup>34</sup> (CBD) creates an active role for Indigenous communities to participate in the maintaining of environmental sustainability. Article 8 (j) is the key provision of the CBD in relation to Indigenous and local communities. It has had a considerable impact on international discussions relating to the status of Indigenous peoples, including the advancement of the FPIC.<sup>35</sup> The CBD furthermore strengthens the recognition of the concept of benefit sharing<sup>36</sup>, which was already acknowledged by ILO 169.<sup>37</sup>

One of the most important milestone in the struggle of Indigenous peoples to gain position within international community has been the establishment of the Permanent Forum on Indigenous Issues within the UN Economic and Social Council, which met for the first time in May 2002.<sup>38</sup> The new body was unique in several ways, perhaps most importantly in the parity of its composition. The Forum is made up of 16 experts, eight nominated by governments and the other eight by Indigenous organisations.<sup>39</sup>

The Permanent Forum indicates the strengthened status of Indigenous peoples in international law. The Forum operates at the highest possible level within the UN system. Its mandate is very broad: in fact, all the mandate areas of ECOSOC itself. It has been estimated that the Forum will provide for a previously lacking holistic approach to Indigenous issues in the UN system, while it seeks to guarantee that all UN bodies, in all their activities, take the particular needs and concerns of Indigenous peoples into account.<sup>40</sup> One of the key targets of the Permanent Forum on Indigenous Issues has been the push for an adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). The UN Declaration was adopted by the UN Human Rights Council on 29 June 2006 and by the UN General Assembly on 13 September 2007.<sup>41</sup>

## 2.1. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Its Core and Legal Relevance

The UNDRIP indicates a historical shift in relation to the legal status of Indigenous peoples in international law. For the first time, Indigenous peoples participated in the drafting process of the actual text with an equal voice with governments.<sup>42</sup> Although the final decision-making was carried out in line with the general practice of international law, recognising only states as parties to the instrument, it can be said that Indigenous peoples, for the very first time in a global

30 UNCED, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, AGENDA 21, <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>, Preamble, part 1.1.

31 *Ibid.*

32 The Rio Declaration on the Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, Annex, Resolution 1, UN Doc. A/Conf.151/26/Rev.1 (vol1), 31 *International Legal Materials* (1992) 874.

33 Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples in the 1990's: From Object to Subject of International Law?', 33 *Harvard Human Rights Journal* (1994), reprinted in Watters, L. (ed.), *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004) 15, 23.

34 Convention on Biological Diversity, adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993, 1760 *United Nations Treaty Series* 79.

35 Stoll, P.-T. and von Hahn, A., 'Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law', Ghana, N. and Xanthaki, A., (eds.), *Minorities, Peoples and Self-determination*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 3, 33. The Nagoya Protocol (to CBD) of 2010 recognises and advances the concept of FPIC of Indigenous peoples: Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, Nagoya, 29 October 2010, <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

36 See Permanent Forum on Indigenous Issues, Sixth session, New York, 14-25 May 2007, Item 4 of the provisional agenda, Report of the international expert group meeting on the international regime on access and benefit-sharing and indigenous peoples' human rights of the Convention on Biological Diversity, E/C.19/2007/8.

37 Article 15 (2) ILO 169.

38 ECOSOC Res. E/RES/2000/22 (July 28, 2000) establishing the Permanent Forum; Report of the First Session of the Permanent Forum on Indigenous Issues, U.N. Doc. E/2002/42/Supp. 43 (*Wilton Littlechild*, Rapporteur).

39 *Ibid.*, para. 25.

40 Magga, O.H., *Presentation by the Chairperson of the Permanent Forum on Indigenous Issues*, The UN Permanent Forum on Indigenous Issues – Ambitions and Limitations, Seminar, 1<sup>st</sup>, 2003, Resource Centre for the Rights of Indigenous Peoples, Guovdageaidnu, <<http://www.galdud.org/web/index.php?artihkkal=39&giella1=eng>>.

41 The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 7 September 2007, Sixty-first Session, A/61/L.67.

42 See Davis, M., 'Indigenous Struggle in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 9 *Melbourne Journal of International Law* (2008) 1-33, 2; see also, generally, Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the Immovable Object and the Irresistible Force', 18 *Human Rights Quarterly* (1996) 782.

context, participated in the making of international law, which had a profound effect towards their legal subjectivity.

This involvement of Indigenous peoples is also associated with a new understanding of Indigenous peoples in international law: “instead of emphasizing non-discrimination and integration, the focus shifted towards self-determination and cultural integrity and towards accepting that Indigenous peoples have their own cultures distinct from the larger political order and are often willing to preserve those. [...] Indigenous peoples, as distinct peoples, are to be self-determining actors or subjects instead of merely object of protection.”<sup>43</sup> This development is reflected in UNDRIP, a document which enjoys widespread support among Indigenous peoples.<sup>44</sup>

During the 25 years of the elaboration of the UNDRIP, the inclusion of the right to self-determination in the text often seemed too ambitious. States were very vocal in their opinions that such a right is only recognised to whole populations of states; and prior practice and the prevailing interpretations were generally not favourable to Indigenous peoples.<sup>45</sup> Although many could see that the recognition of only the internal aspect of self-determination would fall short of both Indigenous peoples’ status and their needs, the compromised solution of international self-determination started gaining more weight in the later stages of the elaboration of the draft. The final version is indeed a huge success for Indigenous peoples and human rights: Article 3 of UNDRIP recognises Indigenous peoples’ full and unqualified right of self-determination, Article 4 of UNDRIP focuses specifically on self-government and autonomy, and Article 46 (1) of UNDRIP repeats the usual caveat of territorial integrity. Hence, Indigenous peoples are accorded an unqualified right to self-determination that does not extend to secession, and focuses on — but is not limited to — self-government. In essence, the extent of their right is no different from that of any other current beneficiary of the right. This is a major step forward: international law and practice have never before agreed to recognise the unqualified right of self-determination to sub-national groups.<sup>46</sup>

It can still be debated whether states are in fact accepting that Indigenous peoples now have an unqualified right to self-determination under UNDRIP, and if they have, what does it mean in practice. International Law Association (ILA) Interim Report on the UN Declaration has elaborated the meaning of Indigenous peoples’ right to self-determination.<sup>47</sup> The ILA notes that, for Indigenous peoples, the “intrinsic value of political participation lies in its ability to give expression to the individual and collective aspects of self-determination.”<sup>48</sup> As noted by ILA, many scholars and government assert that when taken together, Articles 3 and 46 (1) of UNDRIP recognise a right to self-determination for Indigenous peoples that differs from the right to self-determination held by non-self-governing peoples living under colonial domination. According to this view, the UNDRIP confirms that Indigenous peoples have an international legal right to a unique “contemporary”<sup>49</sup> form of self-determination, giving them the right to engage in “belated nation-building”,<sup>50</sup> to negotiate with others within their states, to exercise control over their lands and resources, and to operate autonomously.<sup>51</sup> According to the ILA, rights of autonomy or self-government, thus find expression in participation and/or consultation in state law- and decision-making. In relation to Indigenous peoples, these rights are to be understood in three contexts: 1) Indigenous peoples’ ability to influence law- and decision-making processes of the state; 2) the chance of being involved in the exercise of state’s legislative and administrative

---

43 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 14, footnote omitted.

44 *Ibid.*, 15.

45 Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007) 133.

46 Xanthaki, A., 'Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments', 10 *Melbourne Journal of International Law* (2009) 27, 30

47 International Law Association, *Interim Report: The Right of indigenous peoples at the Hague Conference* (London: ILA 2010) 9-12.

48 *Ibid.*, 12.

49 *Ibid.*, 11.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

functions concerning their internal affairs; 3) acceptance of legitimacy in regulating the lives of communities in accordance with Indigenous laws, traditions and customs.<sup>52</sup>

The right to self-determination, as understood in the UNDRIP, does not seem to give total freedom to determine political status, while strongly protecting the integrity of sovereign states.<sup>53</sup> *Fitzmaurice* states that “the definition of self-determination in the Declaration is considered to be a compromise between the aspirations of indigenous peoples and the reluctance of States to grant a broadly understood right to self-determination.”<sup>54</sup> Thus, according to the UNDRIP, self-determination does not entail the right to secession. On the other hand, the argument can be made that since the UNDRIP now recognises Indigenous peoples as “peoples”, they should, accordingly, enjoy the rights of peoples under international law.<sup>55</sup> In relation to this view, the argument has been raised that although in non-colonial territories the right to self-determination does not amount to the right for a part of the population to secede from existing states, there might be exceptional circumstances in which a group may have a legally and politically tenable right to secession due to their demonstrable inability to achieve the established rights of self-determination guaranteed by law.<sup>56</sup>

For Indigenous peoples, the recognition of UNDRIP of self-determination of the economic, social and cultural development is of a particular significance. The Declaration guarantees the right to self-government in internal and local matters.<sup>57</sup> In addition, effective and meaningful participation – the right to consultation or even FPIC with respect to land and resource use and other important matters, such as true and meaningful participation in the relevant national as well as international decision-making – has a key role to play in the determination of economic, social and cultural development. The right to free, prior and informed consent can be seen as forming an integral part in the implementation of Indigenous peoples’ right to self-determination as discussed in the following chapters.

The legal developments regarding the rights of Indigenous peoples have not stopped in the adoption of the UNDRIP in 2007. Rather, the development of Indigenous rights law through customary international law is an ongoing process. Customary international law is created when the majority of states starts behaving in a certain way (state practice) because they consider themselves legally bound to do so (*opinio juris*) even though there is no international treaty.<sup>58</sup>

The UNDRIP as such is, as other UNGA resolutions, formally not a legally binding instrument. However, this does not mean that many of its provisions would not be reflective or indicative of binding international norms.<sup>59</sup> Åhren maintains that both in principle and in practice it is

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> As stated by *Daes*, “The principle of self-determination as discussed within the Working Group and as reflected in the draft declaration was used in its internal character, that is short of any implications which might encourage the formation of independent States.” UN Doc. E/CN.4/Sub2AC.4/1992/3 Add. 1 (1992) 5. See Article 46 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which explicitly protects the territorial integrity of states.

<sup>54</sup> See *Fitzmaurice*, M., ‘The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North’, 16 *Journal on Minority and Group Rights* (2009) 67, 151.

<sup>55</sup> See *Koivurova*, T., ‘Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus kansainvälisessä oikeudessa’ [The right of self-determination of indigenous peoples in international law], Aarto, M. and Vartiainen, M. (eds.), *Oikeus kansainvälisessä maailmassa* [Law in a changing world] (Rovaniemi: Edita Publishing Oy, Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta [University of Lapland, Faculty of Law] 2008) 249, 268.

<sup>56</sup> See Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec* (1998) 2 S.C.R. 217, on this case see *Kirchner*, S., ‘Crimea’s Declaration of Independence and the Subsequent Annexation by Russia Under International Law’, 18 *Gonzaga Journal of International Law* (2014), 41; about Indigenous peoples’ right to self-determination, see generally *Anaya*, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP, 2004); *Daes*, E.-I., ‘The Right of Indigenous Peoples to “Self-Determination” in the Contemporary World Order’, *Clark*, D. and *Williamson*, R. (eds.), *Self-Determination: International Perspectives* (Houndmills: MacMillan Press 1996) 47; *Davis*, M., ‘Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, (2008) 9 *Melbourne Journal of International Law* 1; *Koivurova*, T., ‘From high hopes to disillusionment: Indigenous peoples’ struggle to (re)gain their right to self-determination’ (2008) 15 *International Journal on Minority and Group Rights* 1; *Koivurova*, T., ‘Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus kansainvälisessä oikeudessa’ [The right of self-determination of indigenous peoples in international law], Aarto, M. and Vartiainen, M. (eds.), *Oikeus kansainvälisessä maailmassa* [Law in a changing world] (Rovaniemi: Edita Publishing Oy, Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta (Faculty of Law at the University of Lapland) 2008) 249; *Vars*, L. S., *The Sámi People’s Right to Self-determination* (Tromsø: University of Tromsø 2009); *Alfredsson*, G. S., ‘The Greenlanders and their human rights choices’, *Bergsmo*, M. (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Down-trodden* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2003) 453; *Alfredsson*, G. S., ‘Minorities, Indigenous and Tribal Peoples, and Peoples: Definitions of Terms as a Matter of International Law’, *Ghanea*, N. and *Xanthaki*, A., (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 163; *Åhren*, M., *The Saami traditional dress and beauty pageants: Indigenous peoples’ rights of ownership and self-determination over their cultures*, Avhandling leverert for graden Philosophiae Doctor i rettsvitenskap (Thesis supplied for the degree of Philosophiae Doctor of Law) (2010) (unpublished).

<sup>57</sup> Article 4 UNDRIP.

<sup>58</sup> See instructively *Thirlway*, H., ‘The Sources of International Law’, *Evans*, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 95, 102.

<sup>59</sup> *Åhren*, M., *The Saami traditional dress and beauty pageants: Indigenous peoples’ rights of ownership and self-determination over their cultures*, Avhandling leverert for graden Philosophiae Doctor i rettsvitenskap (Thesis supplied for the degree of Philosophiae Doctor of Law) (2010) (unpublished) 103.

impossible to draw a strict distinction between hard and soft law.<sup>60</sup> As seen, sources often referred to as soft law create law through interplay with hard law sources and can even on rare occasions create law instantly by themselves.<sup>61</sup> For instance, provisions in UNDRIP can reflect, indeed sometimes essentially clone, formally legally binding treaty provisions. UN declarations interacting with treaties in this manner indicate that the declaration provision reflected in the provision is emerging into law.<sup>62</sup> In a similar way, soft law sources are often an important device for attributing meaning to international norms as well as for identifying changes in international law.<sup>63</sup>

It is argued that the strong relationship between the content of the UNDRIP and existing law must be recognised.<sup>64</sup> *Rehman* takes a step further by arguing that many UNDRIP provisions, including those on self-determination, self-government and autonomy, represent customary international law.<sup>65</sup>

It is important to note that when the Declaration format is opted for, there is 'a strong expectation that members of the international community will abide by it.'<sup>66</sup> In this respect, pursuant to Article 38 of UNDRIP, states shall take appropriate measures, including legislative measures, to achieve the end of the Declaration. The use of the mandatory term 'shall' suggests that states, when adopting the Declaration, have undertaken to abide by the UNDRIP.<sup>67</sup> It is being asserted that as UNDRIP was adopted with such an extensive support gives it particular authority.<sup>68</sup> The voting of the Declaration offered states the opportunity to provide their previously lacking explicit response to the question of the legal status of Indigenous peoples in international legal system.<sup>69</sup> The value of the UNDRIP is further increased by the fact that the four significant countries, (Australia, Canada, New Zealand and the United States) which originally rejected UNDRIP have all later endorsed it.

It has also been asserted that the complexity of the UNDRIP negotiations, which took more than 20 years to complete, indicates that the negotiating states were aware that once adopted, the UNDRIP would be considered to be reflective of customary international law.<sup>70</sup> This view, however, can be challenged as perhaps still an over positive interpretation.<sup>71</sup> What is, however, accurate to say is that most of the states, including Finland, in several governmental bills, for instance, as articulated in the domestic parts of this report, view UNDRIP as reflecting the current principles and normative framework regarding Indigenous peoples' rights. Also, it should be noted that Finland, for instance, in the analysis of the provisions of the Draft Nordic Sámi Convention, reflected them against the provisions of the UNDRIP.<sup>72</sup> The significant legal impacts which UNDRIP already have had support the argument that if UNDRIP does not already reflect the current international customary law, it is rapidly moving to that direction.

---

60 *Ibid.*, 71.

61 Boyle, A. and Chinkin, C., *The Making of International Law* (Oxford: OUP 2007) 220.

62 *Ibid.*, 213.

63 *Ibid.*, 12.

64 Barelli, M., 'The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 58 *International and Comparative Law Quarterly* (2009) 966.

65 Rehman, J., 'Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US "War on Terror" and Jihad of Osama Bin Laden', Allen, S. and Xanthaki, A., (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 561.

66 See UN Doc E/CN.4/832/Rev 1 105, April 26, 1962. See an analysis by Ahren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 103.

67 *Ibid.*, 9-10.

68 Fromherz, C., 'Indigenous Peoples Courts: Egalitarian Juridical Pluralism, Self-Determination, and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 156 *University of Pennsylvania Law Review* (2008) 1344. The Declaration was adopted with 143 votes in favour, 4 against, 11 abstentions, and 34 UN member states being absent. See UNGA Resolution 61/295.

69 See Wiessner, S., 'Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime', 15 *UCLA Journal of International & Foreign Affairs* (2010) 239, 252; Barelli, M., 'The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 58 *International and Comparative Law Quarterly* (2009) 969.

70 Voyakis, E., 'Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law?', Allen, S. and Xanthaki, A., (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 209, 222 *et seq.*

71 Allen, S., 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project', Allen, S. and Xanthaki, A. (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 229, 254.

72 Luonnos Pohjoismaiseksi Saamelaisoppimukseksi, *Työryhmämietintö* 2009:18, Oikeusministeriö.

Several institutions,<sup>73</sup> including human rights monitoring bodies<sup>74</sup> as well as national courts,<sup>75</sup> have already started to apply UNDRIP as a legal source.<sup>76</sup>

Latest international environmental protocols also refer to UNDRIP.<sup>77</sup> For instance, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) has encouraged states to continue with their efforts to promote and implement the principles of UNDRIP.<sup>78</sup> The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) has used UNDRIP when studying state compliance with the CERD Convention.<sup>79</sup> Many traditional national lawyers are shaking their heads and still arguing that declarations are not legally binding. However, international law, certainly in the field of Indigenous peoples' rights, have shown that so called soft-law instruments can have a profound legal validity, especially when they already at the time of creation, reflect the current legally binding standards and general principles that are already accepted by majority of states. Finland, together with other countries, have affirmed its commitment to implement UNDRIP in national settings in high-level plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples.<sup>80</sup>

Today, Indigenous peoples are working toward implementation of the UNDRIP. Work is currently being done with the UN Permanent Forum on Indigenous Issues to determine how the Declaration should be implemented by the UN and its agencies, and how the Declaration's implementation by member states can be assessed.<sup>81</sup> This work is done together with the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples that was created in 2007 to replace and continue the work of the WGIP.<sup>82</sup>

In conclusion, it can be said that during last decades, Indigenous rights discourse have come to build on two general premises: (i) that Indigenous peoples have the right to make decisions regarding and maintaining their own societies (*i.e.*, the right to self-determination); and (ii) that past and ongoing injustices caused by colonisation of Indigenous peoples' territories shall be rectified (*i.e.*, land and resource rights, viewed through the prism of the right to equality).<sup>83</sup>

Just a few decades ago, the legal subjectivity of Indigenous peoples was still denied.<sup>84</sup> This changed not only with the increasing role of Indigenous peoples in the creation of new norms of international law<sup>85</sup> but also with the creation of an obligatory interaction between states, the

73 See UN Development Group, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues* (1 February 2008). Similarly, the 31 UN specialised agencies that make up the Inter-Agency Support Group to the UN Permanent Forum on Indigenous Issues have announced to advance the spirit and letter of the UNDRIP. See *Statement on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adopted at the Annual Meeting of the Inter-Agency Support Group in September 2007; FAO, *Policy on Indigenous and Tribal Peoples* (2010) 2 and Chapter IV 'Objectives for Engagement with Indigenous Peoples'; UN Global Compact, 'UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; A Business Reference Guide', December 2013; OEA/SerK/XVI, GT/DADIN/doc321/08, 3.

74 See, Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, Judgement of 28 November 2007, IACHR Series C, No. 172; Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.

75 The Supreme Court of Belize also applied the principles of the Declaration as a framework for determining land rights. Shortly after the adoption of the Declaration by the UN General Assembly, the Supreme Court of Belize made a decision relating to the rights of the Maya community to their lands and resources, applying the Declaration: Supreme Court of Belize, *Aurelio Cal v. Attorney-General of Belize Claim 121/2007*, 18 October 2007, <http://www.elaw.org/node/1620>. The Constitutional Court of Colombia applied UNDRIP in its decision T-129 (Constitutional Court of Colombia, Case T-129, Decision of 3 March 2011) in a case concerning the lack of consent by an Indigenous community in connection with road construction and gold mining projects. This case is particularly noteworthy in that the Constitutional Court of Colombia no longer required a large impact by the project, a notion which can be traced by to the Human Rights Committee case of *Lánsman v. Finland*: Human Rights Committee, *I. Lánsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994). See, also examples in Canadian Supreme Court referring to UNDRIP in Chapter 12.

76 Finally, it should be mentioned that Bolivia was the first country to adopt the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples as national law. National Law 3760, which is an exact copy of the UN Declaration, was passed on 7 November 2007.

77 The Cancun Agreements 1/CP.16, Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010, FCCC/CP/2010/7/Add.1, Appendix I, 2. (c).

78 See, e.g., CESCR Concluding Observations, UN Doc. E/C12/NIC/CO/4, para. 35, 28 November 2008.

79 Eg. CERD/C/USA/CO/6, para. 29 (United States); CERD C/FJI/CO/17, para. 13 (Fiji); CERD/C/CAN/CO/18, para. 27 (Canada). Also, the Committee on the Rights of the Child (CRC) has done the same, see e.g. General Comment No 11, CRC/C/GC/11, para. 82; CRC/C/BOL/CO/4, para. 3(c) (Bolivia).

80 Outcome document of the high-level plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples, 25 September 2014, A/RES/69/2.

81 See International expert group meeting on the role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of Article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 14-16 January, New York, United Nations Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, PFII/2009/EGM1/15, <[http://www.un.org/esa/soc-dev/unpfi/documents/EGM\\_Art\\_42\\_FAO.doc](http://www.un.org/esa/soc-dev/unpfi/documents/EGM_Art_42_FAO.doc)> .

82 Human Rights Council Resolution 6/36. Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 6<sup>th</sup> Session, 14/12/2007, A/HRC/RES/6/36. The mandate of the Expert Mechanism is to provide its thematic expertise in the manner and form requested by the Human Rights Council. It will focus mainly on studies and research-based advice.

83 Ahren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 86. See also Burger, J., 'The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: from Advocacy to Implementation', Allen, S. and Xanthaki, A. (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 43.

84 Malanczuk, P., *Akehurst's Introduction to International Law* (London: Routledge 1997, reprint 1998) 108.

85 Cf. Boyle, A. and Chinkin, C., *The Making of International Law* (Oxford: OUP 2007) 48 *et seq.*



key actors in international law,<sup>86</sup> and Indigenous peoples. Today, Indigenous peoples, who once had enjoyed full sovereignty,<sup>87</sup> are at least partial subjects of Public International Law.<sup>88</sup> Today, Indigenous peoples' extended participation rights and legal status have become widely recognised also in international environmental law.<sup>89</sup>

### 3. Assessment of FPIC in International law

The aim of the following sub-chapters is to analyse the current legal and actual status of FPIC viewed through instruments, statements and legal practice of human rights monitoring bodies and other international agencies. This assessment tries to capture the essence of FPIC as well as to articulate the current level of commitment that it creates to states in relation to Indigenous peoples.

#### 3.1. The Justification and Purpose of FPIC

For Indigenous peoples, traditional lands, territories and resources are of existential importance.<sup>90</sup> They have, thus, sought to secure ownership, use and control rights over their ancestral lands and resources. For Indigenous peoples, land and resources are more than mere sources of economic wealth; their ability to reside communally upon their ancestral land and to operate under traditional land tenure systems is inextricably tied to the preservation of their culture and traditional modes of subsistence. Indigenous peoples have been successful in gaining recognition of specific rights to ancestral lands and resources under the international human rights framework. The lands and resource rights of Indigenous peoples are partly grounded on the rights to self-determination, cultural integrity, and property.<sup>91</sup>

The need for positive action by the state to protect Indigenous rights is particularly relevant when it comes to cultural rights of Indigenous peoples.<sup>92</sup> This was also confirmed by the UN Human Rights Committee in *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* in 2000.<sup>93</sup> From the perspective of Indigenous rights, "FPIC processes may be seen as an important tool to accomplish more equal and inclusive decision-making"<sup>94</sup> in that FPIC allows Indigenous peoples' voices to be heard, even if they constitute a minority which otherwise cannot compete with the majority in a democratic society dominated by non-Indigenous persons and interests.

86 Cassese, A., *International Law* (Oxford: OUP 2001, 3; cf. also Scobbie, I., 'Wicked Heresies or Legitimate Perspectives? Theory and International Law', Evans, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 58, 81.

87 Göcke, K., 'Völkerrechtssubjektivität indigener Völker - Historische Grundlagen und neue Tendenzen in der völkerrechtlichen Praxis', Bäumler, J., Daase, J., Schliemann, C. and Steiger, D. (eds.), *Akteure in Krieg und Frieden* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010) 167, 174.

88 *Ibid.*, 173. For Indigenous peoples' legal status in international law and prior colonization, see, for instance Ahren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016); Wheatley, S., 'Conceptualizing the Authority of the Sovereign State over Indigenous Peoples', 27 *Leiden Journal of International Law* (2014) 371; Christie, G., 'Indigeneity and Sovereignty in Canada's Far North: The Arctic and Inuit Sovereignty', 110 *The South Atlantic Quarterly* (2011) 329; Kowalski, T., 'The Forgotten Sovereigns', 36 *Florida State University Law Review* (2009) 765; Daytec, C. L., 'Fraternal Twins with Different Mothers: Explaining Differences between Self-Determination and Self-Government Using the Indian Tribal Sovereignty Model as Context', 22 *Minnesota Journal of International Law* (2013) 25; Macklem, P., 'Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples', 45 *Stanford Law Review* (1993) 1311; Heinämäki, L., 'Rethinking the Status of Indigenous Peoples in International Environmental Decision-Making: Pondering the Role of Arctic Indigenous Peoples and the Challenge of Climate Change', Koivurova, T., Keskitalo, E. C. H. and Bankes, N. (eds.), *Climate Governance, Environment and Policy* (Heidelberg: Springer 2009) 225; Koivurova, T., 'Sovereign States and Self-Determining Peoples: Carving Out a Place for Transnational Indigenous Peoples in a World of Sovereign States', 12 *International Community Law Review* (2010) 202; Koivurova, T., 'Redefining Sovereignty and Self-Determination through a Declaration of Sovereignty: The Inuit Way of Defining the Parameters for Future Arctic Governance', Eide, A. / Müller, J. T. / Ziemele, I. (eds.), *Making Peoples Heard - Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2011), 493; Hossain, K., 'Status of Indigenous Peoples in International Law', 5 *Miskolc Journal of International Law* (2008) 24.

89 Lawrence, W., *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004); Heinämäki, L., 'The Right to Be a Part of Nature: Greening Human Rights via Strengthening Indigenous Peoples', 4 *Yearbook of Polar Law* (2012) 415; Hitchcock, R. K., 'International Human Rights, the Environment, and indigenous peoples', 1 *Colorado Journal on International Environmental Law and Policy* (1994) 1.

90 See Martínez Cobo, J., *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4 Sub.2/1986/7/Add. 4, 28 June 1983, paras. 379 et seq.

91 Miranda Aponte, L., 'Introduction to indigenous peoples' status and rights under international human rights law', Abate, R. S. and Kronk, E. A., *Climate Change and Indigenous Peoples, The Search for Legal Remedies* (Cheltenham: Edward Elgar 2013) 39, 56.

92 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 18.

93 Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

94 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 19.

Traditional lands form a basis for Indigenous peoples' culture throughout the world. In the words of *Kreimer*: "Territorial rights are a central claim for Indigenous Peoples in the world. Those rights are the physical substratum for their ability to survive as peoples, to reproduce their cultures, to maintain and develop their organizations and productive systems."<sup>95</sup> In addition, "indigenous territory" [is] defined as the habitat necessary for their collective life, activities, self-government, and cultural and social reproduction; with the clear understanding that it does not impinge upon the territorial integrity of the State.<sup>96</sup>

Large-scale industrial and other similar projects with significant impacts on the natural environment not only have the capability to damaging Indigenous livelihoods, "in some cases the very survival, both cultural and physical, of indigenous communities as distinct cultural collectives is at stake."<sup>97</sup> This is especially the case for small communities.<sup>98</sup> "Large-scale projects, like mining, logging, or the building of hydroelectric dams can severely affect indigenous peoples' livelihoods, ancestral territories, and their culture."<sup>99</sup> Because of the significant impact such projects can have, Indigenous peoples should have a say in such matters.<sup>100</sup> In a democratic society, in which decisions are made by the majority, the law has to provide procedural and material safeguards which provide minorities (in the wider sense of the term: usually a distinction is made between Indigenous peoples and national and other minorities) with a forum which they can use to defend their rights and interests. In a democratic society, human rights law provides such a tool for the protection of the minority against the majority. In the context of projects which threaten Indigenous peoples, the concept of Free, Prior and Informed Consent allows Indigenous peoples "to participate in, and influence the outcome of, such decisions".<sup>101</sup> The right of a person to be heard before the state takes a measure aimed at that person can be found in administrative laws in countries around the world and across legal cultures. FPIC establishes a similar duty of states on the international level with regard to Indigenous peoples.

"Free, prior and informed consent is seen as an important tool to realise recognition and application of indigenous rights. The purpose of FPIC is to give indigenous communities a stronger voice in the mentioned process and it is rapidly becoming one of the most important concepts in contemporary international law concerning indigenous peoples."<sup>102</sup> More specifically, FPIC has a clear function and cannot be understood as a standalone concept. From the perspective of national law, FPIC is part of the decision-making process concerning proposed projects which can affect Indigenous communities. From the perspective of international law, "FPIC is embedded in the framework of self-determination and the right to effective participation. In contemporary international law and studies the importance of effective participation and FPIC is highlighted in relation to the implementation of the set standards. An intercultural dialogue is needed in which indigenous peoples enjoy a large degree of discursive control. When they are in a non-dominated position co-responsible decision-making will be possible. Fair representation and standards that guarantee that successful communicative transactions are essential in any FPIC process."<sup>103</sup>

Today, Indigenous peoples in many places of the world are trying to renegotiate their relations with states and with new private sector operations seeking access to the resources on their lands.<sup>104</sup> They are asserting their right to FPIC as exercised through their representative institutions in dealing with the many parties interested in their traditional territories. Indigenous

---

95 Kreimer, O., *Report of the Rapporteur, Meeting of the Working Group on the Fifth Section of the Draft Declaration with special emphasis on "Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories"*, OAS Doc. No. GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1, 20 February 2003, 1.

96 *Ibid.*, 3.

97 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 11.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*, 397.

103 *Ibid.*, 407, italics omitted.

104 U.N. Commission on Human rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 2005 (14 July 2005), 4.

peoples are seeking support from international human rights bodies to find new ways of being recognised by international and national laws and systems of decision-making with the recognition of their autonomy and their own values.<sup>105</sup>

In its Final Report (2011) of a study on Indigenous peoples' right to participate in decision-making, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (EMRIP) identified component for good practice. Indigenous peoples' involvement in designing processes, as well as their agreement to them, were identified as the most significant indicator of good practice. Other indicators included the extent to which the practice "allows and enhances indigenous peoples' participation in decision-making; allows indigenous peoples to influence the outcome of decisions that affect them; realizes indigenous peoples' self-determination; includes, as appropriate, robust consultation procedures and/or processes to seek indigenous peoples' free, prior and informed consent."<sup>106</sup>

Nowadays, FPIC has become also as a tool for a more effective decision-making. When the communities agree, different land-use projects go simple smoother: The World Bank Group put it this way: "Whether it is entrenched in law and regulations or the result of de facto demands of the affected indigenous peoples, FPIC is a necessary feature of successful decision making."<sup>107</sup> On 4 August 2016, the World Bank's Board of Executive Directors approved a new Environmental and Social Framework that expands protections for people and the environment in Bank-financed investment projects.<sup>108</sup> The Free, Prior, Informed Consent provision, which was already a major step forward from the Bank's prior position of Free, Prior, Informed Consultation, has been strengthened to require the World Bank to document that consent has been obtained. If this can't be shown, the World Bank will not proceed with the aspects of the project relevant to Indigenous Peoples.<sup>109</sup> A number of international financial institutions have recently, or are in the process of, updating their standards and safeguard policies to reflect the evolutions in the recognition of Indigenous peoples' rights within the international human rights regime, particularly endorsing FPIC.<sup>110</sup>

### 3.2. Concept and Elements of FPIC

The right to free, prior and informed consent in relation to resource extraction and other development projects within the territories traditionally occupied and used by Indigenous peoples is currently a very topical issue internationally, regionally and domestically. As maintained by the study of the Commission on Human Rights, discussion and standard settings over this topic cover a wide range of bodies and sectors ranging from the safeguard policies of the multilateral development banks and international financial institutions; practices of extractive industries; water and energy development; natural resources management; access to genetic resources

<sup>105</sup> See Colchester, M. and Mackay, F., *In Search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent*. Forest Peoples Programme, 2004, <<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/08/fpicpsaug04eng.pdf>>.

<sup>106</sup> Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, Human Rights Council, Eighteenth session, Agenda item 5, 17 August 2011, 4.

<sup>107</sup> Greenspan, E., *Why should the World Bank support Free, Prior and Informed Consent? Their report explains..* Oxfam, 19 February 2016, <<http://politicspoverty.oxfamamerica.org/2016/02/why-should-the-world-bank-support-free-prior-and-informed-consent-their-report-explains/>>.

<sup>108</sup> The World Bank, *Review and Update of the World Bank Safeguard Policies* (2016), <<http://consultations.worldbank.org/consultation/review-and-update-world-bank-safeguard-policies/>>.

<sup>109</sup> The World Bank, *World Bank Board Committee Authorizes Release of Revised Draft Environmental and Social Framework*, 4 August 2015, <<http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/08/04/world-bank-board-committee-authorizes-release-of-revised-draft-environmental-and-social-framework>>.

<sup>110</sup> European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) *Environmental and Social Policy* issued May 2008 available at <<http://www.ebrd.com/about/policies/enviro/policy/2008policy.pdf>>. There appears to be some ambiguity in the EBRD definition of consent with a footnote in the policy linking it to involvement in, rather than authorisation of, a project, it states 'Consent refers to the process whereby the affected community of Indigenous Peoples, arrive at a decision, in accordance with their cultural traditions, customs and practices as to whether to become involved in the proposed project'; Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development Inter-American Development Bank Washington, D.C. Sustainable Development Department Sector Policy and Strategy Series OP-765 July 2006, 5; IFC Performance Standard No 7, World Bank Operational Policy on Indigenous Peoples No. 4.1; Office of the Compliance Advisor/Ombudsman (CAO) IFC and MIGA, World Bank Group Advisory Note 'IFC's Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability and Disclosure Policy, Commentary on IFC's Progress Report on the First 18 Months of Application', 17 December 2007; Asian Development Bank, *The Safeguard Policy Statement (Second Draft)* October 2008, 11, 19. See, an analysis Doyle, C., *Free Prior Informed Consent (FPIC) – a universal norm and framework for consultation and benefit sharing in relation to indigenous peoples and Extractive sector*, Paper prepared for OHCHR Workshop on Extractive Industries, Indigenous Peoples and Human Rights, Moscow, 3-4 December 2008.

and associated traditional knowledge and benefit-sharing arrangements; scientific and medical research; and Indigenous cultural heritage.<sup>111</sup>

On a basic level, the concept of FPIC is contained within its phrasing: it is the right of Indigenous peoples to make free and informed choices about the development of their culture, lands and resources.<sup>112</sup> The basic idea of FPIC is to make sure that Indigenous peoples are not forced or threatened, and that their consent is asked and freely given prior to the authorisation or beginning of any activities that take place in their traditional lands and which could have negative impacts on them. Ultimately, the principle of FPIC signifies that the choices of Indigenous peoples to give or withhold consent are respected.<sup>113</sup>

In relation to development projects affecting Indigenous peoples' lands and natural resources, the respect for the principle of FPIC is important so that: 1) Indigenous peoples are not coerced, pressured or intimidated in their choices of development; 2) their consent is sought and freely given prior to the authorisation and start of development activities; 3) Indigenous peoples have full information about the scope and impacts of the proposed development activities on their lands, resources and well-being; 4) their choice to give or withhold consent over developments affecting them is respected and upheld.<sup>114</sup>

In a more detailed manner, the different elements of FPIC have been defined by the Permanent Forum on Indigenous Issues Workshop on Methodologies:<sup>115</sup>

- “free” requires the absence of pressure, but also truthfulness, *i.e.*, “no coercion, intimidation or manipulation”,<sup>116</sup>
- “prior” requires that the authorities have interacted with the Indigenous community in question in a timely manner, meaning “that consent has been sought sufficiently in advance of any authorization or commencement of activities”,<sup>117</sup> which means that the FPIC process has to be part of any administrative decision-making process before any permits are issued. In doing so, the state may not use its own experience in decision-making as a guide but has to take into account the “time requirements of indigenous consultation/consensus processes”,<sup>118</sup> which also requires a time budget the involvement of Indigenous peoples, including their decision-making process, informing local communities *etc.*<sup>119</sup>
- “informed” means that the Indigenous community has to be provided specific types of information, including “reasons”,<sup>120</sup> effects (“nature, size, pace, reversability and scope of any proposed project of activity”<sup>121</sup>) including location<sup>122</sup> and “duration”<sup>123</sup> as well as “[a] preliminary assessment of the likely economic, social, cultural and environmental impact, including potential risks and fair and equitable benefit-sharing in a context that respects the precautionary principle”<sup>124</sup> as well as potentially involved persons and groups<sup>125</sup> as well as potential procedures.<sup>126</sup>

111 U.N. Commission on Human Rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 2005 (14 July 2005), 3 (prepared by Motoc, A.-I. and the Tebtebba Foundation).

112 Ward, T., ‘The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’, 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54.

113 U.N. Commission on Human Rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 2005 (14 July 2005), 3 (prepared by Motoc, A.-I. and the Tebtebba Foundation).

114 *Ibid.*, 15, para 57.

115 Report of the International Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples, 17 February 2005, E/CN.4/2005/3.

116 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 114, 187 *et seq.*

117 *Ibid.*, 114.

118 *Ibid.*

119 See in more detail *ibid.*, 140 *et seq.*, 188.

120 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 115.

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

123 *Ibid.*

124 *Ibid.*

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*, for more details see *ibid.* 143 *et seq.* and 189 *et seq.*

With regard to the question which information has to be provided, universal rules seem less than helpful: according to *Rombouts*, “it is obviously very difficult to devise a “blanket approach” for informational requirements, since these vary per case and per context [and] the requirements of FPIC should always be tailored to the right or value that is at stake in informed consent processes.”<sup>127</sup> The information provided has to be meaningful in order for the Indigenous community to make an informed decision, this does not necessarily mean to provide large amounts of detailed information.<sup>128</sup> What is required is all the information necessary to make an informed decision. This also requires that Indigenous communities have to have the opportunity to ask for more information, that the state assesses the potential impact of the proposed project — and that the Indigenous community actually gets a chance to assess the impact assessments conducted by the state.

In addition, mechanisms and procedures should be established to verify that free, prior and informed consent has been sought. In order for these mechanisms to function properly, Indigenous peoples must be included in their development. States are to provide effective mechanisms for redress when the free, prior and informed consent of Indigenous peoples has not been sought. This redress may include restitution or compensation. If it is determined that the elements of free, prior and informed consent have not been respected, it may lead to the revocation of consent given. Many avenues are open to states to ensure that Indigenous peoples benefit from the full protection of the principle of free, prior and informed consent, provided that Indigenous peoples are meaningfully engaged in manner that is consistent with their culture and institutions.<sup>129</sup>

### 3.3. FPIC as a Process

FPIC is not a one-directional event but a process<sup>130</sup> in which the state has to act with good faith and with the intention of seeking the consent of the Indigenous community.<sup>131</sup> The absence of consent does not make it impossible to engage in the process but the state has to take the concerns of the Indigenous community into account. There has to be the real, not only theoretical, possibility that a project is stopped, e.g. a permit is denied, based on the input of the Indigenous community during the FPIC process.<sup>132</sup> This in turn requires the domestic legislation which concerns such projects and permits to allow for the possibility of such input and for the possibility to deny a permit based on the wishes of the Indigenous community.

Because the rights of the applicant for a permit (including the rights of legal persons) have to be protected adequately, it has to be ensured that this happens in a non-discriminatory manner. As the Indigenous community is becoming part of the government’s decision-making process, it can be asked if a denial of consent by an Indigenous community leads to a legal obligation of that community to explain why it did not consent. National legislation which implements consultation obligations (assuming such national legislation exists) will have to clarify the relationship between the Indigenous input - which is not binding - and other considerations, such as interna-

---

127 *Ibid.*, 159 *et seq.*

128 *Ibid.*, 160.

129 Asia Pacific Forum / United Nations, Human Rights, Office of the High Commissioner, *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Manual for National Human Rights Institutions* (Sydney/Geneva: APF / UN OHCHR 2013) 38.

130 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.

131 On FPIC in practice see e.g. 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](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.firstpeoples.org/publish/FINALfinal\\_guidebook\\_5.10.12.pdf](http://www.firstpeoples.org/publish/FINALfinal_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.

132 Cf. Ward, T., ‘The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’, 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54, 58.

tional human rights obligations undertaken by the state. If the denial of a permit due to a lack of Indigenous consent would lead to a violation of human rights of an applicant (e.g., if Indigenous consent was denied in a discriminatory manner because of a legally irrelevant characteristic of the applicant), the state would be responsible for such a violation of the rights of the applicant.

It is therefore necessary to understand the FPIC process not only as a part of the interaction with the Indigenous community but to see its place within the overall administrative framework. It is precisely because of the human rights of the applicants that Indigenous peoples cannot have an unlimited and unconditional veto power. There can be instances in which Indigenous communities effectively will enjoy a veto right, *i.e.*, if the Indigenous community, livelihoods and the like would be at stake. From the perspective of the state, such a veto power requires that the rights of the Indigenous community trump the rights of the applicant. The FPIC process serves the state in that it enables the decision-makers on the side of the state to understand the interests of Indigenous communities. The interests of the applicant should become clear from the application. An effective role for FPIC processes therefore requires a functioning domestic legal system. National law therefore has to define the function of the FPIC process in the administrative procedure and has to protect both Indigenous peoples and third parties, such as applicants. Doing so effectively will also require the provision of litigation possibilities for both applicants and Indigenous communities. In addition, the state will have to take into account the rights and interests of other potentially affected parties.

For example in the case of the construction of a road by the state between the village A and the town B which would pass through the land of Indigenous community C and which would facilitate access to health and education services for residents of A in the town of B, not only the interests of the state which wants to construct the road and the community C but also the interests of the residents of A will have to be taken into account — in addition to potential other interests, such as the protection of the environment *etc.*<sup>133</sup> FPIC is an important tool, but it only covers one aspect of the entire topic, *i.e.*, the relation between public authorities and Indigenous peoples.

### 3.4. FPIC in Indigenous Rights Instruments

ILO 169 refers to the right of FPIC in the context of relocation of Indigenous peoples from their land in its Article 16. Article 7 of ILO 169 recognise Indigenous peoples' "right to decide their own priorities for the process of development" and "to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development." In Articles 2, 6 and 15, ILO 169 requires that states fully consult with Indigenous peoples and ensure their informed participation in the context of development, national institutions and programs, and the management of lands and resources. As a general principle, Article 6 requires that consultation must be undertaken in good faith, in a form appropriate to the circumstances and with the objective of achieving consent. It is thus argued that Articles 6 and 7 of the ILO Convention "reflect the spirit of prior informed consent and apply to each provision of ILO 169."<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> This example is based on the proposed Manú Road in Peru, see e.g. Shepard, G. H. Jr., Rummenhoeller, K., Ohl-Schacherer, J., and Yu, D. W., 'Trouble in Paradise: Indigenous Populations, Anthropological Policies, and Biodiversity Conservation in Manu National Park, Peru', 29 *Journal of Sustainable Forestry* (2010) 252-301.

<sup>134</sup> Baluarte, D.C., 'Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America: The Inter-American Rights Regime and ILO Convention 169', 4 *Sustainable Development Law & Policy* (2004) 9, 10.

In applying ILO 169, the ILO has held that consultations must be held when a variety of Indigenous interests are involved, including legislative measures regulating the consultation process itself, constitutional provisions concerning Indigenous peoples, development of lands adjacent to, or in Indigenous territories, to the complete destruction of those lands.<sup>135</sup>

Article 6 of ILO 169 contains a legal basis for a duty to engage in consultation, “in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.”<sup>136</sup> But under Article 6 (2) of ILO 169 “there is neither a right of veto, nor the possibility of carrying out empty consultations, if the Convention is correctly applied. The Convention requires a true dialogue.”<sup>137</sup> Consent is more than consultation but requires “that the indigenous group in question should be able to veto a project that, after a period of discussion, information gathering and consultation, it finds it cannot approve.”<sup>138</sup> FPIC must be based on broad support by the community in question.<sup>139</sup>

FPIC has featured in a number of cases concerning ILO 169. Two cases may serve as examples here because the respective Committees of Experts used the opportunity to clarify what Article 6 of ILO 169 actually requires:

The first example is a 2008 case against Argentina,<sup>140</sup> in which it was clarified that in principle FPIC does not require full consent, *i.e.*, “that Article 6 [ILO 169] does not stipulate that consent must be obtained in order for the consultations to be valid but it does require pursuit of the objective of achieving consent, which means setting in motion a process of dialogue and genuine exchange between the parties to be carried out in good faith.”<sup>141</sup>

In a 2009 case concerning the administration of forests in Brazil,<sup>142</sup> the Committee of Experts provided a description of the idea of Free, Prior and Informed Consent which should serve as a guidance for the implementation of Article 6 of ILO 169:

“In keeping with paragraph 2 of Article 6, consultation must take place in accordance with procedures that are appropriate to the circumstances, through the Indigenous peoples representative institutions, in good faith and with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures. Appropriate procedures are those that create the conditions necessary to reach an agreement or consent concerning the proposed measures. This means that the expression appropriate procedures must be understood in relation to the aims of the consultation. There is no single model of appropriate procedures, which should take into account national circumstances, the circumstances of the Indigenous peoples concerned and the nature of the measures which are the object of the consultation process. As regards the consultation process itself, it should take into account the opinions of the various peoples involved in order to facilitate an exchange of information and ensure that the procedure used is considered

<sup>135</sup> See Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004, Oxford); see Report of the Committee Set up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT), ILO Doc. GB. 282/14/2, 21 November 2001; Report of the Committee Set Up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Union of Workers of the Autonomous University of Mexico (STUNAM) and the Independent Union of Workers of La Jornada (SITRA-JOR). ILO Doc. GB.289/17/3, 19 March 2004; Report of the Committee Set Up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT) and the Colombian Medical Trade Union Association, ILO Doc. GB.282/14/3, 14 November 2001.

<sup>136</sup> Article 6 (2) ILO 169.

<sup>137</sup> Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York: Aspen 2009) 138.

<sup>138</sup> Westra, L., *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples - International and Domestic Legal Perspectives* (Abingdon: Earthscan 2003) 88.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Argentina of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Education Workers Union of Río Negro (UNTER), local section affiliated to the Confederation of Education Workers of Argentina (CTERA), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507187.en:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507187.en:NO)>.

<sup>141</sup> *Ibid.*, para. 81.

<sup>142</sup> Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507317.en:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507317.en:NO)>.

appropriate by all parties. The Committee emphasises this point because the validity of the consultative processes provided for by the Convention, as a mechanism to prevent and resolve conflicts, depends on the creation of fruitful mechanisms for dialogue. The consultation laid down in the Convention is therefore not merely a formal requirement but a genuine instrument for participation.”<sup>143</sup>

Participation rights have been the foundation of the interpretations of ILO 169 by the ILO’s Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) as to how the Convention applies to states.<sup>144</sup> For example, the CEACR, when examining Ecuador’s non-compliance with the Convention, stated that “the spirit of consultation and participation constitutes the cornerstone of ILO Convention No. 169 on which all its provisions are based.”<sup>145</sup> Cases concerning oil exploration concessions in Ecuador, the ILO Committee emphasised Article 6 (2) of ILO 169, which requires that consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures, and with the objective of reaching an agreement with the affected Indigenous peoples. The CEACR stated: “The concept of consulting the indigenous communities that could be affected by the exploration or exploitation of natural resources includes establishing a genuine dialogue between both parties characterised by communication and understanding, mutual respect, good faith and the sincere wish to reach a common accord.”<sup>146</sup> The CEACR has repeatedly called on state parties to respect their obligations to consult with Indigenous peoples prior to exploration and exploitation of natural resources within their traditional territories, and has required on the adoption and implementation of domestic legislation in order to facilitate such consultations.<sup>147</sup>

The UNDRIP explicitly calls for the FPIC of Indigenous peoples according to Article 10 in the case of relocation of Indigenous communities, based on Article 19 when a state is adopting legislative or administrative measures that affect Indigenous peoples, and under Article 29 regarding the disposal of hazardous waste within their territories. In addition, Article 32 requires free and informed consent prior to “the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilisation or exploitation of mineral, water or other resources.”<sup>148</sup>

If one compares the language of Articles 19 and 32, on the one hand, with Articles 10 and 29, on the other, an argument could be made that the first two articles simply contemplate a good faith consultative and cooperative process “in an effort to, but not necessarily” obtain the Indigenous peoples’ consent, while the latter two articles, which don’t articulate any such process, provide for an absolute prohibition on certain activities “unless FPIC has been obtained” (*i.e.*, *veto*).<sup>149</sup>

During the lengthy negotiations of the UNDRIP, participation rights were some of the most contentious in large part because of the ambiguity of the definition.<sup>150</sup> Some Indigenous rights advocates see FPIC as a right to *veto* projects, while others argue that FPIC is not meant to be

---

143 *Ibid.*, para. 42.

144 Ward, T., ‘The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’, 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54, 60.

145 ILO, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), ILO Doc. GB.282/14/2, 14 November 2001.

146 *Ibid.*, para. 38.

147 See CEACR, Individual Observations concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Ecuador, ILO Doc. 062010ECU

169 (2010), para. 4; CEACR, Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Guatemala, ILO Doc.

062006GTM169 (2006), paras. 10, 13 and 15; CEACR, Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)

Mexico, ILO Doc. 062006MEX169 (2006), para. 10.

148 Article 32.

149 Seier, F., ‘Free, Prior and Informed Consent’ under UNDRIP: What Does it Really Mean?, Right 2 Respect, Business and Human Rights Advisors (2011), <<http://www.right2respect.com/2011/06/%E2%80%9Bfree-prior-and-informed-consent%E2%80%99-under-the-un-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-what-does-it-really-mean/>> 1, 2.

150 See Davis, M., ‘Indigenous Struggle in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, 9 *Melbourne Journal of International Law* (2008) 1.



a *veto* right, but rather a way of ensuring that Indigenous peoples meaningfully participate in decisions directly impacting their lands, territories and resources.<sup>151</sup>

While analysing the provisions concerning FPIC in the UNDRIP, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples has distinguished the requirement of FPIC into mandatory and contextual requirement. A mandatory requirement is included in Article 10 of UNDRIP, which prohibits the forcible removal of Indigenous peoples from their lands. Additionally, Article 29 of UNDRIP states that “states shall take effective measures to ensure that no storage or disposal of hazardous materials shall take place in the lands or territories of Indigenous peoples without their free, prior and informed consent.”<sup>152</sup> In other cases, according to the Expert Mechanism, the requirement to obtain FPIC depend on context, including, notably, in relation to the approval of projects affecting Indigenous peoples’ lands, territories and other resources, referring to Article 32 of UNDRIP. In the final report on its study on Indigenous peoples and the right to participate in decision-making, the Expert Mechanism provides further clarification: “The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples requires that the free, prior and informed consent of indigenous peoples be obtained in matters of fundamental importance to their rights, survival, dignity and well-being. In assessing whether a matter is of importance to the indigenous peoples concerned, relevant factors include the perspective and priorities of the indigenous peoples concerned, the nature of the matter or proposed activity and its potential impact on the indigenous peoples concerned, taking into account, inter alia, the cumulative effects of previous encroachments or activities and historical inequities faced by the indigenous peoples concerned.”<sup>153</sup>

The analysis of the Expert Mechanism is supported by both Inter-American Court of Human Rights as well as the UN Human Rights Committee, of which both have recognised, as later discussed, that in the case of significant, large-scale negative impact on the lands and traditional way of life of Indigenous peoples, mere consultation is not enough but the FPIC has to be gained.<sup>154</sup> Therefore, it can be argued that while ILO Convention No. 169 requires ‘the spirit of FPIC’, UNDRIP does in fact require the ‘body of FPIC’, which means that the FPIC needs to be applied in the cases where interference would cause a significant negative impact on the traditional lands and way of life of Indigenous peoples. The International Law Association (ILA) has come to similar conclusions.<sup>155</sup>

It should be noted that FPIC has been one of the major themes in the Draft Nordic Sámi Convention.<sup>156</sup> While writing this chapter, the new text is not available, although the negotiations have just been completed in December 2016. Since the current text is not available for the public, and has changed from the previous one, this study will only shortly mention FPIC formulations in the first official draft. FPIC is closely connected to Article 3 of the draft Convention that recognises that Sámi as a people, has the right of self-determination.<sup>157</sup>

Article 16 of the draft Convention states that, in matters of major importance to the Sámi, negotiations shall be held with Sámi parliaments before decisions in relation to such matters are made by a public authority. These negotiations must take place in advance in order to enable

151 Special Rapporteur James Anaya on the Rights of Indigenous Peoples, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, UN Doc. A/HRC/13/34, 15 July 2009, para. 48.

152 Article 29 UNDRIP.

153 Human Rights Council, *Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/18/42, 17 August 2001, para. 22.

154 See later in this text.

155 International Law Association, *Interim Report: The Rights of indigenous peoples at the Hague Conference* (2010), ILA Report, 24.

156 In November 2002, the governments of Finland, Norway and Sweden – together with their respective Sámi Parliaments – appointed an Expert Group with the task of drafting a Nordic Saami Convention. On 26 October 2005, the Expert Group presented a proposed Convention text, including an extensive commentary, to the three governments and the three Sámi Parliaments, respectively. See generally Koivurova, T., ‘The Draft for a Nordic Saami Convention’, 6 *European Yearbook of Minority Issues* (2006/2007) 103; Koivurova, T., ‘The Draft Nordic Saami Convention: Nations Working Together’, 10 *International Community Law Review* (2008) 279; Fitzmaurice, M., ‘The New Developments Regarding the Saami People of the North’, 16 *Journal on Minority and Group Rights* (2009) 67.

157 For an analysis, see, Heinämäki, L., ‘The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them’, Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention, National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Portland: Hart Publishing 2013) 125.

the Sámi parliaments to have a real influence over the proceedings and outcome. Lastly, states shall not adopt nor permit measures that may significantly damage the basic conditions of Sámi culture, Sámi livelihoods or society, unless consented to by the Sámi parliament concerned.<sup>158</sup>

Article 36 of the Draft Nordic Sámi Convention regulates the right to utilise natural resources. It states that: “before public authorities, based on law, grant a permit for prospecting or extraction of minerals or other sub-surface resources, or make decisions concerning utilisation of other natural resources within such land or water areas that are owned or used by the Sámi, negotiations shall be held with the affected Sámi, as well as with the Sámi Parliament, when the matter is such that it falls within Article 16.”

Additionally, Article 36 of the Draft Nordic Sámi Convention notes: “Permits for prospecting or extraction of natural resources shall not be granted if the activity would make it impossible or substantially more difficult for the Sámi to continue to utilise the areas concerned, and this utilization is essential to the Sámi culture, unless so consented by the Sámi Parliament and the affected Sámi.”

Although Finnish Committee evaluated these provisions in the light of Constitution and other legislation saw problems in these formulations<sup>159</sup>, from the international law perspective, and from the perspective of Constitutional rights of Sámi in Finland,<sup>160</sup> these provisions do not establish anything new as such, but rather codify the existing norms. The prohibition to weaken the culture of Sámi people comes both from Article 27 of the ICCPR and from the Finnish Constitution, as described in other parts of this report. In this light, it is more logical and coherent than anything else to claim that if one substantially makes it more difficult for the Sámi to continue their cultural way of life, the consent of the Sámi parliament and affected Sámi are needed. One could even ask whether even the Sámi parliament or individual members of the Sámi community can consent to projects that significantly harm their culture.

## 3.5. FPIC as Applied by Human Rights Monitoring Bodies

### 3.5.1. UN Human Rights Committee – from mere Consultation to real Consent?

Article 27 of the CCPR can be seen as a basic norm to protect the right to culture of Indigenous peoples. Article 27 of ICCPR protects the enjoyment of Indigenous culture, which is often understood as living in a particular manner, including the use of natural resources.<sup>161</sup> From an Indigenous perspective,<sup>162</sup> due to the close relation with Indigenous culture and traditional territories they inhabit and use for traditional way of life, land rights are cultural rights as well.<sup>163</sup> It should be noted, however, that at present, Article 27 has to be read together with Article 1, which guarantees the right of peoples to self-determination.<sup>164</sup> The UN Human Rights Committee, the monitoring body of the CCPR, has interpreted Article 27 as including the rights of persons, in community with others, to engage in economic and social activities which

<sup>158</sup> Draft Nordic Saami Convention, unofficial English version, <[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami\\_same-konv\\_engelsk.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_same-konv_engelsk.pdf)>, Article 3.

<sup>159</sup> Cf. Heinämäki, L., 'The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention, National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Portland: Hart Publishing 2013) 125, 137-139.

<sup>160</sup> See chapter 2 of this report.

<sup>161</sup> Lenzerini, F., *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford: OUP 2014), 149. See also Anaya, S. J. and Williams, R. A., 'The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System', 14 *Harvard Human Rights Journal* (2001), 80 et seq.; see, generally, Heinämäki, L., 'The Protection of the Environmental Integrity of Indigenous Peoples in Human Rights Law', XVII *Finnish Yearbook of International Law* (2006) 187.

<sup>162</sup> On Indigenous rights and natural resources see e.g. Barker, M., 'Aborigines, natural resources and the law', 15 *University of Western Australia Law Review* (1983) 245-292; Bass, S., Parikh, P. S., Czebiński, R. and Fibney, M., *Prior informed consent and mining Promoting the Sustainable Development of Local Communities* (Washington D.C.: Environmental Law Institute 2004).

<sup>163</sup> Gilbert, J., 'Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land', 18 *Sur Journal* (2013) <[http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18.artigo\\_07.htm](http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18.artigo_07.htm)>.

<sup>164</sup> Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), para. 9.2.

are part of the culture of the community to which they belong.<sup>165</sup> In reaching this conclusion, the Committee recognises that Indigenous peoples' subsistence and other traditional economic and social activities are an integral part of their culture, and interference with those activities can be detrimental to their cultural integrity and survival.<sup>166</sup>

Even though Article 27 of ICCPR primarily sets out the negative obligation of states not to deny members of minorities the right to enjoy their culture, to profess and practise their religion or to use their own language, in the work of the UN Human Rights Committee positive obligations have been derived from the provision. The Committee's General Comment No. 23 (50),<sup>167</sup> adopted in 1994, refers explicitly to this dimension: "Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a 'right' and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party."<sup>168</sup> In July 2000, the Committee added that Article 27 of ICCPR requires states to take the necessary steps to protect the titles and interests of Indigenous persons in their traditional lands and to secure the continuation and sustainability of the traditional economies of Indigenous minorities.<sup>169</sup>

In the land-mark case of the *Lubicon Lake Band v. Canada*<sup>170</sup>, the applicants alleged that the government of the province of Alberta had deprived the Lake Lubicon Indians of their means of subsistence and their right to self-determination by selling oil and gas concessions on their lands. The UN Human Rights Committee found that historical inequities and certain more recent developments, including oil and gas exploration, were threatening the way of life and culture of the Lake Lubicon Band and were thus violating minority rights, contrary to Article 27 of ICCPR.<sup>171</sup> The Committee recognised that the rights protected by Article 27 of ICCPR include the right of persons, in community with others, to engage in economic and social activities which are part of the culture of the community to which they belong. Historical inequities, to which the state party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band and constitute a violation of Article 27 of ICCPR so long as they continue.<sup>172</sup>

As pointed out by Kingsbury, the decision in the *Lubicon Lake Band* case implies that the right of the members of a group to enjoy their culture may be violated if they are allocated neither the land nor control of resource development necessary to pursue economic activities of central importance to their culture, such as hunting or trapping, and that the right to enjoy culture may extend to the maintenance of the group's cohesiveness through the possession of a land base and pursuit of important cultural activities of an economic nature.<sup>173</sup>

However, a great number of other cases brought by members of Indigenous communities have not been successful, because the HRC has found only "a limited impact" on Indigenous traditional way of life of life.<sup>174</sup> The Committee stated in *I. Länsman* case that if mining activities in the Angeli area in the municipality of Inari were to be significantly expanded, then this might constitute a violation of the authors' rights under Article 27 of ICCPR to traditional reindeer herding.<sup>175</sup> Although implying that states have a certain degree of discretion in such cases,<sup>176</sup> the Committee emphasised that the economic well-being of the majority is not a legitimate

<sup>165</sup> Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984.

<sup>166</sup> See also Human Rights Committee, *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988)

<sup>167</sup> Human Rights Committee, *General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art.27)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994.

<sup>168</sup> *Ibid.*, para 6.1.

<sup>169</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Australia*, UN Doc. CCPR/CO/69/AUS (2000), paras 10-11.

<sup>170</sup> Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984.

<sup>171</sup> *Ibid.*, para. 33.

<sup>172</sup> *Ibid.*, paras 32.2 and 33.

<sup>173</sup> See Kingsbury, B., 'Claims by Non-State Groups in International Law', 25 *Cornell International Law Journal* (1992) 481-514.

<sup>174</sup> Human Rights Committee, *I. Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), para. 9.4.

<sup>175</sup> *Ibid.*, para 9.8.

<sup>176</sup> *Ibid.*, para. 7.12.

justification for interfering with the culture of minorities, as the sustainability of the Indigenous livelihood is protected by Article 27 of ICCPR. Article 27 of ICCPR thus prohibits states from endangering the practicing of a traditional livelihood to the extent that it loses its capacity to sustain the members of the Indigenous community.<sup>177</sup>

In *I. Länsman v. Finland*, the Human Rights Committee also referred to its General Comment on Article 27 of ICCPR, according to which measures must be taken to ensure effective participation of members of minority communities in decisions that affect them.<sup>178</sup> The Committee thus applied a two-part test of consultation and economic sustainability. Accordingly, the Committee noted that the members of the Sámi people had been consulted during the proceedings and that the quarrying that had taken place thus far had had only a ‘certain limited impact’, thus it had not adversely affected reindeer herding in the area.<sup>179</sup> This two-part test has become a commonplace in the legal practice of the Committee.<sup>180</sup> In practice, it has been shown to be difficult for the applicants to prove a significant impact. In none of the cases concerning Sámi in Finland, the Human Rights Committee has found a violation of Article 27 of ICCPR. This does not mean, however, that future cases may not be successful from the point of view of the Sámi people, when, for instance, the cumulative impacts together impacted significantly the cultural livelihood, such as reindeer herding or fishing, and they were articulated well in the Committee. It will be seen to which extent the general recent developments in Indigenous rights, such as UNDRIP will influence the practice of the Committee in the future.

In 2009, the HRC made a historical shift by recognising that the mere consultation of the Indigenous community in question may not always satisfy the requirement of Article 27 of ICCPR when the culture and traditional way of life of Indigenous peoples are seriously threatened. Until the case of *Poma Poma v. Peru*,<sup>181</sup> The Human Rights Committee had, in several cases, recognised that Article 27 of ICCPR requires effective participation and consultation of Indigenous peoples in the matters that are significant to them.<sup>182</sup> In the *Poma Poma* case, for the first time, the HRC endorsed the right to FPIC. The case itself concerned a dispute over the exploitation of natural water resources, which caused a direct and negative impact on the Indigenous Aymara peoples’ traditional means of subsistence – the raising of llamas and alpacas on which the Aymara community depended.<sup>183</sup>

The HRC reiterated its earlier view, according to which the admissibility of measures, which *substantially* compromise or interfere with culturally significant economic activities, depends on whether community’s members have had the opportunity to participate in the decision-making process and whether they will continue to benefit from their traditional economy.<sup>184</sup> For the first time, in considering the meaning of the requirement of “effective” participation, the HRC stated that mere consultation is insufficient. Instead, FPIC was required. The HRC considered that “participation in the decision-making process must be effective, which requires not mere

<sup>177</sup> *Ibid.*, paras. 9.5.-9.8.

<sup>178</sup> *Ibid.*, paras 9.5. and 9.6. Human Rights Committee, *General Comment No. 23(50)*, paras 7 and 9.6. The test of effective participation is also reflected in para. 7 of the Committee’s General Comment No. 23(50).

<sup>179</sup> Human Rights Committee, *I. Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), para. 9.6. For the analysis of the two-part test, see Scheinin, M., ‘The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous Land and Competing Uses of Land’, Orlin, T. S., Rosas, A. and Scheinin, M. (eds.), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach* (Turku/Åbo : Institute for Human Rights, Åbo Akademi University 2000) 159, at 168.

<sup>180</sup> Human Rights Committee, *J. Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 671/1995, UN Doc. CCPR/C/58/D/671/1995; A similar case concerning environmental issues and the right to culture of the Sámi people of Finland is Human Rights Committee, *A. Ääreä and J. Näkkäläjärvi v. Finland*, Communication No. 779/1997, UN.Doc. CCPR/C/73/D/779/1997, where the Committee found that the requirements of consultation and sustainability had been met, thus finding no violation (para. 7.5 and 7.6); in Human Rights Committee, *J. and E. Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 1023/2001, U.N.Doc. CCPR/C/83/D/1023/2001 (2005) no violation was found either; see also Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000); Human Rights Committee, *Kalevi Paadar; Eero Paaadar and his family; Veijo Paadar; and Kari Alatorvinen and his family v. Finland*, Communication No. 2102/2011, U.N. Doc. CCPR/C/110/D/2102/2011 (2014).

<sup>181</sup> Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 of 27 March 2009.

<sup>182</sup> See, for instance, Human Rights Committee, *I. Länsman et al v. Finland*, Communication No. 511/1992; Human Rights Committee, *J. Länsman et al v. Finland*, Communication No. 671/1995; Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000); Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984.

<sup>183</sup> Due to the building of wells, water had been diverted from the Peruvian highlands to a coastal city with the result that Aymara community living in the highlands had been deprived of their access to underground springs. The lack of water seriously affected the only means of subsistence of the community. For an analysis of the case, See Göcke, K., ‘The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee, The Concept of Free, Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples’ Rights’, 14 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2010) 337.

<sup>184</sup> Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 of 27 March 2009, para. 7.6.

consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community.”<sup>185</sup> Additionally, according to the Human Rights Committee, “the measures must respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members.”<sup>186</sup> In the present case, as pointed out by the HRC, there had been a complete lack of the consultation.<sup>187</sup>

The HRC concluded, based on the aforementioned facts, added with the fact that in this case the author,<sup>188</sup> Ángela Poma, had been unable to continue benefiting from her traditional economic activity, that the activities carried out by the state party violated the right of the author to enjoy her own culture together with other members of her group, in accordance with Article 27 of ICCPR.<sup>189</sup>

This case shows how the UN Human Rights Committee is ready to expand the interpretation of Article 27 of ICCPR further than before, when the environmental interference on the lands of Indigenous peoples is severe enough, and when the state has not committed to the profound consultation with the Indigenous community. It is important to note the wording of the Human Rights Committee: it does not state that the consent must be only sought but in fact must be obtained. This is a strong statement and indicates that in cases that can have significant effects on the traditional culture of Indigenous peoples, in order to proceed, the consent of the community is needed *de facto*. In viewing the Committee’s comments, one may conclude that it is not so much the substantive protection that added anything new. The denial of the substantial harm had already been there. Indeed, only rarely has the Committee concluded that substantial harm has taken place. For this reason, alone, this case brings an additional weight to the protection of the cultural and natural resource rights of Indigenous peoples under Article 27 of ICCPR. Besides, and more importantly, the Committee expanded the scope of “effective” participation. It is clearly not a co-incidence that this decision was released shortly after the adoption of the UNDRIP, which endorses the concept of FPIC as stated before. Although the lack of a direct reference in the case to the UNDRIP has been criticised,<sup>190</sup> it is evident that the Declaration has played a role in this fundamental shift.<sup>191</sup> This is of particular significance since it shows that the FPIC has made its way not only to regional, but also in universally accepted human rights system.

This can be understood that the Human Rights Committee, similarly to Inter-American Court of Human Rights in relation to right to property,<sup>192</sup> takes into account the established right of Indigenous peoples to self-determination (endorsed explicitly in the UNDRIP) and reads Article 27 of ICCPR in the light of Article 1 of ICCPR (self-determination of peoples), although Article 1 of ICCPR cannot directly be invoked by individual claimants. Already for a quite some time, the Committee has, in Concluding Observations, tied Articles 27 and 1 of ICCPR together. Therefore, it can be argued that it is the established right of Indigenous peoples to self-determination that brings their right to be consulted a step further than before.

Although the HRC applies Article 1 of ICCPR to Indigenous peoples in its state report practice, connecting it to Article 27 of ICCPR, the language concerning the concept of FPIC varies from case to case. Also, it should be noted that some countries that are perhaps especially cautious

---

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*, at para. 7.7.

<sup>188</sup> Because the Human Rights Committee is not an international court in the narrow sense of the term, in the context of cases at the Human Rights Committee the term ‘author’ refers to the person who claims that his or her rights have been violated (equivalent to the terms ‘plaintiff’ or ‘applicant’).

<sup>189</sup> Human Rights Committee, Ángela Poma Poma v. Peru, Communication No. 1457/2006, Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 of 27 March 2009, 7.7.

<sup>190</sup> See Göcke, K., ‘The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee, The Concept of Free, Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples’ Rights’, 14 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2010) 337, 353 *et seq.*

<sup>191</sup> See, an analysis, Heinämäki, L., ‘The Rapidly Evolving International Status of Indigenous Peoples: The Example of the Sami People in Finland’, Allard, C. and Funderud Skogvang, S. (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia, Autonomous Sami Law* (Farnham: Ashgate 2015) 189.

<sup>192</sup> See later this text and the chapters 6 and 13.

to use the language of self-determination, the Committee does not, at least consistently, explicitly refer to Article 1 of ICCPR.<sup>193</sup>

In 2009, the HRC still used the ‘traditional’ consultation language from state parties in relation to the rights of Indigenous peoples, for instance in its Concluding Observations on Australia<sup>194</sup> and Sweden.<sup>195</sup> A year later, however, in its Concluding Observation on El Salvador, the Human Rights Committee, while urging the state party to consider ratifying the ILO convention No. 169, states: “Following consultations with all indigenous peoples, and with their free and informed consent, the State party should include in the next population census questions relating to the identification of indigenous peoples; design and implement public policies to move towards the full realization of their rights; and adopt special measures to address their marginalization. The State party should also, after consultation with all indigenous peoples, adopt measures to revive their languages and cultures.”<sup>196</sup>

In 2011, the HRC noted “with concern that neither the existence of Indigenous peoples in Togo nor their right to free, prior and informed consent is recognized.” It stated furthermore that the state party should take the necessary steps to guarantee the recognition of minorities and Indigenous peoples, and should ensure that Indigenous peoples are able to exercise their right to FPIC.<sup>197</sup>

In 2012, the HRC did not explicitly use the word “consent”, but talks about “free and informed consultation” in its Concluding Observations on Guatemala. It stated:

“The State party should comply with its international commitment to carry out prior and informed consultations with indigenous peoples for all decisions relating to projects that affect their rights, in accordance with article 27 of the Covenant. The State party should also recognize and take due account of all decisions taken by indigenous peoples during such consultations.”<sup>198</sup>

What the HRC clearly indicates, however, is a duty to engage in appropriate negotiation process, recognising and taking “due account” of all decisions taken by Indigenous peoples during such consultations.

In relation to Finland, the following year 2013, the HRC referred to “free, prior and informed participation” and remarked that:

“[w]hile noting that the State party has committed to ratifying the International Labour Organization Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, and established a working group in August 2012 to strengthen the rights of the Sami to participate in decisions on the use of land and waters, the Committee remains concerned that the Sami people lack participation and decision-making powers over matters of fundamental importance to their culture and way of life, including rights to land and resources. The Committee also notes that there may be insufficient understanding or accommodation of the Sami lifestyle by public authorities and that there is a lack of legal clarity on the use of land in areas traditionally inhabited by the Sami people (arts. 1, 26 and 27).”

<sup>193</sup> See, for instance Human Rights Committee, *Concluding Observations on Australia*, 7 May 2009, CCPR/C/AUS/CO/5, Para 13, where the HRC refers to Arts. 2, 25, 26 and 27; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 13 August 2015, CCPR/C/CAN/CO/6, para. 16, Arts. 2 and 27; Human Rights Committee, *Concluding Observations on New Zealand*, 28 April 2016, CCPR/C/NZL/CO/6, para. 45-46, Arts. 2, 26, 27.

<sup>194</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations on Australia*, 7 May 2009, CCPR/C/AUS/CO/5, para. 13, Arts. 2, 25, 26 and 27.

<sup>195</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, 7 May 2009, CCPR/C/SWE/CO/6, para. 20, Arts. 1, 25, and 27.

<sup>196</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations on El Salvador*, 18 November 2010, CCPR/C/SLV/CO/6, para. 18.

<sup>197</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations on Togo*, 18 April 2011, CCPR/C/TGO/CO/4, para. 21.

<sup>198</sup> Human Rights Committee, *Concluding Observations on Guatemala*, 19 April 2012, CCPR/C/GTM/CO/3, para. 27.

It is important to note that the Human Rights Committee explicitly recognises the role of the Sámi representative institutions in decision-making, specifically the Sámi Parliament. The Committee stated that “[t]he State party should advance the implementation of the rights of the Sami by strengthening the decision-making powers of Sami representative institutions, such as the Sami parliament. The State party should increase its efforts to revise its legislation to fully guarantee the rights of the Sami people in their traditional land, ensuring respect for the right of Sami communities to engage in free, prior and informed participation in policy and development processes that affect them. The State party should also take appropriate measures to facilitate, to the extent possible, education in their own language for all Sami children in the territory of the State party.”<sup>199</sup>

Here we can see a good example how traditionally individual-based human rights, such as Article 27 of ICCPR have become to be applied to protect the right of a group – through its representative body. Here, again, Article 27 of ICCPR is read together with Articles 1 (right to self-determination) and 26 of ICCPR (right to equality and non-discrimination). The free, prior and informed consent standard in consultation is therefore grounded by the idea of self-determination and cultural protection that needs an affirmative positive action in order to guarantee the equality of individuals and groups that may be in a disadvantaged position.

In 2014, HRC, in relation to the United States, urged the state party to “ensure that consultations are held with the Indigenous communities that might be adversely affected by the State party’s development projects and exploitation of natural resources *with a view to obtaining their free, prior and informed consent* for proposed project activities.”<sup>200</sup> Slightly with a different language formulation, HRC requested Venezuela in 2015 to “ensure that the necessary prior consultations are held with indigenous peoples *to obtain their free, prior and informed consent* before any measure is adopted or implemented that may substantively compromise their way of life and culture, in particular in relation to projects that may have an impact on their lands and territories and other resources, such as natural resource exploration and/or development projects.”<sup>201</sup> Furthermore, in relation to Canada the HRC held in 2015 that “[t]he State party should consult indigenous people *to a) seek their free, prior and informed consent* whenever legislation and actions impact on their lands and rights; and b) resolve land and resource dispute with indigenous peoples and find ways and means to establish their titles over their lands with respect to their treaty rights.”<sup>202</sup> In the same year the HRC asked the Russian Federation to “ensure that consultations are held with the indigenous communities that might be adversely affected by the State party’s development projects and extractive industries operations, *with a view to obtaining their free, prior and informed consent* for all proposed project activities.”<sup>203</sup>

In 2016, the earlier language of 2009 on “mere consultation” has changed in relation to Sweden. Referring to amendments to the Swedish Constitution wherein Sámi have been explicitly recognised as a people, the HRC has expressed concern about (a) the slow progress in concluding negotiations for the adoption of the Draft Nordic Saami Convention; (b) the limited resources allocated to the Sámi Parliament; (c) the scope of the duty to consult with representatives of the Sámi people in connection with extractive and development projects, including those regulated under, for example, the amended Minerals Act; (d) the difficulties faced by Sámi in securing rights over lands and resources.<sup>204</sup>

The HRC has urged Sweden to “ensure that the Sami Parliament is provided with adequate resources to enable it to fulfil its mandate effectively and to review existing legislation, policies

199 Human Rights Committee, *Concluding Observations on Finland*, 22 August 2013, CCPR/C/FIN/CO/6, para. 16. See also Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/FIN/CO/20-22, 31 August 2012, paras. 11, 13.

200 Human Rights Committee, *Concluding Observations on the United States*, 23 August 2014 CCPR/C/USA/CO/4, para. 25, Art. 27, italics added.

201 Human Rights Committee, *Concluding Observations on Venezuela*, 14 August 2015, CCPR/C/VEN/CO/4, para. 21, Arts 1, 2, 6, 7 and 27, italics added.

202 Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 13 August, 2015, CCPR/C/CAN/CO/6, para. 16, Arts. 2 and 27, italics added.

203 Human Rights Committee, *Concluding Observations on Russia*, 28 August 2015, CCPR/C/RUS/CO/7, para. 24, Arts 2 and 27, italics added.

204 Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, 28 April 2016, CCPR/C/SWE/CO/7, paras 38-39. Arts. 1, 2, 14, 26 and 27.

and practices regulating activities that may have an impact on the rights and interests of the Sami people, including development projects and extractive industries operations, with a view to guaranteeing meaningful consultation with the affected indigenous communities aimed at attempting to obtain their free, prior and informed consent.” Furthermore, the Committee encourages the State party to “initiate, as indicated, the preparatory work towards the ratification of International Labour Organization Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169).”<sup>205</sup> Again, it is important to note that the role of the Sámi Parliament is emphasised. This has to be understood again in the light of Article 1 of the Covenant.

As a conclusion, it can be said that a profound shift has taken in HRC’s approach in Indigenous peoples during the last decade, particularly during past years. UNDRIP that it itself reflects the changed attitudes of governments towards Indigenous peoples, has no doubt played a major role in this shift. Although recognising Indigenous peoples’ self-determination already much before UNDRIP, Indigenous peoples’ participatory rights have been expanded particularly during last years by the endorsement of FPIC.

### 3.5.2. FPIC in the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), which interprets the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>206</sup> (ICESCR), recognises Indigenous peoples’ collective rights to lands and resources through their right to participate in and maintain and develop their cultures.<sup>207</sup> In the context of Indigenous rights, common Article 1 of the two international covenants is particularly relevant, especially paragraphs 1 and 2.<sup>208</sup> The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains other norms of interest for many Indigenous peoples, such as their right to take part in cultural life.<sup>209</sup>

The CESCR has, on a number of occasions, highlighted the need to obtain Indigenous peoples’ consent in relation to resource exploitation in their traditional lands. In 2004, the Committee stated that it was “deeply concerned that natural extracting concessions have been granted to international companies without the full consent of the concerned communities.”<sup>210</sup> In 2007, The Committee has also observed “with regret that traditional lands of Indigenous peoples have been reduced or occupied, *without their consent*, by timber, mining and oil companies, at the expense of the exercise of their culture and the equilibrium of the ecosystem (emphasis added).”<sup>211</sup> It subsequently recommended that the state party ensure the participation of Indigenous peoples in decisions affecting their lives and particularly urged it to consult and seek the consent of the Indigenous peoples concerned prior to the implementation of timber, soil and subsoil mining projects and on any public policy affecting them.<sup>212</sup>

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, see also Human Rights Committee, *Concluding Observations on New Zealand*, 28 April 2016, CCPR/C/NZL/CO/6, para. 45-46, Arts. 2, 26, 27; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Ecuador*, 11 August 2016 CCPR/C/ECU/CO/6, para 35, Art. 27; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Costa Rica*, 21 April 2016, CCPR/C/CRI/CO/6, para. 41, Art. 27. See, also Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 20 April 2016, CCPR/C/CAN/CO/S, para. 22; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Panama*, 17 April 2008, CCPR/C/PAN/CO/3, para. 21; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Nicaragua*, 12 December 2008, CCPR/C/NIC/CO/3, para. 21; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Colombia*, 4 August 2010, CCPR/C/COL/CO, para. 25.

<sup>206</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>>.

<sup>207</sup> Ward, T., ‘The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’, 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54, 57.

<sup>208</sup> Art 1, 1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development; 2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

<sup>209</sup> Article 15 para. 1 lit. a) ICESCR.

<sup>210</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ecuador*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add. 100, para 12.

<sup>211</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.74/E/C.12/1/Add.74, para 12.

<sup>212</sup> *Ibid.*, para. 33.



In the context of the ICESCR it has been noted the occupation of Indigenous lands by wood, mining<sup>213</sup> and oil companies and the negative effects on Indigenous peoples.<sup>214</sup> The aforementioned statement can also be found in observations regarding Colombia which had been made by the Committee already in 2001,<sup>215</sup> indicating that role of FPIC as a legal concept already back then. While in those examples the CESCR made explicit reference to ILO Convention No. 169, FPIC does have a specific legal role in the context of the ICESCR: in observations concerning Ecuador made in 2004,<sup>216</sup> the Committee expressed its concern about the absence of the “full consent”<sup>217</sup> (“*pleno consentimiento*”) of Indigenous peoples<sup>218</sup> - albeit only to make reference to ILO 169 shortly thereafter.<sup>219</sup> Because many Latin American countries, which are home to Indigenous peoples<sup>220</sup> have ratified ILO 169 a long time ago, such overlaps are hardly surprising - but the considerations made by the Committee over many years means the Committee gives legal weight to the concept and has done so already prior to UNDRIP.<sup>221</sup> One important result of the CESCR’s occupation with FPIC in Concluding Observations is that FPIC is not only a legal principle<sup>222</sup> but that it imposes an obligation on states,<sup>223</sup> especially when it comes to the exploitation of natural resources<sup>224</sup> but also e.g. concerning the establishment of game reserves.<sup>225</sup> This obligation can also be positive in nature,<sup>226</sup> requiring the state not only to refrain from violating Indigenous rights but also to take positive action, such as establishing procedures and institutions. The CESCR also has used the opportunity to demand effective implementation of international standards,<sup>227</sup> which requires a systematic approach,<sup>228</sup> and it has spoken out against discrimination of Indigenous peoples.<sup>229</sup> In addition, the CESCR clarified in 2006 that compliance with the ICESCR in such cases (assuming the state in question has also ratified ILO 169) also requires compliance with ILO 169.<sup>230</sup> In such cases, the obligation to engage in FPIC may follow from both the ICESCR and ILO 169.

213 On resource conflicts in Canada see e.g. Peerla, D., *No means no - The Kitchenuhmaykoosib and the Fight for Indigenous Resource Sovereignty* (2012), <<http://ssrn.com/abstract=2189897>>; Harris, D., 'Indigenous Territoriality in Canadian Courts', Walkem, A. and Bruce, H., (eds.), *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35* (Penticton: Theytus Books 2003) 176. On mining in Peru see Sosa Landeo, M., 'La influencia de la gran minería en Cajamarca y Apurímac, Perú: acumulación por despojo y conflictos por el agua', Isch Lopez, E., Boelens, R. and Peña, F., (eds.), *Agua, Injusticia y Conflictos* (Cuzco: Centro Bartolomé de las Casas 2012) 63.

214 Sosa Landeo, M., 'La influencia de la gran minería en Cajamarca y Apurímac, Perú: acumulación por despojo y conflictos por el agua', Isch Lopez, E., Boelens, R. and Peña, F., (eds.), *Agua, Injusticia y Conflictos* (Cuzco: Centro Bartolomé de las Casas 2012) 63, 79.

215 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.74, 6 December 2001; OHCHR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004)*, <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)>, 78, 82.

216 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.100, 7 June 2004; OHCHR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004)*, <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)>, 123 et seq.; in the same Concluding Observations (*ibid.*, para. 12), Ecuador was criticised for having FPIC on paper but failing to implement it properly.

217 *Ibid.*, 125, translation by Kirchner, S.

218 *Ibid.*

219 *Ibid.*, 127.

220 Interestingly, the CESCR also referred to FPIC as a right of local (i.e., not necessarily Indigenous) communities, see Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Mexico*, E/C.12/CO/MEX/4, 17 May 2006, para. 28; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Colombia*, E/C.12/COL/CO/5, 21 May 2010, para. 9.

221 See also Motoc, A.-I., 'Standard-Setting, Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent', Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Working Group on Indigenous Populations, Twenty-third session, 18-22 July 2005, Item 5 (b) of the provisional agenda*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 14 July 2005; Raman, P., 'An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices', Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, *Workshop on Free, Prior, and Informed Consent*, New York, 17-19 January 2005, UN Doc. PFII/2004/WS.2/8; Ward, T., 'The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law', 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011), 54; Gunn, B., *Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - An Introductory Handbook*, (Winnipeg: Indigenous Bar Association / University of Manitoba 2011), 18 et seq.; Anderson, P., *Free, Prior, and Informed Consent in REDD+, Principles and Approaches for Policy and Project Development* (Bangkok: RECOFTC 2011), 16 et seq.

222 The term "principle" was still used in Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 17. The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author* (Article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant) (2005), para. 32.

223 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Brazil*, E/C.12/1/Add.87, 23 May 2003, para. 58; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Argentina*, E/C.12/ARG/CO/3, 14 December 2011, para. 9.

224 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Colombia*, E/C.12/1/Add.74, 30 November 2001, para. 33; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Argentina*, E/C.12/ARG/CO/3, 14 December 2011, para. 9; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, New Zealand*, E/C.12/NZL/CO/3, 31 May 2012, para. 11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Ecuador*, E/C.12/ECU/CO/3, 30 November 2012, para. 9.

225 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Tanzania*, E/C.12/TZA/CO/1-3, 30 November 2012, para. 22.

226 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Philippines*, E/C.12/1/PHL/CO/4, 1 December 2008, para. 6.

227 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Nicaragua*, E/C.12/NIC/CO/4, 28 November 2008, para. 11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Colombia*, E/C.12/COL/CO/5, 21 May 2010, para. 9; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Russian Federation*, C/C.12/RUS/CO/5, 22 May 2011, para. 7.

228 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Peru*, E/C.12/PER/CO/2-4, 30 May 2012, para. 23.

229 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Nicaragua*, E/C.12/NIC/CO/4, 28 November 2008, para. 11.

230 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Mexico*, E/C.12/CO/MEX/4, 17 May 2006, para. 28.

After the adoption of the UNDRIP, the CESCR has further expanded on the right of Indigenous peoples to FPIC in General Comment No. 21.<sup>231</sup> This interpretation of Article 15 of ICESCR, with outlines the right to participate in cultural life, includes the rights of Indigenous peoples to restitution or return of lands, territories and resources traditionally used and enjoyed by Indigenous communities if taken “without the prior and informed consent of the affected peoples.”<sup>232</sup> Furthermore, it calls on state parties to the Convention to “respect the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in all matters covered by their specific rights.”<sup>233</sup>

It should be noted that in some of the recent Concluding Observations, the CESCR, instead of focusing on Article 15 of ICESCR (the right to culture), has invoked Article 1 of ICESCR on the right of peoples to self-determination. It has particularly emphasised the right to own and dispose of natural wealth and resources. In its Concluding Observation on Finland, 2014, the Committee stated that it “regrets the lengthy process in the recognition of the rights of the Saami people to use their land and to pursue their traditional livelihoods within their homeland. The Committee notes the information provided during the dialogue that ongoing negotiations on the question of the Saami people’s right to land would not alter the current private and State party land rights, thus the legal uncertainty of the Saami people’s rights to their ancestral territories would not be resolved.”<sup>234</sup>

The CESCR urges the state party to “strengthen its efforts to adopt the necessary legislative and administrative measures to fully and effectively guarantee the Saami people’s rights to own their land and to freely dispose of their natural wealth and resources and to seek the prior, free and informed consent of the Saami people before granting licences to private companies for economic activities on territories traditionally occupied or used by the Saami communities, ensuring that that licensing agreements with private entities provide for adequate compensation of the affected communities.”<sup>235</sup> The CESCR furthermore encourages Finland to speed up its ratification of ILO 169.<sup>236</sup>

Here it is important to note that while the CESCR applies Article 1 of ICESCR instead of Article 15 of ICESCR, it puts a heavy emphasis on natural resource rights, including the recognition that if licensing agreements with private entities is given, an adequate compensation should be paid to the affected communities.

In 2016, the CESCR expresses its concern in relation to Canada that “the right to free, prior and informed consent of indigenous peoples to any change to their lands and territories is not adequately incorporated in domestic legislation and not consistently applied by the State party.”<sup>237</sup> The Committee recommends that the state party fully recognises the right to free, prior and informed consent of Indigenous peoples in its laws and policies and apply it in practice.<sup>238</sup> In particular, it recommends that the states establish effective mechanisms that enable meaningful participation of Indigenous peoples in decision-making in relation to development projects being carried out on or near their lands or territories. The Committee also recommends that the state party effectively engage Indigenous peoples in the formulation of legislation that affects them.<sup>239</sup>

Significantly, in 2016 Concluding Observations on Canada, the CESCR directly talks about the right to free, prior and informed consent instead of ‘principle’ or ‘concept’ or a ‘process.’ The

231 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 21 Right of everyone to take part in cultural life* (Art. 15, 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N. Doc. E/C.12/GC/21 (21 December 2009).

232 *Ibid.*, para. 36.

233 *Ibid.*, para. 37.

234 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Finland*, E/C.12/FIN/CO/6, 17 December 2014.

235 *Ibid.*

236 *Ibid.*

237 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Canada*, E/C.12/CAN/CO/6 23 March 2016.

238 *Ibid.*

239 *Ibid.*, para. 14. See also Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observation on the fourth periodic report of Paraguay*, E/C.12/PRY/CO/4, 20 March 2015, para. 6.

CESCR also does not seem to distinguish between significant and less significant harm but recommends “the right to FPIC” should be recognised and incorporated in laws and policies.<sup>240</sup> It will be interesting to see whether this strong formulation will continue in other case practice.

### 3.5.3. FPIC in the CERD Committee

There is a vast body of cases concerning FPIC in the Committee on the Elimination of Racial Discrimination<sup>241</sup> (CERD)’s Concluding Observations,<sup>242</sup> confirming the positive obligation of states “to ensure that no decisions directly relating to [indigenous peoples’] rights and interests are taken without their informed consent”.<sup>243</sup>

In its General Recommendation 23, the CERD called on states to “recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources,”<sup>244</sup> in fulfilment of the non-discrimination norm. The CERD further requires states to “ensure that members of 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.”<sup>245</sup>

In many ways, the CERD has confirmed what we have already seen earlier and in doing so has contributed to the emergence of a more coherent right to consultation under customary international law. To give just a few examples from the many in which the CERD has done so: the Committee has clarified, very similar to the decision by the Human Rights Committee’s decision in *Poma Poma v. Peru*,<sup>246</sup> that “merely consulting [indigenous] communities prior to exploiting the [subsoil] resources [of their lands] falls short of meeting the requirements set out in the Committee’s general recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples.”<sup>247</sup> In relation to Canada, the CERD confirmed that the state must “implement in good faith the right to consultation and to free, prior and informed consent of Aboriginal peoples whenever their rights may be affected by projects carried out on their lands, as set forth in international standards and the State party’s legislation.”<sup>248</sup>

In 2012, the CERD approached Finland with the concern that the Sámi Parliament still has very limited decision-making power on issues relating to their cultural autonomy of the Sámi people, including rights relating to land and resources used. The Committee thus recommends that the state party, when revising the Sámi Parliament Act, enhance the decision-making powers of the Sámi Parliament with regard to the cultural autonomy of Sámi, including rights relating to the use of land and resources in areas traditionally inhabited by them.<sup>249</sup> The CERD also expresses its concern that the land rights of the Sámi people have not been satisfactorily settled and that various projects and activities, such as mining and logging, continue to be carried out in the traditional lands of Sámi people without their prior, free, and informed consent. The Committee,

240 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Canada*, E/C.12/CAN/CO/6 23 March 2016.

241 CERD is a monitoring body of International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Geneva, adopted 7 March 1966, entered into force 4 January 1969, 660 *United Nations Treaty Series* 195.

242 UN-REDD, Legal Companion to the UN-REDD Programme - Guidelines on Free, Prior and Informed Consent (FPIC), International Law and Jurisprudence Affirming the Requirement of FPIC (2013) provides a good overview over CERD’s Concluding Observations concerning FPIC, in particular when it comes to land rights and natural resources and their impact on Indigenous ways of life, but also on the need for effective and systematic implementations on the domestic level, at pp. 16 *et seq.*

243 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Argentina*, CERD/C/65/CO/1, 10 December 2004, para. 18; this phrase can also be found in Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Botswana*, A/57/18, 1 November 2002, para. 304; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Costa Rica*, CERD/C/60/CO/3, 20 March 2002, para. 18; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Cambodia*, CERD/C/304/Add.54, 31 March 1998, para. 19.

244 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 23: Indigenous Peoples*, U.N. Doc. A/52/18, annex V; CERD/C/51/Misc.13/Rev.4 (1997), para 5.

245 *Ibid.*, para. 4 (d).

246 Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009).

247 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Ecuador*, CERD/C/62/CO/2, 21 March 2003, para. 16.

248 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the convention, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada*, CERD/C/CAN/CO/19-20, 9 March 2012, para. 20 a.

249 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.

furthermore, is concerned that Finnish law empowers reindeer cooperatives, the majority of whose members practice modern reindeer farming rather than traditional Sámi reindeer husbandry, to take decisions by majority vote that can severely undermine the ability of Sámi reindeer herders to carry out their traditional occupations.<sup>250</sup> The Committee also recommended Finland to revise its legislation to find an adequate negotiated solution to the dispute regarding the rights of the Sámi people in their traditional lands, and in doing so, take into account ILO 169, which the state party has committed to ratify.<sup>251</sup>

Similar to the HRC, the CERD emphasises the role of the Sámi Parliament as an institution representing Sámi, to have more decision-making powers in preserving the Sámi cultural autonomy. The CERD, similarly to the HRC and the CESCR, recognises Indigenous peoples' right to self-determination, which expands the application to rights such as the right to culture.

The CERD has time and again emphasised not only its own General Recommendation XXIII<sup>252</sup> but also the role of ILO 169 as a "guidance"<sup>253</sup> for the application of FPIC.<sup>254</sup> It is particularly noteworthy that CERD made this statement in Concluding Observations regarding the United States, which is not a party to ILO 169. This indicates that the text of ILO 169, in as far as it relates to consultation rights, can be argued to already have become customary international law. Therefore, all states, while not bound by ILO 169 as such if they are not a party to it, already today have obligations concerning consultation under customary international law. ILO 169 provides an example on the 'when' and 'how' of FPIC also for states which have not (yet) ratified this international treaty.

In relation to the ILO 169 and ICERD, The CERD Committee made a quite detailed concluding observation 2016 in Paraguay. In particularly related to FPIC, the Committee urged the Paraguay to launch a broad process of consultation and participation with Indigenous peoples on the draft legislation on prior consultation, ensuring that it complies with international standards, in particular ILO 169 and UNDRIP; to take appropriate steps to ensure that, with a view to securing free, prior and informed consent, prior consultations are carried out systematically, in good faith, in a timely fashion and with the appropriate information being provided to the Indigenous peoples concerned, while respecting the traditions and cultural characteristics of each people and to ensure that all projects for development or exploitation of natural resources and all legislative or administrative measures that could affect Indigenous peoples are subjected to a process of prior consultation with a view to securing their free, prior and informed consent.<sup>255</sup>

*Patrick Thornberry*, a former member of the CERD, maintains that FPIC is now standard when implementing ICERD with regard to Indigenous peoples. He explains that in the former situations, Indigenous peoples had a mere participatory right. But in the later years, Indigenous communities enjoy a *veto* right with regard to among other affairs industrial activities that seek access to the community's traditional territory.<sup>256</sup>

<sup>250</sup> *Ibid.*, para 13. The Committee is particularly concerned by the decision of the Ivalo reindeer cooperative, upheld by the Supreme Administrative Court, to require four Sámi reindeer herders in the Nellim area to slaughter almost their entire herds (art. 5).

<sup>251</sup> *Ibid.* In 2013, the CERD committee noted in relation to Sweden that it is concerned that the state party allows many industrial and other activities affecting Sami, including under the Swedish Mining Act, to proceed in the Sami territories without Sami communities offering their free, prior and informed consent. The Committee noted also with concern that a bill on Sami rights was rejected by the Sami Parliament and other interest groups during the preparation process. The Committee recommends that the state party adopt legislation and take other measures to ensure respect for the right of Sami communities to offer free, prior and informed consent whenever their rights may be affected by the projects, including to extract natural resources, carried out in their traditional territories. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined nineteenth to twenty-first periodic reports of Sweden, adopted by the Committee at its eighty-third session (12–30 August 2013)*, CERD/C/SWE/CO/19-21, 23 September 2013, para 17.

<sup>252</sup> See e.g. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Australia*, CERD/C/304/Add.101, 19 April 2000, para. 9

<sup>253</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, United States of America, A/56/18*, 14 August 2001, para. 400.

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Paraguay*, CERD/C/PRY/CO/4-6, 4 October 2016, para. 18; see, also Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined seventh to ninth periodic reports of the United States of America*, CERD/C/USA/CO/7-9, 25 September 2014, para 24, where CERD Committee referred to UNDRIP and free, prior and informed consent.

<sup>256</sup> Thornberry, P., 'The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous Peoples and Caste/Decent-based Discrimination', Castellino, J. and Walsh, N., (eds.), *International Law and Indigenous Peoples* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 17, 33 *et seq.*

*James Anaya*, former UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, has concluded that legal sources of authority, including UNDRIP, “lead to the general rule that extractive activities should not take place within the territories of indigenous peoples without their free, prior and informed consent.”<sup>257</sup>

Compared to the HRC and CESRC, it seems that the CERD has elaborated FPIC in a more detailed manner and has endorsed the FPIC standard for consulting Indigenous Peoples as an established norm in international law.

#### 3.5.4. FPIC in Inter-American Court of Human Rights

For decades, the Inter-American Court of Human Rights has been a trailblazer when it comes to protecting the rights of Indigenous peoples. The Court has had ample opportunity to deal with land rights issues, for example in the case of the *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*,<sup>258</sup> which concerned the return of ancestral lands. It has also played a key role in shaping the right to free, prior and informed consent both under the American Convention on Human Rights (ACHR)<sup>259</sup> and under customary international law.

What is special in the Inter-American Human Rights system is that the Inter-American Court of Human Rights (as well as the Commission) applies Article 21 of ACHR – the right to property – to Indigenous and tribal peoples, recognising their collective property rights.<sup>260</sup> Rather than full ownership, however, the right to property has been interpreted as a right to live and use freely the lands for traditional purposes and are protected against the outer use of these lands via both material protection as well as strong consultation rights.

The notion of ‘consent’ in the Inter-American case law can be traced back at least to the 2002 *Western Shoshone (M. and C. Dann v. United States)* Case before the Inter-American Commission on Human Rights,<sup>261</sup> in which the American Declaration on the Rights and Duties of Man<sup>262</sup> (ADRDM) was referred to:

“The Commission first considers that Articles XVIII and XXIII of the American Declaration specially oblige a member state to ensure that any determination of the extent to which indigenous claimants maintain interests in the lands to which they have traditionally held title and have occupied and used is based upon a process of fully informed and mutual consent on the part of the indigenous community as a whole. This requires at a minimum that all of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives.”<sup>263</sup> But while FPIC does not yet fully embraced in this decision, later case law, though, served to contribute to the further development of FPIC in customary international law, as accepted by the Inter-American Court.

In the case of the *Moiwana Community v. Suriname*,<sup>264</sup> the Court placed FPIC squarely in the context of land rights and decided “that the State shall adopt such legislative, administrative and other measures as are necessary to ensure the property rights of the members of the Moiwana

257 See Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Anaya, S. J., *Extractive Industry and Indigenous Peoples*, AIHRC/24/41, 27.

258 Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, *Sawhoyamaxa Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v. Paraguay*, Judgment of 29 March 2006, Merits, reparations and costs, IACHR Series C, No. 146.

259 American Convention on Human Rights, San José, adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 *United Nations Treaty Series* 123, <[https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)>.

260 See a general analysis in Bankes, N., ‘The Protection of the Rights of Indigenous Peoples to Territory through the Property Rights Provisions of International Regional Human Rights’, 3 *Yearbook of Polar Law* (2011) 57, 91-105; for an overview over the case law and an alternative approach see Antkowiak, T. M., ‘Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court’, 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013), 113, 137 *et seq.*, 159 *et seq.*

261 Inter-American Commission on Human Rights, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002).

262 American Declaration on the Rights and Duties of Man (1948), <<http://www.cidh.org/basicos/english/Basic2.American%20Declaration.htm>>.

263 Inter-American Commission on Human Rights, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002).

264 Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of 15 June 2005, IACHR Series C, No. 124.

community in relation to the traditional territories from which they were expelled, and provide for their use and enjoyment of those territories. These measures shall include the creation of an effective mechanism for the delimitation, demarcation and titling of said traditional territories”<sup>265</sup> and that “[t]he State shall take these measures with the participation and informed consent of the victims as expressed through their representatives”,<sup>266</sup> while also including related and “neighboring indigenous communities”.<sup>267</sup> Here the Court clarified that FPIC is applicable not only in cases in which there are threats to Indigenous communities but also when it comes to measures which are aimed at protecting Indigenous peoples. In addition, the phrase “participation and informed consent”<sup>268</sup> clarifies that FPIC is more than mere participation, although the Court did not clarify here whether FPIC requires a *veto* power for Indigenous peoples.

In the case of the *Saramaka People v. Suriname*,<sup>269</sup> when applying Article 21 – a right to property – of the American Human Rights Convention, the Court made an explicit reference to Article 32 of UNDRIP<sup>270</sup> before elaborating on the “[r]ight to consultation, and where applicable, a duty to obtain consent”.<sup>271</sup> The Inter-American Court made it clear that “in ensuring the effective participation of members of the Saramaka people in development or investment plans within their territory, the State has a duty to actively consult with said community according to their customs and traditions [...]. This duty requires the State to both accept and disseminate information, and entails constant communication between the parties. These consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement. Furthermore, the Saramakas must be consulted, in accordance with their own traditions, at the early stages of a development or investment plan, not only when the need arises to obtain approval from the community, if such is the case. Early notice provides time for internal discussion within communities and for proper feedback to the State. The State must also ensure that members of the Saramaka people are aware of possible risks, including environmental and health risks, in order that the proposed development or investment plan is accepted knowingly and voluntarily. Finally, consultation should take account of the Saramaka people’s traditional methods of decision-making.”<sup>272</sup>

Importantly, the Court ruled that the state shall ensure that environmental and social impact assessments are conducted by independent and technically competent entities, prior to awarding a concession for any development or investment project within traditional Saramaka territory, and implement adequate safeguards and mechanisms in order to minimise the damaging effects such projects may have upon the social, economic and cultural survival of the Saramaka people.<sup>273</sup>

This can serve as a template for the consultation of Indigenous peoples under the Inter-American system in general. That these demands can be generalised already follows from the judgment itself in which the Court provided a link to the aforementioned case law of the Inter-American Commission on Human Rights: “in *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*,<sup>[274]</sup> the Inter-American Commission observed that States must undertake effective and fully informed consultations with indigenous communities with regard to acts or decisions that may affect their traditional territories. In said case, the Commission determined that a process of [“]fully informed consent[“] requires [“]at a minimum, that all of the members of the community

---

265 *Ibid.*, para. 209.

266 *Ibid.*, para. 210.

267 *Ibid.*

268 *Ibid.*

269 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172.

270 *Ibid.*, para. 131.

271 *Ibid.*, headline before para. 133.

272 *Ibid.*, para. 133.

273 Para. 9 of the Final Decision.

274 Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, Report 40/04, Case 12.052, Decision of 12 October 2004.

are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives[.]”<sup>275</sup>

In *Saramaka* case, the Court went on to draw a clear distinction between situations in which full FPIC is required and situations in which “mere consultation”<sup>276</sup> can be sufficient.<sup>277</sup> The two tests offered by the Court, based<sup>278</sup> on a text by the UN’s Special Rapporteur,<sup>279</sup> are the “scale” of the project in question and the “impact”<sup>280</sup> it would have on Indigenous lands. Projects which are “large scale”<sup>281</sup> and would have a “major”<sup>282</sup> or “significant impact”<sup>283</sup> require not only consultations but also the free, prior and informed consent of the Indigenous communities affected. This distinction between consultation and FPIC already hints at the possibility that the Inter-American Court of Human Rights sees FPIC as really requiring consent in the sense of a veto power of Indigenous peoples. This impression is reinforced when the Court makes reference to the Concluding Observations by the CERD<sup>284</sup> to clarify that “in certain circumstances, and in addition to other consultation mechanisms, States must obtain the consent of indigenous and tribal peoples to carry out large-scale development or investment projects that have a significant impact on the right of use and enjoyment of their ancestral territories.”<sup>285</sup> Hence, FPIC truly requires consent rather than “mere consultation”.<sup>286</sup> The state has an obligation to “guarantee the effective participation of the [indigenous peoples] in advance, through their traditional decision-making processes”.<sup>287</sup>

Four and a half years after *Saramaka* case, in the case of the *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*,<sup>288</sup> the Court built on exactly this line of argumentation and the aforementioned text by the former UN Special Rapporteur and confirmed its view regarding the requirements for and the definition of FPIC.<sup>289</sup>

A notable case, which often does not get as much attention as *Saramaka* and *Sarayaku* is the case of *Xákmok Kásek v. Paraguay*.<sup>290</sup> The importance of the case is not so much in the context of FPIC as such, but it is an important decision because it deals with the fundamental question of the right of an Indigenous people to exist: a land rights issue was held by the Court to amount to a violation of the right to life of all members of the Indigenous people.<sup>291</sup> The right to FPIC is a “function”<sup>292</sup> of the right of Indigenous people the FPIC process is meant to protect.<sup>293</sup> “Given its character as a standard to safeguard indigenous peoples’ rights, the specific requirements of the duty to consult and the objective of obtaining consent, in any given situation in which extractive operations are proposed, are a function of the rights implicated and the potential impacts upon them.”<sup>294</sup> Awareness of the wider understanding of the right to life employed by the Court in *Xákmok Kásek* can help shed light the reasons for the importance FPIC has for the Court and why the Inter-American Court demands more than just consultation.

<sup>275</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007, IACHR Series C. No. 172, para. 133, there fn. 133, citing Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, Report 40/04, Case 12.052, Decision of 12 October 2004, para. 142, italics added.

<sup>276</sup> Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009), para. 7.6.

<sup>277</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007, IACHR Series C. No. 172, paras. 134 *et seq.* <sup>278</sup> *Ibid.*, para. 135.

<sup>279</sup> U.N., Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Rodolfo Stavenhagen*, submitted in accordance with Commission resolution 2001/65 (Fifty ninth session), U.N. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 January 2003, 2.

<sup>280</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007, IACHR Series C. No. 172, para. 134.

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> *Ibid.*

<sup>283</sup> *Ibid.*, para. 136.

<sup>284</sup> *Ibid.*

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009), para. 7.6; *cf.* also U.N., Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Rodolfo Stavenhagen*, submitted in accordance with Commission resolution 2001/65 (Fifty ninth session), U.N. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 January 2003, para. 147.

<sup>287</sup> U.N., Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Rodolfo Stavenhagen*, submitted in accordance with Commission resolution 2001/65 (Fifty ninth session), U.N. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 January 2003, para. 147.

<sup>288</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgment of 27 June 2012, IACHR Series C, No. 245.

<sup>289</sup> *Ibid.*, para. 180, there fn. 237.

<sup>290</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 24 August 2010, IACHR Series C, No. 214.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>292</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, 6 July 2012, UN Doc. A/HRC/21/47, available online at <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_en.pdf)>, para. 64.

<sup>293</sup> *Ibid.*

<sup>294</sup> *Ibid.*

After *Moiwana* in 2005,<sup>295</sup> *Saramaka* in 2007<sup>296</sup> and *Sarayaku* in 2012,<sup>297</sup> the most important case concerning FPIC in the Inter-American system is the 2015 case of the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*.<sup>298</sup> The Inter-American Court applies other international treaties, such as ILO 169, under Article 29 of ACHR and although Suriname has not ratified ILO 169, *Kaliña and Lokono* is important because it reflects the current state of minimum (*i.e.*, even outside ILO 169) FPIC-requirements in post-UNDRIP international law: the Inter-American Court of Human Rights continued its line from *Saramaka* and *Sarayaku* and confirmed that consultation alone is not enough. The government of Suriname was engaging in a consultation process and basically claimed that doing so was enough in order to amount to FPIC. This view was not shared by the Court, which “in light of the judgments [...] in the *Moiwana* and *Saramaka* cases, [...] recommended that priority should be placed on developing specific legal provisions on two points: (i) a procedure to identify and title indigenous and tribal lands, and (ii) a procedure for consulting with, and seeking consent of, indigenous and tribal peoples for resource extraction and other activities affecting their lands.”<sup>299</sup>

In the case of *the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* the Court found it possible to reconcile Indigenous rights and the protection of the environment and established criteria under which the state could establish nature reserves, “owing to their interrelationship with nature and their ways of life, the indigenous and tribal peoples can make an important contribution to nature conservation.”<sup>300</sup> The criteria in question are “(a) effective participation; (b) access and use of their traditional territories; and (c) the possibility of obtaining benefits from conservation – all of the foregoing provided they were compatible with protection and sustainable use”.<sup>301</sup> The requirements are cumulative and compatibility requires them if and when (meaning only if and always when) the three criteria are compatible with both the protection of nature and the sustainable use of the land. It is therefore necessary for the State to “have adequate mechanisms to implement those criteria as a means of guaranteeing the right to a dignified life and to cultural identity to the indigenous and tribal peoples in relation to the protection of the natural resources in their traditional territories”<sup>302</sup> The Court found Suriname at fault and ordered the respondent to take appropriate action including recognising the applicants’ legal personality, delimiting territories, determining ownership rights, adopting measures to ensure adequate participation, access *etc.*

It can be concluded that there is a solid body of jurisprudence in Latin America which defines FPIC, in particular when drawing the line between FPIC and mere consultations.<sup>303</sup> In a general sense, FPIC requires states to aim at obtaining the consent of Indigenous peoples,<sup>304</sup> but *e.g.* Articles 10 and 29 of UNDRIP, concerning relocation of Indigenous peoples or the storage of hazardous materials on their lands, requires that the consent is actually obtained.<sup>305</sup> In so far, there is even room for the emergence of a norm of customary international law demanding an Indigenous veto right, although ILO 169 currently is understood not to grant such a veto right:<sup>306</sup> While Article 6 of ILO No. 169 only required the state to consult Indigenous peoples “in good

295 Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 15 June 2005. IACHR Series C, No. 124.

296 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172.

297 Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.

298 <sup>275</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309. Another recent case in which FPIC was mentioned authoritatively, *i.e.*, with the assumption that it constitutes a legal obligation for states, albeit with practically no further explanation, was in the 2014 case at the Inter-American Commission on Human Rights, *Kuna de Madungandi et al. v. Panama*, Report No. 125/12, Case 12.354. By no longer explaining in detail the rationale for FPIC, the Commission in that case already considered FPIC to be the current legal standard.

299 Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309, para. 248, italics added.

300 Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of 25 November 2015, Official Summary issued by the Inter-American Court of Human Rights, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_309_ing.pdf)>, p. 3.

301 *Ibid.*

302 *Ibid.*

303 FPIC is more than consultation: Asia Pacific Forum / United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Manual for National Human Rights Institutions* (Sydney, Geneva: APF / UN OHCHR 2013) 35.

304 *Ibid.*

305 *Ibid.*

306 Ulfstein, G., ‘Indigenous Peoples’ Right to Land’, 8 *Max Planck UN Yearbook* (2004), 11, 15; Enobun, E., *The Concept of Free, Prior, Informed Consent as a Mechanism for the Right of Veto: is there a realistic appeal for right of veto in the Niger Delta?* (Dundee: University of Dundee (no year provided)) 16.



faith”.<sup>307</sup> This might even be understood as requiring less than FPIC in the proper sense of the term which requires that the state actively aims at receiving the consent of the Indigenous people in question. The term consent is used in ILO 169 only rarely, e.g. when it comes to the relocation of Indigenous peoples.<sup>308</sup> In so far, it appears that most of the consultation clauses of ILO 169 (*i.e.*, those which require less than FPIC), actually fall short of the current customary international law obligations of states concerning the right to free, prior and informed consent. Even if today’s customary international law only gives a true veto power to Indigenous peoples in a few cases, for example when their survival as a group or culture is threatened, it already goes beyond the standards which had been created in ILO 169 in the 1980s.

Taking one step back from the idea of a veto to the ‘standard’ FPIC under today’s law, it can hardly be overlooked that one feature of FPIC which has been highlighted repeatedly is the need for the participation of Indigenous peoples in the consultation process (be it simple consultation or real FPIC) has to be truly effective in order to comply with the obligations of states with regard to Indigenous peoples.<sup>309</sup>

A key obstacle on the way to full realisation of FPIC as a human right in the Inter-American system exists not so much on the international but on the domestic level. Here, too, the Inter-American system has made real contributions. For example did Colombia amend its domestic consultation procedures as part of a friendly settlement process which came about as the result of a request by the U’wa Indigenous Community for Precautionary Measures over what the applicants perceived to be insufficient consultation mechanisms.<sup>310</sup>

### 3.6. FPIC in International Environmental Law

Global concern over the loss of biological diversity led to the adoption of the CBD, which was opened for signature at the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992. The Convention is a global treaty signed by 192 parties<sup>311</sup> with three main objectives: (1) the conservation and (2) sustainable use of biodiversity and (3) the fair and equitable sharing of benefits from utilisation of genetic resources.<sup>312</sup> Recognising Indigenous peoples as special rights-holders in biodiversity conservation, CBD acknowledges, first of all, the traditional knowledge and practices of Indigenous peoples and, secondly, the valuable role of Indigenous peoples, by letting them participate in the biodiversity conservation. The most important and direct provision of the CBD on indigenous peoples is Article 8 (j) CBD, which states that:

“Each Contracting Party shall, as far as possible and appropriate: [...] (j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote wider application with the approval and involvement of holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.”<sup>313</sup>

Article 8(j) makes a direct link between the traditional lifestyle, including traditional knowledge, and sustainable use and the conservation of biodiversity, and sees this interconnection between the two as the basis for extending protection to Indigenous peoples under the CBD. The cultural

307 See also Okara, L., *What is the Role of Free, Prior and Informed Consent in Sustainable Development of Local Communities?* (Dundee: University of Dundee 2012) 7.

308 Article 18 ILO 169.

309 Cf. Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309, para. 127.

310 Inter-American Commission on Human Rights, *U’wa Indigenous Community*, Precautionary Measures. Case N° 11.754, <<https://www.es.cr-net.org/caselaw/2006/uwa-indigenous-community-precautionary-measures-case-no-11754-eng>>.

311 The United States has signed but not ratified the CBD.

312 See Mgbefji, I., *Global Biopiracy: Patents, Plants and Indigenous Knowledge* (Vancouver: UBC Press, 2006) 76.

313 Article 8 (j) CBD.

integrity and way of life of Indigenous peoples is thus protected because it contributes to the protection of biodiversity.<sup>314</sup>

In addition to the obligations imposed by Article 8 (j), in Article 10 (c), the states parties agree to “protect and encourage customary use of biological resources in accordance with traditional cultural practices that are compatible with conservation or sustainable use requirements.”<sup>315</sup> Articles 8 (j) and 10 (c) of the CBD, when read together, recognise the right of Indigenous peoples to continue to use biological resources in accordance with traditional, sustainable practices as well as to own, control and maintain their traditional ecological knowledge systems with the assistance of the state and to market their ecological knowledge and know-how if they so choose.<sup>316</sup> These articles seem to limit to practices that can be directly linked to traditional lifestyles which maintain the appropriate connection to the sustainable use of biodiversity.<sup>317</sup>

The CBD is the only legally binding instrument that protects the cultural heritage as intellectual property of indigenous peoples explicitly, albeit the protection is “subject to national legislation”,<sup>318</sup> which allows states some leeway to adopt divergent national standards. However, if a state has ratified multiple instruments, the presumption is that the highest standard of protection for Indigenous communities is the one that will be applied.<sup>319</sup> Thus, internationally recognised human rights of Indigenous peoples and the requirements they establish have to be taken into account when adopting the CBD and other attached instruments.

*William Langeveldt*, an independent Indigenous expert of the UNPFII notes that Article 8 (j) of CBD aims at addressing the particular concern caused by the fact that historical experience with development had demonstrated that all too often Indigenous communities and individuals were victims of development rather than beneficiaries and often that imposed development was unsustainable. In relation to this, the Akwé: Kon Guidelines<sup>320</sup> were developed, in cooperation with Indigenous peoples, to implement the provisions of Article 8 (j) of CBD and to ensure that Indigenous peoples would be able to participate in impact assessment on any projects that may affect them.<sup>321</sup>

The Akwé:Kon voluntary Guidelines aim at providing general advice on the incorporation of cultural, environmental, including biodiversity-related, and social considerations of Indigenous and local communities into new or existing impact-assessment procedures.<sup>322</sup> Apart of these substantial provisions towards landscapes which are culturally and spiritually important for Indigenous Peoples, the Akwé: Kon Guidelines also contain important procedural provisions in order to secure their respective implementation. This applies first and foremost to Indigenous peoples’ right to full and effective participation in all relevant decision-making processes. Here, the guidelines endorse explicitly the principle of FPIC, in particular as a general consideration when conducting an impact assessment.<sup>323</sup> Although the application of FPIC is limited to cases “where the national legal regime requires prior informed consent of indigenous peoples”,<sup>324</sup> the guidelines, however, describe rather comprehensively how prior informed consent corresponding to various phases of the impact assessment process should consider the

314 See, an analysis, Heinämäki, L., ‘Protecting the Rights of Indigenous Peoples – Promoting the Sustainability of the Global Environment?’, 11 *International Community Law Review* (2009) 3, 14.

315 Article 10 (c) CBD.

316 Barsh, R. L., ‘Indigenous Peoples, Chapter 36’, Bodansky, D., Brunnée, J. and Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford: OUP 2007) 848.

317 Metcalf, C., ‘Indigenous Rights and the Environment: Evolving International Law’, 35 *Ottawa Law Review* (2003-2004) 101, 107.

318 Article 8 (j) CBD.

319 Barsh, R. L., ‘Indigenous Peoples, Chapter 36’, Bodansky, D., Brunnée, J., Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford: OUP 2007) 848.

320 The Akwé: Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessment regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities (hereinafter: Akwé: Kon Guidelines) were adopted by the Seventh COP in 2004. CBD COP VII (2004), Decision VII/16, Part F, <<http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7753>>.

321 Langeveldt, W., Ad Hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8 (j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity, Fourth meeting, Granada, Spain, 23-27 January 2006, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/14, 21 December 2005, para. 16.

322 CBD COP VII (2004), Decision VII/16, Annex, para 2.

323 Akwé: Kon Guidelines, para. 52 (a).

324 *Ibid.*, para. 53, first sentence.

rights, knowledge, innovations and practices of Indigenous and local communities; the use of appropriate language and process; the allocation of sufficient time and the provision of accurate, factual and legally correct information.<sup>325</sup> Nonetheless, the requirement of FPIC should not be limited to cases where national legislation requires its application, but should be applied as a new standard of international law concerning Indigenous peoples, as acknowledged by UNDRIP and the recent jurisprudence of the human rights monitoring bodies.

In 2010, the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization (to the CBD)<sup>326</sup> was established. It strengthens the protection of the cultural heritage by recognising the interrelationship between genetic resources and traditional knowledge, and their inseparable nature for Indigenous communities. It declares the importance of the traditional knowledge for the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components, and for the sustainable livelihoods of these communities.<sup>327</sup>

The Protocol establishes the right of Indigenous peoples and local communities to fair and equitable sharing of benefits arising from the utilisation of their genetic resources and traditional knowledge by third parties.<sup>328</sup> While Article 8 (j) of CBD establishes the right of communities to share in the benefits arising from the utilisation of their traditional knowledge, the right of communities to benefit sharing arising specifically from third party utilisation of their genetic resources is a major step forward in the Nagoya Protocol.<sup>329</sup>

The Protocol advances the concept of free, prior and informed consent of Indigenous peoples by stating that states are under an obligation to take measures with the aim of ensuring that the prior informed consent or approval and involvement of Indigenous and local communities is obtained for access to genetic resources where they have the established right to grant access to such.<sup>330</sup> Furthermore, states shall, with the aim of ensuring that traditional knowledge associated with genetic resources that is held by Indigenous or local communities is accessed with the prior and informed consent or approval and involvement of these Indigenous and local communities, and that mutually agreed terms have been established. In the Nagoya Protocol, additionally, the states have to take account communities' customary laws, community protocols and procedures with respect to traditional knowledge associated with genetic resources.<sup>331</sup> As a result, *Jonas* and others eulogise that the states that adopted the Protocol<sup>332</sup> are explicitly required to recognise community systems of governance and, thus legal pluralism.<sup>333</sup> Indigenous peoples' customary laws are recognised by international human rights law.

All requirements are coloured by the notions of “in accordance with domestic law”, and “as appropriate” to facilitate state's obligation. Instead of creating absolute new legal obligations for the states, these provisions have been described as “a normative direction in which international law is heading.”<sup>334</sup> As already argued, additionally to the domestic legislation, the state parties are bound by the established human rights of Indigenous communities and individuals – which the state parties themselves have created and accepted. Importantly, the Nagoya Protocol

---

325 *Ibid.*, see also paras. 29 (in the context of cultural impact assessments), 60 (in the context of ownership, protection and control of traditional knowledge, innovations and practices and technologies used in cultural, environmental and social impact assessment processes), and 67 (in the context of legislative authority).

326 After six years of negotiation, the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the CBD was adopted at the tenth meeting of the Conference of the Parties on 29 October 2010, in Nagoya, Japan, <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

327 Preamble paragraphs. For an analysis of the Nagoya Protocol, see generally, Kamau, E. C., Fedder, B. and Winter, G., 'The Nagoya Protocol and Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?', 6 *Law, Environment and Development Journal (LEAD)* (2010) 246.

328 Article 5 Nagoya Protocol.

329 Jonas, H., Bavikatte, K. and Shrumm, H., 'Community Protocols and Access and Benefit Sharing', 12 *Asian Biotechnology and Development Review* (2010) 52.

330 Article 6.2 Nagoya Protocol.

331 Article 12 Nagoya Protocol.

332 The Protocol was signed by 92 states, <<http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/>>.

333 Jonas, H., Bavikatte, K. and Shrumm, H., 'Community Protocols and Access and Benefit Sharing', 12 *Asian Biotechnology and Development Review* (2010) 52.

334 *Ibid.*

refers to the UNDRIP, stating that “nothing in this Protocol shall be construed as diminishing or extinguishing the existing rights of indigenous and local communities.”<sup>335</sup> The participation of Indigenous peoples under CBD and its related instruments has to be interpreted according to the FPIC, not only when it is established by “national legislation” as maintained in the CBD, but also, as according to international law, when it involves decisions that have significant impacts on Indigenous peoples’ traditional way of life. The International Court of Justice has importantly acknowledged that “the fundamental principle of international law [is] that it prevails over domestic law.”<sup>336</sup>

The CBD and related instruments are at the core of protecting the cultural heritage of Indigenous peoples. FPIC has become a very important topic also specifically in relation to cultural heritage issues. The term “cultural heritage” has evolved considerably in recent decades. While previously referring exclusively to the monumental remains of cultures, “cultural heritage” has gradually come to include new categories; in particular, more emphasis has been put on intangible cultural heritage.<sup>337</sup> The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage<sup>338</sup> defines intangible cultural heritage as “the practices, representations, expressions, knowledge, skills — as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith — that communities, groups and, in some cases, individuals recognise as part of their cultural heritage”<sup>339</sup> Cultural heritage also includes traditional knowledge and cultural expressions.<sup>340</sup> The Operational Directives for the implementation of the Convention emphasise that state activities may only be undertaken with the active involvement or participation of the concerned communities, groups and individuals. In particular, the free, prior and informed consent of the concerned communities is required to inscribe intangible cultural heritage elements on the List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding or the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity and to include programmes, projects or activities in the register of best practices.<sup>341</sup>

The 1972 Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage<sup>342</sup> addresses both cultural heritage (e.g. sacred sites, monuments or buildings) and natural heritage (e.g. biodiversity hotspots or outstanding geological formations).<sup>343</sup> There have been repeated complaints by Indigenous peoples and human rights organisations about violations of the rights of Indigenous peoples in the implementation of the World Heritage Convention.<sup>344</sup> There is no procedure to ensure the participation of Indigenous peoples in the nomination and management of World Heritage sites nor is there a policy to ensure their free, prior and informed consent to the nomination of such sites.<sup>345</sup>

---

335 Preamble of the Nagoya Protocol.

336 International Court of Justice, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, [1988] I.C.J. 12 (Advisory Opinion of April 26), para. 57.

337 See Human Rights Council, *Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Peoples with Respect to their Cultural Heritage, Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 19 August 2015, A/HRC/30/53, 3.

338 Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 17 October 2003, in force 20 April 2006, 2368 *United Nations Treaty Series* 1.

339 Article 2 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.

340 Human Rights Council, *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 19 August 2015, A/HRC/30/53, 4.

341 Paras. 1, 2, 7 and 101 Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity.

342 The Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972, 11 *International Legal Materials* (1972) 1358.

343 See Human Rights Council, *Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Peoples with Respect to their Cultural Heritage, Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 19 August 2015, A/HRC/30/53. Alexandra Xanthaki and Leena Heinämäki were both invited as experts to contribute to this study.

344 Permanent Forum on Indigenous Issues, Report on the ninth session (19-30 April 2010), E/2010/43-E/C.19/2010/15, 8 June 2010, para. 131; Human Rights Council, *Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/18/42, 17 August 2001, Annex, para. 38; and Letter from the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples to the Director of the World Heritage Centre (Human Rights Council, Communications report of Special Procedures Communications sent, 1 June to 30 November 2013, Replies received, 1 August 2013 to 31 January 2014, A/HRC/25/74, 24 February 2014, 127). See also the forthcoming texts Herrmann, T., Heinämäki, L. and Morin, C., ‘Protecting Sacred Sites, Maintaining Cultural Heritage, and Sharing Power: Challenges and Opportunities in combining state governance and Indigenous involvement through co-management of SGang Gwaay UNESCO World Heritage Site, Canada’, Elenius, L., Allard, C. and Sandström, C. (eds.), *Indigenous Rights in Modern Landscapes - Nordic conservation regimes in global context* (London: Routledge 2017) and Heinämäki, L., Herrmann, T. and Green, C., ‘Towards Sámi Self-determination: the Case of Lapland in Sweden’, Xanthaki, A., Valkonen, S., Heinämäki, L. and Nuorgam P. (eds.), *Indigenous Peoples’ Right to Cultural Heritage* (Leiden: Brill Nijhoff 2017).

345 ‘World Heritage and Indigenous Peoples — A Call to Action’, Report of the International Expert Workshop on the World Heritage Convention and Indigenous Peoples (Copenhagen, 20 and 21 September 2012), 60. See also ‘World Heritage Sites and Indigenous Peoples’ Rights: An Introduction’, Disko, S. and Tugendhat, H., *World Heritage Sites and Indigenous Peoples’ Rights*, IWGIA – Document 129 (Copenhagen: IWGIA 2014) 3.

Both the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism have emphasised the importance of obtaining the free, prior and informed consent of Indigenous peoples with regard to territories proposed for nomination and inscription as World Heritage sites.<sup>346</sup> The Expert Mechanism also noted that “robust procedures and mechanisms should be established to ensure Indigenous peoples are adequately consulted and involved in the management and protection of World Heritage sites.”<sup>347</sup>

Environmental changes, such as climate change has become a major threat and thus a human rights issue for Indigenous peoples throughout the world.<sup>348</sup> UNFCCC Cancun Decision 1/CP.16 include two particular safeguards that provide 1) “respect for the knowledge and rights of Indigenous peoples and members of local communities, by taking into account relevant international obligations, national circumstances and laws, and noting that the United Nations General Assembly has adopted the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”;<sup>349</sup> and 2) “the full and effective participation of relevant stakeholders, in particular, indigenous peoples and local communities”<sup>350</sup> in REDD+.<sup>351</sup> FPIC also plays an important role in REDD and REDD+<sup>352</sup> which aim at limiting emissions from deforestation in developing countries. In REDD+, FPIC is seen as a way to ensure that the Indigenous communities concerned are sufficiently involved.<sup>353</sup> Considering that at least 60 million Indigenous peoples are dependent on tropical forests, making them key stakeholders in REDD+ processes,<sup>354</sup> it is of utmost importance to include them in decision-making. Besides of existing threats that can interact with climate change to produce devastating impacts, REDD+ schemes can provide Indigenous peoples with both opportunities and threats.<sup>355</sup> Indigenous peoples’ rights, especially in the context of forestry, have been many times abused by governments asserting claims over lands without formal title, and also by large logging companies etc.<sup>356</sup> Thus, Indigenous peoples’ participation in decision-making in designing and implementing REDD+ schemes will not result in the loss of their lands and that such activities may, in fact, benefit them.<sup>357</sup> Land demarcation for the purpose of participating in REDD+ programs is particularly fraught with risk for Indigenous peoples, largely due the break-up of collective land holdings and the issuing of titles to individuals and governments. With regard to Indigenous peoples’ traditional lands, the main concern should be focused on the security of land titles and rights to land, the distribution of REDD+ benefits, and ensuring FPIC.<sup>358</sup>

Another example for very well established FPIC is the guidelines provided by the Forest Stewardship Council.<sup>359</sup> These guidelines provide for a complex scheme which is supposed to

346 Human Rights Council, *Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/18/42, 17 August 2001, Annex, para. 38.

347 *Ibid.*; Permanent Forum on Indigenous Issues, Report on the ninth session (19-30 April 2010), E/2010/43-E/C.19/2010/15, 8 June 2010, para. 131.

348 See, Koivurova, T., Duyck, S. and Heinämäki, L., ‘Climate Change and Human Rights’, Hollo, E. J., Kulovesi, K. and Mehling, M. (eds.), *Climate Change and the Law, 21 Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* (2012), 287; Heinämäki, L., ‘Rethinking the Status of Indigenous Peoples in International Environmental Decision-Making: Pondering the Role of Arctic Indigenous Peoples and the Challenge of Climate Change’, Koivurova, T., Keskitalo, E. C. H. and Bankes, N. (eds.), *Climate Governance in the Arctic, 50 Environment & Policy* (2009) 207; Knox, J. H., ‘Linking Human Rights and Climate Change at the United Nations’, 33 *Harvard Environmental Law Review* (2009) 488.

349 Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010, Addendum, Part Two: Action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session*, FCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 March 2011, Annex I, 2. (c).

350 *Ibid.*, 2. (d).

351 Introduced within the structure of the climate change regime in 2005, REDD is a mechanism at the centre of climate change negotiations. It is central to global and national mitigation strategies, providing incentives for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries by creating financial value (e.g. compensation) for carbon stored and absorbed by forests, thus, providing developing countries with funding for limiting deforestation and forest degradation. See an analysis, Adelman, S., ‘Rethinking Human rights’, Humphreys, S., (ed.), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge: CUP 2010) 166. See an analysis of REDD and REDD +: Prior, T., Duyck, S., Heinämäki, L., Koivurova, T. and Stepien, A., *Addressing Climate Vulnerability: Promoting the Participatory Rights of Indigenous Peoples and Women through Finnish Foreign Policy*, Ministry for Foreign Affairs of Finland, Juridica Lapponica 38 (Rovaniemi: Northern Institute of Environmental and Minority Law 2013), 229.

352 See UN-REDD, *About the UN-REDD Programme* <<http://www.un-redd.org/>>.

353 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 333.

354 The World Bank, *Sustainable Forest: A Development Strategy* (Washington D.C.: World Bank 2002) 12.

355 See, Tauli-Corpuz, V. and Lynge A., *Impact of climate change mitigation measures on indigenous peoples and on their territories and lands*. Seventh session of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, New York, 21 April-2 May 2008, E/C19/2008/10.

356 International Council on Human Rights Policy, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide* (Versoix: ICHRP 2008) 32.

357 Stakeholder consultation with *Deborah Delgado Pugley*. Interview with *Tahnee Prior* during the Ministry for Foreign Affairs of Finland funded project on Promoting Participatory Rights of Indigenous Peoples and Women through Finnish Foreign Policy, 2013, PI *Leena Heinämäki*.

358 Prior, T., Duyck, S., Heinämäki, L., Koivurova, T. and Stepien, A., *Addressing Climate Vulnerability: Promoting the Participatory Rights of Indigenous Peoples and Women through Finnish Foreign Policy*, Ministry for Foreign Affairs of Finland, Juridica Lapponica 38 (Rovaniemi: Northern Institute of Environmental and Minority Law 2013), 245.

359 Forest Stewardship Council, *Guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC)*, Forest Stewardship Council Technical Series No. 2012-2, Version 1, 30 October 2012, <<https://lic.fsc.org/download.fsc-fpic-guidelines-version-1.a-1243.pdf>>.

be followed and which provides clear instructions on the different steps to be taken.<sup>360</sup> These steps include the identification of the communities which have rights in the potentially affected areas<sup>361</sup> as well as of their representatives.<sup>362</sup> The different stakeholders are to be involved already in the preparation of the FPIC process,<sup>363</sup> the territory concerned is to be mapped<sup>364</sup> and the community affected is not merely to be involved<sup>365</sup> but to be involved in negotiations.<sup>366</sup> The latter requirement is not an invention of the FSC but rather follows directly from customary international law (which it also reinforces) in that it is not just enough for the authorities to inform Indigenous peoples and collect their response. It can be said that not only are the FSC guidelines very instructive, “[t]he FSC Guidelines for the implementation of free, prior and informed consent contain one of the most elaborate models for preparing, negotiating and monitoring FPIC arrangements in relation to sustainable forestry operations in areas where indigenous peoples reside.”<sup>367</sup> The FSC has linked its approach to ILO 169, UNDRIP and the Convention on Biological Diversity<sup>368</sup> and also beyond forestry issues, FSC standards might serve as templates or inspiration for domestic attempts at implementing FPIC processes in line with contemporary customary international law.

### 3.7. Current Legal Status of FPIC

From a legal or technical perspective, FPIC is still somewhat contested and confused concept, although the human rights monitoring bodies have enlightened this concept during past years. There are both binding and non-binding international legal instruments and industry standards that purport to require some form of FPIC.<sup>369</sup> The right to FPIC should not be seen as a new separate right but rather as an expansion of the right of Indigenous peoples to have control, participate and to be effectively consulted already well established in human rights law and in international environmental law.

Especially since the adoption of the UNDRIP, the right to FPIC has been directly related to the right of Indigenous peoples to self-determination. As maintained by Ward, FPIC and other participation rights are not merely administrative processes, but are an exercise in and expression of the right to self-determination.<sup>370</sup> For *Ward*, the purpose of FPIC within UNDRIP is to ensure that the right to self-determination is both respected as well as protected by states.<sup>371</sup>

As argued by the report of the UN Commission on Human Rights, self-determination and FPIC, as collective rights, fundamentally entail the exercise of choices by peoples as rights-bearers and legal persons about their economic, social and cultural development. These cannot be weakened by the consultation of individual constituents about their wishes, but rather must enable and guarantee the collective decision-making of the concerned Indigenous peoples and their communities through legitimate customary and agreed processes and through their own institutions.<sup>372</sup>

---

360 For a schematic overview see Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 354.

361 *Ibid.*, 355

362 *Ibid.*

363 *Ibid.*, 355 *et seq.*

364 *Ibid.*, 356 *et seq.*

365 *Ibid.*, 357.

366 *Ibid.*, 357 *et seq.*

367 *Ibid.*, 358.

368 Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014), 359.

369 Seier, F., “Free, Prior and Informed Consent” under UNDRIP: What Does it Really Mean?, 1 *Right 2 Respect*, Business and Human Rights Advisors (2011) <<http://www.right2respect.com/2011/06/%E2%80%98free-prior-and-informed-consent%E2%80%99-under-the-un-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-what-does-it-really-mean/>>.

370 Ward, T., ‘The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’, 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54, 55.

371 *Ibid.*, 58.

372 U.N. Commission on Human rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 14 July 2005, 12, para.45 (prepared by Motoc, A.-I. and the Tebtebba Foundation).

While many Indigenous rights scholars and practitioners hold self-determination as the basis for FPIC, in the international human rights jurisprudence, FPIC is legally based also on property rights (Inter-American system), cultural rights, and the right to non-discrimination.<sup>373</sup> Page asserts that the proper implementation of FPIC will require a solid understanding of Indigenous peoples' right to self-determination and cultural integrity, as well as to property and equality. There must be a firm basis in the customary laws and practices of the Indigenous people concerned. Indigenous peoples must determine the standards by which to gauge whether consent is sought from a legitimate authority within their communities and whether conditions are such that their consent is in fact free and informed.<sup>374</sup>

Generally human rights, other than the right to self-determination, and other than Indigenous-specific rights, although recognising a collective element in the case of Indigenous peoples, have an individual rather than a collective basis.<sup>375</sup> The HRC, for instance, only accepts communications from individuals concerning individual human rights. According to the case practice of the HRC, it receives only complaints based on individual rights, such as a right of members of a minority group in Article 27 of ICCPR, but not a right of self-determination (Article 1 of ICCPR) that is a right of a collective.<sup>376</sup> As it was described, the Human Rights Committee invokes Article 1 of ICCPR with regard to Indigenous peoples in relation to the mandatory state reports. Additionally, other human rights monitoring bodies, as also shown in this article, emphasise the determining role of institutions representing Indigenous peoples when discussing Indigenous peoples' free, prior and informed consent. UNDRIP as well as the recognition of Indigenous peoples' right to self-determination has no doubt influenced on the norm interpretation of these monitoring bodies. As explained, also CESCR applies Article 1 of ICESCR on self-determination to Indigenous peoples. Furthermore, as noted, Inter-American Human Rights Court as well as Commission expands the individualistic right to property to protect collective land rights of Indigenous and tribal peoples, connecting it to their right to self-determination.

Thus, it seems to be an explicit or implicit recognition of Indigenous peoples' self-determination that extend their right to be merely consulted into their right to FPIC. In fact, it has been pointed out that Indigenous peoples' right to self-determination must not even be confused with the right to consultation since the latter right is a *right to a process* – a right to be involved in decision-making whereas Indigenous peoples' right to self-determination is first and foremost a *material right*, *i.e.*, a right to exercise genuine influence over the outcome of decision-making processes and to do their utmost to find consensus solution. Notwithstanding, if, despite efforts, a consensus solution is not to be found, under the right to consultation, the will of the state always prevail.<sup>377</sup>

By contrast the right to self-determination provides that if a negotiation between an Indigenous people and the state fails to establish a common understanding, the will of the state does not necessarily prevail in all instances.<sup>378</sup> This should be understood in the light of Indigenous peoples' self-determination. When going back to the case of *Poma Poma*, it is stated by HRC that if a certain interference, for instance, in Indigenous peoples' traditional lands, causes a significant harm, mere consultation is not enough, but in fact a consent is needed by an Indigenous people. This must not be confused with a right to *veto* of Indigenous peoples to all kinds of project, but those that have significantly negative effects on their culture. On the other

373 Ward, T., 'The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law', 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54, 56. See, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Colombia*, UN Doc E/C.12/1/Add.74/E/C.12/1/Add.74, para 12; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Eighty-first session, 6-31 August 2012, Consideration of reports submitted by State parties under Article 9 of the convention, Concluding observation of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Finland, CERD/C/FIN/CO/20-22, para. 13; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Togo*, 18 April 2011, CCPR/C/TGO/CO/4, para. 21.

374 Page, A., 'Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System', 4 :2 *Sustainable Development Law & Policy* (2004) 16-20, 19.

375 The Inter-American Human Rights system widely recognises the collective property of Indigenous peoples and expands the application of the right to property in cases involving Indigenous peoples. See a thorough analysis in Bankes, N., 'The Protection of the Rights of Indigenous Peoples to Territory through the Property Rights Provisions of International Regional Human Rights Instruments', 3 *Yearbook of Polar Law* (2011) 57.

376 See Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984.

377 Åhren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 225.

378 *Ibid.*

hand, if, as Article 27 of ICCPR is being interpreted by the HRC, significant harm is prohibited altogether, why do we even need to seek a consent from an Indigenous people? Or can an institution representing an Indigenous people even give a consent in such cases? At least from the classical reading of Article 27 of ICCPR, and the practice of the Committee, it is those individuals that are affected that needs to give the consent. The picture changes when we talk about Indigenous peoples' self-determination, which is first and foremost to be exercised through Indigenous peoples' own decision-making institutions. If Article 27 of ICCPR is applied in the light of Article 1 of ICCPR, it should require consultations of both those individuals that are affected and the self-governing institution representing these people, of which both should agree to consent to the interference in question.

The Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples has published Advice No. 4 (2012) on the right of Indigenous peoples' to participate in decision-making, with a focus on extractive industries.<sup>379</sup> It reminds, referring to the Report of the Special Rapporteur on Indigenous peoples,<sup>380</sup> that the right of Indigenous peoples to participate in decision-making in relation to extractive activities is not confined to situations where Indigenous peoples have a state-recognised title to the lands, territories and resources on or near which the extractive activity is to take place.<sup>381</sup> The Special Rapporteur has also reminded that states must take full responsibility in ensuring that adequate consultation is undertaken to obtain consent. A state cannot delegate this responsibility, even where it engages third parties to assist in consultation mechanisms.<sup>382</sup> The consultation is the starting point for seeking the free, prior and informed consent of Indigenous peoples. If the potential impact or impacts are quite minor, the requirement to seek the free, prior and informed consent of Indigenous peoples may not necessarily be required. Nonetheless, "the objective of consultations should be to achieve agreement or consensus."<sup>383</sup>

Based on the analysis of FPIC, as it stands in ILO 169 and UNDRIP, and as applied by the human rights monitoring bodies, it could be concluded that there are situations where FPIC has not only to be sought but also obtained: this is in the cases of relocation of Indigenous peoples from their traditional lands as well as interference in Indigenous peoples' traditional lands that causes significant, large-scale harm to their culture and traditional way of life. FPIC has to be seen as a prohibition to weaken Indigenous peoples' culture that is protected by international as well as often by national laws. Consultation rights, as understood by ILO 169 and UNDRIP, require consultations- via representative bodies - whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly. What is the crux of FPIC is therefore, to explain in detail how and when this consultation has to be carried. Important is also, according to provisions of ILO 169<sup>384</sup> and UNDRIP<sup>385</sup>, as well as human rights monitoring bodies that Indigenous peoples' customs and customary laws are respected and taken into account in the process of consultation.

Until recently, customary laws of Indigenous peoples have mainly been explored by social anthropologists,<sup>386</sup> while largely legal experts still mainly focused on written and codified 'positive' law.<sup>387</sup> The recognition of such laws though is really important for Indigenous peoples.<sup>388</sup> Embedded in the culture and values of Indigenous communities, Indigenous customary laws

379 Human Rights Council, *Follow-up report on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries*, A/HRC/EMRIP/2012/12, 30 April 2012.

380 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people (A/HRC/12/34).

381 Human Rights Council, *Follow-up report on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries*, A/HRC/EMRIP/2012/12, 30 April 2012, at 16, referring to the Report A/HRC 12/34, para. 44.

382 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on extractive industries operating within or near indigenous territories (A/HRC/18/35), para 63.

383 Human Rights Council, Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, A/HRC/18/42, 17 August 2011, Annex, para 9.

384 See, Articles 8 and 13.

385 See, Articles 11, 26 and 34.

386 See, for instance, Bennet, T. W., 'Comparative Law and African Customary Law', Zimmermann, R. and Reimann, M., (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: OUP 2006) 641 *et seq.*

387 However, see Weisbrodt, D., 'Customary Law', 1 *Aboriginal Law Bulletin* (1981) 3.

388 See, generally, Tobin, B., *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights: Why Living Law Matters ?* (London: Routledge 2015).



are an intrinsic and central part of their way of life and their identity. They define rights and responsibilities relating to key aspects of their cultures and world views, and guide Indigenous communities on a wide range of issues; from the conduct of spiritual life, to land, and to use of and access to resources. Maintaining customary laws can be crucial for the maintenance of the cultural heritage and knowledge systems of Indigenous peoples. Indigenous communities all around the world have steadily argued that any legal regime for the protection of their knowledge must be grounded in their own customary laws and practices.<sup>389</sup>

## 4. Concluding Remarks

Indigenous peoples' legal status has gone through a profound transformation during the last couple of decades. Slowly and persistently, Indigenous peoples and their advocates have been invoking their unqualified right to self-determination, as peoples, equal to all other peoples. Over the years, a dialogue between Indigenous peoples and states in different UN and other forums, has made states to reconsider their earlier fears and concerns about the possible undesirable implications (e.g., secession and total control over natural resources) that the acceptance of Indigenous peoples' right to self-determination could bring along. The lengthy process of adopting UNDRIP, which took a quarter of a century, prepared the states to give in to Indigenous peoples' demands for self-determination, indicating their stronger control over the issues of important for them. When UNDRIP became accepted, the rights and principles it contains, became endorsed and confirmed in different forums and by states as a codification of rights or principles which existed already prior to the creation of UNDRIP. Taking into account the the functions of international law, the legal validity of UNDRIP becomes obvious. Many direct and indirect implications have been articulated in this chapter.

UNDRIP has established the concept of FPIC as a mega-trend in Indigenous rights discourse. It can be concluded that in a general level, FPIC requires more than consultations on paper but "real influence [of the indigenous community concerned] in the decision making process".<sup>390</sup> The state therefore has to aim at securing the consent of the Indigenous community in question before making a legislative or administrative decisions. This does not mean that inaction on the part of Indigenous peoples will necessarily block processes on the side of the state, but it certainly also requires more than just informing Indigenous communities or giving them the opportunity to weigh in. Instead, customary international law, as it has been codified in Article 19 of UNDRIP, today requires that the state make good faith efforts to come to a solution together with the Indigenous community in question. In principle, FPIC is not a yes / no issue but rather a process which requires the cooperation of the state and Indigenous peoples. However, there can be situations in which the potential impact of a proposed project on Indigenous peoples can be so severe as to lead to a situation in which Indigenous communities must have a *veto* right in order to protect the very existence of the community and its way of life. This is the case in different actions – legal, administrative, or industrial projects etc. activities that have large-scale significant harmful effects on Indigenous peoples' culture and their status as Indigenous peoples. On the other hand, Indigenous peoples' substantive rights are protecting them against such large-scale harm as indicated before. Therefore, more than anything else, FPIC must be seen as giving a precise meaning to the nature of consultations, e.g. good faith, aim to have an agreement, free, prior and well-informed, a true dialogue with the attitude of partnership and mutual trust.

---

389 See, Heinämäki, L. and Xanthaki, A., 'Indigenous Peoples' Customary Laws, Sámi People and Sacred Sites, Heinämäki, L. and Herrmann, T. (eds.), *Sacred Natural sites of Sámi and other Indigenous Peoples in the North: Sacred Arctic* (Berlin: Springer 2017), 30 pages.

390 *Ibid.*, p. 91; see also Human Rights Committee, Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, *Progress Report on the study of indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, A/HRC/15/25, 23 August 2010, 21.

When viewing the overall situation of Indigenous peoples throughout the world, including Finland, it can be concluded that the implementation of FPIC is a necessary step that has to be taken – it is a well-established right and a requirement in international law – that states, including Finland – cannot overlook or downplay by claiming it to be business as usual: it does without a compromise require strengthening the self-determination of Sámi and the negotiation duty of Finland in relation to Sámi people. This should be seen as an opportunity for a partnership and trust building between the State and the Sámi People.

## References

### Legislation, Conventions etc.

Akwé: Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessment regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, adopted by the Seventh COP in 2004. CBD COP VII (2004), Decision VII/16, Part F, <<http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7753>>.

American Convention on Human Rights, San José, adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 *United Nations Treaty Series* 123, <[https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)>.

American Declaration on the Rights and Duties of Man (1948), <<http://www.cidh.org/basicos/english/Basic2.American%20Declaration.htm>>.

National Law 3760 (Bolivia).

Cancun Agreements 1/CP 16.

Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972, 11 *International Legal Materials* (1972) 1358.

30 October 2012, <<https://ic.fsc.org/download.fsc-fpic-guidelines-version-1.a-1243.pdf>>.

Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 17 October 2003, in force 20 April 2006, 2368 *United Nations Treaty Series* 1.

Convention on Biological Diversity, adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993, 1760 *United Nations Treaty Series* 79.

Draft Nordic Saami Convention, unofficial English version, <[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami\\_samekonv\\_engelsk.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_samekonv_engelsk.pdf)>

International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 14 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 *United Nations Treaty Series* 302.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, 993 *United Nations Treaty Series* 3.

International Labour Organization (ILO) Convention (No. 107) Concerning the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, adopted 26 June 1957, entered into force 2 June 1959, 328 *United Nations Treaty Series* 247.

International Labour Organization (ILO) Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991, 28 *International Legal Materials* (1989) 1382.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Geneva, adopted 7 March 1966, entered into force 4 January 1969, 660 *United Nations Treaty Series* 195.

Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the CBD, adopted at the tenth meeting of the Conference of the Parties on 29 October 2010 in Nagoya, Japan, <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 7 September 2007, Sixty-first Session, A/61/L.67.

## Jurisprudence

Constitutional Court of Colombia, Case T-129, Decision of 3 March 2011.

Human Rights Committee, *A. Äärelä and J. Näkkäläjärvi v. Finland*, Communication No. 779/1997, UN.Doc. CCPR/C/73/D/779/1997.

Human Rights Committee, *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

Human Rights Committee, *I. Länsman et al v. Finland*, Communication No. 511/1992.

Human Rights Committee, *J. Länsman et al v. Finland*, Communication No. 671/1995.

Human Rights Committee, *J. and E. Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 1023/2001. U.N.Doc. CCPR/C/83/D/1023/2001 (2005).

Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984.

Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

Human Rights Committee, *Kalevi Paadar; Eero Paaadar and his family; Veijo Paadar; and Kari Alatorvinen and his family v. Finland*, Communication No. 2102/2011, U.N. Doc. CCPR/C/110/D/2102/2011 (2014).

Human Rights Committee, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009).

Inter-American Commission on Human Rights, *Kuna de Madungandi et al. v. Panama*, Report No. 125/12, Case 12.354.

Inter-American Commission on Human Rights, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002).

Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, Report 40/04, Case 12.052, Decision of 12 October 2004.

Inter-American Commission on Human Rights, *U'wa Indigenous Community*, Precautionary Measures. Case N° 11.754, <<https://www.escri-net.org/caselaw/2006/uwa-indigenous-community-precautionary-measures-case-no-11754-eng>>.

Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309.

Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.

Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Decision of 1 February 2000, Preliminary objections. IACHR Series C, No. 66.

Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of 15 June 2005. IACHR Series C, No. 124.

Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172.

Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Sawhoyamaya Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v. Paraguay*, Judgment of 29 March 2006. Merits, Reparations and Costs. IACHR Series C, No. 146.

Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 24 August 2010. IACHR Series C, No. 214.

International Court of Justice, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, [1988] I.C.J. 12 (Advisory Opinion of April 26).

Supreme Court of Belize, *Aurelio Cal v. Attorney-General of Belize Claim 121/2007*, 18 October 2007, <<http://www.elaw.org/node/1620>>.

Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec* (1998) 2 S.C.R. 217.

## Literature

Adelman, S., 'Rethinking Human rights', Humphreys, S., (ed.), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge: CUP 2010) 166.

Åhren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016).

Åhren, M., 'International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories, An Overview', Henriksen, T. (ed.), 1 *Nordisk Miljörättslig Tidskrift, Nordic Environmental Law Journal Special Issue Extracting Industries in the North: What About Environmental Law and Indigenous Peoples' Law?* (2014) 22.

Åhren, M., *The Saami traditional dress and beauty pageants: Indigenous peoples' rights of ownership and self-determination over their cultures*, Avhandling leverert for graden Philosophiae Doctor i rettsvitenskap (Thesis supplied for the degree of Philosophiae Doctor of Law) (2010) (unpublished).

Alfredsson, G. S., 'Minorities, Indigenous and Tribal Peoples, and Peoples: Definitions of Terms as a Matter of International Law', Ghanea, N. and Xanthaki, A., (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 163.

Alfredsson, G. S., 'The Greenlanders and their human rights choices', Bergsmo, M. (ed), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2003) 453.

Allen, S., 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project', Allen, S. and Xanthaki, A. (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 229.

Anaya, S. J. and Williams, R. A., 'The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System', 14 *Harvard Human Rights Journal* (2001), 80.

Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004, Oxford).

Anaya, J., 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issues of What Rights Indigenous Peoples Have in Land and Resources', 22 *Arizona Journal of International & Comparative Law* (2005) 9.

Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York: Aspen 2009).

Anderson, P., *Free, Prior, and Informed Consent in REDD+, Principles and Approaches for Policy and Project Development* (Bangkok: RECOFTC 2011).

Antkowiak, T. M., 'Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court', 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013), 113

Anghie, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge: CUP 2004).

Baluarte, D.C., 'Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America: The Inter-American Rights Regime and ILO Convention 169', 4 *Sustainable Development Law & Policy* (2004) 9.

Bankes, N., 'The Protection of the Rights of Indigenous Peoples to Territory through the Property Rights Provisions of International Regional Human Rights Instruments', 3 *Yearbook of Polar Law* (2011) 57.

Barelli, M., 'The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 58 *International and Comparative Law Quarterly* (2009) 966.

Barker, M., 'Aborigines, natural resources and the law', 15 *University of Western Australia Law Review* (1983) 245.

Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the Immovable Object and the Irresistible Force', 18 *Human Rights Quarterly* (1996) 782.

Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples, Chapter 36', Bodansky, D., Brunnée, J., Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford: OUP 2007) 848.

Barsh, R. L., 'Indigenous Peoples in the 1990's: From Object to Subject of International Law?', 33 *Harvard Human Rights Journal* (1994), reprinted in Watters, L. (ed.), *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004) 15.

Bass, S., Parikh, P. S., Czebiniak, R. and Fibney, M., *Prior informed consent and mining Promoting the Sustainable Development of Local Communities* (Washington D.C.: Environmental Law Institute 2004).

Bennet, T. W., 'Comparative Law and African Customary Law', Zimmermann, R. and Reimann, M., (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford: OUP 2006) 641.

Boyle, A. and Chinkin, C., *The Making of International Law* (Oxford: OUP 2007).

Burger, J., 'The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: from Advocacy to Implementation', Allen, S. and Xanthaki, A. (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 43.

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.

Cassese, A., *International Law* (Oxford: OUP 2001).

Christie, G., 'Indigeneity and Sovereignty in Canada's Far North: The Arctic and Inuit Sovereignty', 110 *The South Atlantic Quarterly* (2011) 329.

Martinez Cobo, J., *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4 Sub.2/1986/7/Add. 4, 28 June 1983.

Colchester, M. and Mackay, F., *In Search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent*. Forest Peoples Programme, 2004, <<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/08/fpicipsaug04eng.pdf>>.

Daes, E.-I., 'The Right of Indigenous Peoples to "Self-Determination" in the Contemporary World Order', Clark, D. and Williamson, R. (eds.), *Self-Determination: International Perspectives* (Houndmills: MacMillan Press 1996) 47.

Davis, M., 'Indigenous Struggle in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 9 *Melbourne Journal of International Law* (2008) 1.

Daytec, C. L., 'Fraternal Twins with Different Mothers: Explaining Differences between Self-Determination and Self-Government Using the Indian Tribal Sovereignty Model as Context', 22 *Minnesota Journal of International Law* (2013) 25.

Disko, S. and Tugendhat, H., 'World Heritage Sites and Indigenous Peoples' Rights: An Introduction', Disko, S. and Tugendhat, H., *World Heritage Sites and Indigenous Peoples' Rights*, IWGIA – Document 129 (Copenhagen: IWGIA 2014) 3.

Doyle, C., *Free Prior Informed Consent (FPIC) – a universal norm and framework for consultation and benefit sharing in relation to indigenous peoples and Extractive sector*, Paper prepared for OHCHR Workshop on Extractive Industries, Indigenous Peoples and Human Rights, Moscow, 3-4 December 2008.

Eide, A., 'Rights of Indigenous Peoples, Achievements in International Law during the Last Quarter of a Century', 37 *Netherlands Yearbook of International Law* (2006) 163.

Enobun, E., *The Concept of Free, Prior, Informed Consent as a Mechanism for the Right of Veto: is there a realistic appeal for right of veto in the Niger Delta?* (Dundee: University of Dundee (no year provided)).

First Peoples Worldwide / Trillium Asset Management, *Indigenous Peoples Guidebook on Free Prior Informed Consent and Corporate Standards*, <[http://www.firstpeoples.org/publish/FINALfinal\\_guidebook\\_5.10.12.pdf](http://www.firstpeoples.org/publish/FINALfinal_guidebook_5.10.12.pdf)>.

Fitzmaurice, M., 'The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North', 16 *Journal on Minority and Group Rights* (2009) 67.

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).

Forest Stewardship Council, *FSC guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC)*, 30 October 2012.

Fromherz, C., 'Indigenous Peoples Courts: Egalitarian Juridical Pluralism, Self-Determination, and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 156 *University of Pennsylvania Law Review* (2008) 1344.

Gilbert, J., *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors* (Leiden: Martinus Nijhoff-Brill 2016).

Gilbert, J., 'Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land', 18 *Sur Journal* (2013) <[http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18.artigo\\_07.htm](http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18.artigo_07.htm)>.

Gilbert, J., *Nomadic Peoples and Human Rights* (London: Routledge 2014).

Göcke, K., 'The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee, The Concept of Free, Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights', 14 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2010) 337.

Göcke, K., 'Völkerrechtssubjektivität indigener Völker - Historische Grundlagen und neue Tendenzen in der völkerrechtlichen Praxis', Bäumlér, J., Daase, J., Schliemann, C. and Steiger, D. (eds.), *Akteure in Krieg und Frieden* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010) 167.

Greenspan, E., *Why should the World Bank support Free, Prior and Informed Consent? Their report explains.*, Oxfam, 19 February 2016, <<http://politicsofpoverty.oxfamamerica.org/2016/02/why-should-the-world-bank-support-free-prior-and-informed-consent-their-report-explains/>>.

Gunn, B., *Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - An Introductory Handbook*, (Winnipeg: Indigenous Bar Association / University of Manitoba 2011).

Gutiérrez Vega, P., 'The Municipalization of the Legal Status of Indigenous Peoples by Modern (European) International Law', Kuppe, R. and Potz, R., (eds.), *Law and Anthropology*, 12 *International Yearbook for Legal Anthropology* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 17.

Harris, D., 'Indigenous Territoriality in Canadian Courts', Walkem, A. and Bruce, H., (eds.), *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35* (Penticton: Theytus Books 2003) 176.

Heinämäki, L., 'Global Context – Arctic Importance: Free, Prior and Informed Consent, a New Paradigm in International Law Related to Indigenous Peoples', Herrmann, T.M., Thibault, M. (eds.), *Indigenous Peoples' Governance of Land and Protected Territories in the Arctic* (Cham: Springer 2016) 209.

Heinämäki, L., 'Protecting the Rights of Indigenous Peoples – Promoting the Sustainability of the Global Environment?', 11 *International Community Law Review* (2009) 3.

Heinämäki, L., 'Rethinking the Status of Indigenous Peoples in International Environmental Decision-Making: Pondering the Role of Arctic Indigenous Peoples and the Challenge of Climate Change', Koivurova, T., Keskitalo, E. C. H. and Bankes, N. (eds), *Climate Governance in the Arctic*, 50 *Environment & Policy* (2009) 207.

Heinämäki, L., 'The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention, National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Portland: Hart Publishing 2013) 125.

Heinämäki, L., 'The Protection of the Environmental Integrity of Indigenous Peoples in Human Rights Law', XVII *Finnish Yearbook of International Law* (2006) 187.

Heinämäki, L., 'The Rapidly Evolving International Status of Indigenous Peoples: The Example of the Sami People in Finland', Allard, C. and Funderud Skogvang, S. (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia, Autonomous Sami Law* (Farnham: Ashgate 2015) 189.

Heinämäki, L., 'The Right to Be a Part of Nature: Greening Human Rights via Strengthening Indigenous Peoples', 4 *Yearbook of Polar Law* (2012) 415.

Heinämäki, L., Herrmann, T. and Green, C., 'Towards Sámi Self-determination: the Case of Lapland in Sweden', Xanthaki, A., Valkonen, S., Heinämäki, L. and Nuorgam P. (eds.), *Indigenous Peoples' Right to Cultural Heritage* (Leiden: Brill Nijhoff 2017).

Heinämäki, L. and Xanthaki, A., 'Indigenous Peoples' Customary Laws, Sámi People and Sacred Sites, Heinämäki, L. and Herrmann, T. (eds.), *Sacred Natural sites of Sámi and other Indigenous Peoples in the North: Sacred Arctic* (Berlin: Springer 2017).

Herrmann, T., Heinämäki, L. and Morin, C., 'Protecting Sacred Sites, Maintaining Cultural Heritage, and Sharing Power: Challenges and Opportunities in combining State governance and Indigenous involvement through co-management of SGang Gwaay UNESCO World Heritage Site, Canada', Elenius, L., Allard, C. and Sandström, C. (eds.), *Indigenous Rights in Modern Landscapes - Nordic conservation regimes in global context* (London: Routledge 2017).

Hitchcock, R. K., 'International Human Rights, the Environment, and indigenous peoples', 1 *Colorado Journal on International Environmental Law and Policy* (1994) 1.

Hossain, K., 'Status of Indigenous Peoples in International Law', 5 *Miskolc Journal of International Law* (2008) 24.

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](http://www.thai-ips.org/Documents/FPIC_Handbook_Final.pdf)>.

International Law Association, *Interim Report: The Rights of indigenous peoples at the Hague Conference* (2010), ILA Report, 24.

Jonas, H., Bavikatte, K. and Shrumm, H., 'Community Protocols and Access and Benefit Sharing', 12 *Asian Biotechnology and Development Review* (2010) 52.

Kamau, E. C., Fedder, B. and Winter, G., 'The Nagoya Protocol and Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?', 6 *Law, Environment and Development Journal (LEAD)* (2010) 246.

Keal, P., 'Indigenous Sovereignty', Jacobsen, T., Champford, C. and Thakur, R., (eds.), *Re-envisioning Sovereignty – The End of Westphalia?* (Farnham: Ashgate 2008) 317.

Kingsbury, B., 'Claims by Non-State Groups in International Law', 25 *Cornell International Law Journal* (1992) 481.

Kirchner, S., 'Crimea's Declaration of Independence and the Subsequent Annexation by Russia Under International Law', 18 *Gonzaga Journal of International Law* (2014) 41.

Knox, J. H., 'Linking Human Rights and Climate Change at the United Nations', 33 *Harvard Environmental Law Review* (2009) 488.

Koivurova, T., 'Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus kansainvälisessä oikeudessa' [The right of self-determination of indigenous peoples in international law], Aarto, M. and Vartiainen, M. (eds.), *Oikeus kansainvälisessä maailmassa* [Law in a changing world] (Rovaniemi: Edita Publishing Oy, Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta [University of Lapland, Faculty of Law] 2008) 249.

Koivurova, T., 'From high hopes to disillusionment: Indigenous peoples' struggle to (re)gain their right to self-determination', 15 *International Journal on Minority and Group Rights* (2008) 1.

Koivurova, T., 'Redefining Sovereignty and Self-Determination through a Declaration of Sovereignty: The Inuit Way of Defining the Parameters for Future Arctic Governance', Eide, A. / Müller, J. T. / Ziemele, I. (eds.), *Making Peoples Heard - Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2011) 493.

Koivurova, T., 'Sovereign States and Self-Determining Peoples: Carving Out a Place for Transnational Indigenous Peoples in a World of Sovereign States', 12 *International Community Law Review* (2010) 202.



- Koivurova, T., 'The Draft for a Nordic Saami Convention', 6 *European Yearbook of Minority Issues* (2006/2007) 103.
- Koivurova, T., 'The Draft Nordic Saami Convention: Nations Working Together', 10 *International Community Law Review* (2008) 279.
- Koivurova, T., Duyck, S. and Heinämäki, L., 'Climate Change and Human Rights', Hollo, E. J., Kulovesi, K. and Mehling, M. (eds.), *Climate Change and the Law, 21 Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* (2012) 287.
- Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: CUP 2005).
- Koskenniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (Cambridge: CUP 2002).
- Kowalski, T., 'The Forgotten Sovereigns', 36 *Florida State University Law Review* (2009) 765.
- Kreimer, O., *Report of the Rapporteur, Meeting of the Working Group on the Fifth Section of the Draft Declaration with special emphasis on "Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories"*, OAS Doc. No. GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1, 20 February 2003.
- Langeveldt, W., Ad Hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8 (j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity, Fourth meeting, Granada, Spain, 23-27 January 2006, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/14, 21 December 2005.
- Lauterpacht, H., 'The Grotian Tradition in International Law', 23 *British Year Book of International Law* (1946) 29.
- Lawrence, W., *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004).
- Lenzerini, F., *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford: OUP 2014).
- 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.
- Macklem, P., 'Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples', 45 *Stanford Law Review* (1993), 1311.
- Magga, O.H., *Presentation by the Chairperson of the Permanent Forum on Indigenous Issues, The UN Permanent Forum on Indigenous Issues – Ambitions and Limitations, Seminar, September 1<sup>st</sup>, 2003, Resource Centre for the Rights of Indigenous Peoples, Guovdageaidnu, <<http://www.galdu.org/web/index.php?artihkkal=39&giella1=eng>>*.
- Maggio, G., 'Biodiversity', Watters, L., (ed.), *Indigenous Peoples, the Environment and Law* (Durham: Carolina Academic Press 2004) 45.
- Malanczuk, P., *Akehurst's Introduction to International Law* (London: Routledge 1997, reprint 1998).
- Metcalf, C., 'Indigenous Rights and the Environment: Evolving International Law', 35 *Ottawa Law Review* (2003-2004) 101.
- Mgbeoji, I., *Global Biopiracy: Patents, Plants and Indigenous Knowledge* (Vancouver: UBC Press, 2006).
- Miranda Aponte, L., 'Introduction to indigenous peoples' status and rights under international human rights law', Abate, R. S. and Kronk, E. A., *Climate Change and Indigenous Peoples, The Search for Legal Remedies* (Cheltenham: Edward Elgar 2013) 39.
- Moretti, M., *International Law and Nomadic People* (Milton Keynes: Author House 2012), Kindle edition.
- Okara, L., *What is the Role of Free, Prior and Informed Consent in Sustainable Development of Local Communities?* (Dundee: University of Dundee 2012).
- Page, A., 'Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System', 4 :2 *Sustainable Development Law & Policy* (2004) 16.

Peerla, D., *No means no - The Kitchenuhmaykoosib and the Fight for Indigenous Resource Sovereignty* (2012), <<http://ssrn.com/abstract=2189897>>.

Prior, T., Duyck, S., Heinämäki, L., Koivurova, T. and Stepien, A., *Addressing Climate Vulnerability: Promoting the Participatory Rights of Indigenous Peoples and Women through Finnish Foreign Policy*, Ministry for Foreign Affairs of Finland, Juridica Lapponica 38 (Rovaniemi: Northern Institute of Environmental and Minority Law 2013).

Raman, P., 'An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices', Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, *Workshop on Free, Prior, and Informed Consent*, New York, 17-19 January 2005, UN Doc. PFII/2004/WS.2/8.

Rehman, J., 'Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US "War on Terror" and Jihad of Osama Bin Laden', Allen, S. and Xanthaki, A., (eds), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 561.

Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014).

Scheinin, M., 'The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous Land and Competing Uses of Land', Orlin, T. S., Rosas, A. and Scheinin, M., (eds.), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach* (Turku/Åbo: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University 2000) 159.

Scobbie, I., 'Wicked Heresies or Legitimate Perspectives? Theory and International Law', Evans, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 58.

Seier, F., "'Free, Prior and Informed Consent" under UNDRIP: What Does it Really Mean?', *1 Right 2 Respect*, Business and Human Rights Advisors (2011) <<http://www.right2respect.com/2011/06/%E2%80%98free-prior-and-informed-consent%E2%80%99-under-the-un-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-what-does-it-really-mean/>>.

Shepard, G. H. Jr., Rummenhoeller, K., Ohl-Schacherer, J., and Yu, D. W., 'Trouble in Paradise: Indigenous Populations, Anthropological Policies, and Biodiversity Conservation in Manu National Park, Peru', *29 Journal of Sustainable Forestry* (2010) 252.

Sosa Landeo, M., 'La influencia de la gran minería en Cajamarca y Apurímac, Perú: acumulación por despojo y conflictos por el agua', Isch Lopez, E., Boelens, R. and Peña, F., (eds.), *Agua, Injusticia y Conflictos* (Cuzco: Centro Bartolomé de las Casas 2012) 63.

Smith, L. T., *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples* (London: Zed Books 1999, 9<sup>th</sup> imprint 2006).

Stoll, P.-T. and von Hahn, A., 'Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law', Ghanea, N. and Xanthaki, A., (eds.), *Minorities, Peoples and Self-determination*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 2005).

The World Bank, *Review and Update of the World Bank Safeguard Policies* (2016) <<http://consultations.worldbank.org/consultation/review-and-update-world-bank-safeguard-policies>>.

The World Bank, *World Bank Board Committee Authorizes Release of Revised Draft Environmental and Social Framework*, 4 August 2015, <<http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/08/04/world-bank-board-committee-authorizes-release-of-revised-draft-environmental-and-social-framework>>.

Thirlway, H., 'The Sources of International Law', Evans, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 95.

Thornberry, P., 'The Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Indigenous Peoples and Caste/Decent-based Discrimination', Castellino, J. and Walsh, N., (eds.), *International Law and Indigenous Peoples* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005) 17.

Ulfstein, G., 'Indigenous Peoples' Right to Land', *8 Max Planck UN Yearbook* (2004) 11.

Vars, L. S., *The Sámi People's Right to Self-determination* (Tromsø: University of Tromsø 2009).

de Vattel, E., *The Law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns* (from the French of Monsieur de Vattel, from the new edition, by Joseph Chitty, Philadelphia, 1999, 1883) <<http://www.constitution.org/vattel/vattel.htm>>.

Voyakis, E., 'Voting in the General assembly as Evidence of Customary International Law?', Allen, S. and Xanthaki, A., (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Portland: Hart Publishing 2011) 209.

Ward, T., 'The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law', 10 *Northwestern Journal of International Human Rights* (2011) 54.

Weisbrodt, D., 'Customary Law', 1 *Aboriginal Law Bulletin* (1981) 3.

Tobin, B., *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights: Why Living Law Matters ?*, (London: Routledge 2015).

Wheatley, S., 'Conceptualizing the Authority of the Sovereign State over Indigenous Peoples', 27 *Leiden Journal of International Law* (2014) 371.

Wiessner, S., 'Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime', 15 *UCLA Journal of International & Foreign Affairs* (2010) 239.

Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007).

## Other Documents

Asian Development Bank, The Safeguard Policy Statement (Second Draft) October 2008.

Asia Pacific Forum / United Nations, Human Rights, Office of the High Commissioner, *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Manual for National Human Rights Institutions* (Sydney/Geneva: APF / UN OHCHR 2013).

CBD COP VII (2004), Decision VII/16, Annex.

*Cobo Report* Add 4 UN Sales No E.86.XIV.3 (Volume 5, 'Conclusions and Recommendations').

Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Individual Observations concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Ecuador*, ILO Doc. 062010ECU 169 (2010).

Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Guatemala*, ILO Doc. 062006GTM169 (2006).

Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Mexico*, ILO Doc. 062006MEX169 (2006).

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Argentina*, CERD/C/65/CO/1, 10 December 2004.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Argentina*, E/C.12/ARG/CO/3, 14 December 2011.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Australia*, CERD/C/304/Add.101, 19 April 2000.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Botswana*, A/57/18, 1 November 2002

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Brazil*, E/C.12/1/Add.87, 23 May 2003.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Cambodia*, CERD/C/304/Add.54, 31 March 1998.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Colombia*, E/C.12/1/Add.74, 30 November 2001.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Colombia*, E/C.12/COL/CO/5, 21 May 2010.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Costa Rica*, CERD/C/60/CO/3, 20 March 2002.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Ecuador*, E/C.12/ECU/CO/3, 30 November 2012.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, New Zealand*, E/C.12/NZL/CO/3, 31 May 2012.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Nicaragua*, E/C.12/NIC/CO/4, 28 November 2008.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Mexico*, E/C.12/CO/MEX/4, 17 May 2006.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Colombia*, UN Doc E/C.12/1/Add.74/E/C.12/1/Add.74.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Peru*, E/C.12/PER/CO/2-4, 30 May 2012.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Philippines*, E/C.12/1/PHL/CO/4, 1 December 2008.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Russian Federation*, C/C.12/RUS/CO/5, 22 May 2011.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations, Tanzania*, E/C.12/TZA/CO/1-3, 30 November 2012.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.74/E/C.12/1/Add.74.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ecuador*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add. 100

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Nicaragua*, UN Doc. E/C.12/NIC/CO/ 4.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the Russian Federation*, UN Doc. E/C.12.1/Add.94, 2002.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, United States of America*, A/56/18, 14 August 2001.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.74, 6 December 2001, OHCHR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004)*, <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)>.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.100, 7 June 2004, OHCHR, *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004)*, <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)>.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author* (Article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), (2005).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 21 Right of everyone to take part in cultural life* (Art. 15, 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N. Doc. E/C.12/GC/21, 21 December 2009.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/FIN/CO/20-22, 31 August 2012.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 23: Indigenous Peoples*, U.N. Doc. A/52/18, annex V; CERD/C/51/Misc.13/Rev.4 (1997).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ecuador*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add. 100

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on Canada*, CERD/C/CAN/CO/18.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations, Ecuador*, CERD/C/62/CO/2, 21 March 2003

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on Fiji*, CERD C/FJI/CO/17.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on Finland*, CERD/C/FIN/CO/20-22, 23 October 2012.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined seventh to ninth periodic reports of the United States of America*, CERD/C/USA/CO/7-9, 25 September 2014.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Paraguay*, CERD/C/PRY/CO/4-6, 4 October 2016.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the combined nineteenth to twenty-first periodic reports of Sweden, adopted by the Committee at its eighty-third session (12–30 August 2013)*, CERD/C/SWE/CO/19-21, 23 September 2013.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the fourth periodic report of Paraguay*, E/C.12/PRY/CO/4, 20 March 2015.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Canada*, E/C.12/CAN/CO/6. 23 March 2016.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Finland*, E/C.12/FIN/CO/6, 17 December 2014.

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.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the United States*, CERD/C/USA/CO/6.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the convention, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada*, CERD/C/CAN/CO/19-20, 9 March 2012.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Eighty-first session, 6-31 August 2012, Consideration of reports submitted by State parties under Article 9 of the convention, Concluding observation of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Finland, CERD/C/FIN/CO/20-22.

Committee on the Rights of the Child, General Comment No 11, CRC/C/GC/11.

Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4.

Economic and Social Council Resolution 1982/34, <<http://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1982-34.doc>>.

ECOSOC Res. E/RES/2000/22 (July 28, 2000) establishing the Permanent Forum; Report of the First Session of the Permanent Forum on Indigenous Issues, U.N. Doc. E/2002/42/Supp. 43 (*Wilton Littlechild*, Rapporteur).

European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) *Environmental and Social Policy* issued

May 2008 available at <<http://www.ebrd.com/about/policies/enviro/policy/2008policy.pdf>>.

FAO, *Policy on Indigenous and Tribal Peoples* (2010).

Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, Human Rights Council, Eighteenth session, Agenda item 5, 17 August 2011.

Forest Stewardship Council Guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC), Forest Stewardship Council Technical Series No. 2012-2.

Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010, Addendum, Part Two: Action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session*, FCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 March 2011, Annex I, 2. (c).

Human Rights Committee, *General Comment No. 23: The Right of Minorities (Art. 27)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994.

Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Australia*, UN Doc. CCPR/CO/69/AUS (2000).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Australia*, 7 May 2009, CCPR/C/AUS/CO/5.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Australia*, 7 May 2009, CCPR/C/AUS/CO/5.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Australia*, UN Doc. CCPR/CO/69/AUS (2000).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 13 August 2015, CCPR/C/CAN/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 20 April 2016, CCPR/C/CAN/CO/S.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5 (2005).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Canada*, 13 August, 2015, CCPR/C/CAN/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Colombia*, 4 August 2010, CCPR/C/COL/CO.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Costa Rica*, 21 April 2016, CCPR/C/CRI/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Denmark*, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK (2000).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Ecuador*, 11 August 2016 CCPR/C/ECU/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on El Salvador*, 18 November 2010, CCPR/C/SLV/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Guatemala*, 19 April 2012, CCPR/C/GTM/CO/3.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Finland*, 22 August 2013, CCPR/C/FIN/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Finland*, UN Doc. CCPR/CO/82/FIN (2004).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Mexico*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on New Zealand*, 28 April 2016, CCPR/C/NZL/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on New Zealand*, 28 April 2016, CCPR/C/NZL/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Nicaragua*, 12 December 2008, CCPR/C/NIC/CO/3.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Norway*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112 (1999).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Panama*, 17 April 2008, CCPR/C/PAN/CO/3.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Russia*, 28 August 2015, CCPR/C/RUS/CO/7.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, 7 May 2009, CCPR/C/SWE/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, 28 April 2016, CCPR/C/SWE/CO/7.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, 2 April 2009, UN Doc. CCPR/CO/74/SWE (2002).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Togo*, 18 April 2011, CCPR/C/TGO/CO/4.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on the Sixth periodic report of Finland*, 22 August 2013, CCPR/C/FIN/CO/6.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on the United States*, 23 August 2014 CCPR/C/USA/CO/4.

Human Rights Committee, *Concluding Observations on the United States*, 18 December 2006, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3 (2006).

Human Rights Committee, *Concluding Observations on Venezuela*, 14 August 2015, CCPR/C/VEN/CO/4.

Human Rights Committee, Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, *Progress Report on the study of indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, A/HRC/15/25, 23 August 2010.

Human Rights Committee, *General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994.

Human Rights Council, *Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, *Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/18/42, 17 August 2001, Annex.

Human Rights Council, *Follow-up report on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries*, A/HRC/EMRIP/2012/12, 30 April 2012.

Human Rights Council, *Follow-up report on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries*, A/HRC/EMRIP/2012/12, 30 April 2012, at 16, referring to the Report A/HRC 12/34.

Human Rights Council, *Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Peoples with Respect to their Cultural Heritage*, *Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 19 August 2015, A/HRC/30/53.

Human Rights Council Resolution 6/36. Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 6<sup>th</sup> Session, 14/12/2007, A/HRC/RES/6/36.

Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, 6 July 2012, UN Doc. A/HRC/21/47.

IFC Performance Standard No 7, World Bank Operational Policy on Indigenous Peoples No. 4.1.

ILO, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), ILO Doc. GB.282/14/2, 14 November 2001.

Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, *Judgment of 25 November 2015*, *Official Summary issued by the Inter-American Court of Human Rights*, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_309_ing.pdf)>.

International Council on Human Rights Policy, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide* (Versoix: ICHRP 2008).

International expert group meeting on the role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of Article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 14-16 January, New York, United Nations Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, PFII/2009/EGM1/15, <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EGM\\_Art\\_42\\_FAO.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EGM_Art_42_FAO.doc)> .

International Law Association, *Interim Report: The Right of indigenous peoples at the Hague Conference* (London: ILA 2010).

Letter from the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples to the Director of the World Heritage Centre (Human Rights Council, Communications report of Special Procedures Communications sent, 1 June to 30 November 2013, Replies received, 1 August 2013 to 31 January 2014, A/HRC/25/74, 24 February 2014.

Luonnos Pohjoismaiseksi Saamelaisopimukseksi, *Työryhämietintö* 2009:18, Oikeusministeriö.

Office of the Compliance Advisor/Ombudsman (CAO) IFC and MIGA, World Bank Group Advisory Note 'IFC's Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability and Disclosure Policy, Commentary on IFC's Progress Report on the First 18 Months of Application', 17 December 2007.

Motoc, A.-I., 'Standard-Setting, Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent', Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Working Group on Indigenous Populations, Twenty-third session, 18-22 July 2005, Item 5 (b) of the provisional agenda*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 14 July 2005.

Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development Inter-American Development Bank Washington, D.C. Sustainable Development Department Sector Policy and Strategy Series OP-765 July 2006.

Outcome document of the high-level plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples, 25 September 2014, A/RES/69/2.

Permanent Forum on Indigenous Issues, Report on the ninth session (19-30 April 2010), E/2010/43-E/C.19/2010/15, 8 June 2010.

Permanent Forum on Indigenous Issues, Sixth session, New York, 14-25 May 2007, Item 4 of the provisional agenda, Report of the international expert group meeting on the international regime on access and benefit-sharing and indigenous peoples' human rights of the Convention on Biological Diversity, E/C.19/2007/8.

Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Argentina of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Education Workers Union of Río Negro (UNTER), local section affiliated to the Confederation of Education Workers of Argentina (CTERA), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507187,en:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507187,en:NO)>.

Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507317,en:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507317,en:NO)>.

Report of the Committee Set up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT), ILO Doc. GB. 282/14/2 (21 November 2001).

Report of the Committee Set Up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT) and the Colombian Medical Trade Union Association, ILO Doc. GB.282/14/3, 14 November 2001.

Report of the Committee Set Up to Examine the Representation Alleging Non-Observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Made Under Article 24 of the ILO Constitution by the Union of Workers of the Autonomous University of Mexico (STUNAM) and the Independent Union of Workers of La Jornada (SITRAJOR). ILO Doc. GB.289/17/3 (19 March 2004).

Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010, FCCC/CP/2010/7/Add.1.



Report of the International Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples, 17 February 2005, E/CN.19/2005/3.

Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Anaya, S. J., *Extractive Industry and Indigenous Peoples*, A/HRC/24/41, 27.

Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on extractive industries operating within or near indigenous territories (A/HRC/18/35).

Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people (A/HRC/12/34).

Rio Declaration on the Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, Annex, Resolution 1, UN Doc. A/Conf.151/26/Rev.1 (vol1), 31 *International Legal Materials* (1992) 874.

Special Rapporteur James Anaya on the Rights of Indigenous Peoples, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, UN Doc. A/HRC/13/34 (July 15, 2009).

Stakeholder consultation with *Deborah Delgado Pugley*. Interview with *Tahnee Prior* during the Ministry for Foreign Affairs of Finland funded project on Promoting Participatory Rights of Indigenous Peoples and Women through Finnish Foreign Policy, 2013, PI *Leena Heinämäki*.

*Statement on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adopted at the Annual Meeting of the Inter-Agency Support Group in September 2007.}

Tauli-Corpuz, V. and Lynge A., *Impact of climate change mitigation measures on indigenous peoples and on their territories and lands*. Seventh session of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, New York, 21 April-2 May 2008, e/C/19/2008/10.

UN Conference on Environment & Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, AGENDA 21, <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>.

UN Development Group, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues* (1 February 2008).

UN Doc E/CN.4/832/Rev 1 105, 26 April 1962.

UN Doc. E/CN.4/Sub2AC.4/1992/3 Add. 1 (1992).

UN Global Compact, 'UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; A Business Reference Guide', December 2013; OEA/SerK/XVI, GT/DADIN/doc321/08.

UN-REDD, *Legal Companion to the UN-REDD Programme - Guidelines on Free, Prior and Informed Consent (FPIC), International Law and Jurisprudence Affirming the Requirement of FPIC* (2013) .

UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add. 1-7 (1982).

UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 1-7 (1983).

UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub2/476/Add. 1-6 (1981).

UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7, Add. 1-4 (1996).

U.N. Commission on Human rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 14 July 2005 (prepared by Motoc, A.-I. and the Tebtebba Foundation).

U.N. Commission on Human rights, Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, 57, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 2005, 14 July 2005, 4.

U.N., Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Rodolfo Stavenhagen*, submitted in accordance with Commission resolution 2001/65 (Fifty ninth session), U.N. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 January 2003.

UN-REDD, *About the UN-REDD Programme* <<http://www.un-redd.org/>>.

World Bank, *Sustainable Forest: A Development Strategy* (Washington D.C.: World Bank 2002).

World Heritage and Indigenous Peoples — A Call to Action', Report of the International Expert Workshop on the World Heritage Convention and Indigenous Peoples (Copenhagen, 20 and 21 September 2012).

# 6. THE INTERPRETATION OF THE LAND RIGHTS ARTICLES OF ILO CONVENTION NO. 169: International Law Perspectives in the Context of Finnish Sámi

Alexandra Xanthaki and Stefan Kirchner

## 1. Background

Articles 13 to 16 of ILO Convention No. 169<sup>1</sup> (ILO 169) codify land rights of Indigenous peoples. The vague language of some of the provisions and the important consequences of the recognition of Indigenous land rights for all sections of the state necessitate clarity of the meaning of relevant provisions.

## 2. How to interpret international treaties

International law contains rules on the interpretation of international treaties. These rules are part of customary international law and are also codified in Articles 31 *et seq.* of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>2</sup> (VCLT). It is important to remember that according to Article 31 (1) VCLT and contrary to domestic law, in interpreting human rights treaties, the ordinary meaning of its terms, its context, and its object and purpose must be viewed together, without any of the above having more weight than the other. In other words, contrary to national law, in international law the literal interpretation is by no means more important than the context, the object and the purpose of the treaty. In addition, the role of state practice as an interpretative tool should not be underestimated: modern international law is shaped very much by the practice of states and the opinions of national and international judicial and semi-judicial bodies. It is therefore imperative to take into account such state practice including any existing case law, when interpreting Articles 13-16 ILO 169 on Indigenous land rights. Also, the cross-fertilisation of universal and regional bodies has been very helpful in applying an up-to date and relevant interpretation of international human rights provisions. Finally, international law is dynamic, not static: ILO 169 has to be interpreted in the light of the more recent instrument, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)<sup>3</sup> as well as current discussions and opinions in international bodies.

## 3. Articles 13-19 ILO 169

Indigenous land rights are regulated in Part II of ILO 169, *i.e.* in Articles 13 to 19 ILO 169. In the following section, the interpretation of different rights will be dealt with on the basis of the different articles in the form of an abbreviated commentary.

<sup>1</sup> International Labour Organization (ILO) Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991, 28 *International Legal Materials* (1989) 1382.

<sup>2</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>>. (All links in this chapter are up to date as of 5 November 2016.)

<sup>3</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. General Assembly Resolution 61/295, Annex, 13 September 2007, <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_en.pdf)>.

### 3.1. Article 13 ILO 169

1. *In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.*

2. *The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*

Article 13 (1) ILO 169 emphasises the special importance of the lands Indigenous peoples occupy or use for their cultures and values. The contemporary reality of Indigenous peoples is often characterised by the loss of ancestral homelands and land use conflicts. Indigenous lands are part and parcel of the Indigenous identity. By recognising this special relationship, the ILO first restores the respect towards Indigenous identity, at the centre of which is the relationship with the environment. Second, placing the recognition of the special importance of lands for Indigenous peoples at the beginning of the land section acts as an important interpretative guide of the rights recognised in the subsequent provisions: all land rights recognised to Indigenous peoples should be seen under the light of this special relationship. This will carry extra weight in the balance between Indigenous land rights and other interests. When conflicts arise between Indigenous rights and rights of other sections of the population, Indigenous rights carry more weight anyway because of the vulnerability, the distinctiveness and the historical injustices committed against Indigenous peoples. Even more so, when *Indigenous land rights* conflict with other interests, these rights carry even more weight, because of the importance of Indigenous lands for Indigenous cultures and values. In other words, in the balancing between Indigenous land rights and rights of others or of the state, Indigenous land rights prevail in principle because of Article 13 (1) ILO 169.

The relationship between Indigenous peoples and their lands does not conform to states' expectations of private law categories of land related group rights. Article 13 (1) ILO 169 clarifies that land rights are collective rights, an important reminder for legal systems which do not yet allow for collective land rights. Again, this is in conformity with other sources of international law and codifies existing standards.

One can safely say that Article 13 ILO 169 expresses a norm of customary international law. The special bond between Indigenous peoples and their lands is included in article 25 of the UNDRIP, an instrument which is not binding but widely supported by states and the civil society. The Declaration is now not opposed by any state, which is evidence of state practice.<sup>4</sup> The special bond has been repeatedly used by the Inter-American Court of Human Rights.<sup>5</sup> Even in the early *Sawhoyamaxa* case,<sup>6</sup> the Court had explicitly linked Article 21 of the American Convention on Human Rights (ACHR)<sup>7</sup> on the right to property to Article 13 (1) ILO 169<sup>8</sup> laying the groundwork for a more holistic approach by connecting Article 21 ACHR to Article 13 ILO 169.<sup>9</sup>

4 See an analysis in chapter 5.

5 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006. IACHR Series C, No. 142, paras. 130 *et seq.*; Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Rio Negro Massacres v. Guatemala*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 4 September 2012. IACHR Series C, No. 250, para. 160, *there fn.* 249; Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007, IACHR Series C, No. 172, para. 92; Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March, 2006. IACHR Series C, No. 146, para. 117.

6 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146.

7 American Convention on Human Rights, adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978, 114 *United Nations Treaty Series* 123.

8 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146, para. 117.

9 *Ibid.*, paras. 118 *et seq.*, in particular para. 119.

Article 13 (2) ILO 169 clarifies that the term “land” is to be understood in a wide manner including the “total environment of the areas which the peoples concerned [*i.e.*, Indigenous or tribal peoples] use or occupy”.<sup>10</sup> This has important ramifications for the scope of the recognition of land rights in Articles 14-16 ILO 169. Article 13 (2) ILO 169 also clarifies that the connection protected is between Indigenous peoples and land as a whole. Thus, water and subsoil resources, even when not used by Indigenous peoples, are still covered by the land rights of the Indigenous people in question. All that is required is the use or occupation by the Indigenous group. That use and occupation are alternative, not cumulative, requirements is also important in the context of (semi-)nomadic Indigenous peoples: in order for an Indigenous people to have land rights under ILO 169, it is not necessary for the Indigenous people to actually occupy the land all the time. Part-time land use, such as seasonal reindeer herding, as it is practised in the Nordic Countries, is also a protected form of land use. This is an important aspect of ILO 169 and customary Indigenous rights law because it was the absence of a fixed abode or permanent settlements (and the governance structures which normally are associated with villages, towns *etc.*) which led to the widespread belief among dominant sectors of society that many Indigenous peoples are backward and less developed. In any case, nomadic or semi-nomadic Indigenous groups also enjoy the protection of land rights in ILO 169.

### 3.2. Article 14 ILO 169

*1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.*

*2. Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession.*

*3. Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned.*

Article 14 ILO 169 forms the legal basis for land rights in the Convention. If Indigenous land rights already exist prior to the ratification of ILO 169, it is the obligation of states to protect them, which also involves identifying Indigenous lands. Hence, Anaya, the former UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous peoples reminds us that, similarly to all human rights, “[t]he obligation is for the State to [“]recognize[“] and not to [“]grant[“] the lands of traditional occupation”.<sup>11</sup>

An important issue arising is whether Article 14 (1) ILO 169 stipulates that *both* ownership and possession must be recognised for Indigenous lands that are traditionally occupied. This is not the case. Article 14 does *not* require such a wide recognition of Indigenous land rights.

First, in interpreting this provision, one must take into account the Vienna rules of interpretation where the object, purpose, context and letter of the treaty are equally important. A result where all areas used and possessed by Indigenous peoples would lead to ownership in all situations at all times would go much further than the purpose of the Convention which is, according to the preamble of the treaty, to enable Indigenous peoples to control their lives,

<sup>10</sup> Article 13 (2) ILO 169.

<sup>11</sup> Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples*, (New York: Aspen Publishers 2009) 140.

protect their identity and enjoy their fundamental human rights to the same degree as the rest of the population of the States within which they live. The Sámi in Finland form a rather small group and they are a numerical minority even in the recognised home area, living side by side with other people. Interpreting Article 14 ILO No 169 as requiring full (*i.e.*, exclusive) ownership of all the areas that Sámi traditionally occupy would not be in good faith, and would go much beyond the object and purpose of ILO 169. Recognising such broad rights to ownership would also violate the principle of 'effective interpretation' which underlines the importance of other conflicting treaties, such as the European Convention of Human Rights which protects the right to property of the non-Indigenous population.

Second, the literal interpretation of Article 14 (1) s. 1 ILO 169 does not favour such a wide interpretation: "*rights of ownership and possession*"<sup>12</sup> is in plural to signify that the title may be full or restricted. This is supported by several academics, including the ILO Guide, *Swepston, Thornberry and Xanthaki*.<sup>13</sup> Also, if the Convention meant to recognise ownership rights on all lands even sporadically used by Indigenous peoples together with other sections of the population, then the Convention would have just only stated 'ownership', no possession. ILO Convention No.107<sup>14</sup> (ILO 107) only refers to 'ownership', so the revised convention ILO 169 could have maintained this language. The inclusion of 'possession' points towards the option of recognition of restricted title, rather than only full ownership.<sup>15</sup> The reference to 'ownership and possession' implies that the rights can be rights of ownership when the circumstances warrant; and rights to possession when the circumstances so warrant. Finally, if the Convention wanted to recognise ownership in exclusive and non-exclusive areas, then there would not be the distinction of section 2 of Article 14 (1) ILO 169. Ownership includes full control over the land, so includes use of land; hence, there would be no need to safeguard the right of Indigenous peoples to use the lands they would anyway be recognised as owning in the first paragraph.

Third, the view that Article 14 (1) ILO 169 requires recognition of ownership to all lands occupied and used exclusively or not by Indigenous peoples is not supported by state practice either. In all the states who signed and ratified ILO 169, nowhere have we seen a rush after ratification to recognise full ownership to their Indigenous peoples of the lands they occupy. This option has not even been highlighted by the ILO bodies or any other human rights bodies. Specifically, the Committee of Experts focused in 1994 on access in territories in Bolivia where Indigenous and non-Indigenous populations live, and never once did it refer to ownership. The Committee pushed for mechanisms to resolve competing claims and adjustment to non-exclusive usufruct rights. Following the language of ILO 169, the Committee also asked for "information on any measures taken or envisaged by the traditional Indigenous councils to provide adequate protection to the inhabitants within their jurisdiction vis-a-vis their rights of ownership and possession".<sup>16</sup> So, even though the Committee of Experts has repeatedly pushed states to implement Article 14 of the ILO No 169 and has even pushed them to recognise Indigenous title, neither the Committee, nor any state has interpreted Article 14 (1) ILO 169 in such a broad manner that requires recognition of ownership to all lands that Indigenous peoples use exclusively or non-exclusively. While (collective) ownership is one dimension of indigenous land rights, the emphasis in ILO 169 has been put on strong access rights, broad consultation rights, but not ownership of all lands of exclusive and non-exclusive use. Also, the ILO Guide confirms that rights to possession and use of lands traditionally occupied satisfy the Convention, as long as there is "a firm assurance that these rights [...] continue".<sup>17</sup>

---

12 Article 14 (1) s. 1 ILO 169, italics added.

13 International Labour Organisation, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No 169* (Geneva: ILO 1996) 18 *et seq.*; Swepston, L., 'Economic, Social and Cultural Rights under the 1989 ILO Convention', Horn, F., (ed.) *Economic, Social and Cultural Rights of the Sami, International and National Aspects* (Rovaniemi: Northern Institute for Environmental and Minority Law 1988) 38, 38; Thornberry, P., *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester: Manchester University Press 2002) 353.

14 Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (ILO 107), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107)>.

15 Xanthaki, A., *Indigenous Rights and UN Standards* (Cambridge: CUP 2010) 82.

16 CEARC: Individual Request concerning Convention No 169, Indigenous and Tribal peoples, 1989 Bolivia. Ratification: 1991, Submitted: 1994.

17 Tomei, M. and Swepston, L., *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No 169* (Geneva: ILO 1996) 18.

Similarly, the Inter-American Court of Human Rights, a strong supporter of Indigenous land rights, has specially said that each case of competing interests related to Indigenous land claims should be decided on the basis of its own facts and circumstances, even though states should take the special weight land has for Indigenous peoples.<sup>18</sup>

Fifth, this broad interpretation of Indigenous land rights is not supported by academic opinion. As mentioned above, *Sweepston*, one of the protagonists of the revision of ILO 107 to ILO 169, maintains that either ownership or possession satisfies Article 14 (1) ILO 169.<sup>19</sup> Otherwise, he notes, “it would have meant that, for instance, no country with a system of reserved land could ever ratify the Convention (e.g. Brazil or the United States). Nor could a country which allowed restricted title for indigenous peoples, as in Australia where title is granted but indigenous communities must get permission to dispose of their lands.”<sup>20</sup> *Newman* confirms that “prior occupation [does not have to lead to] unlimited, all pervasive normative force for modern ownership.”<sup>21</sup> *Thornberry* has suggested “some functional equivalent of ownership and possession, a common substratum.”<sup>22</sup> “Such a functional concept”, he continues “would respect the exigencies of indigenous activity, in line with the recognition of their special relationship with land in Article 13 ILO 169. It would incorporate, through the prism of legal terminology, the legal empowerments that underpin ownership/possession.”<sup>23</sup> Possession rights with access rights and control over the management of the lands satisfy the requirements of the Convention. Article 34 ILO 169 provides that the nature and scope of the measures to be taken to give effect to this Convention shall be determined in a flexible manner, having regard to the conditions characteristic of each country. In Finland, Sámi people live together with non-Sámi in their homeland area. Not only Sámi but also non-Sámi residents practice similar livelihoods such as reindeer herding and fishing.

Most importantly, this instrument now must be seen under the light of the newer, specific and universally accepted UNDRIP. Article 26 (2) UNDRIP states that “Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.”<sup>24</sup> In terms which are similar to the language used in Article 14 ILO 169, Article 26 (2) UNDRIP puts the right to “own, use, develop *and* control”<sup>25</sup> the lands under traditional ownership, occupation or use. Again, it would be a massive undertaking if this provision was interpreted to mean that Indigenous peoples have the right of ownership on all lands used by them. And this has not been interpreted like this by the states in any way and at any point. Even the most supportive states to the UNDRIP ensured that this provision is not interpreted widely.<sup>26</sup>

On the other hand, the words ‘traditional occupation’ must be interpreted rather loosely: the phrase must be taken to include also lands, which are currently not occupied by the Indigenous people in question. The term “occupy”<sup>27</sup> means that the land in question “might in some cases include lands which have been recently lost”.<sup>28</sup> *Thornberry* explains that de-coupling the rights of Article 14 (1) ILO 169 to lands that have been forcibly taken away from Indigenous peoples

18 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006, IACHR Series C, No. 142, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf)>, paras. 146 *et seq.*; see Barelli, M., *Seeking Justice in International Law* (Abingdon: Routledge, 2016) 43.

19 Sweepston, L., ‘Economic, Social and Cultural Rights under the 1989 ILO Convention’, Horn, F., (ed.) *Economic, Social and Cultural Rights of the Sami, International and National Aspects* (Rovaniemi: Northern Institute for Environmental and Minority Law 1988) 38, 38.

20 *Ibid.*

21 Newman, D., ‘Prior Occupation and Schismatic Principles: Toward a Normative Theorization of Aboriginal Title’, 44 *Alberta Law Review* (2007) 779, 791; see also Bankes, N., ‘Recognising the Property Interests of Indigenous Peoples within Settler Societies: Some Different Conceptual Approaches’, Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 21.

22 Thornberry, P., *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester: Manchester University Press 2002) 355.

23 *Ibid.*

24 Article 26 (2) UNDRIP.

25 Italics added.

26 Charters, C., ‘Land rights and land use’, Weller, M. and Hohmann, J., (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, A Commentary* (Cambridge: CUP 2017) forthcoming (on file with the authors).

27 Article 14 (1) s. 1 ILO 169.

28 International Labour Organisation, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169) - A Manual* (Geneva: ILO 2003) 31.

would 'mean for example, that cases of recent ethnic cleansing would effectively negate rights based on traditional occupation'. He notes: 'International law should have the capacity to address cases of historically recent grievance'.<sup>29</sup>

In concluding, the literal interpretation, the teleological interpretation, the practice of states, the interpretation that the ILO itself has given to Article 14 (1) ILO 169 over the years, the UNDRIP as well as wide scholarship internationally; all agree that the Article 14 (1) ILO 169 does not oblige states to recognise ownership in all lands that Indigenous peoples occupy and use. Possession rights with wide access rights, as well as strong consultation and management rights, when all put together satisfy the requirements of Article 14 (1) ILO 169. Regarding the definition of the right to possession the ILO Committee of Experts concluded that "it is difficult to say precisely what is called 'ownership' in one country had exactly the same implications in another country."<sup>30</sup> Possession is factual control but also means restricted title to property, as opposed to ownership which entails full rights. The level of this distinction depends on the laws of each State and how it defines full and restricted control over land. In Finland, the State and the Sámi Parliament agreed in 2014 that the ratification of ILO 169 would not have any effect on the current ownership of the lands by the State or private persons. This agreement, based on free, prior and informed consent of the Sámi Parliament, is fully in line with the purpose of the Convention to guarantee an authoritative position and an active role to institutions representing Indigenous peoples in the implementation of their rights. It is fully in line with state practice and reflects Indigenous peoples' self-determination as was fully consented by the Sámi Parliament.

In addition, Article 14 (1) s. 2 ILO 169 protects the rights of Indigenous peoples with regard to lands which are 'not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities'.<sup>31</sup> Access is really important for Indigenous peoples in view of their traditional activities. Often, there will only be limited evidence of non-permanent Indigenous land use (as has also been the case in the run up to cases such as *Handölsdalen Sami Village and others v. Sweden*<sup>32</sup> at the European Court of Human Rights). Nomadic Indigenous land use only leaves a small impact on the land, making it hard to prove long times of use of specific lands in courts which are bound by modern standards of evidence. This has been recognized by the drafters of ILO 169 in Article 14 (1) s. 3 ILO 169. While Article 14 (1) s. 3 ILO 169 does not require states to overhaul their entire system of evidence in domestic courts, the wording of Article 14 (1) s. 2 ILO 169 indicates that states have to make bona fide efforts to protect Indigenous land uses which do not conform to the expectations of the legal systems imposed by settler societies.

Paragraphs 2 and 3 of Article 14 ILO 169 turn to procedural obligations. While Article 14 (3) ILO 169 clarifies the existence of a 'right to communal property'<sup>33</sup> and requires rule of law and clear norms as well as access to justice, i.e., an accessible, impartial and knowledgeable judiciary, Article 14 (2) ILO 169 requires the introduction of a process which establishes which lands are actually traditionally occupied by Indigenous peoples. As the wording 'shall take steps', which is commonly used in international economic, social and cultural human rights norms, indicates, the obligation contained in Article 14 (2) ILO 169 has to be definite but does not have to be fulfilled prior to the ratification of ILO 169. Rather, as the example of Norway shows, the ratification of ILO 169 is only the starting point of a good faith process involving both the state and Indigenous peoples. While today the Indigenous land rights question in Finland remains open,<sup>34</sup> this is not an obstacle to the ratification of ILO 169 by Finland at this

29 Thornberry, P., *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester: Manchester University Press, 2002) 354.

30 As quoted in Xanthaki, A., *Indigenous Rights and UN Standards* (Cambridge: CUP 2010).

31 *Ibid.*

32 European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village and others v. Sweden*, Application No. 39013/04, Judgment of 30 March 2010.

33 *Ibid.*, paras. 95 *et seq.*

34 Carstens, M., 'Sami land rights: the Anaya Report and the Nordic Sami Convention' in: 15 *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* (2016) 75-116 <<http://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/2016/Carstens.pdf>>, 81.



time. In *Yakye Axa et al. v. Paraguay*,<sup>35</sup> the Inter-American Court of Human Rights held that “Article 14 (3) of ILO Convention No. 169, [...] in combination with Articles 8 and 25 of the American Convention, places the State under the obligation to provide an effective means with due process guarantees to the members of the indigenous communities for them to claim traditional lands, as a guarantee of their right to communal property.”<sup>36</sup>

Although Article 14 (2) ILO 169 requires the state to demarcate the lands traditionally occupied within the meaning of Article 14 (1) s. 1 ILO 169, the obligation differs with respect to lands communally used. Indeed, with regard to lands which are not exclusively held by Indigenous peoples, the rights of Indigenous peoples have to be safeguarded according to Article 14 (1) s. 2 ILO 169 (to the degree analysed earlier), but there is no obligation of the state to identify them in the same way. However, for practical purposes it will hardly be possible for a state to comply with Article 14 (1) s. 2 ILO 169 without knowing the territory in question. Indeed, often the effective implementation of ILO 169 will not be possible without creating legal certainty concerning the status of land. A demarcation of shared areas, though, is not strictly necessary in order to comply with ILO 169. With regard to areas traditionally occupied by an Indigenous people, including areas which were lost only recently, a separate determination is necessary but only for non-shared areas. In Finland, the Sámi home area is defined by Section 4 of the Act on the Sámi Parliament as the municipalities of Enontekiö, Utsjoki, Inari and a part of Sodankylä.<sup>37</sup> This has been seen as the territory to which ILO 169 also applies by the Finnish Government, consented by the Sámi Parliament.<sup>38</sup> However, it should be noted that historically the Sámi territory was much larger.<sup>39</sup>

Also, many Sámi, who belong to the Sámi community, live outside the Sámi home territory. They would, however, like to enjoy their right to cultural activities, such as fishing, in their traditional territories. The Finnish Constitution also protects traditional livelihoods of the Sámi.<sup>40</sup> Also reindeer herding and fishing, traditional Sámi livelihoods, are permitted also outside the home area. An interesting issue arises on whether Indigenous persons who live outside the Indigenous areas must also be recognised the same rights as Indigenous persons living in Indigenous areas regarding the issue of the land and traditional activities. ILO 169 is not clear on this; and neither is UNDRIP. However, both of them require Indigenous peoples to be in control of membership and the rules of the community. This is implied in Article 6 ILO 169 and is more explicitly recognised in the UNDRIP.<sup>41</sup> The Indigenous community in collaboration with the state will decide the extent of the rights of individuals. Their connection to the land and the traditional activities will be taken into account in the same way as the principle of non-discrimination. The *Lovelace case* is an important guide for communities, for the UN Human Rights Committee stated that ‘statutory restrictions affecting the right to residence on a reserve of a person belonging to the minority concerned, must have both a reasonable and objective justification and be consistent with the other provisions of the Covenant, read as a whole’.<sup>42</sup> The decision has to be ‘reasonable, or necessary to preserve the identity of the tribe’.<sup>43</sup> Thus, all Indigenous persons do *not* have to have exactly the same extent of rights as long as there is a specific reasoning behind such differentiation. This is not new for human rights: Human Rights law recognises that rights are to be materialised according to the specific circumstances at each case.

35 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006, IACHR Series C, No. 142, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf)>.

36 *Ibid.*, paras. 95 et seq.

37 Act on the Sámi Parliament (Finland), 975/1995.

38 Government Bill, HE 264/2014.

39 Broadbent, N. D., *Lapps and Labyrinths: Saami Prehistory, Colonization and Cultural Resilience* (Washington D.C.: Smithsonian Institution Scholarly Press 2010, ebook 2013), position 4137; Kirchner, S., ‘Climate Change Effects on Snow Conditions and the Human Rights of Reindeer Herders’, 33 *Pace Environmental Law Review* (2015) 1, 2.

40 Section 17 Constitution (Finland), 739/1999.

41 Articles 9, 18 and 33 UNDRIP.

42 Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981), para. 16.

43 *Ibid.*, para. 17.

Article 14 ILO 169 must be read together with Articles 2(1) and 6 ILO 169, which require states to include Indigenous peoples in the designing of the appropriate systems to satisfy the requirements of the Convention and to ‘develop coordinated and systematic action to respect their rights and guarantee their integrity’. Even more so, Article 14 ILO 169 has to be interpreted within the light of UNDRIP which establishes firmly free, prior and informed consent, now seen as an emerging standard of customary international law.<sup>44</sup> Thus, ILO 169 requires Indigenous self-government in regard to Indigenous institutions and in determining the direction and scope of Indigenous economic, social and cultural development. Self-government does not take away the state’s responsibility to establish adequate procedures to resolve the land claims of the peoples concerned within the national legal system (Article 14 (3) ILO 169). States, as confirmed by the ILO’s Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), must ‘especially in the case of large-scale exploitations such as those affecting large tracts of land establish environmental, cultural, social and spiritual impact studies’. In view of free, prior and informed consent (FPIC), these must take place with the leading participation of Indigenous peoples, prior to the authorisation of any stage of the process. In addition, Article 34 ILO 169 hints at the need to look for solutions on the local level and on a case by case-basis. In democratic countries which are committed to the protection of human rights, including indigenous peoples’ collective land rights, and where human rights can be enforced through an independent judiciary and procedural mechanisms which allow for complaints about human rights violations, such as constitutional complaints or *amparo* procedures found in many Latin American states,<sup>45</sup> implementing ILO 169 actually might only require few legislative changes, if the rights of Indigenous peoples to self-determination, land and to maintaining their ways of life are sufficiently protected. The consultation, with the object of free, prior and informed consent is often the strongest requirements in this respect. The rights to be consulted and to participate in decision-making constitute the cornerstone of ILO 169 and the basis for applying the broader set of rights enshrined in the Convention. Thus, land rights and consultation rights under Articles 6 and 7 ILO 169, viewed through the general development of Indigenous rights in international law, have to be applied together. Consultation rights are being analysed separately in chapters 5 and 13.

### 3.3. Article 15 ILO 169

*1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources.*

*2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they 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 for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.*

Article 15 (1) ILO 169 is an expression of the economic self-determination of Indigenous peoples, as included in Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>46</sup> and Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

---

<sup>44</sup> For an analysis see chapter 5.

<sup>45</sup> See chapter 12.

<sup>46</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 14 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 *United Nations Treaty Series* 302.

(ICESCR)<sup>47</sup> and explicitly recognised in UNDRIP. This is one of the most controversial issues in Indigenous rights, hence the language of both the ILO No 169 and the UNDRIP is very careful. The actual right that ILO 169 recognises is not that of ownership, but of participation in the usage and conservation of the resources. This obligation must be seen in the light of Article 26 (2) UNDRIP, which recognises the right of Indigenous peoples to “own, use, develop and control the [...] resources they possess”.<sup>48</sup> *Charters* refers to the ‘constructive ambiguity’ of the language of the UNDRIP, deliberately chosen by States and Indigenous peoples to accommodate each party’s wishes.<sup>49</sup> In any case, Article 26 UNDRIP must not be interpreted as favouring recognition of Indigenous unrestricted ownership right over natural resources in all cases. A wide interpretation of Article 26 UNDRIP recognising Indigenous ownership over natural resources beyond what is now the status within states was very clearly not endorsed by states during the elaboration of UNDRIP.<sup>50</sup> At the same time, Article 15 ILO 169 must be viewed within the context of Article 32 UNDRIP which recognises control of Indigenous peoples on the priorities and strategies regarding the development of their resources. The Free, Prior and Informed Consent of Indigenous peoples must be recognised in projects on their lands but also in projects that are not on their lands but affect them directly. UNDRIP also recognises the importance of redress to mitigate adverse impact.<sup>51</sup> Human rights and cultural impacts studies, rather than merely environmental or social case studies, are essential in order to identify such adverse consequences. The active participation of Indigenous peoples in the designing of such studies is also essential.

Article 15 (1) s. 2 ILO 169 does not limit the rights of Indigenous peoples but provides (non-exhaustive) examples as to the rights of Indigenous peoples, in particular their participatory rights. This must be interpreted in the light of the emergence of a customary international law standard of Free, Prior and Informed Consent. Mere participation of Indigenous peoples (as one might understand Article 15 (1) s. 2 ILO 169) does no longer satisfy international law obligations. The duty incumbent upon the state today significantly exceeds the wording of Article 15 (2) ILO 169 because of UNDRIP and the international customary law nature of modern FPIC standards. Article 15 ILO 169 is a good example for an international treaty norm which has contributed to the development of customary international law, only to be superseded by it later.

Article 15 ILO 169 also provides for benefit sharing and for compensation for damages suffered.<sup>52</sup> Redress is a rule of international law confirmed for violations of Indigenous rights to natural resources by both the Inter-American system of human rights and the African system.<sup>53</sup> Even though participation in the benefits [of the exploitation of natural resources is ‘wherever possible’, the provision is quite far-reaching.<sup>54</sup> Again, this provision has to be seen within the international context. Article 20 UNDRIP recognises that Indigenous peoples deprived of their subsistence and development are entitled to just and fair redress. In the *Endorois* case, the African Commission held that the state’s failure to guarantee a reasonable share in the profits deriving from the development project as a violation of the right to development.<sup>55</sup>

Benefit sharing can take several forms. Australia is a good example: it implements four different ways in which mining revenues are distributed to Indigenous communities. They include individual payments (in kind or cash), provision of services, investment in Indigenous

47 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, 993 *United Nations Treaty Series* 3.

48 Article 26 (2) UNDRIP.

49 Charters, C., ‘Land rights and land use’, Weller, M. and Hohmann, J., (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, A Commentary* (Cambridge: CUP 2017) 9.

50 Xanthaki, A., ‘Rights of Indigenous peoples under the Light of Energy Exploitation’, 56 *German Yearbook of International Law* (2013) 315, 339.

51 Article 32 UNDRIP.

52 See Xanthaki, A., *Indigenous Rights and UN Standards* (Cambridge: CUP 2010) 85.

53 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007 IACHR Series C, No. 172; African Commission on Human and Peoples Rights, *Centre for Minority Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council / Kenya* (2009); South African Supreme Court of Appeal, *Richtersveld Community v Others* (2003).

54 Xanthaki, A., *Indigenous Rights and UN Standards* (Cambridge: CUP 2010) 259.

55 African Commission on Human and Peoples Rights, *Centre for Minority Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council / Kenya* (2009), para. 228.

businesses, and investment in long-term capital funds.<sup>56</sup> When ILO 169 will enter into force in other countries, such as potentially Finland, the exact details of the benefit sharing will have to be worked out on the national and local levels.

In conclusion, Article 15 ILO 169 allows states to retain ownership over natural resources. At the same time the norm protects the other rights (*i.e.*, apart from ownership) of Indigenous peoples with regard to the natural resources of their lands. These rights are most acutely realised through consultations according to current FPIC standards.

### 3.4. Article 16 ILO 169

*1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy.*

*2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.*

*3. Whenever possible, these peoples shall have the right to return to their traditional lands, as soon as the grounds for relocation cease to exist.*

*4. When such return is not possible, as determined by agreement or, in the absence of such agreement, through appropriate procedures, these peoples shall be provided in all possible cases with lands of quality and legal status at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. Where the peoples concerned express a preference for compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees.*

*5. Persons thus relocated shall be fully compensated for any resulting loss or injury.*

Article 16 (1) ILO 169 guarantees protection against forced removal of Indigenous peoples from their lands, regardless of the status of the relationship between the land and the Indigenous community under domestic law. This prohibition, however, is limited in so far as Article 16 (2) ILO 169 allows the state to remove Indigenous peoples under certain conditions. The provision has to be interpreted in the light of UNDIP. First, there is a view that this prohibition of UNDRIP is customary international law, in which case, Article 16 must be read as prohibiting relocation under any circumstances. National practice seems to move to this direction with national laws pointing towards blanket prohibition of relocation.<sup>57</sup> Article 16 (2) ILO 169 also contains a strong FPIC element, so here, too, the development of FPIC as a concept of customary international law since 1989 has to be taken into account when applying Article 16 ILO 169. If these norms are not accepted as customary international law, the possibility of relocation without the free, prior and informed consent of the group must be extremely limited and the return to the homeland is to be facilitated as speedily as possible.<sup>58</sup> Should a return not be possible, the state has to compensate both the people, *i.e.*, the community as a group,<sup>59</sup> and the individuals who have been relocated.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Permanent Forum on Indigenous Issues, *Study on the impact of the mining boom on indigenous communities in Australia*, 5 March 2013, UN Doc E/CN.19/2013/20 (2013), para. 11.

<sup>57</sup> See e.g. domestic laws in Brazil, Mexico and international case law such as the aforementioned *Saramaka* case. See also Xanthaki, A, 'Rights of Indigenous peoples under the Light of Energy Exploitation', 56 *German Yearbook of International Law* (2013) 315.

<sup>58</sup> Article 16 (3) ILO 169.

<sup>59</sup> Article 16 (4) ILO 169.

<sup>60</sup> Article 16 (5) ILO 169.

### 3.5. Article 17 ILO 169

1. *Procedures established by the peoples concerned for the transmission of land rights among members of these peoples shall be respected.*
2. *The peoples concerned shall be consulted whenever consideration is being given to their capacity to alienate their lands or otherwise transmit their rights outside their own community.*
3. *Persons not belonging to these peoples shall be prevented from taking advantage of their customs or of lack of understanding of the laws on the part of their members to secure the ownership, possession or use of land belonging to them.*

According to Article 17 (1) ILO 169, Indigenous communities have the right to decide the transmission of their rights without external interference. This addresses cases in which the state has refused to accept the ways Indigenous peoples transmitted their lands. However, this provision is not at vacuum but part of the human rights conundrum: if the transmission interferes with other rights, such as women's rights *etc.*, then the right will be limited in order to accommodate such rights. This was confirmed in the *Lovelace* case,<sup>61</sup> discussed before the UN Human Rights Committee. The group itself will decide in the first instance how to address such cases of conflict.

The article relates to Indigenous legal autonomy, a topic widely discussed on Indigenous rights and in specific with respect to the Sámi people. In the last years, there has been an increasing interest in Sámi law. Article 17 (1) ILO 169 requires the state to Indigenous law as a legal system applicable within an Indigenous community. Due to the dominant position of the state in relation to the Sámi people across Sápmi, with a few notable exceptions in Norway,<sup>62</sup> courts have been very reluctant to actually apply Sámi customary law. Of course, legal systems evolve to take into account evolving values and discussions; Indigenous legal systems are also expected to do so, but the primary role for such evolution lies on the community. The implementation of Article 17 (1) ILO 169 would benefit greatly from increased awareness among Indigenous persons as well as lawyers, judges and representatives of the state of the norms of contemporary Sámi law.

Article 17 (2) ILO 169 contains a consultation duty of the state, but also hints at a past situation in many countries when Indigenous individuals and communities were not only treated as equals by society and the state, but when Indigenous individuals were also not considered to be fully competent for matters of private law, regardless of their age. Such paternalistic attitudes are incompatible with international law and Article 17 (2) ILO 169 has played a role in making this actually happen.

### 3.6. Article 18 ILO 169

*Adequate penalties shall be established by law for unauthorised intrusion upon, or use of, the lands of the peoples concerned, and governments shall take measures to prevent such offences.*

The provision requires positive action by the state to protect the right of Indigenous peoples not to allow unauthorised intrusion or use to their lands. What is meant by the phrase “the lands of the peoples concerned”<sup>63</sup> remains unclear. One could interpret it as unauthorised

<sup>61</sup> Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981).

<sup>62</sup> See the cases mentioned by Ravna, Ø., 'The legal Protection of the Rights and Culture of Indigenous Sámi People in Norway', 11 *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences* (2013) 1575, <[http://elib.sfukras.ru/bitstream/handle/2311/10098/02\\_Ravna.pdf;jsessionid=248966E9E-B2A92C58D68DF7DC9F08BE5?sequence=1](http://elib.sfukras.ru/bitstream/handle/2311/10098/02_Ravna.pdf;jsessionid=248966E9E-B2A92C58D68DF7DC9F08BE5?sequence=1)>, 1581 *et seq.*

<sup>63</sup> Article 18 ILO 169.

intrusion in their exclusive areas, or unauthorised intrusion in the areas of their traditional activities. The wording of Article 18 ILO 169, when compared to the step-by-step approach contained in Article 14 (2) ILO 169, to the contrary seems to require the state to take the action required by Article 18 ILO 169 already from the moment of ratification. The nature of the obligation, though, is strong, as the term “shall” is used. Once Indigenous ownership has been recognised, trespass laws which protect all land owners should be sufficient to comply with ILO 169. Also, the *jokamiehenoikeus* in Finland can be compatible with Article 18 ILO 169 as long as Indigenous communities and individuals have the same rights as any other land owner and provided that the Indigenous people accepts the legal concept of the everyone’s right (which might be argued to have been happened if it is accepted by the Indigenous people that there have been many years of acceptance of the existing *jokamiehenoikeus* system by the Sámi in Finland).

### 3.7. Article 19 ILO 169

*National agrarian programmes shall secure to the peoples concerned treatment equivalent to that accorded to other sectors of the population with regard to:*

*(a) the provision of more land for these peoples when they have not the area necessary for providing the essentials of a normal existence, or for any possible increase in their numbers;*

*(b) the provision of the means required to promote the development of the lands which these peoples already possess.*

At first sight, Article 19 ILO 169 appears to be less relevant in a modern European context as it was in the 1980s in many countries, e.g. in Latin America. Article 19 ILO 169 is relevant in countries in which the state allocates land. This was particularly relevant in countries which have seen significant land reforms. However, in Sápmi large parts of the Indigenous lands are still in one way or the other (e.g. through *Finnmarkseiendommen* in Norway or *Metsähallitus* in Finland) administered by the state and are not the property, in private or public law terms, of Indigenous communities. Therefore, it cannot be excluded that a hypothetical future reallocation of the lands in question, in particular of forest and water areas, would be covered by Article 19 ILO 169. If this is the case, then Indigenous peoples have to be taken into account in a way which allows for their survival and development. In so far, Article 19 ILO 169 crystallises the obligations of states under international treaties such as the ICCPR and the ICESCR, in particular the right to subsistence in Article 1 (2) s. 2 of both the ICCPR and the ICESCR.

In any case, one should not forget the essence of non-discrimination in this provision. Since the adoption of the Convention, it has become obvious that non-discrimination does not satisfy standards of international law: positive measures to ensure equal –direct and indirect– treatment of Indigenous peoples in national programmes has become an obligation of states in international law.<sup>64</sup>

### 3.8. Concluding remarks

ILO 169 does not require states to recognise unrestricted ownership title to all areas with which Indigenous peoples live or have a connection via traditional livelihoods. Ownership, possession or *usufruct* rights satisfy the requirements of the Convention depending on the circumstances.

<sup>64</sup> See in detail Xanthaki, A., ‘Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards’, 32 *Human Rights Quarterly* (2010) 21 and Romany, C. and Chu, J.-B., ‘Affirmative Action in International Human Rights Law: A Critical Perspective of Its Normative Assumptions’, 36 *Connecticut Law Review* (2003-2004) 831.

In any case, states must recognise the special relationship Indigenous peoples have to their lands and acknowledge such important connection in practical terms. Indigenous peoples have very wide consultation rights. In this respect, rights also arise in lands forcibly taken away from Indigenous peoples, if the connection still exists. The requirements of ILO 169 must be seen under the light of current developments, including the UNDRIP. In this respect, Indigenous peoples have free, prior and informed consent in all matters that affect; and that could also extend to a right to veto, when the matter affects them directly and in significant ways. ILO 169 also requires strong participation rights. A strong Sámi Parliament may be important in satisfying this requirement. Strong participatory rights are also required by the Convention with respect to Indigenous rights to natural resources. Indigenous peoples will have a big say in how natural resources are used, a bigger voice than other local populations also affected by state's decisions. In addition, relocation is prohibited, except for extremely exceptional cases and after all other avenues have been exhausted.

## 4. ILO 169 in the Inter-American Human Rights System

Because the Americas are home to so many Indigenous peoples, the case law of the inter-American human rights system has been particularly important for the development of Indigenous rights on the international level. Also, ILO 169 has been ratified by a large number of American states, in particular in Latin America.<sup>65</sup> The Inter-American Court of Human Rights has recognised that ILO 169 is the leading international legal instrument for the protection of the rights of Indigenous peoples.<sup>66</sup> Thus, it is meaningful take a deeper look at which role exactly the ILO 169 plays for the Inter-American human rights system. The Inter-American Court of Human Rights has referred to ILO 169 in a number of cases. While the absolute number of cases might be fairly small, e.g. when compared to the entire case load of the court, it will be shown that ILO 169 has had a tremendous impact on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Given the leading role of the Inter-American Court in the field of Indigenous rights law, the impact of ILO 169 will become evident.

### 4.1. *Sarayaku v. Ecuador*<sup>67</sup>

The 2012 judgment is the key document concerning this case and is noteworthy in that ILO 169 is mentioned more than 50 times. The applicants, the respondent government and the Court take it for granted that ILO 169 must be considered. The Court specifically refers to Article 6 and 17 ILO 169 to establish a legal basis for the duty of the state to consult Indigenous peoples on matters which will affect them.<sup>68</sup>

The Court in this case also uses comparative law and looks not only at ILO 169 but also at the domestic legal situation in other countries, also outside the Americas.<sup>69</sup> The Court concludes its detailed analysis with an important statement: “the obligation to consult, in addition to being a treaty-based provision, is also a general principle of international law”,<sup>70</sup> before connecting this obligation back to the American Convention on Human Rights, under which it performed its analysis.<sup>71</sup>

65 As of 1 November 2016, ILO 169 has been ratified by Argentina, Bolivia, Brazil, Central African Republic, Chile, Colombia, Costa Rica, Denmark, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mexico, Nepal, Netherlands, Nicaragua, Norway, Paraguay, Peru, Spain and Venezuela.

66 Calderón Gamboa, J., *Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde* (2012), <[http://www.oas.org/dil/esp/curso\\_derecho\\_pueblos\\_indigenas\\_sistema\\_interamericano\\_julio\\_2012\\_material\\_referencia\\_Jorge\\_calderon\\_gamboa.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Jorge_calderon_gamboa.pdf)>, 1.

67 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245, <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>.

68 *Ibid.*, para. 160 see there also fn. 178.

69 *Ibid.*, para. 164. For an overview over the states in the region which have ratified ILO 169 see *ibid.*, there fn. 200.

70 *Ibid.*

71 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245, <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, para. 166.

For the implementation of ILO 169, *Sarayaku* is an important example because many of the states which the Court refers to in this judgment also have implemented ILO 169. As a result, the Court refers to ILO in two ways: directly and indirectly, for example when it refers to the domestic law in Peru, which in turn refers to ILO 169.<sup>72</sup> The same approach was used with regard to Belize,<sup>73</sup> Bolivia<sup>74</sup> and Brazil.<sup>75</sup> Therefore we find a two-layered kind of practical application of comparative law: utilising one international treaty (ILO 169) in the interpretation of another treaty (the Inter-American Convention) and looking at domestic legal systems in other states in order to help define the obligations of a state, in this case, Ecuador. In addition, the Court – without any practical need to do so – emphasised the existence of similar obligations also for states which have not ratified ILO 169,<sup>76</sup> for example the United States, Canada and New Zealand.<sup>77</sup> This indicates that many of the obligations codified in ILO 169 in 1989 are today part of customary international law, although customary international law has also evolved beyond the rules contained in ILO 169, as is evidenced for example by the 2007 UNDRIP.

## 4.2. The Duty to Consult in Customary International Law

From these examples the Court first drew the aforementioned conclusion that the duty to consult is “a general principle of international law”.<sup>78</sup> A look at Article 38 of the Statute of the International Court of Justice<sup>79</sup> reveals that this is a category of law which seems too different from the category “general principles of law”<sup>80</sup> which the drafters of the latter norm, which is widely considered to provide a summary of the sources of Public International Law, had in mind. The category “general principles of law” refers to law in general, *i.e.*, to norms which are practically universally accepted, such as the duty to honour contractual obligations (*pacta sunt servanda*), which also applies to international treaties such as ILO 169, or the like. A “general principle of international law”<sup>81</sup> on the other hand can be a subset of this set of norms in that it refers to principles which might have universal character but are not necessarily required to do so; or it might refer to a subset of the norms which are customary law. From the context in the judgment it appears likely that the Court, which emphasised the implementation of the norm in different national legal systems but based on an international legal obligation, meant to express that the duty to consult Indigenous peoples is a particularly important obligation under customary international law. This category of customary international law norms is not identical to *erga omnes* or *jus cogens* obligations, that is, international legal obligations which are incumbent all states towards all other states<sup>82</sup> and obligations which take precedence over all other international legal norms, but there can be overlaps to both of these categories. What the Inter-American Court of Human Rights has been saying that these obligations have their roots in international law and that this norm amounts to a general principle of international law.

## 4.3. Internal Self-Determination

What is not claimed by most Indigenous peoples is a full equivalent to statehood. Indigenous sovereignty, as it exists today, is exercised within the state. This requires that the state, which is in a position of power and dominance over Indigenous peoples, allows Indigenous peoples

<sup>72</sup> *Ibid.*, para. 164, there fn. 198.

<sup>73</sup> *Ibid.*, para. 164, there fn. 202.

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 164, there fn. 203.

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 164, there fn. 204.

<sup>76</sup> *Ibid.*, para. 164.

<sup>77</sup> *Ibid.*, with further references.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Statute of the International Court of Justice, <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj\\_statute\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_statute_e.pdf)>.

<sup>80</sup> Article 38 (1) c. Statute of the International Court of Justice.

<sup>81</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations*. Judgment of 27 June 2012, IACHR Series C, No. 245, <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, para. 164.

<sup>82</sup> International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd (Belgium v. Spain), 2nd Phase*, Judgment of 5 February 1970, *I. C. J. Reports* 1970, 3, 32. The right of all peoples to self-determination is one such *erga omnes* right: International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I. C. J. Reports* 2004, 136, 172.



to effectively determine their own fate. Here the discussion of ILO 169 in *Sarayaku v. Ecuador* provides an interesting example for the effect of ILO 169. Even though the example might appear obvious, it does have significant implications, in particular when it comes to long term projects: ILO 169 applies from the moment it has entered into force for a particular state. If ILO 169 were to enter into force for Finland on a specific date, Finland would have to apply it from this moment and guarantee that there are consultation procedures which are ILO 169-compliant. These procedures, though, would have to be applied not only to new projects and procedures which begin on or after that date but also to everything the state does from that day on – even if the project planning had begun long before that.<sup>83</sup> This means that the duty to consult covers all state action which happens from the moment ILO 169 has entered into force for that state. Indeed, it covers all activities which can be potentially harmful for Indigenous communities or in some other way affect them, even if they have their origin prior to the entry into force of ILO 169. Such a measure would certainly require consultation and FPIC under ILO 169. If all permits had been issued and almost all work had been done prior to the date ILO 169 entered into force for Finland and only a service road leading to the railway line would have to be constructed after the entry into force, Finland would be obliged to undergo a consultation process for the remaining work. Whether this is an incentive for states to delay the ratification of ILO 169 as much as possible is a question which cannot be answered here. What is necessary to emphasise is that the obligation to consult – which is included in ILO 169 – is also an obligation under customary international law.<sup>84</sup> While the obligation under ILO 169 might have some pseudo-retroactive effect, the parallel obligation under customary international law applies anyway. The key difference – and that will become relevant again later – is the seeming absence of an international forum in which applicants can claim such a violation of customary international law. But regional human rights bodies are not disconnected from Public International Law in general and they can take such norms into account when interpreting states' obligations under the relevant treaties which they are meant to interpret, such as the Inter-American Convention.

In *Sarayaku v. Ecuador*, the Inter-American Court relied heavily on ILO 169 in order to define the obligations of the state in the context of the duty to consult Indigenous peoples. Essentially, the Inter-American Court of Human Rights used ILO 169 to set out the parameters of FPIC. Accordingly, it clarified that consultations have to be undertaken prior to action being taken by the state,<sup>85</sup> that the state has to act in good faith, i.e., with the intent to reach an agreement,<sup>86</sup> which is a direct reference to Article 6 (2) ILO 169.<sup>87</sup> The Inter-American Court demanded that FPIC is “accessible”.<sup>88</sup> In this context the Court noted Article 6 (1) (a) ILO 169 and Article 30 (2) UNDRIP,<sup>89</sup> both of which refer to the representative bodies<sup>90</sup> of Indigenous peoples. Although the entire community which would be affected has to be consulted, representation, rather than direct consultation of all individuals, appears to be the norm by now: “The right of the Saami people to self-determination is primarily exercised through the Saami parliaments or other representative bodies, as determined by the Saami.”<sup>91</sup> In addition, the Inter-American Court

83 Cf. in general Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012, IACHR Series C, No. 245, available online at <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, para. 176, see also there fn. 234.

84 On the relationship between treaty law and customary law see e.g. Lenzerini, F., 'The Safeguarding of Collective Cultural Rights through the Evolutionary Interpretation of Human Rights Treaties and Their Translation into Principles of Customary International Law', Jakubowski, A. (ed.), *Cultural Rights as Collective Rights - An International Law Perspective* (Leiden: Brill 2016) 133.

85 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245, <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, paras. 180 *et seq.*

86 *Ibid.*, paras. 185 *et seq.*

87 *Ibid.*, para. 185.

88 *Ibid.*, headline prior to para. 201.

89 *Ibid.*, para. 201, there fn. 264.

90 This approach is both interesting and potentially problematic and raises questions, e.g. What if Indigenous peoples (no longer) have representative bodies? What if the Indigenous culture is not based on the idea of representative but on the notion of direct decision-making? What if the decision-making structures are far from democratic and by design exclude large parts of the population, e.g. women? Are artificially created representative structures, such as the Sámi Parliaments in the Nordic countries, sufficient to meet this standard? How does the actual use of state-created Indigenous representative bodies by, in relative terms, large numbers of Indigenous persons provide legitimacy to this kind of process?

91 Heinämäki, L., 'The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, (Oxford: Hart 2013) 125, 134.

of Human Rights requires Environmental Impact Assessments<sup>92</sup> in the context of consultation procedures. In outlining the requirements for FPIC, the Inter-American Court relied almost exclusively on the wording of ILO 169, case law concerning that treaty and domestic norms from countries which have already implemented it.

This very strong reliance by the Inter-American Court of Human Rights on an international treaty which is not the main treaty it is supposed to implement for the interpretation of the American Convention indicates that the importance of ILO 169 for international Indigenous rights law must not be underestimated. Many aspects of ILO 169 have already become part of customary international law. States which have not yet ratified ILO 169 have missed out on a major opportunity to shape Indigenous rights law during the last 27 years.

#### 4.4. *Yakye Axa et al. v. Paraguay*

In *Yakye Axa et al. v. Paraguay*,<sup>93</sup> the Court had to deal *i.a.* with the question whether land claims by the Indigenous applicant community were being dealt with in an adequate manner; in doing so, it noted that Paraguay had implemented ILO 169 domestically.<sup>94</sup> It noted in particular that “Article 14(3) of ILO Convention No. 169, [...] in combination with Articles 8 and 25 of the American Convention, places the State under the obligation to provide an effective means with due process guarantees to the members of the indigenous communities for them to claim traditional lands, as a guarantee of their right to communal property.”<sup>95</sup> In addition to procedural questions, such as FPIC, the Inter-American Court in the same case utilised ILO 169 to determine the material scope of the right to property in Article 21<sup>96</sup> of the American Convention on Human Rights.<sup>97</sup> The Court found that “ILO Convention No. 169 contains numerous provisions pertaining to the right of indigenous communities to communal property, which is addressed in this case, and said provisions can shed light on the content and scope of Article 21 of the American Convention. The State ratified and included said Convention 169 in its domestic legislation by means of Law No. 234/93. [...] Applying said criteria, this Court has underlined that the close relationship of indigenous peoples with the land must be acknowledged and understood as the fundamental basis for their culture, spiritual life, wholeness, economic survival, and preservation and transmission to future generations.”<sup>98</sup> Here the Court uses ILO 169 to determine the scope of a norm of the American Convention. What the Court does not do is to simply replace Article 21 ACHR with ILO 169. Rather, its interpretation of Article 21 in this case concerning Indigenous rights is informed by ILO 169. In the European human rights system such an approach would be a bit more difficult because of the ECtHR’s idea of autonomous concepts, meaning that specific terms are given specific meaning under the ECHR which applies to the ECHR in all states parties to it, regardless of definitions under domestic law using similar or identical terms – but this is not to say that it would be impossible for the European Court of Human Rights to approach ILO 169 (or customary international law which mirrors rules which are contained in ILO 169 in a similar) manner. Indeed, there is a general openness among international courts towards using the comparative method in international law jurisprudence.

92 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012, IACHR Series C, No. 245, <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, paras. 204 *et seq.*

93 Inter-American Court H.R., *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006, IACHR Series C, No. 142, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf)>.

94 *Ibid.*, para. 95.

95 *Ibid.*, paras. 95 *et seq.*

96 On Indigenous property rights within international human rights law see Bankes, N., ‘Recognising the Property Interests of Indigenous Peoples within Settler Societies: Some Different Conceptual Approaches’, Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013), 21-43, 30 *et seq.*; for a public law perspective see Webber, J., ‘The Public-Law Dimension of Indigenous Property Rights’, in: Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 79, 82 *et seq.*

97 *Ibid.*, paras. 127 *et seq.*

98 *Ibid.*, paras. 130 *et seq.*

The approach in the *Yakye Axa* case was later referred to in the case concerning the Río Negro massacres in Guatemala<sup>99</sup> and, specifically the approach to the interpretation of Article 21 of the American Convention, in a number of cases, including *Saramaka v. Suriname*<sup>100</sup> and *Sawhoyamaya v. Paraguay*<sup>101</sup> In the latter case, the interpretation of Article 21 of the American Convention was closely linked to the text of Article 13 ILO 169,<sup>102</sup> which concerns the protection of Indigenous culture through protecting Indigenous land rights.<sup>103</sup>

#### 4.5. Cases before the Inter-American Commission on Human Rights

One case could be identified which stood out from the rest and in which the Commission placed particular emphasis on ILO 169 and its relationship with the American Convention on Human Rights, the case concerning the Maya Indigenous Communities of the Toledo District in Belize.<sup>104</sup> In this decision, the Inter-American Commission held that it “is empowered under Article 20 of its Statute and Articles 49 and 50 of its Rules of Procedure to receive and examine any petition that contains a denunciation of alleged violations of the human rights set forth in the American Declaration in relation to OAS member states that are not parties to the American Convention. According to the jurisprudence of the inter-American human rights system, the provisions of its governing instruments, including the American Declaration, should be interpreted and applied in context of developments in the field of international human rights law since those instruments were first composed and with due regard to other relevant rules of international law applicable to member states against which complaints of human rights violations are properly lodged. In particular, the organs of the inter-American system have previously held that developments in the corpus of international human rights law relevant to interpreting and applying the American Declaration may be drawn from the provisions of other prevailing international and regional human rights instruments. This includes [...], of particular pertinence to the present case, International Labour Organisation Convention (Nº 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and other instruments concerning the rights of Indigenous peoples. Accordingly, in determining the present case, the Commission will, to the extent appropriate, interpret and apply the pertinent provisions of the American Declaration in light of current developments in the field of international human rights law, as evidenced by treaties, custom and other relevant sources of international law.”<sup>105</sup>

But simply recognising that ILO 169 exists and is relevant for Indigenous rights is just a first step. The more important question is whether human rights bodies actually take ILO 169 into account even though these bodies are outside the ILO system. One way to do so is to understand international treaties such as ILO 169 as contributions to the development of customary international law. This means that ILO 169 can contribute to obligations of states which have not ratified this treaty. Customary international law requires a coherent practice of states which is based on the conviction that acting in a specific manner is required by international law. As a general rule, all states are bound by customary international law. International treaties are expressions of the will of states and form the behaviour of states. In such ways, even obligations which are contained in treaties which have not been ratified by a state can become relevant. A distinction is necessary between different obligations — not the specific treaties. An important example is the development of Indigenous land rights in customary international law. Here, ILO 169 has played a particular significant role and “[t]he Inter-American Court has [...]

99 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Río Negro Massacres v. Guatemala*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 4 September 2012. IACHR Series C, No. 250, para. 160, *there in*. 249.

100 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172, para. 92.

101 *Ibid.*, para. 117.

102 *Ibid.*, paras. 118 *et seq.*, in particular para. 119.

103 *Ibid.*, para. 119.

104 Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District / Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, 12 October 2004, <[https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize\\_12053eng.htm](https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize_12053eng.htm)>.

105 *Ibid.*, paras. 85 *et seq.*, paragraph numbers and footnotes omitted.

recogniz[ed] the communal form of indigenous land tenure as well as the distinctive relationship that indigenous people maintain with their land. [...] Indigenous groups, 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. Accordingly, the organs of the inter-American human rights system have recognized that the property rights protected by the system are not limited to those property interests that are already recognized by states or that are defined by domestic law, but rather that the right to property has an autonomous meaning in international human rights law. In this sense, the jurisprudence of the system has acknowledged that the property rights of indigenous peoples are not defined exclusively by entitlements within a state's formal legal regime, but also include that indigenous communal property that arises from and is grounded in indigenous custom and tradition. Consistent with this approach, the Commission has held that the application of the American Declaration to the situation of indigenous peoples requires the taking of special measures to ensure recognition of the particular and collective interest that indigenous people have in the occupation and use of their traditional lands and resources and their right not to be deprived of this interest except with fully informed consent, under conditions of equality, and with fair compensation."<sup>106</sup>

In other words, under customary international law as identified in the Inter-American framework, "[r]ecognition should be given to indigenous and tribal populations to determine the extent and pace of the economic development affecting them, and to maintain lifestyles different from those prevailing for the remainder of national populations, and to retain and develop their own institutions, languages and cultures independently of the dominant societal groups."<sup>107</sup>

The Inter-American Commission explains that this reasoning regarding the land rights of Indigenous peoples is not only based on the American Convention on Human Rights and the American Declaration on the Rights and Duties of Man<sup>108</sup> but also on the Court's observations in the aforementioned case concerning Belize: "This interpretive approach is supported by the terms of other international instruments and deliberations, which serve as further indicia of international attitudes on the role of traditional system of land tenure in modern systems of human rights protection. [ILO 169] for example, affirms indigenous peoples' rights of ownership and possession of the lands they traditionally occupy, and requires governments to safeguard those rights and to provide adequate procedures to resolve land claims. Additionally, both the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the [...] United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples affirm the rights of indigenous people to own, develop, control and use the lands and resources they have traditionally owned or otherwise occupied and used."<sup>109</sup> This case is a good example for the way an international treaty can become relevant for a state which has not even ratified it.

With regard to self-determination, within the classical meaning of the term which might include political independence and statehood, ILO 169 is thought to have had a limited role.<sup>110</sup> But self-determination,<sup>111</sup> in particular self-determination of Indigenous peoples, can also happen within the framework of the state — as is the case for example with the Sámi Parliaments in the Nordic countries. When it comes to environmental and land rights,<sup>112</sup> though, ILO 169 has made significant contributions also outside the system created by the ILO Constitution.

<sup>106</sup> *Ibid.*, paras. 116 *et seq.*, paragraph numbers and footnotes omitted.

<sup>107</sup> Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007) 69.

<sup>108</sup> Available online at <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>>.

<sup>109</sup> Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District / Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04 of 12 October 2004, <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>>, paras. 116 *et seq.*, paragraph numbers and footnotes omitted.

<sup>110</sup> Castellino, J. and Gilbert, J., 'Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities', 3 *Macquarie Law Journal* (2003) 155, 169.

<sup>111</sup> On the relationship between Indigenous sovereignty and / or self-determination and statehood see Koivurova, T., 'Can Saami Transnational Indigenous Peoples Exercise Their Self-determination in a World of Sovereign States?', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 105, 107 *et seq.*

<sup>112</sup> For an overview over land rights in the case law of the Inter-American human rights system see Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral and Natural Resources - Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 December 2009, <<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>>.

The issue of Free, Prior and Informed consent featured prominently in another recent case before the Inter-American Commission on Human Rights. In the *Case of the Communities of the Sipakepense and Mam Mayan People of the Municipalities of Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán*,<sup>113</sup> which concerns Guatemala, the Commission had to deal with the admissibility of an application which concerns the issue of Free, Prior and Informed Consent in the context of a mining project. In this case, “[t]he petitioners allege that the State authorized the Marlin Mine I project without prior, free, and informed consultation with the affected indigenous communities and, further, that the negative outcome of a consultation that the communities themselves called for were not taken into account, which the petitioners claim has had serious consequences for the communities.”<sup>114</sup> In addition to considering the Guatemalan state to have violated a number of human rights under the American Convention on Human Rights the applicants explicitly “request that [ILO 169], ratified by Guatemala, be used as a guide for interpreting the [...] obligations”<sup>115</sup> of Guatemala under the Inter-American Convention.<sup>116</sup> This approach was not opposed by the Guatemalan government. Instead, the government of Guatemala implicitly accepted that ILO 169 can be used as a tool for the interpretation of obligations of the state under the American Convention on Human Rights by addressing the merits of the applicants’ claim. The focus of the Guatemalan government in this regard was the question which governmental entity is authorised to conduct consultations with Indigenous peoples. In the view of the Guatemalan government, consultations must not be held by entities, such as municipalities, which do not have the legal power to make the decisions in question, e.g. regarding a mining permit.<sup>117</sup> From the perspective of the state, this argument makes sense as FPIC has to be implemented effectively. Consultations held by governmental entities which do not have the legal power to implement the results of such consultations are meaningless. But this argument also leads to another conclusion: if consultations have to be undertaken by the bodies which have the power to make decisions, it also means that consultations can lead to projects being stopped completely based on such consultations. If consultations are so important, it follows that they have to fulfil certain minimum criteria in formal and material terms. International law provides such a standard with the legal concept of FPIC.

#### 4.6. ILO 169 as a Legal Standard in the Inter-American Human Rights System

In its admissibility decision, the Commission clarified “that, although it lacks competence to rule on any violation of [ILO 169], the ILO Convention may be used as a standard for interpreting treaty obligations, in light of Article 29 of the American Convention.”<sup>118</sup>

Article 29 of the American Convention on Human Rights reads as follows: “No provision of this Convention shall be interpreted as: a. permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein; b. 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; c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government; or d. excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have.”<sup>119</sup>

113 Inter-American Commission on Human Rights, *Communities of the Sipakepense and Mam Mayan People of the Municipalities of Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán*, Report No. 20/14, Petition 1566-07, <<https://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/GTAD1566-07EN.pdf>>.

114 *Ibid.*, para. 2.

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*, para. 20.

118 *Ibid.*, para. 29.

119 Article 29 American Convention on Human Rights.

With this decision, the Commission confirmed its earlier case law<sup>120</sup> regarding the use of ILO 169 in the Inter-American human rights system. The rationale behind this approach can be deduced from the aforementioned Article 29 of the American Convention on Human Rights: human rights codified in other treaties must not be undermined by reference to the American Convention.

Effectively, though, the Commission, which is only supposed to rule on the admissibility of the case, similar to the role the former European Commission on Human Rights had until 1998, ruled not only on the merits but also interpreted ILO 169 when it noted that there is a “need to bring domestic norms into line with the international obligations assumed by Guatemala, in particular, ILO Convention 169”.<sup>121</sup>

At the same time does the Inter-American Commission on Human Rights respect decisions by ILO Committees of Experts under the ILO system.<sup>122</sup> In doing so, the Inter-American Commission contributes to the prevention of the creation of diverging interpretations of ILO 169.

#### 4.7. Conclusions

It can be concluded that ILO 169 has become an important legal basis in the case law of the Inter-American human rights system. “In respect to the indigenous right to property, the organs of the Inter-American System have expressly used the provisions of ILO Convention No. 169. As explained by the Inter-American Court, “in analyzing the content and scope of Article 21 of the Convention in relation to the communal property of the members of indigenous communities, the Court has taken into account Convention No. 169 of the ILO in the light of the general interpretation rules established under Article 29 of the Convention, in order to construe the provisions of the aforementioned Article 21 in accordance with the evolution of the Inter-American system considering the development that has taken place regarding these matters in international human rights law.”<sup>123</sup> In fact, it can be argued that “[f]or the Inter-American Commission on Human Rights, ILO Convention No. 169 is [‘]the international human rights instrument most relevant to the protection of indigenous rights[’,<sup>124</sup>] for which reason it is directly pertinent to the interpretation of the scope of the rights of indigenous and tribal peoples and their members, in particular under the American Declaration of the Rights and Duties of Man.[<sup>125</sup>]”<sup>126</sup>

ILO 169 has moved away from the idea of forced assimilation of Indigenous peoples towards human rights<sup>127</sup> and a true human rights treaty, which now is considered by the Inter-American institutions under Article 29 ACHR. The aforementioned respect for the work of the Committees of Experts also means that the ILO system, which has relatively few cases when compared to the regional human rights bodies, can have a significant importance for the development of Indigenous rights law in general. This also means that there is a chance

120 Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 87/12, Petition 140-08, *Maya Kaqchikel Communities of Los Hornos and El Pericón I and Their Members (Guatemala)*, 8 November 2012, para. 32; Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 29/06, *Gariñuna Community of “Triunfo de la Cruz” and Its Members (Honduras)*, para. 39; and Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 39/07, *Gariñuna Community of Cayos Cochinos and Its Members (Honduras)*, para. 49.

121 Inter-American Commission on Human Rights, *Communities of the Sipakepense and Mam Mayan People of the Municipalities of Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán*, Report No. 20/14, Petition 1566-07, available online at <<https://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/GTAD1566-07EN.pdf>>, para. 37.

122 *Ibid.*, para. 45.

123 Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral and Natural Resources - Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 December 2009, <<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>>, 5, footnotes omitted; see also Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006, IACHR Series C, No. 146, para. 117.

124 Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, March 9, 2001, Chapter IX, par. 12. Inter-American Commission on Human Rights, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 June 2000, Chapter X, para. 7.

125 Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 75/02, Case 11.140, *Mary and Carrie Dann (United States)*, 27 December 2002, para. 127 – reference also in the original text, renumbered and reformatted.

126 Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources*, OEA/Ser.L/V/II., 30 December 2009, <<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>>, 5 – reference also in the original text, renumbered and reformatted.

127 Rodríguez-Piñero, L., *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law - The ILO Regime (1919-1989)* (Oxford: OUP 2005) 291 et seq.

for states which ratify ILO 169 and for the Indigenous peoples living there because they can contribute to the development of Indigenous rights law and can expect that their input can have a disproportionately significant effect.

It can be concluded from the earlier analysis of the case law that especially in the field of land rights and FPIC, there is a significant influence of ILO 169 when it comes to the interpretation of the American Convention. It appears that this is a (relatively speaking) recent trend, as in one of leading Indigenous rights judgments of the Inter-American Court, the 2001 judgment in *Awás Tingni v. Nicaragua*, ILO 169 was only mentioned in passing in a concurring opinion.<sup>128</sup> It was only in 2010 that the Court provided a coherent explanation of this approach, or of its methodology. In its judgment in *Xákmok Kásek v. Paraguay*, the Court explained that it was bound to take into account ILO 169 as part of the evolution of international law in this regard as part of the method of interpretation which Article 31 no. 3 lit. c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties prescribes, meaning that the Court feels obliged to take into account not just the American Convention but all applicable international treaties.<sup>129</sup> While the Vienna Convention on the Law of Treaties was created with cases between states in mind (as is also revealed by the wording of Article 31 no.3 lit. c) VCLT), many of the norms it contains have long since become part of customary international law. The references to ILO 169 in the case law of the Inter-American Court and Commission are not just the consequence of political decisions based on the relatively high ratification rate in the Americas but they are based on clear considerations which have a solid foundation in international law, which means that these results can be transferred to other regions as well. The Inter-American Court of Human Rights is now the leading international judicial institution in the field of Indigenous rights.<sup>130</sup>

---

128 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 31 August 2001, IACHR Series C, No. 79, Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, para. 7.

129 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010, IACHR Series C, No. 214, para. 17, there also fn. 23.

130 Cf. Antkowiak, T., 'A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples', 25 *Duke Journal of International and Comparative Law* (2014) 1, 3.

## References

### Legislation, Conventions etc.

Act on the Sámi Parliament (Finland), 975/1995.

American Convention on Human Rights, adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978, 114 *United Nations Treaty Series* 123.

American Declaration on the Rights and Duties of Man, <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>>.

Finnish Constitution, 739/1999.

Government Bill, HE 264/2014.

Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (ILO 107), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107)>.

International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 14 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 *United Nations Treaty Series* 302.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, 993 *United Nations Treaty Series* 3.

International Labour Organization (ILO) Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, adopted 27 June 1989, entered into force 5 September 1991, 28 *International Legal Materials* (1989) 1382.

Statute of the International Court of Justice, <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf)>.

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. General Assembly Resolution 61/295, Annex, 13 September 2007, <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_en.pdf)>.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>>.

### Jurisprudence

African Commission on Human and Peoples Rights, *Centre for Minority Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council / Kenya* (2009).

European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village and others v. Sweden*, Application No. 39013/04, Judgment of 30 March 2010.

Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981).

Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 29/06, *Garifuna Community of "Triunfo de la Cruz" and Its Members (Honduras)*.

Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 39/07, *Garifuna Community of Cayos Cochinos and Its Members (Honduras)*.

Inter-American Commission on Human Rights, Admissibility Report No. 87/12, Petition 140-08, *Maya Kaqchikel Communities of Los Hornos and El Pericón I and Their Members (Guatemala)*.

Inter-American Commission on Human Rights, *Communities of the Sipakepense and Mam Mayan People of the Municipalities of Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán*, Report No. 20/14, Petition 1566-07, <<https://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/GTAD1566-07EN.pdf>>.

Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 75/02, Case 11.140, *Mary and Carrie Dann (United States)*, 27 December 2002.

Inter-American Commission on Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District /*



Belize, Case 12.053, Report No. 40/04, 12 October 2004, available online at <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>>.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012, IACHR Series C, No. 245, available online at <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006. IACHR Series C, No. 142.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 31 August 2001. IACHR Series C, No. 79.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Río Negro Massacres v. Guatemala*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 4 September 2012, IACHR Series C, No. 250.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007, IACHR Series C, No. 172.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006, IACHR Series C, No. 146.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010, IACHR Series C, No. 214.

International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd (Belgium v. Spain), 2nd Phase*, Judgment of 5 February 1970, *I. C. J. Reports* 1970, 3.

International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I. C. J. Reports* 2004, 136.

South African Supreme Court of Appeal, *Richtersveld Community v Others* (2003).

## Literature

Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples*, (New York: Aspen Publishers 2009).

Antkowiak, T., 'A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples', 25 *Duke Journal of International and Comparative Law* (2014) 1.

Bankes, N., 'Recognising the Property Interests of Indigenous Peoples within Settler Societies: Some Different Conceptual Approaches', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 21.

Barelli, M., *Seeking Justice in International Law* (Abingdon: Routledge, 2016).

Broadbent, N. D., *Lapps and Labyrinths: Saami Prehistory, Colonization and Cultural Resilience* (Washington D.C.: Smithsonian Institution Scholarly Press 2010, ebook 2013)

Calderón Gamboa, J., *Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde* (2012), <[http://www.oas.org/dil/esp/curso\\_derecho\\_pueblos\\_indigenas\\_sistema\\_interamericano\\_julio\\_2012\\_material\\_referencia\\_Jorge\\_calderon\\_gamboa.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Jorge_calderon_gamboa.pdf)>.

Carstens, M., 'Sami land rights: the Anaya Report and the Nordic Sami Convention' in: 15 *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* (2016) 75 <<http://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/2016/Carstens.pdf>>.

Castellino, J. and Gilbert, J., 'Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities', 3 *Macquarie Law Journal* (2003) 155.

Charters, C., 'Land rights and land use', Weller, M. and Hohmann, J., (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', A Commentary* (Cambridge: CUP 2017).

Heinämäki, L., 'The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, (Oxford: Hart 2013) 125.

International Labour Organization, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No 169* (Geneva: ILO 1996).

International Labour Organization, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169) - A Manual* (Geneva: ILO 2003).

Kirchner, S., 'Climate Change Effects on Snow Conditions and the Human Rights of Reindeer Herders', 33 *Pace Environmental Law Review* (2015) 1.

Koivurova, T., 'Can Saami Transnational Indigenous Peoples Exercise Their Self-determination in a World of Sovereign States?', Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 105.

Lenzerini, F., 'The Safeguarding of Collective Cultural Rights through the Evolutionary Interpretation of Human Rights Treaties and Their Translation into Principles of Customary International Law', Jakubowski, A. (ed.), *Cultural Rights as Collective Rights - An International Law Perspective* (Leiden: Brill 2016) 133.

Newman, D., 'Prior Occupation and Schismatic Principles: Toward a Normative Theorization of Aboriginal Title', 44 *Alberta Law Review* (2007) 779.

Ravna, Ø., 'The legal Protection of the Rights and Culture of Indigenous Sámi People in Norway', 11 *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences* (2013), 1575, <[http://elib.sfu.kras.ru/bitstream/handle/2311/10098/02\\_Ravna.pdf;jsessionid=248966E9EB2A92C58D68DF7DC9F-08BE5?sequence=1](http://elib.sfu.kras.ru/bitstream/handle/2311/10098/02_Ravna.pdf;jsessionid=248966E9EB2A92C58D68DF7DC9F-08BE5?sequence=1)>.

Rodríguez-Piñero, L., *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law - The ILO Regime (1919-1989)* (Oxford: OUP 2005).

Romany, C. and Chu, J.-B., 'Affirmative Action in International Human Rights Law: A Critical Perspective of Its Normative Assumptions', 36 *Connecticut Law Review* (2003-2004) 831.

Swepston, L., 'Economic, Social and Cultural Rights under the 1989 ILO Convention', Horn, F., (ed.) *Economic, Social and Cultural Rights of the Sami, International and National Aspects* (Rovaniemi: Northern Institute for Environmental and Minority Law 1988) 38.

Thornberry, P., *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester: Manchester University Press 2002).

Tomei, M. and Swepston, L., *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No 169* (Geneva: ILO 1996).

Webber, J., 'The Public-Law Dimension of Indigenous Property Rights', in: Bankes, N. and Koivurova, T., (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 79.

Xanthaki, A., *Indigenous Rights and UN Standards* (Cambridge: CUP 2010).

Xanthaki, A., 'Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards', 32 *Human Rights Quarterly* (2010) 21.

## Other documents

CEARC: Individual Request concerning Convention No 169, Indigenous and Tribal peoples, 1989 Bolivia.

Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral and Natural Resources - Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 December 2009, <<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>>.

Inter-American Commission on Human Rights, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 June 2000.

Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 March 2001.

Permanent Forum on Indigenous Issues, *Study on the impact of the mining boom on indigenous communities in Australia*, 5 March 2013, UN Doc E/CN19/2013/20 (2013).

## 7. INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE PART

Christina Allard and Stefan Kirchner

A comparative approach to the study of Indigenous rights is useful for several reasons.<sup>1</sup> First, comparative studies broaden our knowledge in general terms with respect to the status of Indigenous rights in other jurisdictions and the rationale for the different solutions chosen. In this sense, by increasing our knowledge, we avoid ethnocentrism. Today, the field of Indigenous law is also transnational and international in many ways, which means that it is necessary to have a basic understanding also of the implementation of international standards in the core states with respect to the development of Indigenous rights. Nevertheless, each country has its own specific history, political and legal system, etc. to take into account when recognising, protecting and regulating Indigenous rights and interests.

Secondly, comparative studies allow for an assessment of the performance of laws, policies and institutions in the different jurisdictions. It opens up for a determination of factors that contribute to the success or failure of chosen paths. Here it is important to be mindful of the details because what might look quite similar on the surface, for instance the Nordic Sámi parliaments, often reveal significant differences on a refined scale. Moreover, in comparative research one needs also to be mindful of the multifaceted and complex pattern of factors – historical, cultural, economic, political and social – that shape and reshape each country's law and legal system. Due to such contextual factors one legal solution might work well in one country but not in another.<sup>2</sup>

Thirdly, comparative studies together with legal historical knowledge can aid in revealing and explaining national traits and phenomenon, in other words unearth what is normally hidden from view.<sup>3</sup> Features that have been taken for national characteristics may well prove to be shared by other jurisdictions – or vice versa. Hence, to comprehend contemporary laws regarding Indigenous rights requires an understanding of their historical background. But equally important today is to understand the development and influence of Indigenous rights jurisprudence on the international arena.

Lastly, but perhaps most importantly, comparisons can allow for a re-examination of our own jurisdiction and performance regarding Indigenous rights. In fact, though comparative analysis one can learn much about your own legal system, about deep structures, presumptions and more or less hidden principles that guide the law and legal system. 'New' legal solutions are seldom totally new since they nearly always are built on the existing ones. Law is in essence a path-dependent enterprise.<sup>4</sup> Nonetheless, at certain crossroads time may be ripe for more profound changes.<sup>5</sup> All in all, comparative studies may give inspiration for solutions that better match current problems. Comparisons may therefore assist in suggesting potential reform measures.

The comparative study here includes the following countries: Aotearoa New Zealand, Canada, Norway, Sweden and a selection of Latin American countries.<sup>6</sup> In performing this comparison Christina Allard has drawn from her pervious comprehensive research related to those common law countries and the Nordic countries, but also substantially updated and expanded the analysis for the purpose of this research project. While Latin America includes many countries

<sup>1</sup> The text is inspired also from an online course on Comparative Indigenous Law. See under heading III A at <[www.austlii.edu.au/au/journals/UMonash-LRS/2009/11.html](http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMonash-LRS/2009/11.html)> accessed 29 August 2016.

<sup>2</sup> Cf. Allard, 'Some Characteristic Features of Scandinavian Laws', 50.

<sup>3</sup> See e.g. Dannemann, 'Comparative Law', 401, 406, 418.

<sup>4</sup> Husa, Nuotio and Pihlajamäki, *Nordic Law*, 10-1.

<sup>5</sup> In institutional theory these crossroads are called tipping points. See e.g. Denk, *Komparativa analysmetoder*, 135-6.

<sup>6</sup> For a general understanding based on legal families see also e.g. Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law*.

and a diversity of jurisdictions and Indigenous peoples, we have made a selection of the most interesting countries with respect to the development of Indigenous rights. Stefan Kirchner provides an overview over key Indigenous rights issues in the most relevant Latin American countries,<sup>7</sup> with particular emphasis on Indigenous land rights, free, prior and informed consent (FPIC) and the question of Indigenous identity. Translations of legal sources into English are for the most part done by respective author, or occasionally based on public but unofficial translations of specific acts (especially for Norway).

Each chapter (apart from the chapter on Latin American, which includes a number of countries) commences with establishing the general legal context to provide a background and general characteristics of respective legal system with emphasis on Indigenous rights developments. One particular challenge of comparative analyses includes understanding which differences are of real importance and what triggers those differences. Here, the historical context is critical for a correct understanding of the complexity of state-native relationships. Information on when and how the colonisation process commenced and proceeded is vital for this relationship, including recent steps that the state has taken to over-bridge the negative impacts thereof. This is relevant regardless of whether the colonisation is classified as salt water (blue water) colonisation or internal colonisation.<sup>8</sup>

To allow for a more meaningful comparative study we have identified a set of common themes among the different jurisdictions, on the basis of what the Finnish government have been interested in. These themes are: the definition of Indigenousness, territorial rights and participatory rights (or the state's duty to consult/FPIC), especially in the context of traditional land-use and nature conservation. In this way it is easier to facilitate the identification of the variables and other contextual factors that produce different developments in the different jurisdictions. Each chapter is concluded with a summary of the main characteristics of the respective country. However, for the Latin American part the summary provides knowledge on the countries taken as a whole.

---

<sup>7</sup> While the legal situation in all Latin American states which have ratified the ILO Convention No 169 has been examined, the report concentrates on the states which are more relevant from the perspective of the comparability with the current situation in Finland. Likewise, a number of other states have ratified the ILO Convention No 169 but does not lend itself to a meaningful comparison with the situation of Indigenous peoples in Finland. This includes the Netherlands, Spain, Fiji, Dominica, Nepal and the Central African Republic as well as Denmark with regard to Greenland.

<sup>8</sup> Internal colonisation is a term commonly used for the policy to promote territorial settlements and cultivation within one nation, i.e., colonisation by the ruling elite.

## References

Allard, Christina. 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters'. In *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, eds. Christina Allard and Susann Funderud Skogvang. Farnham: Ashgate, 2015.

Dannemann, Gerhard. 'Comparative Law: Study of Similarities or Differences?'. In *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Denk, Thomas. *Komparativa analysmetoderk*. Lund: Studentlitteratur, 2012.

Husa, Jaakko, Kimmo Nuotio and Heikki Pihlajamäki. *Nordic Law. Between Tradition and Dynamism*. Antwerpen: Intersentia, 2007.

Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

## 8. NORWAY

Christina Allard\*

### 1. The General Legal Context and Basis for Sámi Rights

#### 1.1. Introduction

Norway, like most Nordic States, is a unitary monarchy. Norway became partly independent in 1814 when the longstanding union under the Danish Crown broke down, but was more or less forced into a new union with Sweden later in 1814. The state became fully independent in 1905 when the union under the Swedish king ended. During the almost hundred years under Swedish rule Norway kept their political and legal institutions, meaning that the influence of Swedish law and legal system was minimal.<sup>1</sup>

As a constitutional monarchy, Norway divides State power between the Parliament (*Stortinget*), the Cabinet, and the Supreme Court, as determined by the Constitution of 1814. This Constitution is the second oldest in the world still in force. It forms a strong national symbol. From the start, the Constitution Act 1814 emphasized the division of powers between the legislative, executive and judicial, and also – quite uniquely for the time – guaranteed individual rights and freedoms. The new constitution was not merely a consequence of foreign constitutional ideas at the time, the American and French in particular, but as much a result of internal development. By the late 1700s the Supreme Court had become rather independent and when the new constitution was adopted, it furthered among other things the Court's independence.<sup>2</sup> Ever since 1814 the Supreme Court has shouldered the legal development of the country, especially because of the lack of new legislation in the nineteenth century (notably in the area property law), and has constantly guarded its power in relation to the legislature.<sup>3</sup>

In a Nordic setting the Norwegian Supreme Court has thus a unique and strong position with explicit law making functions. Its decisions are written in the style where the trial judge (*førstvoterende*) make his or her reasons expressed as 'I' where the other judges concur or dissent, much like the common law way.<sup>4</sup> Another feature revealing the ties to the English system is that since 1925 it is obligatory for judges to wear a cloak. Moreover, where Sweden and Finland has two main court branches – the civil and administrative, with two supreme courts – the Norwegian legal system has only one court that sits on the top, the Norwegian Supreme Court.

Hence, the Norwegian Supreme Court is quite different from the Swedish and Finnish counterpart.<sup>5</sup> Stylistically they are closer to common law traditions of judgment writing and cases are normally quite lengthy given the need to openly state the reasons for argumentation. Such differences signify a distinction between the judge as merely applying the law and the judge as law-maker. In Norway it is clear that the Supreme Court aids in developing the law.<sup>6</sup> It has clearly done so with respect to Sámi law.

The emphasis on the rights of the Sámi has undergone a rapid change, especially since the late 1980s, and this development has been supported by a shift in attitude in Norwegian

\* Warm thanks to Per Selle for important comments especially on the subsection 'Definition of Indigenousness and the *Sámediggi*'.

1 Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 294-5 with references.

2 Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, 247, 262, 477-8; Lødrup, *Norges høyesterett*, 10, 16.

3 Lødrup, *Norges høyesterett*, 18.

4 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 52; Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 283-4, 288-9, 295 with references.

5 Sunnqvist, 'Konstitutionellt kritiskt dömande', 73, 761-4.

6 See e.g. Schei, 'Domstolenes og dommernes uavhengighet', 21; Eckhoff and Helgesen, *Rettskildelære*, 192, 209, 211. See further Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 300-1.

society towards the Sámi people and Sámi rights.<sup>7</sup> Prominent examples of these changes are the establishment of the *Sámediggi* (Sámi parliament) in 1987,<sup>8</sup> the new Sámi clause in the Constitution Act 1814 (now section 108) in 1988, the Consultation Agreement between the Government and the *Sámediggi*, signed in 2005, and the new Reindeer Herding Act 2007 that importantly reinstated the Sámi *siida* as a key institution for the local management of the reindeer. Within the Norwegian legal system the development of Sámi law has occurred both through legislation, demonstrating a political will to promote and shield Sámi rights generally, and by cases before the Supreme Court.

Of importance today is also the Inner Finnmark local court established in 2004.<sup>9</sup> It is bilingual and several of the employees speak Sámi. One of the main reasons for its establishment was that a court in this region should emphasise Sámi customs and customary law in its application of law. Article 8(1) of the ILO Convention No 169<sup>10</sup> is of course relevant in this respect, while it acknowledges the importance of norm-systems and traditions that exist within Indigenous communities. There has been a number of interesting cases from the court concerning the relationship between Sámi customs and Norwegian statutory law.<sup>11</sup> In general Norwegian doctrine of legal sources accepts that (unwritten) customary law can be applied before the courts even without allowance through a statutory provision, although a custom is seldom the only source of law claimed as support.<sup>12</sup> Especially in Sámi matters there is a growing body of cases, in particular criminal law cases, in which Sámi claim customary rights or traditions by way of defence. A few of them has ended at the Supreme Court. So far, most cases here demonstrate that a Sámi custom must give way to Norwegian legislation in instances of inconsistency.<sup>13</sup> Nevertheless, Sámi customs and legal perceptions are likely to have an increasingly significant role within traditional Sámi areas, not the least with respect to the Inner Finnmark local court.<sup>14</sup>

There exist no official register of people with Sámi ancestry in Norway, and it is common to give the figures 50-65 000 as roughly the number of the Sámi people.<sup>15</sup> In the last election to the *Sámediggi* it was some 15 000 Sámi registered to the electoral register. The *Sámediggi* is a unique institution in the Norwegian context and the relationship between law and policy is particularly close. Another characteristic is that the politics cut across global, regional and local scales in a complex pattern.<sup>16</sup> The Norwegian *Sámediggi* is the most powerful of the three Nordic *Sámediggis* because it has continuously increased its autonomy and influence, and has the largest budget of the three.<sup>17</sup>

The Norwegian *Sámediggi* was established by the Sámi Act 1987 and the first election was held in 1989.<sup>18</sup> The aim of the statute as such 'is to enable the Sámi people in Norway to safeguard and develop their language, culture and way of life', according to section 1-1 of the Act, and in section 1-2 the *Sámediggi* is meant to be a nation-wide *Sámediggi* 'elected by and among the Sámi population'. To the tasks of the *Sámediggi*, stated in section 2-1 belong 'any matter that in the view of the *Sámediggi* particularly affects the Sámi people'. According to the same provision, it may also on its own initiative raise opinions on any matter within its authority.

7 See further in Smith, *The development of Sámi law since 1980* (1995); Gauslaa, *Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie* (2007); NOU 2007:13 pp. 120-129; Ravna, *Samerett og samiske rettigheter i Norge* (2009).

8 The first elections to the new Sámi Parliament were held in 1989 and the King opened the new Parliament same autumn.

9 See the court's web page at <[www.domstol.no/indrefinnmark](http://www.domstol.no/indrefinnmark)> accessed 21 November 2016.

10 The Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989.

11 See further Ravna, 'Sámi legal culture - and its place in Norwegian law'; Skogvang, *Samerett*, 71-80; Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 61-2.

12 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 60-1. See further on customary law in Norway in Allard, *Renskøtselrett i nordisk belysning*, ch. 5.4.

13 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 61.

14 See also Smith, 'Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?'.

15 See e.g. *Nordisk samekonvensjon*, 120.

16 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 139, 151, 299-301.

17 Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggis', 16, 20.

18 It was designed after the Finnish model with a Sámi parliament, and the legislature emphasized Nordic cooperation. See Ot.prp. nr. 33 (1986-1987), 48. On the Norwegian *Sámediggi* see further e.g. in the anthology Bjerkli and Selle (eds.), *Samer, makt og demokrati*.



Moreover, the *Sámediggi* has decision-making powers when this follows from the Sámi Act or other legislation.<sup>19</sup> See further under 'Definition of Indigenousness and the *Sámediggi*'.

Norway has to a large extent been guided by human rights approaches and international law, not only in Sámi matters but generally. This is a legacy that stretches from the adoption of the Constitution in 1814 and the early Supreme Court rulings from the 1800s and onwards upholding individual rights as well as the experiences from the Second World War.

Through the Human Rights Act 1999 (section 2) the five large Human rights treaties are directly incorporated into Norwegian law: the European Convention on Human Rights 1950, the International Covenant on Social and Cultural Rights 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966, the Convention on the Rights of the Child 1989, and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979. In conflicts with provisions in Norwegian acts the articles of the conventions and protocols mentioned 'shall take precedence' (article 3 of the Act). The ILO Convention No 169, as a specialised treaty, was not directly incorporated via the Human Rights Act but it was considered.<sup>20</sup> This Convention is instead in part incorporated through specific provisions in legislation, for instance in the Finnmark Act 2005 stating in section 3 that the Act 'shall apply with the limitations that follow from' the ILO Convention No 169.

Hence, for Sámi rights in Norway the main influence come from the ILO Convention No. 169 and the ICCPR, Article 27. This is for instance evident through the many commission reports on Sámi rights. One of the most influential persons in upholding and developing Sámi law is Carsten Smith. He has not only been leader of several important commissions on Sámi rights (e.g. Sámi Rights Commission I, the expert group responsible for the draft Nordic Sámi Convention, the Commission on Coastal Fishing) but significantly influenced Norwegian legal society at large. In particular he has been devoted to strengthen the human rights in Norway. He was a very influential chief justice (*høyesterettsjustitiarius*) in the Supreme Court until 2002.<sup>21</sup>

The Sámi in Norway have officially had status as an Indigenous people since 1990 when the state ratified the ILO Convention No 169, but before that the Norwegian Sámi Association had used the term 'people' in decades. The political system in Norway is therefore fostered on the idea, and the demand from the Sámi, that the Sámi are an independent people with self-determination, rather than a minority within the Norwegian nation.<sup>22</sup> Today the Norwegian state has in various documents from 2000 and onwards declared that Norway is founded on the territory of two peoples: the Norwegians and the Sámi.<sup>23</sup> This significant and basic idea forms the foundation of Norway's Sámi policy today. It supports the notion of a partnership between the Sámi and the Norwegian State.

This is a stark contrast to the 'Norwegianization' that took place during more than 100 years. During the mid-1800s the idea on hierarchal cultural stages in human societal development influenced also legal settings, e.g. who could acquire rights to land. The Sámi culture and its manifestations related to land use was rendered less worthy of protection than the culture of the majority society.<sup>24</sup>

It's important to recall that Northern Norway was an unstable area internationally.<sup>25</sup> From the beginning of the 1800s Norway struggled to become an independent state and images of stereotypic Norwegians were promoted. From the point of view of the Norwegian state, it was

<sup>19</sup> See further Falch, Selle and Strømsnes, 'The Sámi: 25 Years of Indigenous Authority in Norway'. On the organisation on the *Sámediggi* and other provisions see also the Business orders of the *Sámediggi*, *Sametingets forretningsorden* from 2013. They can be viewed at the *Sámediggi* web page at <[www.sametinget.no/Media/Files/Lagt-inn-fra-front-end/Sametingets-forretningsorden](http://www.sametinget.no/Media/Files/Lagt-inn-fra-front-end/Sametingets-forretningsorden)> accessed 10 November 2016.

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), 5.

<sup>21</sup> See the bibliography at <[https://nbl.snl.no/Carsten\\_Smith](https://nbl.snl.no/Carsten_Smith)> accessed 4 November 2016.

<sup>22</sup> Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 15, 19-20.

<sup>23</sup> Gauslaa, *Utviklingen av sameretten de siste 25 årene*, 155.

<sup>24</sup> Ravna, *Finnmarksloven*, 90.

<sup>25</sup> Cf. e.g. Bull, *Reindriften i Finnmark*, 22. See further Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 41-52.

important to prove that this area was inhabited by 'good' Norwegians – not by the more or less stateless and semi-nomadic Sámi along with Finnish immigrants. The two northernmost Counties (Troms and Finnmark) were regarded as ethnically instable and providing an insufficient barrier against the Finnish/Russian threat.<sup>26</sup>

This 'Norwegianization' occurred in a period that begins around mid-1800s and continues up till around 1980.<sup>27</sup> Its ending coincides with the dispute over water power developments in the Alta-Kautokeino watercourse. This struggle culminated in the so called Alta case in the Supreme Court (Rt. 1982 s. 241). The case concerned water power developments in the Alta-Kautokeino watercourse, and the potential flooding of the Sámi village Masi. There was a strong Sámi (and environmentalist) protest movement, including hunger strikes and civil disobedience, against these development plans. By attention in media the Sámi rights became a national matter. The Alta case proved to be a turning point concerning the relationship between Norwegian authorities and the Sámi.<sup>28</sup> A lasting result was a more positive attitude towards the Sámi and Sámi rights in Norway. The Sámi were no longer regarded as 'Sámi speaking Norwegians' but rather as an ethnical minority or population in their own right, and later on as the only Indigenous people within Norway.<sup>29</sup>

## 1.2. Commissions devoted to investigate Sámi rights

Improvements of legislation owe much to government commissions that have been investigating and suggesting new acts amendments in current legislation through comprehensive reports.<sup>30</sup> There has, among others, been two large scholarly based Sámi Rights Commissions (SRU I and II) with concluding reports in 1984, 1997 and 2007.<sup>31</sup> Another large commission recently dealt with Sámi coastal fishing rights, but the legislative amendments called for in this report still has an uncertain future.<sup>32</sup> Norway's international legal obligations have been an important basis for such commissions. Generally, the quality of these commission reports is high.<sup>33</sup>

The Sámi Rights Commission was appointed in 1980 as a direct consequence of the controversy concerning the water power operations in Alta-Kautokeino watercourse. In the aftermath of the controversy there was a pressing need to investigate and clarify the rights to land and natural resources in relation to the Sámi, especially for Finnmark. By the initiative of Sámi organisations the Commission also investigated the need for a constitutional clause to protect Sámi culture and an elected Sámi assembly. The Commission's first report, NOU 1984:18, was consequently the basis for the Sámi Act, establishment of the *Sámediggi* and the new Sámi provision in the Constitution Act, section 110a (now s. 108).<sup>34</sup>

This constitutional protection, as of effect in 1988, paved the way for a more Sámi friendly interpretation of legal sources in courtrooms and should be regarded as an underlying cause to the developments of Sámi rights in Norway, even though not directly referred to in single cases. Moreover, the Sámi Rights Committee founded their work on the understanding that the State

26 See e.g. Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder*, 65.

27 Minde, 'Fornorskinga av samane', 5.

28 See further Skogvang, *Samerett*, 31,34-5. The development plans was eventually carried though, but with a lesser scope.

29 Cf e.g. Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 96.

30 These are published in a series labelled NOU, *Norges offentlige utredninger*, individualised by year and serial number.

31 See NOU 1984:18; NOU 1997:4; NOU 2007:13.

32 See NOU 2008:5. See further under Territorial rights below.

33 In a national competition the two reports by the Sámi Rights Committee II (NOU 2007:13; NOU 2007:14) was recently selected as the second-best commission reports in Norwegian law-drafting history. In general the reports are both comprehensive in scope (several hundreds of pages) and include prominent legal scholars among its members, guaranteeing a certain quality and update in respect to current research and international standards.

34 Berg, Jon Knut and Bull, Kirsti Strøm (2012, 3 February), 'Samerettsutvalget'. See Store norske leksikon at <<https://snl.no/Samerettsutvalget>> accessed 29 November 2016.

is required to actively contribute towards securing the future of the Sámi people, through legislation and other means. As seen above, this was a fundamental position that the Norwegian State later fully supported.<sup>35</sup>

The Sámi Rights Commission's second report, NOU 1997:4, concerned the use in and management of the land and resources in the Finnmark County. This report is a core report behind the Finnmark Act of 2005.<sup>36</sup> The many years of work by the Sámi Rights Commission led eventually to specific provisions for Finnmark. Hence, it has been a long process that is not finalised with respect to private rights, Sámi and others, on the Finnmark Estate. See further under The Finnmark Act and Territorial rights.

The Sámi Rights Commission was re-established in 2001, hence the label number II of this Commission. Its final report was NOU 2007:13 which investigated Sámi rights to and use of land and natural resources in traditional Sámi areas south of Finnmark. The Commission has suggested a similar regime for Nordland and Troms Counties as in Finnmark.<sup>37</sup> The Parliament has not taken any decisions on this yet.

The Commission on Coastal Fishing (*Kystfiskeutvalget*) was established in 2006 after consultations with the *Sámediggi* and the Finnmark County Council on the members of the Commission. Carsten Smith was appointed as the leader of this Commission (as he was in SRC I).<sup>38</sup> Its report NOU 2008:5 concerned the fishing rights in the sea outside Finnmark. The Commission concluded that both Sámi and others inhabiting the fjords and coast areas had fishing rights on the basis of historical use and international standards on Indigenous and minority rights. This right was recognised for all peoples, and did not thus ethnically differentiate between Sámi and others. The recommendations by the Commission have large been ignored by the State.<sup>39</sup> However, an important amendment was a supplement to section 29 of the Finnmark Act, namely that the Finnmark Commission shall also investigate rights to fishing areas in fjords and along the coast.

To sum up, investigating (law) commissions have been immensely important for the general development of Sámi law in Norway – as have case law from the Norwegian Supreme court and legal scholarly literature. It has been a parallel approach between these branches of law. It is a longstanding process that still is on-going, not the least regarding the mapping of private rights under the system established via the Finnmark Act but also finding solutions for the legal situation for the Sámi outside Finnmark.

### 1.3. The Finnmark Act

The process towards the Finnmark Act of 2005, special provisions for the core Sámi area in Norway, has been long.<sup>40</sup> Two doctoral theses have been influential: the research by Sverre Tønnesen in 1972 and Otto Jebens in 1999 respectively.<sup>41</sup> They declared that the property law regarding the commons (*allmenningsretten*) was different in Finnmark than elsewhere in Norway. They also questioned the State's ownership to these lands. A number of public commissions have focused on Finnmark and Sámi rights.<sup>42</sup>

35 Smith, 'The development of Sámi law since 1980', 66.

36 Other reports of importance is NOU 1997:5 and NOU 2001:34.

37 See NOU 2007:13, 31-5, 1169.

38 See also Skogvang, *Samerett*, 295-6.

39 Skogvang, Susann Funderud (2014, 30 December), 'Kystfiskeutvalget'. See Store norske leksikon at <<https://snl.no/Kystfiskeutvalget>> accessed 29 November 2016.

40 According to some legal scholars, the Finnmark Act did not solve all matters pertaining to Finnmark, and several of the comments that Sverre Tønnesen made in his thesis in the 1970s are still valid. See Ravna, *Finnmarksloven*, 25.

41 Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark. Rettsreglene om den såkalte "Statens umatrikulerte grunn": en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter*; Jebens, *Om eiendomsretten til grunnen i Indre Finnmark*. Otto Jebens was part of a sub group to the Sámi Rights Commission (*Samerettsutvalgets rettsgruppe*). In this report (NOU 1993:34) he was dissenting concerning the conclusions on the State's ownership in Finnmark. He defended his view in his doctoral thesis a few years later. See Ravna, *Finnmarksloven*, 22.

42 See in particular NOU 1993:34, NOU 1997:4 and NOU 2008:5.

Finnmark was the last mainland territory that was incorporated into Norway. All the same, the dominion of the Norwegian State has been more firmly expressed here than in other regions, as we will see below. Assimilation policies (Norwegianization), from the mid-1800s and some hundred years onwards, has been formative. In the latter half of the 1800s the idea of racial stages was influential, as in Sweden.<sup>43</sup>

Jurisdictional matters have been prominent in this region. It coincides historically when the Nordic states consolidated their sovereignty over the northern land areas in Scandinavia. Single dominion by one power over parts of Finnmark could be said to take place only after 'the Kalmar war' in 1613 when Sweden-Finland withdrew their claims to the coastal areas in Finnmark and Troms. These areas were colonized by people from the south. Colonization took place probably as early as during the Middle Ages, because of the rich fishing industry, but declined from the 1600s and onwards. The Sámi inhabited the inner parts of the fjords and inland areas, surviving on diverse livelihoods (hunting, fishing, reindeer herding and animal husbandry). In 1751 the national border between Norway and Sweden was established. Before that the inner Finnmark was a common where Sweden exercised the main jurisdiction. Through a Royal decree in 1775 the Danish King promoted organised land partition in Finnmark, foremost for privatization of agricultural lands. In 1826 the eastern national border to Russia was settled. This border also cut across traditional pasture areas of the Sámi. The customary cross-border migration became, however, prohibited in 1852 when first Russia, and a few days later, Sweden-Norway closed the Finnish-Norwegian border, which caused domino effects on reindeer husbandry across Sápmi.<sup>44</sup>

Starting in the mid-1800s the general attitudes towards the Sámi and Sámi culture begun to change, and simultaneously the attitude towards Sámi rights to land altered. These changes coincide with the period of 'Norwegianization'.<sup>45</sup> This relate also to Finnmark. In the wake of nationalization, it became increasingly important to prove that Finnmark was inhabited by 'good Norwegians'. Important books from the time expressed that Finnmark was a land for Norwegians, for Norwegian language and culture, disrespecting the longstanding Sámi presence and culture.<sup>46</sup> The idea that the State was assumed to be owner of lands where no other owners could be found, was developed through the 'doctrine of State lands' (*læran om statens grunn*) and prominent Norwegian legal scholars helped to settle this doctrine. Nomads could not acquire ownership to land. Hence, in Finnmark the land belonged to the state, much like a private person, and was not bound by usufruct rights by individuals or groups. This was a clear divergence from land areas south in Norway which the state possessed. In these other areas the state recognized private rights in the commons.<sup>47</sup>

Worth of noting is that the State did not have title deeds to the vast majority of lands in Finnmark, i.e. no land partition was made (*umatrikulert grunn*). Later the view that the State owned the land in Finnmark was expressed also by the 'rights group' in conjunction to the Sámi Rights Commission I, in the report NOU 1993:34. Even if it is expressed that Sámi groups and other locals could have acquired, according to national property law concepts, user rights, the State nevertheless owned the lands.<sup>48</sup>

By the legislative proposition on a Finnmark act from the Sámi Rights Commission I it was clear that local groups (*bygdefolk*) could have acquired user rights to certain areas in Finnmark. They suggested a system with local management and control of the *utmark* with several locally elected boards (*bygdebruksordning*), which would give the communities authority over the land

43 Ravna, *Finnmarksloven*, 90 (he refers to Kaisa Korpijaakko-Labba's thesis). For Sweden see e.g. Lundmark, *Lappen är ombyttig, ostadig och obekväm*.

44 Ravna, *Finnmarksloven*, 61-2; Bull, *Kystfisket i Finnmark*, 13-7; Bull, *Reindriften i Finnmark*, 22.

45 Bull, 'Sámi Reindeer Herders' Herding Rights in Norway', 84-5.

46 *Ibid.*, 85.

47 Ravna, *Finnmarksloven*, 91-3. The State's free property right in Finnmark was codified in the Real Estate Transaction Act of 1863 in s. 1 (*jordsalg-sloven*). Through a revision of this Act a clause on language was incorporated in 1902. For acquiring land in Finnmark, there was a requirement to speak Norwegian as a domestic language.

48 NOU 1993:34, 252, 263. See also Ravna, *Finnmarksloven*, 22-3.

and natural resources in their region.<sup>49</sup> In the bill to a Finnmark act, given the comprehensive investigations made, the government declared that it was difficult to fully uphold the idea of state-ownership. They suggested therefore a transfer of ownership to the Finnmark people.<sup>50</sup> The bill did not however adopt the Commission's suggestions on a local management model. The government was not prepared to reinstate a kind of modern *siida*-system.<sup>51</sup>

This bill was rigorously criticised, and also by the *Sámediggi* for not being in line with the ILO Convention No. 169. The result of the critique was that the Parliament's law committee (*Stortingets justiskomiteé*) asked the Ministry of Justice in 2003 to appoint an independent evaluation of the law proposition. The law professors Geir Ulfstein and Hans Petter Graver were appointed. They concluded that, on several aspects, the law proposition was not enough to fulfil the State's obligations under the ILO Convention and was particularly concerned regarding the fulfillment of Article 14(2).<sup>52</sup>

By initiative from the Parliament's law committee consultations were held between 2004 and 2005 with the *Sámediggi* and Finnmark County Council. During those meetings the local management model seems not to have been central. Instead it was agreed that the *Sámediggi* and the County Council should appoint the same number of board members to the new legal subject to manage Finnmark, the Finnmark Estate. In the new law proposition it was, however, taken into account the critique by the *Sámediggi* on private rights. A new chapter 5 was added, including a new section 5 (see under Territorial rights) where the rights clarification system was developed: the Finnmark Commission and the Uncultivated Land Tribunal for Finnmark (*Utmarksdomstolen for Finnmark*).<sup>53</sup>

The new Finnmark Act was adopted in 2005.<sup>54</sup> The Act transferred 95 % of the 'State-owned' lands to a new body, the Finnmark Estate (*Finnmarkseiendomen*), to own and manage the lands. This new legal subject<sup>55</sup> is named *Finnmárkkuopmodat* in Sámi and therefore the acronym FeFo is used. FeFo acts in principle as a private land owner and must, like other property owners, abide to national public law provisions such as nature conservation and rules on hunting and fishing. The Council of FeFo consists of six members (half appointed by the *Sámediggi* and half by Finnmark County Council) and all must be residents of Finnmark. FeFo autonomously elect a chairman and vice-chairman among its members.<sup>56</sup>

The Act includes important provisions on the use of natural resources that give inhabitants of Finnmark benefits.<sup>57</sup> Importantly, the application of the Act must be made 'with the limitations that follow from ILO Convention No. 169' and 'in compliance with the provisions of international law concerning indigenous peoples and minorities' (section 3). Section 1 of the Act, declaring the purpose of the Act, reads:

The purpose of the Act is to facilitate the management of land and natural resources in the county of Finnmark in a balanced and ecologically sustainable manner for the benefit of the residents of the county and particularly as a basis for Sámi culture, reindeer husbandry, use of non-cultivated areas, commercial activity and social life.

With the Act the *Sámediggi* has been given influence, but has in practice not been using that space proactively in the management of the FeFo.<sup>58</sup> It appoints half the Council members and

---

49 NOU 1997:4, 240-2.

50 Ot.prp.nr. 53 (2002-2003), 43.

51 Cf. Ravna, *Finnmarksloven*, 23.

52 NOU 2007:13, 871; Ravna, *Finnmarksloven*, 24.

53 NOU 2007:13, 871; Ravna, *Finnmarksloven*, 24.

54 Prior to the Parliament decision the revised law proposition was sent to the *Sámediggi* and the Finnmark County Council who both with large majority supported the proposal.

55 Cf. s. 6 of the Act.

56 See s. 7 of the Act.

57 See e.g. ss. 22-24.

58 Cf. Skogvang, *Samerett*, 204.

has therefore a direct influence on the management of the lands and natural resources in Finnmark. The *Sámediggi* can also give guidelines for the assessment of the effect of changes in the use of *utmark*, and they have made use of this competence. The assessment regards the effects on for instance Sámi culture, reindeer herding, commercial activity and social life.

All in all, the basic rationale for adopting the Finnmark Act was that the Norwegian State wished to keep its international law obligations, especially regarding the ILO Convention No. 169. Article 14(2)-(3) of the Convention put an obligation of the State to identify land areas, including user rights, where the Sámi individually or collectively are right-holders – and the rights clarification system under the Finnmark Act fulfills this general obligation.<sup>59</sup> Whether and how the bodies under the Finnmark Act (the Commission and the special court) fulfill their task, though the interpretation of historical use on the basis of Norwegian property law, is another matter. Depending on the results, this is also a matter of different opinions. Nonetheless, it is a long and slow process. In the meanwhile FeFo has the main authority and manages all these lands.

## 2. Definition of Indigenesness and the *Sámediggi*

The Norwegian state's view on Sámi status and Indigeneity has shifted over the course of modern history, ranging from a status as 'extraneous nationality', a 'Sámi speaking Norwegian', an 'ethnic minority' over to 'the Indigenous people of Norway'.<sup>60</sup> Officially the Indigenous status of the Sámi in Norway came by the ratification of the ILO Convention No. 169 in 1990.

The idea of the Norwegian Sámi as an Indigenous people developed during the 1980s. A vehicle for change was the aftermath of the Alta case, mentioned above. In this case the Sámi were regarded by the Supreme Court as an ethnical minority, but there was never any doubt that the Sámi were protected by Article 27 in the ICCPR.<sup>61</sup> As late as in 2001, the Supreme Court in the Selbu case (see under Territorial rights) pointed out initially that it was no longer any ground for contesting the Sámi being an Indigenous people.<sup>62</sup>

In the text book *Den samiske medborgaren*, which links several conducted research projects, Per Selle and the other researchers conclude that 'Saminess' in Norway is linked to the Sámi language. Group acceptance of being a Sámi is easier if a person is speaking Sámi, and is not so dependent upon traditional uses of natural resources or the skill of *duodji*. Hence, being a Sámi is a matter of kinship and self-identification rather than determined by cultural skills, traditional lifestyles linked to certain ways of utilizing natural resources, territoriality or being registered at the electoral roll of the *Sámediggi*, the Sámi parliament.<sup>63</sup> Therefore a Sámi's family background and self-identification as Sámi stand more central than livelihood or cultural competence.

In 2015 (per 30<sup>th</sup> of June) there were 15 356 Sámi registered at the Sámi electoral register (*Sametingets valgmannntall*).<sup>64</sup> There has been a steady increase of the numbers since the first election, comprising of 5 497 persons in 1989.<sup>65</sup> The question of official registration of the Sámi has, however, long been understood as problematic, especially by some groups of Sámi. These differing opinions are internalized into Sámi originations today. Already in the 1970s' Sámi census such problems were brought to the forefront. Some saw it as an expression

59 Cf. Skogvang, *Samerett*, 151.

60 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 14, 77.

61 Rt. 1982 s. 241, 296. See also Gauslaa, *Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie*, 152.

62 Rt. 2001 s. 769, 790-1.

63 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 94.

64 See the *Sámediggi* web page at <<http://sametinget.no/nor/Valg-og-mannntall/Kampanjeside/Valgmannntall/Sametingets-valgmannntall-2015>> accessed at 10 November 2016.

65 Report by Statskonsult 2002, 8. Can be viewed at <<https://www.difi.no/sites/difino/files/Sametinget%2520endelig%2520rapport.pdf>> Accessed 10 November 2016.

of a political stance against 'Norwegianization' (*fornorsking*) and assimilation, but far from all Norwegian Sámi share this stance. Therefore, to register or not to register in the Sámi electoral register may very well be the result of a political standpoint.<sup>66</sup> In the bill to the new Sámi Act concluded that the model with a public register for the Sámi elections was strongly contentious, but that it was difficult to find another satisfying solution.<sup>67</sup>

In Norway, as in Sweden and Finland, the statutory definition of who is Sámi is linked to the electoral register for the elections to the *Sámediggi*. In short, this definition is based on self-identification and the Sámi language, a subjective and an objective criterion. The reason for including a subjective criterion into the definition was the fear that the range of persons would be too extensive and perhaps include persons that did not have entitled interest in participating in the *Sámediggi* election.<sup>68</sup>

Important to notice, however, is that this definition does not exclude other persons of being considered Sámi by the Norwegian State or other Sámi groups.<sup>69</sup> It is widely recognised that many Sámi that fulfil the criteria stand outside the Sámi electoral register.<sup>70</sup> Those outside the electoral register are i) all non-eligible Sámi under 18 years; ii) Sámi that fulfil the criteria but have chosen not to register; and iii) those who self-identify as Sámi but does not meet the objective language criteria.<sup>71</sup>

The definition of who is Sámi – for the purpose of the statute – is found in the Sámi Act 1987 section 2-6, which relate to the Sámi electoral register. It states:

All persons who make a declaration to the effect that they consider themselves to be Sámi, and who either

- a. have Sámi as their domestic language, or
  - b. have or have had a parent, grandparent or great-grandparent with Sámi as his or her domestic language, or
  - c. are the child of a person who is or has been registered in the Sámi electoral register
- may demand to be included in a separate register of Sámi electors in their municipality of residence.<sup>72</sup>

What is different in the Norwegian definition is that the proof of an ancestor speaking Sámi as a domestic language may be traced back to a great-grandparent, i.e. three generations back.<sup>73</sup> With the wording 'domestic language' means that a person has used the Sámi language during his or her childhood in the home.<sup>74</sup>

The provision is built as a kind of checklist in the sense that if a person meet the criteria (subjective and objective), he or she have the right to be included into the Sámi electoral register, as evident from the text 'may demand to be included' (*'kan kreve seg innført'*). The *Sámediggi* has not allocated extra resources to investigate the personal declarations in the applications and has a policy to include the applicant into the register. In the Norwegian context there has not been viewed as important to investigate and control individual statements of Saminess and no Sámi

---

66 Ot.prp. nr. 33 (1986-1987), 48-9.

67 Ibid., 49.

68 NOU 1984:18, 537. See further e.g. Skogvang, *Samerett*, 199-201.

69 NOU 1984:18, 539; Ot.prp. nr. 43 (2007-2008), 18. The legal text was also amended to reflect this fact, from 'samemannntall' to 'Sametingets valgmann-tall'.

70 Ibid.

71 Berg-Nordlie, Mikkel (2016, 1 July), 'Sametinget'. See Store norske leksikon at <<https://snl.no/Sametinget>> accessed at 14 October 2016.

72 Only para. 1 of the section is cited here. The other paragraphs are not relevant for the purpose of definition.

73 The criterion on a great-grandparent is due to a mobilisation from Sámi in areas of southern Troms/northern Nordland, since they lost their language first. Those Sámi wanted to secure their access to the Sámi electoral register.

74 Ot.prp. nr. 43 (2007-2008), 18-9, with reference to Ot.prp. nr.33 (1986-1987), 119.

organisation or group would have legitimacy to make such determinations.<sup>75</sup> With other words, the *Sámediggi* trusts that persons give correct statements.<sup>76</sup> When the register is made official before each election, the general public may make a written complaint to the *Sámediggi* about persons in the register that they mean should not be there. The Sámi electoral register is finally approved after the public control. And generally there are few complaints about the register, but it has happened.<sup>77</sup> This liberal and individual emphasis regarding the Sámi electoral register makes it in fact impossible to support a strong cultural control, as in the Finnish case.

Regarding the question of group acceptance by other Sámi, which is relevant especially in the Finnish context, there exist no requirements either in the Norwegian legal text or in preparatory works relevant to the Sámi Act. One could say that with the model of displaying the Sámi electoral register publicly there is a kind of general control of the acceptance by other Sámi of persons enrolled, but it is not a systematic 'cultural control'. The enrolment is in principle individualised through the self-identification as Sámi as long as you can prove that you meet the objective criterion. As a result, the Sámi electoral register is not considered in Norway as a register recognising an individual's ethnic status nor defining boundaries of the Sámi ethnic group. Even though people can enrol themselves for identity reasons, the electoral roll is mainly an electoral roster, not a confirmation of individual Indigeneity or Saminess. As said above, it is commonly understood that there are many Sámi outside the register. This is one reason why it is not seen as too important control the membership of the electoral register.

The *Sámediggi* is the highest electoral authority at elections and a request of being included into the Sámi electoral register shall be directed to the *Sámediggi*.<sup>78</sup> The election is based on seven constituencies and they cover the whole country (s. 2-4 of the Act). This means that there is no territoriality in the elections to the *Sámediggi*, like often seen in federal states with reserve systems. The *Sámediggi* is elected for a period of four years and the election is placed on the same date as the national election to the Parliament (s. 2-3 of the Act). Next election is in 2017.

As indicated above, the Sámi electoral register is made public by each Municipality before each election. Therefore it is possible to challenge the electoral register and the persons therein by sending a written complaint to the *Sámediggi*.<sup>79</sup> Individual decisions may be appealed to the *Sámediggi* or to a special appeals board appointed by the *Sámediggi*. Such appeals need, however, to be in accordance with the provisions of the Public Administration Act 1967.<sup>80</sup> In this respect the *Sámediggi* is considered as an 'administrative agency' in the meaning of the Public Administration Act, and thus the handling of for instance an individual decision shall follow the provisions under the Public Administration Act, such as rules on disqualification.<sup>81</sup>

There are no registered court cases related to the criteria in section 6 of the Sámi Act.<sup>82</sup> As explained above, the vast majority of the applications are accepted and the person is included in the Sámi electoral register, and the register will be approved after the public display before each election. Normally it is one official within the *Sámediggi* who is responsible to handle these applications, and very few complaints over the years have come to the *Sámediggi* concerning the electoral register.<sup>83</sup> One could conclude that if this 'cultural control' and group acceptance of Sámi persons included into the electoral register would have been important, the *Sámediggi* would have allocated resources to handle this.

<sup>75</sup> Clarified through comments and discussion with Professor Per Selle. Scholarly literature is absent here, and media articles are used instead.

<sup>76</sup> Carl-Göran Larsson and Måret Eli Buljo, 'Hvem er egentlig same?', *NRK Sápmi*, 9 April, 2013; Eilif Aslaksen, 'Med rett til å stemme', *NRK Sápmi*, 24 November, 2008.

<sup>77</sup> Eilif Aslaksen, 'Med rett til å stemme', *NRK Sápmi*, 24 November, 2008; Carl-Göran Larsson and Måret Eli Buljo, 'Hvem er egentlig same?', *NRK Sápmi*, 9 April, 2013.

<sup>78</sup> Sámi Act 1987, ss. 2-6 para. 2 and 2-10. See more in Regulation on Elections to the Sameting (FOR-2008-12-19-1480).

<sup>79</sup> See the web page of *Sámediggi* at <<http://samediggi.no/nor/Valg-og-mannfall>> accessed 12 October 2016.

<sup>80</sup> Sámi Act 1987, s. 2-12 para. 5.

<sup>81</sup> Aulstad, 'Sametinget og forvaltningsloven', 45, 47.

<sup>82</sup> See LovdataPro at <[www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)> accessed 10 October 2016.

<sup>83</sup> Eilif Aslaksen, 'Med rett til å stemme', *NRK Sápmi*, 24 November, 2008; Carl-Göran Larsson and Måret Eli Buljo, 'Hvem er egentlig same?', *NRK Sápmi*, 9 April, 2013.



Despite a rather wide definition and steadily increasing numbers of Sámi that have been signed into the Sámi electoral register since the first election in 1989, there are still a large number of Sámi that stand outside, undetermined how many though.<sup>84</sup> Generally there is little known why some Sámi that fulfil the criteria in section 2-6 chose not to register, but it is likely a conscious choice based on values and priorities.<sup>85</sup>

On the individual level it may be explained by a feeling of shame to swagger with his or her Sámi identity if enrolled to the register, whereas for others registering is a way of making a statement of one's own identity. There is also a differentiation of how to perceive the *Sámediggi* system: either as an important body for political influence in matters directly affecting the Sámi as a people, or an opinion of being against the *Sámediggi*, without necessarily implicating a weaker Sámi identity. Many of the non-registered Sámi seem to be against the existence of the *Sámediggi* itself, and/or the existence of an electoral register. Among the registered Sámi, on the other hand, there was a stronger sense of belonging to persons with the same cultural and ethnical background, increased intensity of the person's Sámi identity as well as a stronger connection to the traditional Sámi area.<sup>86</sup> In 2001 newly registered Sámi felt that the inclusion into the electoral register meant a start to lean Sámi, to wear the Sámi dress, and to participate in the Sámi culture more actively.<sup>87</sup>

Through the media it is revealed differing opinions on who is Sámi. There have been a few occasions where a person has applied for registration into the Sámi electoral register with false statements, claiming to speak Sámi as domestic language, and whom became enrolled.<sup>88</sup> Some Sámi mean therefore that it is too easy to be registered as Sámi for the elections. Others feel the opposite, that it is difficult applying to the register, not because of the criteria, but because of opinions among some Sámi that may cause disturbance and non-acceptance.<sup>89</sup>

On the whole, there seem to be a difference between those Sámi who vote in the *Sámediggi* elections and those who stand outside the system. Being registered or not has political implications. It is noticeable through research that non-registered Sámi is somewhat less politically active contrasted to Sámi registered in the Sámi electoral roll, and non-registered Sámi are much less likely to be members of both a Sámi and a national political party. These Sámi also vote more seldom in national elections.<sup>90</sup>

It is therefore not unproblematic for the *Sámediggi* to operate as mouthpiece for all Sámi (at least from the state's view), but on the other hand this is perhaps not its purpose.<sup>91</sup> Apart from Sámi that reject the *Sámediggi* system, there are also registered Sámi that expresses discontent the work done by the *Sámediggi* since its establishment. Some Sámi wishes to see an increased decision-making power for the *Sámediggi* in more political areas, while this is not an aspiration for non-registered Sámi that have chosen to stand outside the *Sámediggi* system.<sup>92</sup>

Already from start the *Sámediggi* has been debated among the Norwegian Sámi; there were organized Sámi that were against a specific *Sámediggi*. Hence, the *Sámediggi* was established despite large resistance among groups of Sámi, much like the process leading to the formation of the Finnmark Estate (FeFo) based on the Finnmark Act. Therefore, the differences in opinion among registered and non-registered Sámi are determinative for representativeness and legitimacy of the *Sámediggi*.<sup>93</sup>

84 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 149-50. See also Paine, 'Identitetsflope: Same-same'.

85 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 94, 168-9.

86 *Ibid.*, 149-51, 157-9.

87 Report by Statskonsult 2002, 68. Can be viewed at <[www.difi.no/sites/difi.no/files/Sametinget%2520endelig%2520rapport.pdf](http://www.difi.no/sites/difi.no/files/Sametinget%2520endelig%2520rapport.pdf)> Accessed 10 November 2016.

88 Carl-Göran Larsson and Måret Eli Buljo, 'Hvem er egentlig same?', *NRK Sápmi*, 9 April, 2013.

89 *Ibid.*.

90 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 143.

91 It could instead be seen as a place where the Sámi actually can discuss and disagree. This is a view many prominent *Sámediggi* politicians hold.

92 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 94, 168-9. The *Sámediggi* systems was clearly established as a *collective* forum a for the Sámi people of Norway. Cf. Ot.prp. nr. 33 (1986-1987), 42.

93 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 150.

Nonetheless, in Norway the Sámi may utilize 'a double citizenship' in the sense that they may influence through both the Norwegian and Sámi electoral systems. They are complementary. Moreover, a Sámi identity does not exclude a Norwegian identity. Research has shown that Sámi persons resident in core Sámi areas in Inner Finnmark is more active politically than their non-Sámi counterparts in the same region. The development of the *Sámediggi* system have led to increased political interest in general, at least for those Sámi that have chosen to be part of the Sámi electoral register.<sup>94</sup> Hence, the Sámi in Norway are not politically marginalized, rather the opposite.

A difference to the Swedish and Finnish *Sámediggi* systems is the strong orientation toward the 'normal' Norwegian political system. There are several national political parties represented in the elections and a majority of them have adopted their own Sámi policy and in this way increased integration of the Sámi into the national mainstream political system. The Sámi in Norway have in larger degree than Sámi in Sweden and Finland sought support via the national party and electoral systems, and the political administrative system in general. The Labour party and the Norwegian Sámi National Association (NSR) are the main actors in the *Sámediggi* system. At the same time, the Progress party (*Fremskrittspartiet*) has been successful in the *Sámediggi* elections of 2009 and 2013 with a program that actively wishes to see a closure of the *Sámediggi*.<sup>95</sup>

### 3. Territorial rights

Territorial rights are as important for the Sámi as they are for other Indigenous peoples; Land and waters are the asset which supports the Sámi culture and responsible for its long-standing survival. In Norway the Sámi rights relate above all to reindeer herding, hunting, fishing and fjord/coastal fishing (*sjøsamer*). The country has had its own legal development of the property law and customary uses that differs from Sweden and Finland.<sup>96</sup> Norwegian law has traditionally viewed specific and protracted uses of outlying fields (*utmark*)<sup>97</sup> as a central prerequisite for acquiring ownership or user rights to certain areas. The right holders may be individuals, extended families or other groups.<sup>98</sup> These and other legal-cultural differences among the three states also came to the surface within the work towards a draft text to the Nordic Sámi Convention.<sup>99</sup>

Because of the unclear demarcation of territorial rights and overlapping rights' claims in the *utmark* Norway has a longstanding tradition of setting up ad hoc law commissions for investigating unsettled land rights and land boundaries.<sup>100</sup> Hence it should be noted that the establishment of the Finnmark Commission, with the task of investigating the existence of Sámi land rights under the Finnmark Act 2005, is consistent with that tradition.<sup>101</sup>

As a quite remote part of the Danish-Norwegian kingdom Norway was left alone to deal with its property law affairs and did not – as the case in Sweden and Finland – develop a detailed land register with a strong central administration. Although Norway's land survey was active since 1773 it did not employ educated surveyors until the late 1800s. As a result Norway had still by the mid-1900s large areas not subject to primary land partition, especially related to *utmark*. Common lands and co-ownership are regular in remote areas. Consequently, Norway has had

94 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 70, 144, 148, 168-9.

95 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 137-8, 167.

96 See further Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, chs. 3-4, 5.4.

97 The concept *utmark* denotes natural environments that are not cultivated, e.g. meadows, mountain pastures, forests, moorland, mountains and coastlines. See Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 79 and footnote 3.

98 Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 79, 82.

99 See Smith, 'Samiske rettigheter i nordisk perspektiv', 183, 186, 206.

100 There were several commissions during nineteenth and twenties centuries. See e.g. Ravna and Reiten, 'Grensegang og rettsavklaring i utmark og høyfjell', 487; Falkanger and Falkanger, *Tingsrett*, 113.

101 Allard, 'Some characteristic features of Scandinavian laws', 55-6; Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 91-2.

many disputes regarding the content of rights and land boundaries, which explains the need for resolving these conflicts in courts and via investigative commissions.<sup>102</sup>

Norwegian property law has thus had need of several proprietary concepts – such as immemorial usage (*alders tids bruk*), prescription (*hevd*), ‘established privileges’ (*festnede rettsforhold*) and local customary law (*lokal sedvanerett*) – and courts to settle these disputes.<sup>103</sup> Of importance is also that Norwegian law since long lack a Real estate code (as in Sweden and Finland) and thus have many unwritten rules and doctrines which are developed and upheld by the courts, primarily the Norwegian Supreme Court.<sup>104</sup> The proprietary rights are based upon protracted use and these cases are complex where the historical use is a very important factor in the overall assessment.<sup>105</sup> Because of the national characteristics of Norwegian property law, courts are familiar with disputes of rights to land and waters that do not solely rely on written documentation as evidence, which must be said to be an advantage for Sámi rights claims in general.<sup>106</sup>

The Sámi territorial rights are in principle recognized through statutory law, including the special rights’ clarification system that has been established in Finnmark, and rights recognized in case law. Sámi rights have also been a subject for investigative commissions (see above), lastly with respect to Sámi fjord and coastal fishing rights in Finnmark.<sup>107</sup> The main conclusion by the Commission on Coastal Fishing (*Kystfiskeutvalget*) was that the peoples in Finnmark (including the Sámi) that live in the fjords and along the coastal areas have fishing rights on the basis of historical uses, i.e. that such rights also emanate from settlement on land adjacent to the sea. As seen above, the recommendations of the Committee was not embraced by the government, mainly because it conflicts with the general and longstanding legal view towards salt water fishing. Private rights to fish in the sea exist only as an exception to the main rule, namely that fishing in the sea is a public right (*allemansrett*) and free for all Norwegian inhabitants.<sup>108</sup>

The statutory law recognizing Sámi rights is above all the Reindeer Herding Act 2007 and the Finnmark Act 2005. The latter Act sets up the terms for the management of the Finnmark Estate (FeFo) and is designed to be ethnically neutral. Nonetheless, section 5 para. 1 of the Finnmark Act recognises that ‘[t]hrough prolonged use of land and water areas, the Sámi have collectively and individually acquired rights to land in Finnmark’. It is also stated in para. 2 of the same provision that the Act as such ‘does not interfere with collective and individual rights acquired by Sámi and other people through prescription or immemorial usage’. This means that existing rights, ownership and usufruct rights, are recognised and may be investigated by the Finnmark Commission. The findings of the Commission can be brought to a special court – the Uncultivated Land Tribunal for Finnmark (*Utmarksdomstolen for Finnmark*) – and appealed to the Supreme Court. As a main rule the State covers the costs of the parties at the Tribunal.<sup>109</sup> On the Finnmark Act, see also above under Introduction.

The focus is now turned towards the reindeer herding and its regulation. The Sámi reindeer herding has a longstanding tradition and has been legislated from 1883 and onwards.<sup>110</sup> In the present Reindeer Herding Act of 2007 it is recognised in section 4 para. 1 that ‘[t]he Sámi

102 Olafsen, *Jordfællesskab og Sameie*, 39-40; Brækhus and Hærem, *Norsk tingsrett*, 22; Allard, ‘Some characteristic features of Scandinavian laws’, 56. 103 Cf. e.g. Falkanger and Falkanger, *Tingsrett*, ch. 6; Bull and Winge, *Fast eiendoms rettsforhold*. See also Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 33-6.

104 See further Sunde, ‘Dømmer i sidste Instans’, 73-4; Sunde, ‘Fiskerettar i saltvatn og lex non scriptum i norsk rett’, 393. See also Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 65, 187, 302, 321.

105 See further Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 29-37, 64-5, 68-72, 93-4.

106 Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 260-1, 268.

107 NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark*.

108 See further Skogvang, *Samerett*, 297-302; Skogvang, ‘Retten til fiske i fjorder og kystnære farvann’; Falkanger and Falkanger, *Tingsrett*, 93-8.

109 See Finnmark Act 2005, ch. 5.

110 In 1883 a common legislation for Sweden and Norway was agreed upon to regulate the tensions between reindeer herding and agriculture (*lov av 2. juni 1883 angående Lapperne i de forenede Kongeriger Norge og Sverige*).

people have the right to perform reindeer herding on the basis of immemorial usage'. The reference to immemorial usage means that this is the reindeer herding right's primary legal basis – not the statute itself.

The reindeer herding right and other Sámi territorial rights are explained through the doctrine of immemorial usage, even if other proprietary concepts are not excluded, such as prescription. Immemorial usage is considered to be flexible and adjustable towards Sámi culture and traditional uses. The doctrine, because of its age, has been explained to contain a certain patina but lack distinctiveness, leaving its conditions somewhat vague.<sup>111</sup> Through the doctrine one can establish ownership or lesser rights based upon use over time.<sup>112</sup> In contrast to Sweden and Finland, immemorial usage has maintained a strong position in Norwegian law, supported by old and new cases concerning mostly non-Sámi proprietary rights. Gunnar Eriksen, who wrote a doctoral thesis on immemorial usage, has concluded that due to the flexibility and relative content of the doctrine it has proved itself as being a vigorous and practical part of Norwegian property law.<sup>113</sup>

It is common to assume that immemorial usage and immemorial prescription (*urminnes hävd*), which is used in a Swedish and Finnish context according to old property law, are equivalent doctrines.<sup>114</sup> However, deeper comparative analysis has revealed quite large and distinct differences which work in advance to Norwegian Sámi.<sup>115</sup> This is an important finding, especially with regard to Sámi claims on land and user rights before courts, but there is no room to go into this further here.

As a brief historical recap, over the last 150 years or so Norwegian law reveals shifting attitudes towards reindeer herding, above all whether historical and customary uses have been accepted to establish usufruct rights. Such attitudes have in turn been influenced by general Norwegian policy concerning the Sámi people.<sup>116</sup>

Negative attitudes as to whether Sámi reindeer herders have acquired reindeer herding rights have been especially problematic in southern Sámi areas, where it also was questioned whether the Sámi was the original inhabitants in this region. This shift in attitude came about due to historical research/theories in the late 1880s and onwards. Hence, from this time courts took impression by this theory and this made it difficult for the reindeer herders to prove that rights to reindeer herding were established on the basis of protracted uses. This was an attitude that lasted until the very end of the 1900s. The final turnaround came with the landmark case from the Supreme Court, the Selbu case in 2001.

In the northern region of the Norwegian reindeer herding area the right as such has not been questioned, as in the South. Here the matter regarded rather the nature of the right; whether it was a right of business of a private right like other user rights based on historical uses.<sup>117</sup> See further below.

In Norway the rights of the Sámi were generally accepted and acknowledged up till around the late 1800s. At the time Sámi were for the most part considered to be the original inhabitants of the country, pressed northwards by the arrival of Old Norse-speaking tribes. This understanding also formed the basis of court decisions.<sup>118</sup> From approximately the 1890s and onwards Sámi rights and interests were largely neglected by courts.<sup>119</sup> The official Norwegian

111 Brækhus and Hærem, *Norsk tingsrett*, 604.

112 Falkanger and Falkanger, *Tingsrett*, 324.

113 Eriksen, *Alders tids bruk*, 369. See also Allard, 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights', 167-8.

114 See e.g. Eriksen, *Alders tids bruk*, 59; SOU 2006:14, 464; NOU 2007:13, 247.

115 See further Allard, 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights'; Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*.

116 Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 79-80, 82. For a historical account see also Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder*, 320 et seq.

117 Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 93, 123; Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 82-3, 85.

118 Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 82; NOU 2007:13, 309.

119 Cf. Smith and Bull, 'Høyesterett og samiske rettigheter'.

policy at the time was that the Sámi should be integrated into the Norwegian society, so called 'Norwegianization', which gradually caused an erosion of Sámi territorial rights. The expanding farming sector also put pressure on the traditional reindeer herding areas. The use of land and natural resources by Sámi reindeer herders were viewed as 'tolerated use' (*tålt bruk*) rather than autonomous private rights, and that such 'tolerated uses' had to yield to the 'inexorable law of progress'. Moreover, the period of Norwegian nation-building glorified everything that was typically Norwegian.<sup>120</sup>

During most of the 1900s the reindeer herding right was treated as a 'harmless usufruct right' (*uskyldig nyttesrett*) and it was a concept used for describing the public access to lands (*allemansrett*), hence a weak right. The entitlements inherent in the reindeer herding right were also understood to be exhaustively regulated in the legislation.<sup>121</sup> When it comes to development in case law, the years 1968 and 2001 are milestones. Specific Supreme Court cases have meant important clarifications on legal matters related to the reindeer herding right. In 1968 the Supreme Court handed down two landmark decisions that radically broke with the former view that Sámi reindeer herders could not establish rights on the basis of immemorial usage – the Altevann and Brekken cases.<sup>122</sup>

The Altevann case (Rt. 1968 s. 429) concerned protection of property. The background was a group of Swedish reindeer herders who performed reindeer herding around the lake Altevann in Troms County, on the basis of old custom. The Swedish Sámi claimed compensation for the loss of summer pasture and fishing caused by a waterpower regulation of the lake. The Supreme Court held that their use was sufficiently continuous and intense to establish rights, and therefore compensation for the loss of pasture and fish was allowed based on normal legal principles.<sup>123</sup> Hence, the Swedish reindeer herders were given compensation for the infringement in their rights. In the Brekken case (Rt. 1968 s. 394), decided two weeks before the Altevann case, regarded rights of reindeer herders in the south of Norway (Rørros) to hunt, trap and fish for subsistence needs. The Supreme Court held that they had established these rights on private lands due to long time uses.<sup>124</sup> In sum, both these cases the Supreme Court acknowledged that traditional Sámi land uses could establish strong private rights.

Nevertheless, in other cases following the Altevann and Brekken cases the Sámi customary use was not always held as sufficiently intense and continuous to establish rights, the standard set by the agriculture.<sup>125</sup> The Supreme Court cases demonstrate a crooked path until the Selbu case in 2001. The Svartskogen case from the same year must, however, also be mentioned as a tandem case for clarifying the conditions for acquiring rights to land, in this case collective ownership. These two cases will be explained further below.

Before we address the Selbu and Svartskogen cases there is a need to look into the conditions of establishing rights through immemorial usage. As an unwritten rule rights established by immemorial usage can be explained in brief as *a certain use over a long time period* that has occurred *in good faith*.<sup>126</sup> These three main conditions were developed long ago chiefly through case law, and were reiterated by the Selbu and Svartskogen cases.<sup>127</sup> The conditions inherent in immemorial usage are somewhat vague, both due to its unwritten character and because it historically has been influenced by the written rules on prescription. For this reason it is not possible to draw a clear line between immemorial usage and prescriptive rights.<sup>128</sup>

120 Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 84-5; *Nordisk samekonvensjon*, 120.

121 Bull, *Studier i reindriftrrett*, 42, 52-3; Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder*, 229; Eriksen, *Alders tids bruk*, 315; Falkanger and Falkanger, *Tingsrett*, 409.

122 See further e.g. Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 86-90; Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 130-2.

123 Rt. 1968 s. 429, 438.

124 Rt. 1968 s. 394, 401.

125 See e.g. Rt. 1981 s. 1215 (Tollheimen case); Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell case); Rt. 1997 s. 1608 (Aursunden case).

126 Brækhus and Hærem, *Norsk tingsrett*, 610.

127 Rt. 2001 s. 769, 788-9; Rt. 2001 s. 1229, 1241. Note that there exists an English translation of the cases done in cooperation with the Norwegian Supreme Court.

128 Allard, 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights', 168. For a summary of the conditions see *ibid.* at 168-71, and for a full explanation see Eriksen, *Alders tids bruk*.

Apart from the quite flexible conditions of the doctrine of immemorial usage, in the two Sámi cases from 2001 the Supreme Court also made cultural adjustments of these conditions to better fit the character of the actual land use pattern. In fact the Selbu and Svartskogen cases have been seen to represent a paradigm shift for Sámi rights, and also revitalising the doctrine as such.<sup>129</sup> Both these cases regard the conditions for establishing rights under immemorial usage for reindeer herding (Selbu) and ownership (Svartskogen).<sup>130</sup> We will now turn to the cases.

The Selbu case (Rt. 2001 s. 769)<sup>131</sup> concerned reindeer herding on privately owned lands in the south of Norway. The question was whether a reindeer herding right was established on private grounds in the Selbu Municipality. The case was decided by the Supreme Court in a full court (*plenum*) of 15 judges because of its fundamental importance. This case must therefore be understood in the context of other previous cases dealing with establishment of reindeer herding rights. The Selbu case turned against earlier case law, especially the three cases Trollheimen (Rt. 1981 s. 1215), Korssjøfjell (Rt. 1988 s. 1217) and Riast/Hylling (Rt. 1997 s. 1608) from the southern Sámi area, where the threshold for establishing user rights for the Sámi were high, also with respect to immemorial usage. In these previous cases the Supreme Court relied on the description of the reindeer herders' historical land and natural resources use as they appeared in the so called Lapp commission's report from 1889. This government report embraced the theory and negative attitudes that the Sámi were not the original inhabitants of this southern region and their land use not sufficiently long and intensive – as indicated above.<sup>132</sup>

The first-voting judge emphasised at the outset the cultural merits of the case:

Since our case regards pasture rights concerning reindeer, the specific conditions within this livelihood must be considered (...) The conditions must be adjusted to the land uses of the area by the Sámi and the reindeer. Regard must also be taken of the nomadic lifestyle of the Sámi. Circumstances that have been significant for other grazing animals cannot without consideration be transferred to reindeer herding. These circumstances must be a part of the overall assessment.<sup>133</sup>

Here the Court emphasised the need for vast pasturage and thus accepted a lower intensity of use in outer zones. Moreover, knowledge from how other livestock used the pasture could not be used because of the differences. Hence, the Court emphasised the particular features of reindeer herding, the 'actual' land use, and the importance of taking these features into account when applying and balancing the relative conditions for immemorial usage.<sup>134</sup>

The second ground-breaking case is the Svartskogen case (Rt. 2001 s. 1229). It did not concern reindeer herding but claims of ownership in a mountain area in Troms County (Kåfjord Municipality) where a local community (with a majority of Sámi) had used the area in an intensive and diversified manner under a very long time, particularly for farming, hunting and fishing. The matter at hand was whether the local community or the State was the rightful owner of a land area of 116 km<sup>2</sup>, including a place named 'Svartskogen'. Like the Selbu case this case was decided by application of Norwegian property law, although the Sámi invoked articles both in the ILO Convention No. 169 and the ICCPR. The Court stated, though, that its conclusion was well in line with the protection allowed by Article 14 of the ILO Convention No. 169. In this case prescription or immemorial usage was claimed as a basis for the ownership, but since the land

---

129 Eriksen, *Alders tids bruk*, 324, 363.

130 Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 143.

131 The decision was rendered in a vote of 9 against 6 and hereunder I refer to the majority's reasoning. The dissenting judges agreed on the basic principles but had another opinion regarding the geographical boundary for the right.

132 Bull, 'Sámi reindeer herders' herding rights', 90-2; Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 143-4.

133 Rt 2001 s. 769, 789.

134 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 58-9.

use was lengthy the Court commenced with an assessment of the conditions of immemorial usage.<sup>135</sup>

The Court found that the inhabitants indeed had acquired ownership to the area, not the Norwegian State. Also here adjustments were made related to immemorial usage in the assessment of evidence, foremost with respect to the 'good faith' criteria. The Court was attentive to the Sámi culture in its assessment of the criteria because at times the State, as the formal title holder, tried to regulate the land use but did not pursue those efforts. There were also risks of misunderstandings due to different language and culture. So, in contrast to the Selbu case, the land use as such was not seen as explicitly distinct for the Sámi. Instead a central assessment regarded whether the land use had been sufficiently intensive given the collective use. The Supreme Court concluded that:

(...) the land use has had a varied form given what has been a natural utilisation in the different periods. In a nutshell, the land use is characterised by continuity, and has been all-embracing and intensive as well as flexible. The conditions regarding the scope and length of the land use for establishment of ownership are maintained.<sup>136</sup>

The Court accepted thus that communal uses may establish collective ownership. This case is important because it is the first and only case where a local (Sámi) community has been adjudged ownership.<sup>137</sup>

The Court's emphasis on 'the actual use' in the Selbu and Svartskogen cases is fundamental in balancing the evidence in light of the conditions of proof. If not there is the risk that the semi-nomadic usage of vast pasture areas will be deemed not to be sufficiently intensive to establish rights. Flexibility of proprietary concepts is paramount, and it is no accident that the Supreme Court prefers the amenability of immemorial usage to the stricter written conditions of prescription when it comes to recognising reindeer herding rights or other Sámi territorial rights.<sup>138</sup>

The above mentioned cases regard the conditions for establishing Sámi rights, above all reindeer herding rights. Another important aspect is who the holders of such rights are, in particular with respect to the reindeer herding right. Earlier Norwegian law understood the reindeer herding right as a totally collective right, meaning that all reindeer herding Sámi were the right-holders and not smaller (family) groups within the larger collective. By this understanding the individual Sámi holds only a share of the collective right and not an exclusive right (*særrett*) that is protected internally; it is then rather as a right to a certain livelihood, a right of business (*næringsrett*).<sup>139</sup> This is a view that has been abandoned.

Recent developments have, thus, led to an 'individualisation' of the reindeer herding right. The question of the right-holder was a central issue for the commission drafting the new Reindeer Herding Act of 2007.<sup>140</sup> The legislation is based on the traditional *siida* system as a distinct and smaller collective. The rights-holders are the reindeer herding community (*reinbeitesdistriktet*) or the *siida* that perform reindeer herding on a particular area, depending on the matter at hand.<sup>141</sup>

Subsequent developments though case law has occurred. The Seiland case (Rt. 2000 s. 1578) concerned compensation for loss of reindeer pasture due to regulation of water levels of a lake in Western Finnmark. The Supreme Court considered the fact that the summer pasture within the community was divided between three groups. The Court held that a *siida* within

---

135 Rt. 2001 s. 1229, 1241.

136 Rt. 2001 s. 1229, 1244.

137 See further Eriksen, *Alders tids bruk*, 332, 340-3; Allard, 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights', 173-4; Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 155-8.

138 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 59.

139 Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 57; Bull, *Studier i reindrifträtt*, 51-2; Allard, 'Who Holds the Reindeer-herding Right in Sweden?', 224-5.

140 See NOU 2001:35, 71-4, 93-4.

141 On the different legal subjects related to the reindeer herding right see Skogvang, *Samerett*, ch. 10.6.

a district must use its own traditional areas for pasture and cannot count on using another *siida*'s traditional areas, thereby allowing compensation to the affected *siida* and not to the reindeer herding community as a whole.<sup>142</sup> There are also a few cases from the Appeal Court (*lagmannsretten*) where groups of reindeer herders (typically *siidas*) claim overlapping rights to certain pastures in Finnmark.<sup>143</sup>

## 4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)

### 4.1. The Consultation Agreements

The participatory rights of the Norwegian Sámi is not stated in legislation but based on written agreements between the Norwegian government and the *Sámediggi*. There exist two consultation agreements.<sup>144</sup> The basic Consultation Agreement – 'Procedures for Consultations between State Authorities and the Sámi Parliament' (*Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget*) – was signed in May 2005 between the Ministry of Local Government and Modernization and the *Sámediggi*. In June the same year the agreement was accepted by the *Sámediggi*. Shortly thereafter it was extended to the whole of the Norwegian Government, including regional government and state enterprises, by a Royal decree (*kongelig resolusjon*). The other consultation agreement concern nature conservation matters in traditional Sámi areas and was signed between the Ministry for Environment and the *Sámediggi* in January 2007 (*Avtale mellom Sametinget og Miljøverndepartementet om retningslinjer for verneplan arbeid etter naturvernloven i samiske områder*). See further below.

The history behind the basic Consultation Agreement is that, before the decision of the adoption of the Finnmark Act, the Parliament's law committee (*Stortingets justiskomité*) undertook four meetings with the *Sámediggi* and the Finnmark County Council on the draft legal text of the Act. These meetings resulted in amendments of the Act, above all a new chapter 5 regarding provisions on survey and recognition of existing rights, i.e. the special rights' clarification system that is part of the Act today. The basic Agreement is foremost a response to the ILO Convention No. 169 Article 6, but also Articles 7 and 15 as well as indirectly Article 27 of the ICCPR.<sup>145</sup> Since the adoption of the basic Consultation Agreement there have been consultations with the *Sámediggi* in for instance the drafting of new legislation in several occasions apart from the one mentioned regarding Finnmark, principally with respect to the Reindeer Herding Act 2007, the Plan and Building Act 2008 and the Nature Diversity Act 2009.

As said, there is no legislation on the State's duty to consult the Sámi, but there is a legislative proposal furthered by the Sámi Rights Commission II in NOU 2007:13. They have suggested a specific statute to address both consultations and administrative decision-making (*saksbehandling*).<sup>146</sup> It has not yet been realised. A downside with the negotiated agreements is that alleged violations of the consultation duty are difficult to enforce nationally (Guidelines, 2006: 18).<sup>147</sup> Such matters may only be brought to light in connection with, for instance, the ILO's report and complaint procedures. Nonetheless, the power of the *Sámediggi* has increased substantially. It has in fact been emphasised as the single most important incident with respect to the status of Sámi rights Norway, not only because it gives the Sámi means to influence all stages of decision-making processes that directly affects them, but it will also be difficult to

<sup>142</sup> See further e.g. Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, 56-7.

<sup>143</sup> See e.g. cases from the Hålogaland lagmannsrett: LH-2012-106514 decision 2013-04-02 (Smuk); LH-2012-179673 decision 013-06-12 (Seainnus/Navggastat vs. Madjogasida) and LH-2013-162742 decision 2014-03-27 (Máskevárri).

<sup>144</sup> The following text is partly based on Allard, 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples'.

<sup>145</sup> NOU 2007:13, 824, 880.

<sup>146</sup> See NOU 2007:13, 54-8. See the Commission's investigation and reasoning, *ibid.* at 82 and Chs. 17.4-17.5 and 18.

<sup>147</sup> Cf. *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 18.



ignore Sámi customs, customary law and other cultural aspects when the *Sámediggi*, or other Sámi groups, must be consulted beforehand.<sup>148</sup>

The basic Consultation Agreement has nine articles, covering everything from the objective and scope of the Agreement to how the consultation procedures should be carried out. Guidelines to the basic Consultation Agreement, issued by the Ministry of Labour and Social Affairs in 2006, aid interpretation of the Agreement and the State's duty to consult.<sup>149</sup>

The recognition of the Sámi people as an Indigenous people and their right to be consulted in matters that directly affects them stands behind the State's consultation duty, which is explicitly stated in both consultation agreements and the Guidelines. The Agreement is seen as a practical means to implement Norway's obligations under international law. Article 6 of ILO Convention No. 169 in particular is referred to.<sup>150</sup> Consultations shall be undertaken in good faith and with the aim of reaching consensus.<sup>151</sup> Moreover, these consultations should also facilitate the sense of partnership between state authorities and the *Sámediggi* (Article 1). Nonetheless, the State always has the final say and legal competence in any matter.<sup>152</sup>

The Agreement applies equally to "legislative or administrative measures that may directly affect Sámi interests" (Article 1), which also may include decisions affecting private persons (*enkeltvedtag*).<sup>153</sup> In other words, it is wide-ranging and relates for example to government reports and competing land utilization in larger planning and licensing processes, apart from law drafting.<sup>154</sup> Consultation encompasses all forms of Sámi culture, such as cultural heritage, property rights, land administration, nature conservation, traditional knowledge, music, education, health and social welfare. The geographical scope of the Agreement is limited to traditional Sámi areas in matters concerning land administration, competing land utilization and land rights (Article 2). The 'traditional Sámi areas' mean, in principle, where reindeer herding is carried out today, i.e. some 40 % of the Norwegian territory.<sup>155</sup> Importantly, other general matters for consultations apply in the whole of Norway.

The basic Consultation Agreement mentions consultation with 'state authorities', clearly referring to the Government and its Ministries, but also other public authorities are encompassed. This obligation includes directorates and other subordinate state agencies, such as regional governments (county councils) and state enterprises in as much as they exercise public authority, but not Municipalities.<sup>156</sup> The main rule is that the state authority that holds the decision-making power is bound by the consultation duty. In certain instances this duty may also apply to subordinate authorities, such as the regional government, when it has the responsibility of investigating certain matters prior to decisions, such as conservation plans for certain areas.<sup>157</sup>

Obviously the *Sámediggi*, which serves as a representative for the different Sámi and Sámi interests, is the key beneficiary of the agreements. Under circumstances where there is a local effect, other Sámi organisations and groups can also be consulted.<sup>158</sup> Sámi reindeer herding representatives have a special position here; Reindeer herders have their own branch organization and a tradition of representing their own interests. With respect to Article 6(1)(a) of ILO Convention No. 169 and the wording 'the peoples concerned' mean that Norway does not fulfil its obligations if consultation is limited only to the *Sámediggi*. Consequently, state

148 Skogvang, *Samerett*, 83.

149 See *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser*.

150 *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 2.

151 Basic Consultation Agreement, Articles 2 and 6; *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 10.

152 *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 5.

153 See also NOU 2007:13, 869.

154 Basic Consultation Agreement, Article 2; *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 8.

155 Cf. *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 8.

156 Basic Consultation Agreement, Article 2; *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 6. The reason why Municipalities are not included is because the Government wanted to investigate further how their decision-making could be included in an expedient way.

157 *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 7.

158 Basic Consultation Agreement, Article 9; *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 16.

authorities may in addition to the duty to consult the *Sámediggi* need to consult other Sámi groups, in particular concerning matters that apply to traditional Sámi industries.<sup>159</sup>

Whether the state authorities should consult with Sámi organisations or individual right-bearers depends on the matter at hand.<sup>160</sup> For instance, legislative proposals or other matters of general interest are more likely to concern broader local Sámi organisations and specific branch organisations, whereas single administrative measures, such as larger environmental/natural resource planning and procedures concerning permits related to land use and exploitation, will often involve a potential infringement of reindeer herding rights. Even Swedish reindeer herding communities with reindeer herding rights in Norway must occasionally be consulted if their interests could be directly affected.<sup>161</sup>

The second consultation agreement, hereinafter labelled as the Consultation Agreement on Nature Conservation, was negotiated between the Ministry of Environment and the *Sámediggi* in 2007. This agreement, with six articles, includes provisions on consultations concerning nature conservation plan processes (*verneplanprosesser*) on local, regional and national levels.<sup>162</sup> Hence this Agreement includes more specific procedures related to protected area designation and management. It explicitly mentions 'the Sámi Parliament/Sámi organizations/Sámi right-bearers' as the beneficiaries (see e.g. Article 1). Its scope is limited to traditional Sámi areas (Article 2). Competent state authorities are the regional government, the Norwegian Environment Agency and the Ministry for the Environment (Article 5).

It should also be mentioned that cooperation/consultation agreements have in addition been negotiated between regional governments (*fylkeskommuner*) within traditional Sámi areas and the *Sámediggi*, such as the Counties in Troms, Nordland, Sør-Trøndelag and Hedmark. These agreements are different in form and content and focus more on language, art, music, theater, sports, etc. than the use of land and resources. Nonetheless, they are by their very existence acknowledging that the *Sámediggi* has a role in Norwegian public administration.<sup>163</sup>

## 4.2. Protected areas

Consultations with the *Sámediggi* have also had influences on the legislation on nature conservation. As said above, during the drafting of the new Nature Diversity Act 2009 there were consultations with the *Sámediggi* that influenced the wording of the text.<sup>164</sup> Moreover, the *Sámediggi* and other affected Sámi organisations and groups, such as reindeer herders, have established rights to be consulted by state authorities on the basis of the Consultation Agreement on Nature Conservation from 2007 (see above). Consultations here regard both designations of protected areas and influence on management plan processes of such areas. This subsection will shortly address i) outcomes concerning consultations in the law-making process, ii) how Sámi culture are taken into consideration in the core statute, the Nature Diversity Act 2009, and iii) Sámi influences in the management of protected areas.<sup>165</sup>

It should also be mentioned that the *Sámediggi* is in a process of establishing their own policy concerning land use and environment (*areal- og miljøpolitikk*) for the future. This will eventually influence decisions in traditional Sámi areas, not only in relation to protected areas but broadly land and natural resource uses. The *Sámediggi* has ordered a scholarly based report to found

<sup>159</sup> Cf. *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 16.

<sup>160</sup> *Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner*, 16-7.

<sup>161</sup> Cf. NOU 2007:13, 876.

<sup>162</sup> See further NOU 2007:13, 1020-1. The SRC II has suggested a new provision on the duty to consult in the Nature Diversity Act. See *ibid.*, 1022-3.

<sup>163</sup> NOU 2007:13, 874-5.

<sup>164</sup> A summary of the consultations is available in Ot.prp. No. 52 (2008-2009), 33-9.

<sup>165</sup> This text is partly based on Allard, 'Nordic Legislation on Protected Areas'. With respect to national parks see further Riseth, 'A space for Sámi values? Sámi reindeer herding and Norwegian national parks'.

its policy on current knowledge related to the different Sámi communities and problematic aspects.<sup>166</sup> This knowledge will assist in formulating the *Sámediggi* policy.

The Sámi, as well as many other Indigenous peoples, have long questioned the very foundations of protected areas, especially national parks, while the idea of protection is historically embedded into concepts as ‘wilderness’ and ‘untouched’ nature. Through the consultations the *Sámediggi* criticised the description ‘untouched’ and ‘beautiful’ in previous legislation, signalling the neglect of age-old uses and the Sámi presence. As a result, these wordings were slightly amended in the new Act with respect to the three main categories of protection (national parks, protected landscapes and nature reserves).<sup>167</sup> For instance, instead of referring to ‘untouched’ nature, the qualifications for designating a national park now refer to, ‘[l]arge areas of natural habitat that contain distinctive or representative ecosystems or landscapes and where there is *no major infrastructure development*’ (my emphasis).<sup>168</sup> The bill also emphasised that reindeer is a natural specie in Norway, impacting on vegetation and landscape and shapes the ecosystem. Hence, reindeer herding areas are understood as cultural landscapes.<sup>169</sup>

The Nature Diversity Act of 2009 is the key statute for environmental considerations with a comprehensive and integrated approach.<sup>170</sup> The comprehensive investigation was undertaken by the Commission on Biological Diversity (*Biomangfoldlovutvalget*). The Act seeks primarily to implement the Convention on Biological Diversity (CBD), including Articles 8(j) and 10(c), but there is also a thorough review of other international environmental treaties that Norway is party to. Other international provisions relevant for the Commission were in particular the guidelines by the International Union for Conservation of Nature (IUCN) and EU conservation legislation, especially Natura 2000.<sup>171</sup> In addition, the Commission investigated whether there was a need for a new specific Sámi protection category related to reindeer herding or other customary activities, but rejected the idea as national parks and protected landscapes allow for Sámi customary uses to continue.<sup>172</sup>

The Act’s emphasis is on sustainable use.<sup>173</sup> The purpose, according to section 1 of the Act is to:

protect biological, geological and landscape diversity and ecological processes through conservation and sustainable use, and in such a way that the environment provides a basis for human activity, culture, health and well-being, now and in the future, *including a basis for Sámi culture*. (my emphasis)

The reference to Sámi culture should be understood as a clarification, founded in the Indigenous rights’ discourse. Norway must secure a sufficient natural resource base for the Sámi to carry on their traditional activities and livelihoods.<sup>174</sup> Moreover, section 14 of the Act stresses the need to take into account important public interests in decision-making. Economic, social and cultural needs should be weighed against conservation interests. In the interpretation of individual provisions directly affecting Sámi interests, ‘due importance shall be attached (...) to the natural resource base for Sámi culture’.<sup>175</sup> The bill refers here to Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) from 1966.<sup>176</sup> In sum, the balancing of Sámi rights, culture and interests shall, under the Act, be carried out in the decision-making process by the competent authority. If there is a direct effect on the Sámi the state authority need to consult the *Sámediggi* and/or other affected Sámi groups.

<sup>166</sup> See *Perspektiver til fremtidig areal- og miljøpolitikk i Sápmi* from 2016.

<sup>167</sup> NOU 2004:28, 295, 472, 478, 486.

<sup>168</sup> Nature Diversity Act, s. 35 para. 1. However, in practice this rhetoric with untouched nature/wilderness seems still alive in the conservation administration.

<sup>169</sup> Ot.prp. No. 52 (2008-2009), 41.

<sup>170</sup> Ot.prp. No. 52 (2008-2009), 51, 53. The Act’s preparatory works are of substantial length.

<sup>171</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), 44; NOU 2004:28, 158, 310–1, 367–8, 373, 376.

<sup>172</sup> NOU 2004:28, 485.

<sup>173</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009), 51, 371.

<sup>174</sup> NOU 2004:28, 468, 471.

<sup>175</sup> Nature Diversity Act, s. 14 para. 2.

<sup>176</sup> Ot.prp. No. 52 (2008-2009), 384; NOU 2004:28, 471.

All in all, with respect to Norway's geography and topography, with extensive high mountain areas and fjords, and historical small-scale and scattered land uses, the conservation legislation emphasises the importance of dynamic and flexible rules, so as to enable a sliding scale between use and protection.<sup>177</sup> This aids traditional Sámi uses to be allowed to continue despite the designation of area protection categories. Nonetheless, there have been – and still are – controversies on the local level with respect to certain protected areas and discontent by the Sámi regarding how designation, decisions and management have been carried out.<sup>178</sup> Local Sámi groups, and especially the reindeer herders, are strongly attached to their traditional areas, and have long felt that they were the only ones who took care of these land areas. When designated as a protected area there will by many others who will have access and rights to that area, which causes conflicts.

With respect to the management of protected areas, in 2010 the Norwegian government introduced a reform.<sup>179</sup> It allows for the transfer of the management of large protected areas to local management boards. The reform acknowledges Sámi representation in traditional Sámi areas, and the reform was partly justified by obligations under the CBD with respect to Indigenous peoples. The reform opens up for local governance of a broad range of large protected areas. These local boards consist of elected political representatives nominated by local and regional councils and, in Sámi areas, the *Sámediggi*.<sup>180</sup> The extent of Sámi representation is determined by each area's importance for Sámi culture and livelihoods.<sup>181</sup> When the reform is fully implemented, these local boards will manage the majority of the sizeable protected areas in Norway.

## 5. Summary of the Main Characteristics

Below follow a short description of the main characteristics of the Norwegian legal system with emphasis on Sámi rights.

In regard to a Nordic comparison, Norway appears in many respects as a leading country with respect to recognising Sámi rights and culture. Norway has done much to decolonise its law and policy and this is a process that started before the ratification of the ILO Convention No 169. The earlier 'Norwegianization' (assimilation policies) has been turned towards a language that resembles partnership. The official Norwegian policy towards the Sámi nowadays signifies that Norway is founded on the territory of two peoples: the Norwegians and the Sámi.

Via large and longstanding public commissions – in particular the Sámi Rights Commissions I and II – the Norwegian legislator have done much to accommodate Sámi interests and promoting Sámi culture. Some reforms have been criticised to some extent by Sámi and Norwegian respectively but they have been carried through despite this, such as the establishment of the *Sámediggi*, and more recently, the Finnmark Act 2005 and the Reindeer Herding Act 2007. The scope of these commission reports pertaining to Sámi issues are comprehensive, normally consisting of up to thousand pages, or more, and the quality is high.

The Consultation Agreement signed in 2005 between the Norwegian government and the *Sámediggi* must also be seen as a milestone. It has been particularly influential in law making processes. The *Sámediggi* has had substantial influence in respect to e.g. Reindeer Herding Act 2007, the Plan and Building Act 2008 and the Nature Diversity Act 2009, apart from the Finnmark Act which was the starting point for proper consultations. The other major consultation

<sup>177</sup> Ot.prp. No. 52 (2008-2009), 41; NOU 2004:28, 154, 156; Allard, *Renskøtselrätt i nordisk belysning*, 66–8.

<sup>178</sup> For an overview see e.g. Riseth, 'Norske nasjonalparker i samenes land'.

<sup>179</sup> Prop 1 S (2009–2010).

<sup>180</sup> See further Reimerson, 'International arenas, local space for agency and national discourse'. See also paper 3 (Discourses of decentralization: Local participation and Sámi space for agency in Norwegian protected area management) in the PhD dissertation, Reimerson, 'Nature Culture Rights'.

<sup>181</sup> Prop 1 S (2009–2010), 224.

agreement signed concern nature conservation matters in traditional Sámi areas. Signatories are the Ministry for Environment and the *Sámediggi* and it was concluded in January 2007.

With the consultation agreements the *Sámediggi* has increased its political influence. Hence, it is an important institution in Norway, and among the Nordic countries the Norwegian *Sámediggi* is the most powerful. It has continuously increased its sphere of influence and has the largest budget of the three. The number of Sámi registered for the *Sámediggi* election was in 2015 15 356 persons but the number of Norwegian Sámi is much larger, normally estimated to 50-65 000 persons. In spite of the fact that it is quite easy to apply for registering to the Sámi electoral role, far from all Sámi have chosen to register. There is little knowledge of the reasons but it is likely based on a conscious choice and the result of a political standpoint. Not all Norwegian Sámi favours the *Sámediggi* system. In the two latest elections there have been persons elected that actually wishes to close the *Sámediggi*.

The statutory definition is based on self-identification and the Sámi language (back to a great grandmother or father) – a subjective and an objective criterion. If a person wishes to be included into the Sámi electoral register an application can be sent to the *Sámediggi*. It has a policy to include the applicant into the register without further investigations. In the Norwegian context there has not been important to control individual statements of Saminess and no Sámi organisation or group would in fact have legitimacy to make such determinations. There is, however, a public control of the register since it is made official before each election and anyone may make a written complaint to the *Sámediggi*. This has rarely been done, and there exist no court cases on the matter. In practice it is the self-identification that is the crucial threshold if you can show that you have at least one ancestor that spoke Sámi as a mother tongue. Research supports the fact that Saminess in Norway basically is linked to the Sámi language. Group acceptance of being a Sámi is easier if a person is speaking Sámi, and is less dependent upon cultural skills or traditional lifestyles.

The Norwegian legal system has, especially since the Second World War, been guided by human rights approaches and international law, so also with respect to Sámi rights. The basic rationale for both the consultation agreements, and the Finnmark Act, was the ILO Convention No 169. The important international standards with respect to Sámi rights are ILO Convention No. 169 and the ICCPR, Article 27, because Norway has ratified them. Their weight is seen in commission reports, legal literature and, to somewhat lesser extent, in case law. The ILO Convention No 169 is however not directly incorporated into domestic law, like the five major human rights treaties that are incorporated via the Human Rights Act 1999.

The Finnmark Act was adopted in 2005 after decades of investigations and legal/political debates. In a nutshell the legislation is a result of the report by the Sámi Rights Commission I and consultations with the *Sámediggi* between 2004 and 2005. It is a milestone since the long claimed State ownership of Finnmark has been replaced by a new legal subject, the Finnmark Estate, FeFo, to own and manage these lands. The Council of FeFo, who has the authority to make decisions, consists of six members – half appointed by the *Sámediggi* and half by Finnmark County Council. A new provision was also added with respect to existing ownership or user rights, recognising that 'the Sámi have collectively and individually acquired rights to land in Finnmark'. Such rights may be claimed and investigated by specific bodies, an investigative commission and a court, established under the Act.

Notwithstanding progress regarding Sámi matters several problems remain. For instance, many argue that the rights clarification system in Finnmark with the Finnmark Commission and the Uncultivated Land Tribunal for Finnmark (*Utmarksdomstolen for Finnmark*), takes far too long time. However, Norway has traditionally used investigative commissions and courts to solve longstanding disputes over territorial rights. So far, neither the Commission nor the

Court has upheld Sámi ownership. The issue of rights to fjord and sea fishing in Finnmark has been a drawback from Sámi and local perspectives. The key recommendation by the Commission on Coastal Fishing (*Kystfiskeutvalget*) on historical fishing rights, NOU 2008:5, was not followed by the government. Instead the main rule continued to prevail, namely that all Norwegian citizens have equal fishing rights in the sea.

Another contentious issue is the designation and management of protected areas. Norway has, however, in 2010 adopted a new management system with local boards to manage large protected areas. The reform, partly justified by obligations under the CBD with respect to Indigenous peoples, acknowledges Sámi representation in traditional Sámi areas. These local management boards consist of elected political representatives nominated by local and regional councils, including the *Sámediggi*. It will probably take some time before the local management work as a real partnership and Sámi rights and customs are respected. Another topical issue concern industrial development and benefit sharing in Sámi areas, such as windmills and mining.

When it comes to Sámi territorial rights especially two land mark cases from the Supreme Court must be addressed. They concern reindeer herding and communal ownership respectively. The Selbu case from 2001 recognised that reindeer herding rights in fact existed on private lands. The Court reinterpreted old preparatory works to the favour of the Sámi as well as assessed the actual use of the lands on the basis of reindeer herding traditions where the topography and weather conditions, among other things, were taken into account. This is a culturally sensitive reading of fact on the basis of immemorial usage, an old property law doctrine.

Moreover, the understanding of the reindeer herding right today is that it is a private right and 'individualised' in the sense that not all Sámi are right holders. Even if it is still largely a group right it allows internal protection between reindeer herding districts and also among *siidas* in some instances. The Seiland case from 2000 granted compensation for an affected *siida* (not the district) because of loss of reindeer pasture due to water regulations. The new Reindeer Herding Act of 2007 has reinstated the traditional *siida* as a legal subject. Hence, the core rights-holders are the reindeer herding district or the *siida* that perform reindeer herding on a particular area, depending on the matter at hand.

The second major case is the Svartskogen case, also from 2001. Here the Supreme Court clarified the conditions for acquiring collective ownership, pertaining to a local community with a Sámi majority. Rights, ownership or usufruct rights, can be acquired by immemorial usage if the land use meets certain criteria, basically it needs to be *a certain use over a long time period* that has occurred *in good faith*. This unwritten doctrine of immemorial usage was applied in both the Selbu and Svartskogen cases. These cases have been seen to represent a paradigm shift for Sámi rights, but also revitalising the doctrine. In similarity with the Selbu case the conditions for establishing rights were in the Svartskogen case adjusted, in particular in the so called good faith criterion. The Court found that the local community had used Svartskogen in an intensive and diversified manner under a very long time, particularly for farming, hunting and fishing. The matter at hand was whether the local community or the State was the rightful owner, and the Court ruled to the favour of the local (Sámi) community. This case is unique, also in an international context.

In solving disputes within traditional Sámi areas Sámi customs and legal perceptions are significant, and most likely this source of law will have an increasing role; The establishment of the Inner Finnmark local court in 2004 points in this direction. This bilingual court is tasked to interpret and apply Sámi customs within its jurisdiction. Norway has some interesting cases concerning the relationship between Sámi customs/customary law and Norwegian legislation. A few cases have ended at the Supreme Court, and for the most part they demonstrate that

a Sámi custom must yield to Norwegian provisions where inconsistent. However, Norwegian legal culture accepts (unwritten) customary law as an autonomous legal source, even if a custom is seldom the only source of law claimed as support. In the context of ILO Convention No 169 (Article 8) customs seen as an independent legal source is important.

## 6. Norjan pääpiirteiden tiivistelmä

Kääntäjä: Henri Wiman

Alla on lyhyt kuvaus Norjan oikeusjärjestelmän pääpiirteistä, keskittyen erityisesti saamelais-ten oikeuksiin.

Norja ilmenee monessa mielessä johtavana Pohjoismaana saamelaisten oikeuksien ja kulttuurin tunnustamisen näkökulmasta. Jo ennen ILO sopimus No. 169:n ratifiointia Norjan valtio on tehnyt paljon dekolonialisoidakseen lakejaan ja politiikkaansa. Aiempi assimilaatiopolitiikka on käännetty kumppanuuteen viittaavaksi retoriikaksi. Norjan virallinen politiikka saamelaisia kohtaan ilmaisee, että Norjan valtio on perustettu kahden kansan alueelle: norjalaisten ja saamelaisten.

Laajojen ja pitkäkestoisten julkisten toimeksiantojen kautta, erityisenä esimerkkinä Saamelais-ten oikeuksien komissiot I ja II, Norjan lainsäätäjät ovat tehneet paljon huomioidakseen saamelaisten intressit ja kulttuurin. Joitain uudistuksia on kuitenkin toteutettu huolimatta siitä, että ne ovat saaneet jonkin verran kritiikkiä niin saamelaisilta kuin norjalaisiltakin. Esimerkkejä näistä ovat saamelaiskäräjien perustaminen, ja sittemmin Finnmarkin laki (2005) ja poronhoitolaki (2007). Komissioiden raportit saamelaiskysymyksistä ovat laajuudeltaan kattavia, tyypillisesti jopa vähintään tuhat sivuisia ja niiden laatu on korkea.

Konsultaatiosopimus Norjan hallituksen ja Saamelaiskäräjien välillä (2005) on myös eräs virs-  
tanpylväs. Sillä on ollut vaikutusta erityisesti lainsäädäntömenettelyyn. Saamelaiskäräjillä on myös ollut merkittävää vaikutusta poronhoitolakiin (2007), kaavoitus ja rakennuslakiin (2008) ja lakiin luonnon monimuotoisuudesta (2009), kuten myös Finnmarkin lakiin, joka toimii perustana vahvoille konsultaatio-oikeuksille. Toinen merkittävä konsultaatiosopimus koskee luonnonsuo-  
jelukysymyksiä saamelaisten perinteisellä alueella. Se viimeisteltiin tammikuussa 2007, ja sen osapuolina ovat Ympäristöministeriö ja Saamelaiskäräjät.

Konsultaatiosopimuksien myötä Saamelaiskäräjillä on enemmän poliittista vaikutusvaltaa. Se on siten merkittävä instituutio Norjassa ja Pohjoismaisista Saamelaiskäräjistä se on vaikutus-  
valtaisinkin. Käräjien vaikutusvallan piiri on jatkuvasti kasvanut ja sen budjetti on Pohjoismaiden suurin. Vuonna 2015 Norjan Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon oli kirjattu 15 356 henkilöä, mut-  
ta saamelaisia Norjassa on paljon enemmän. Tyypilliset arviot ovat 50-65 000 henkilöä. Vaikka vaaliluotteloon hakeminen on varsin helppoa, vain osa saamelaisista on valinnut rekisteröityä. Tämän syistä on rajallisesti varmaa tietoa, mutta se todennäköisesti perustuu tietoiseen valin-  
taan ja poliittiseen katsomukseen. Kaikki saamelaiset Norjassa eivät kannata Saamelaiskä-  
rjä-järjestelmää. Kaksissa viime Saamelaiskäräjävaaleissa jotkin valituista edustajista jopa toivoivat Saamelaiskäräjien lakkauttamista.

Lakisääteinen saamelaismääritelmä perustuu itseidentifikaatioon ja saamenkieleen (kolmen sukupolven takaiseen vanhempaan asti), eli subjektiiviseen ja objektiiviseen kriteeriin. Vaali-  
rekisteriin listautumista toivova henkilö lähettää hakemuksen Saamelaiskäräjille. Käräjillä on käytäntönä hyväksyä hakemukset ilman lisäselvityksiä. Norjassa ei ole ollut tärkeää kontrol-  
loida yksilön saamelaisuuden ilmaisua eikä saamelaisjärjestöillä tai -ryhmillä olisi muutenkaan legitimeettiä määrittää yksilön identifikaatiota. Koska vaalirekisteri on sen virallistamisesta lähtien julkaistu aina ennen saamelaiskäräjävaaleja, siihen kohdistuu julkisuuden luoma kont-

rolli. Kuka tahansa voi tehdä rekisteristä kirjallisen valituksen Saamelaiskäräjille. Näin kuitenkin tapahtuu harvoin, eikä asiasta ole oikeuskäytäntöä. Käytännössä oma itseidentifikaatio saamelaiseksi on tärkein kriteeri, mikäli henkilö pystyy näyttämään, että hänellä on ainakin yksi esivanhempi kolmannessa polvessa, joka puhui saamea kotikielenä. Tutkimukset tukevat näkemystä, jonka mukaan saamelaisuus Norjassa liitetään lähinnä yhteyteen saamenkieleen. Ryhmähyväksyntä saamelaiseksi on helpompaa, jos henkilö puhuu saamea, eikä hyväksyntä riipu niin paljon kulttuurin taidoista tai perinteisistä elinkeinoista.

Norjan oikeusjärjestelmää ja sen saamelaisoikeuksia on ohjannut kansainvälisen oikeuden ihmisoikeusnäkökulma erityisesti toisen maailmansodan jälkeen. ILO sopimus No. 169 oli perustana niin konsultaatiosopimukselle kuin Finnmarkin laille. Tärkeimmät kansainvälisen oikeuden standardit saamelaisten oikeuksiin ovat Norjan ratifioimat ILO sopimus No. 169 sekä Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen artikla 27. Niiden vaikutus ilmenee komissioraporteissa, oikeuskirjallisuudessa ja vähemmässä määrin oikeuskäytännössä. ILO 169 -sopimusta ei ole kuitenkaan suoraan sisällytetty kansalliseen lainsäädäntöön, kuten viisi tärkeintä ihmisoikeussopimusta Ihmisoikeuslain 1999 kautta.

Finnmarkin laki tuli voimaan 2005 vuosikymmenten mittaisten selvitysten ja oikeudellisten ja poliittisten väittelyiden tuloksena. Tiivistettynä laki on saamelaisten oikeuksien ensimmäisen komission raportin sekä saamelaiskäräjien konsultaation 2004-5 lopputulos. Se on virstanpylväs, sillä pitkäaikainen valtion omistus Finnmarkiin korvattiin uudella oikeussubjektilla FeFo:lla (*Finnmarkseiendommen*), joka omistaa ja hoitaa maita. FeFo:n valtuustolla on päätöksentekovalta ja siihen kuuluu kuusi jäsentä, joista puolet on Saamelaiskäräjien ja puolet Finnmarkin lääninvaltuuston valitsevia. Lisäksi luotiin uusi säännös, joka tunnustaa saamelaisten kollektiivisesti ja yksilönä hankitut oikeudet Finnmarkin maihin. Näitä oikeuksia voi vaatia ja niitä selvitetään lain perustaman selvityskomission ja tuomioistuimen kautta.

Saamelaisten oikeuksien edistymisestä huolimatta useita ongelmakohtia on yhä jäljellä. Monet esimerkiksi pitävät Finnmarkissa oikeuksia selvittävien Finnmarkin komission ja tuomioistuimen (*Utmarksdomstolen for Finnmark*) toimintaa liian hitaana. Norja on kuitenkin perinteisesti käyttänyt selvityskomissioita ja tuomioistuinta ratkaistakseen pitkäaikaisia erimielisyyksiä maa-oikeuksiin liittyen. Toistaiseksi komissio saati tuomioistuin ei ole tukenut saamelaisomistusta. Vuono- ja merikalastukseen liittyvien oikeuksien kysymykset Finnmarkissa ovat olleet takaisku saamelaisten ja paikallisten näkökulmasta. Hallitus ei seurannut Rannikkokalastuskomission (*Kystfiskeutvalget*) keskeistä suositusta historiallisista kalastusoikeuksista (NOU 2008:5). Sen sijaan vallitseva käytäntö jatkui, eli kaikilla Norjan kansalaisilla on yhtäläiset oikeudet merikalastukseen.

Toinen kiistanalainen aihe on suojelualueiden rajaaminen ja hoito. Vuonna 2010 Norja kuitenkin otti käyttöön uuden hoitojärjestelmän, jossa paikalliset lautakunnat ovat vastuussa suurista suojelualueista. Uudistus perustuu osittain luonnon monimuotoisuussovimuksen alkuperäiskansoja koskevien velvoitteiden täytäntöönpanoon, ja se tunnustaa saamelaisedustuksen perinteisillä saamelaisalueilla. Paikalliset hoitolautakunnat koostuvat vaalein valituista poliittisista edustajista, joita paikalliset valtuustot ja Saamelaiskäräjät esittävät virkaan. Kestää todennäköisesti vielä jonkin aikaa, ennen kuin paikallista hoitotyötä pidetään aitona kumppanuutena saamelaisten kanssa ja saamelaisten oikeuksia kunnioitetaan. Toinen keskeinen kysymys on teollinen kehitys ja hyödynjako saamelaisalueilla esimerkiksi tuuliturbiinien ja kaivosten suhteen.

Saamelaisten maa-oikeuksien suhteen on olemassa kaksi tärkeää korkeimman oikeuden oikeustapausta. Ne koskevat poronlaidunnusta ja yhteisomistusta. Selbu:n tapauksessa (2001) tunnustettiin, että poronhoito-oikeudet pätevät yksityisillä mailla. Tuomioistuin tulkitsi vanhoja valmistelevia töitä uudelleen saamelaisten hyväksi sekä arvioi maiden todellista käyttöä po-



ronhoitoperinteiden pohjalta, joissa huomioidaan mm. maan pinnanmuodot ja sääolosuhteet. Tämä on kulttuurisensitiivistä faktojen tarkastelua perustuen ikimuistoiseen nautintaan (alders tids bruk, immemorial usage), joka on vanha esineoikeuden doktriini.

Nykyään poronhoito-oikeudet ymmärretään yksityisinä oikeuksina siinä mielessä, että ne eivät kuulu kaikille saamelaisille. Vaikka poronhoito on edelleen enimmäkseen ryhmän oikeus, se myös sallii suojelun poronhoitoalueiden ja joissain tapauksissa siidojen välillä. Seiland:n tapauksessa (2000) annettiin korvauksia Siidalle vesisäätelyn vuoksi menetetyistä laidunmaista. Uusi Poronhoitolaki (2007) on palauttanut Siidan oikeussubjektiksi. Siten poronhoito-oikeudet omaavat tapauksesta riippuen poronhoitoalueet tai siidat, jotka hoitavat poroja tietyllä alueella.

Toinen merkittävä oikeustapaus on Svartskogen:in tapaus (2001). Korkein oikeus selvensi ehdot, joiden mukaan saamelaisenemmistöinen paikallisyhteisö saa yhteisomistuksen. Omistus- tai käyttöoikeudet voi saada ikimuistaisen nautinnan perusteella, mikäli maankäytön tapa täyttää tietyt kriteerit. Maankäytön tulee olla *tiettyä käyttöä pitkänä aikana*, jota on tehty *hyvässä uskossa*. Tätä kirjoittamatonta ikimuistaisen nautinnan doktriinia sovellettiin niin Selbu:n kuin Svartskogen:in tapauksissa. Tapauksia pidetään saamelaisten oikeuksien paradigmamuutoksena ja doktriinin elvytyksenä. Selbu:n tavoin oikeuksien ehtoja muokattiin myös Svartskogen:in tapauksessa, tällä kertaa niin sanottuun hyvän uskon kriteeriin viitaten. Tuomioistuin näki, että paikallinen yhteisö oli käyttänyt Svartskogenia intensiivisellä ja monimuotoisella tavalla pitkällä aikavälillä, erityisesti maanviljelyyn, metsästykseseen ja kalastukseen. Kysymys oli, onko maiden laillinen omistaja valtio vai paikallinen yhteisö, ja tuomioistuin päätti paikallisen (saamelais-) yhteisön hyväksi. Tämä on varsin ainutlaatuinen tapaus myös kansainvälisesti.

Saamelaiset tavat ja oikeuskäsitykset ovat oleellisia ristiriitojen ratkaisussa saamelaisalueilla. Tästä lain lähteestä tulee todennäoisesti yhä tärkeämpi, kuten sisäisen Finnmarkin paikallistuomioistuimen perustaminen vuonna 2004 osoittaa. Tämän kaksikielisen tuomioistuimen tehtävä on tulkita ja soveltaa saamelaisia tapoja alueellaan. Norjassa on ollut mielenkiintoisia tapauksia liittyen saamelaisten tapojen/tapaoikeuden ja Norjan lainsäädännön suhteeseen. Muutamat tapaukset ovat päättyneet korkeimpaan oikeuteen ja ne enimmäkseen osoittavat, että saamelaisten tapojen on ristiriitatilanteissa tehtävä tietä norjalaisille säännöksille. Norjan oikeuskulttuuri kuitenkin sallii (kirjoittamattoman) tapaoikeuden autonomisena oikeuslähteenä, joskin se on harvoin ainoa viitattu oikeuslähde. Myös ILO sopimus No. 169 (artikla 8) näkee alkuperäiskansojen tavat tärkeänä itsenäisenä oikeuslähteenä.

## References

### Literature

- Allard, Christina. 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples: Comparative Reflections from Nordic and Canadian Legal Contexts'. *Arctic Review on Law and Politics*, 2017 (forthcoming).
- Allard, Christina. 'Nordic Legislation on Protected Areas: How does it Affect Sámi Customary Rights?' In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.
- Allard, Christina. *Rensköttselrätt i nordisk belysning*. Stockholm/Göteborg: Makadam förlag, 2015.
- Allard, Christina. 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters'. In *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, eds. Christina Allard and Susann Funderud Skogvang. Farnham: Ashgate, 2015.
- Allard, Christina. 'Who Holds the Reindeer herding Right in Sweden? A Key Issue in Legislation'. In *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, eds. Nigel Bankes and Timo Koivurova. Oxford: Hart, 2013.
- Allard, Christina. 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights'. *Arctic Review on Law and Politics* 3 (2011).
- Aulstad, Johan Greger. 'Sametinget og forvaltningsloven'. In *Retts hjelp fra kyst til vidde - Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år 2009*, ed. Jon Petter Rui. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2009.
- Bjerkli, Bjørn and Per Selle (eds.). *Samer, makt og demokrati. Sametinget og den nye samiske offentligheten*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2003.
- Brækhus, Sjur and Axel Hærem. *Norsk tingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1964.
- Bull, Kirsti Strøm. 'Sámi Reindeer Herders' Herding Rights in Norway from the 19th Century to the Present Day'. In *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, eds. Christina Allard and Susann Funderud Skogvang. Farnham: Ashgate, 2015.
- Bull, Kirsti Strøm. *Kystfisket i Finnmark – en rettshistorie*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Bull, Kirsti Strøm and Nikolai K. Winge. *Fast eiendoms rettsforhold. Kort og godt*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Bull, Kirsti Strøm, Nils Oskal and Mikkel Nils Sara. *Reindriften i Finnmark. Rettshistorie 1852–1960*. Oslo: Cappelen Akademisk, 2001.
- Bull, Kirsti Strøm. *Studier i reindriftsrett*. Oslo: Tano Aschehoug, 1997.
- Eckhoff, Torstein and Jan E Helgesen. *Rettskildelære*, 5 edn. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eriksen, Gunnar K. *Alders tids bruk*. Bergen: Fagbokforlaget, 2008.
- Falch, Torvald, Per Selle and Kristin Strømsnes, 'The Sámi: 25 Years of Indigenous Authority in Norway'. *Ethnopolitics* 1 (2016).
- Falkanger, Thor and Aage Thor Falkanger. *Tingsrett* 6 ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Gauslaa, Jon. 'Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltning og rettspleie'. In *Areal og eiendomsrett*, ed. Øyvind Ravna. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Holmøyvik, Eirik. *Maktfordeling og 1814*. Bergen: Fagbokforlaget, 2012.
- Jebens, Otto. *Om eiendomsretten til grunnen i Indre Finnmark*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 1999.
- Lundmark, Lennart. "Lappen är ombytlig, ostadig och obekväm". Svenska statens samepolitik i rasismens tidevarv. Norrlands universitetsförlag, 2002.
- Lødrup, Peter. *Norges høyesterett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Minde, Henry. 'Fornorskinga av samane – hvorfor, hvordan og hvilke følger?'. *Gáldu Cála – Journal of Indigenous Peoples Rights* 3 (2005).

Mörkenstam, Ulf, Eva Josefsen and Ragnhild Nilsson. 'The Nordic Sámediggis and the limits of Indigenous self-determination'. *Gáldu Cála – Journal of Indigenous Peoples Rights* 1 (2016).

*Nordisk samekonvensjon: Utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgrupp. Avgitt 26. oktober 2005, 2005.*

Olafsen, Olof. *Jordfællesskab og Sameie*. Kristiania: Departementet, 1914.

Paine, Robert. 'Identitetsflope: Same-same. Om komplekse identitetsprosesser i samiske samfunn'. In *Samer, makt og demokrati. Sametinget og den nye samiske offentligheten*, eds. Bjørn Bjerkli and Per Selle. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2003.

*Perspektiver til fremtidig areal- og miljøpolitikk i Sápmi*. Sámediggi, 2016.

Ravna, Øyvind. *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2013.

Ravna, Øyvind. *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder. En undersøkelse med henblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2008.

Ravna, Øyvind and Magne Reiten. 'Grensegang og rettsavklaring i utmark og høyfjell'. In *Areal og eiendomsrett*, ed. Øyvind Ravna. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.

Reimerson, Elsa. 'International arenas, local space for agency and national discourse as mediator. Protected areas in Swedish and Norwegian Sápmi'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.

Reimersson, Elsa. 'Nature Culture Rights. Exploring Space for Indigenous Agency in Protected Area Discourses' (PhD diss.). Umeå: Umeå University, 2015.

Riseth, Jan Åge. 'A space for Sámi values? Sámi reindeer herding and Norwegian national parks'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.

Riseth, Jan Åge. 'Norske nasjonalparker i samenes land'. In *Perspektiver til fremtidig areal- og miljøpolitikk i Sápmi*. Sámediggi, 2016.

Selle, Per, Anne Julie Semb, Kristin Strømsnes and Åsta Dyrnes Nordø. *Den samiske medborgaren*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2015.

Skogvang, Susann Funderud. *Samerett*, 2 edn. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.

Skogvang, Susann Funderud. 'Retten til fiske i fjorder og kystnære farvann' (PhD diss.). Tromsø: University of Tromsø, 2012.

Smith, Carsten and Kirsti Strøm Bull. 'Høyesterett og samiske rettigheter'. In *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, eds. Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy and Toril M. Øie. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Smith, Carsten. 'Samiske rettigheter i nordisk perspektiv'. In *Dommersyn utenfor dommen: foredrag, artikler, taler*, ed. Carsten Smith. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.

Smith, Carsten. 'Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?' *Jussens Venner* (2004).

Smith, Carsten 'The development of Sámi law since 1980'. In *Becoming Visible – Indigenous Politics and Self-Government*, eds. Terje Brantenberg, Janne Hansen and Henry Minde. Tromsø: The University of Tromsø, 1995.

Sunde, Jørn Øyrehagen. 'Dømmer i sidste Instans. Høyesterett som den fremste representanten for den tredje statsmakt 1814–2015'. *Almanakk for Norge* (2014).

Sunde, Jørn Øyrehagen. 'Fiskerettar i saltvatn og lex non scriptum i norsk rett og retts historie'. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2006).

Sunnqvist, Martin. 'Konstitutionellt kritiskt dömmande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel' (PhD diss.). Stockholm: Jure, 2014.

Tønnesen, Sverre. *Retten til jorden i Finnmark. Rettsreglene om den såkalte "Statens umatrikulerte grunn": en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter*, 2 edn. Oslo: Universitetsforlaget, 1979.

*Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser*. Oslo: Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 23 June 2006. (Guidelines to the basic Consultation Agreement).

## Public reports

NOU 1984:18 *Om samenes rettsstilling*.

NOU 1997:4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*.

NOU 1997:5 *Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett – Bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget*.

NOU 2001:34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger – Bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget*.

NOU 2001:35 *Forslag til endringer i reindriftsloven*.

NOU 2007:13 *Den nye sameretten*.

NOU 2007:14

NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark*.

Ot.prp. nr.33 (1986-1987) *Om lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven)*.

Ot.prp.nr.53 (2002-2003) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven)*.

Ot.prp. nr.43 (2007-2008) *Om lov om endringer i sameloven*.

Prop 1 S (2009–2010) *For budsjettåret 2010*.

SOU 2006:14 *Samernas sedvanemarker*.

## Cases

Rt. 1968 s. 429 Altevann case

Rt. 1968 s. 394 Brekken case

Rt. 1981 s. 121 Trollheimen case

Rt. 1982 s. 241 Alta case

Rt. 1988 s. 1217 Korssjøfjell case

Rt. 1997 s. 1608 Riast/Hylling case

Rt. 2000 s. 1578 Seiland case

Rt. 2001 s. 769 Selbu case

Rt. 2001 s. 1229 Svartskogen case

## 9. SWEDEN

Christina Allard\*

### 1. The General Legal Context and Basis for Sámi Rights

Sweden is a constitutional monarchy with a unitary legal system, but the King's functions are strictly ceremonial. Sweden is also regarded as a representative and parliamentary democracy. The form of government rests not on a division of powers but on the principle of public sovereignty (*folksuveränitet*).<sup>1</sup> As contrast to Norway, Sweden as a former superpower has both a long constitutional tradition and has had several constitutional documents over the years, traditionally called Instrument of government (*regeringsform*).<sup>2</sup>

The current Instrument of Government is from 1974 and was substantially revised in 2010, which, among other things, strengthened the position of the courts.<sup>3</sup> Importantly, the provision on judicial review was amended by removing the requirement of a 'manifest' contradiction to set aside a statutory provision.<sup>4</sup> With the overhaul the Sámi became for the first time mentioned as a 'people' not merely as an ethnical minority.<sup>5</sup>

A difference from Norway again is the court system, which in Sweden has two branches: general courts and general administrative courts. Hence, there exists not one court that sits on the top molding the laws together, but two courts – as well as certain specialist courts. For Norway this denotes a certain resemblance to the common law-tradition.<sup>6</sup> In some instances this double court structure in Sweden is a complicating factor for solving Sámi matter where much of the legislation is of public law character, sometimes leaving private law questions unsolved.<sup>7</sup> Moreover, it is a basic function within the Swedish constitutional system to apply the law rather than create new law,<sup>8</sup> but there are few examples in recent cases where the Supreme Court has acted more freely,<sup>9</sup> including the Nordmaling case from 2011 where the Sámi reindeer herding right was upheld by the Court.

Like in other countries with an Indigenous population, the results of colonisation have been harsh for the Sámi as a people. In historical times the Sámi had a rather strong position in society but the colonisation politics and the expansion of the Church and its mission came to view the Sámi and Sámi culture and beliefs less valuable. However, until about the 1880s their territorial rights were often upheld by courts and in political rhetoric, but from the turn of the century and onwards the political and legal environment became frosty.<sup>10</sup> Not until quite recently, with the increased attention in international law of Indigenous peoples, things have started to turn around. The effects of colonisation and assimilation policies are nevertheless still evident within the Swedish legal system.

Colonisation policies have a longstanding legacy in Sweden. From the late 1600s, the Crown issued Royal decrees that facilitated peasants who choose to settle in the Lapp areas, primarily

\* Warm thanks to Ulf Mörkenstam for comments on the subsection 'Definition of Indigenousness and the *Sámediggi*'.

1 Instrument of Government, ch. 1. s. 1.

2 Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, 306 with references.

3 *Ibid.*, 311, 313.

4 Instrument of Government, 1974 ch 11 s 14. This provision was previously applied in the Taxed mountain case (NJA 1981 s. 1). The majority held, on the basis of statements in older preparatory works, that the administrative granting system for small game hunting was not discriminatory towards the Sámi; one dissenting judge (Bertil Bengtsson) found it discriminatory, but not 'manifestly' discriminatory, meaning that the provision was still applicable.

5 Instrument of Government, ch. 1 s. 2. See further under 'Definition of Indigenousness and the *Sámediggi*'.

6 Sunnqvist, 'Konstitutionellt kritiskt dömande', 14; Koskelo, 'Domare, lagstiftare och professorer', 639. See also Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, 286.

7 For instance, in matters of borders of the pasture areas between reindeer herding communities. See Allard, Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, 286-7 with references.

8 There is of course an element of law-making in its function as creating precedents (*prejudikatbildning*). See *ibid.*, 310, 314 with references.

9 The Court has in fact been accused of being too aggressive.

10 See further Päiviö, 'Från skattamannarätt till nyttjanderätt'; Korpijaakko-Labba, 'Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland'.

exemption from taxes and military services. But because of long warfare, settlement politics become not interesting for more than just a few people until the middle of nineteenth century. The idea of colonising the north was coupled with the 'parallel-theory', a belief that the agricultural land uses were so different from that of reindeer herding that they could coexist without difficulty. This proved to be a very wrong assumption.<sup>11</sup> Historical case law displays the troubles the reindeer herding Sámi and farmers had to endure. A growing settler population did not always lead to hostility and conflict; marriages between Sámi and settlers were not uncommon and cooperation occurred. In the eighteenth and beginning of nineteenth centuries the financial and social status of the Sámi was strong. While they also had contacts with the enemy Denmark-Norway, and knowledge of the northernmost areas, the Sámi were an important brick in a larger political game. The domesticated reindeer were used as transportation in a vast area without roads.<sup>12</sup>

The period around the seventeenth century caused a revolution in the Sámi society with the creation of the extensive reindeer husbandry and a fully nomadic lifestyle.<sup>13</sup> The time after the Parliament issued the first Swedish reindeer herding legislation in 1886, the State policy towards the Sámi changed drastically. New ideas, mostly from England and Germany with a clearly racist tone, led to the belief that the Sámi race was doomed to vanish. Historical 'research' of the time also erased the well-organised structure of the early Sámi society with regard to the management of their lands and waters.<sup>14</sup> These negative attitudes in society with respect to Sámi customary rights were seen also among the Supreme Court judges. See further below under 'Territorial rights'.

From the late 1880s and onwards the regional Lapp Administration (*lappväsendet*) was developed and came to exist until 1971 when the new Reindeer Herding Act was enacted. It was originally meant to be a temporary solution for solving the conflicts between the permanently residing population (*bofasta*) and the reindeer herding Sámi but developed over time to become a strongly paternalistic authority, with main responsibility for Sámi issues.<sup>15</sup> The development of the Lapp Administration coincides with the Sámi policy of the time, the 'Lapp-shall-remain-Lapp' ideology. Part of this policy was also the mandatory Lapp schools.<sup>16</sup> Pastors of the Church were proactive in the development of these Lapp schools for children of the nomadic reindeer herding Sámi (*nomadskolorna*) in the beginning of the 1900s.<sup>17</sup> Many Sámi have very dark memories of their school time. After the World War II, the racist ideas of the Sámi changed, and the Sámi received the same rights as other Swedish citizens, such as the right to get a loan for housing.

Despite this development, in modern times, the large scale development of water power in the 1950s and the early 1960s has caused severe problems for reindeer herding, causing the essential pasture and migration routes to be covered with water. Later on, forestry, mining activities, infrastructural developments and wind power developments, etc., have caused troubles for a traditional reindeer herding lifestyle. Today, the competition of these reindeer herding lands are even more pressing, with for instance new mines planned. Some Sámi reindeer herding communities take aid from the international system for support, such as in the case of the Rönnebäcken mine where the reindeer herding community complained to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination.<sup>18</sup> The case is ongoing.

11 See e.g. Lundmark, *Så länge vi har marker*, 60-62. For a summary see Allard, 'Two sides of the coin', 33-7.

12 Lundmark, *Så länge vi har marker*, 62-65, 69-70.

13 Ibid., 30-32, 37-41.

14 Ibid., 76-9, 85-6.

15 See further Lantto, *Lappväsendet*.

16 See further Lantto, 'Tiden börjar på nytt' and Karlsson, *Vetenskap som politik*.

17 See the cooperation between the Swedish Church and the Sámi in the anthology "*När jag var åtta år lämnade jag mitt hem*". This book is one of the results of *Ságastallamat* in Kiruna, a conference on Sámi church life which was held in the autumn 2011.

18 For a summary of planned mines and the impacts on Sámi society see e.g. Labba, 'Mineral Activities on Sámi Reindeer Grazing Land in Sweden'.

Over the years there has been produced several commission reports related to Sámi rights and interests, but few have resulted in new or amended legislation. This is owed to a generally large discrepancy between lawyers and politicians regarding the content and strength of Sámi rights. The treatment of law propositions during last decades by the legislator has been characterised by a lack of comprehending the historical rights of the Sámi (reindeer herding, hunting and fishing, in particular) and the nature of the reindeer herding livelihood and its customs.<sup>19</sup> Despite recurrent critique from several human rights monitoring bodies of Sweden's failure with respect to promoting Sámi rights, little has thus far been accomplished. The Sámi is more or less treated, in legislation and policy, as an ethnical minority, even if the political rhetoric, when convenient, emphasise the Sámi as an Indigenous people.

The formation of the National Association of Swedish Sámi (SSR) in the 1950s has been very important for the Sámi ethno political movement in Sweden, as has been the formation of the *Sámediggi* in 1992. In 2006 was the first time the government clearly emphasised that the Sámi as an Indigenous people was a 'people' according to international law, and has rights to self-determination.<sup>20</sup> This self-determination is carried out via the *Sámediggi*, however mainly through its administrative function. See further below.

Presently there is a reconciliation process still in progress within the Swedish Church with respect to the Sámi. The conference *Ságastallamat* with the theme 'the Sámi and the Church' held in 2011 has been important in this respect. Important results of the reconciliation process so far is two books: one book on the Lapp school system and another book (in two parts) on the historical relationships between the Swedish Church and the Sámi, in cooperation with historical scholars.<sup>21</sup> It is now acknowledged that the Church had part in the colonisation of Sápmi, and actively contributed by exercising control and authority over the Sámi. Moreover, the ideological ideas that justified the colonisation process were largely delivered through the Church structure and its theology.<sup>22</sup>

In similar vein, there is a current discussion on the need of a truth and reconciliation commission (*sanningskommission*) between the state and the Sámi people. Both the Equality Ombudsman (DO) and the *Sámediggi* have stressed the need for a fundamental change, and now work together towards the realisation of such a commission.<sup>23</sup> A seminar focused on the matter in the autumn 2016 arranged by the two authorities, together with the Centre for Sámi research /Vaartoe at Umeå University. Whether the Swedish state agrees to initiate such a process remains to be seen.

## 2. Definition of Indigenousness and the *Sámediggi*

The Swedish State has been, and is still, ambivalent towards the status of the Sámi and Sámi Indigeneity. On the one hand, the Parliament declared already in 1977 that the Sámi were the Indigenous population in the country, and with support of international law they had claims on special treatment with respect to their culture (*kulturell särbehandling*).<sup>24</sup> On the other hand, the Sámi is more or less treated, in legislation and officially, as an ethnical minority, not an Indigenous people. It is their status as minority that is emphasised. With the revision of the Swedish constitution, the Instrument of Government (*Regeringsformen*), in 2010 the section related to the Sámi and minorities was amended. For the first time the Sámi is regarded as a people in written law. The section reads now: 'The opportunities of the Sámi people and ethnic,

19 Bengtsson and Torp, 'Svensk samerätt', 145-6.

20 Prop. 2005/06:86, 38.

21 See "När jag var åtta år lämnade jag mitt hem" and Lindmark and Sundström (eds.), *De historiska relationerna mellan Svenska kyrkan och samerna* (Band 1-2).

22 Cf. the Prefaces by the Archbishop Antje Jackelén in the two books mentioned.

23 See e.g. the web page of the *Sámediggi* at <[www.sametinget.se/sanningskommission](http://www.sametinget.se/sanningskommission)> accessed 25 December 2016.

24 Prop. 1976/77:80; KrU 1976/77:43.

linguistic and religious minorities to preserve and develop a cultural and social life of their own shall be promoted'.<sup>25</sup> This amendment was, according to the government, an indication of the Sámi's special status (*särställning*) as a recognized Indigenous people in the country.<sup>26</sup>

The official figures of the number of Sámi in Sweden are uncertain. There has not been undertaken any censuses after World War II, but officially it is approximated that between 20 000 to 40 000 Sámi live in Sweden.<sup>27</sup> However, scholars today estimate that the number of Sámi could be at least as much as three times higher, indicating rather 60 000 Sami.<sup>28</sup> In the last election in 2013 there were 8 322 Sámi registered in the Sámi electoral roll.<sup>29</sup> New registrations to the Sámi electoral role have increased with each election. Between 800 and 1 100 Sámi have then been approved and enrolled.<sup>30</sup> Consequently, in Sweden officially there are quite many more Sámi recognised than those who have chosen to register in the Sámi electoral register.<sup>31</sup> Hence, both in Sweden and Norway the electoral rolls are systems for voter registration, not official registers of the Sámi population. And the criteria in the Sámi definition have not caused much debate in either country.<sup>32</sup>

Like in Norway there is a provision defining which Sámi that are eligible to vote in the *Sámediggi* elections, which includes a subjective and objective criterion. This provision is found in the Sámi Parliament Act 1992, chapter 1 section 2 (para. 1):<sup>33</sup>

According to this Act a Sámi is a person who consider themselves to be Sámi and

1. show that it is probable that he or she have or have had Sámi as their domestic language, or
2. show that it is probable that his or her parents or grandparents have or have had Sámi as their domestic language, or
3. have a parent who is or has been registered in the Sámi electoral register.

As seen, the provision is similar to the Norwegian section in the Sámi Act 1987, and in fact this text was drafted on the basis of the Norwegian definition.<sup>34</sup> A difference is however that the Sámi as domestic language can only be traced back to a grandparent, i.e. two generations back, and not to a great-grandparent as in the Norwegian case (after a legislative change in 1997). The emphasis is on 'domestic language' (*språk i hemmet*), meaning that the person have used Sámi in their home during childhood, and not Sámi as a first language (mother tongue). In drafting the text it was not seen as important to distinguish which language that was learned first, Sámi or Swedish, and the legislator chose therefore to use the Norwegian definition as blueprint while it signify a more generous attitude from the State.<sup>35</sup> The Finnish definition emphasised the Sámi as a first language. The primary reason to use the Sámi language as an objective criterion was nevertheless the fact that Finland and Norway already used language as a definitional criterion.<sup>36</sup>

25 Instrument of Government, ch. 1 s. 2 para. 6. This provision is not directly enforceable in courts (it is not placed in the chapter encompassing fundamental rights) but may at least be used as an interpretive principle in support of other provisions.

26 Prop. 2009/10:80, 189. The amendment was heavily criticised (for instance by the *Sámediggi*, other Sámi organisations, the Equality Ombudsman (DO) and several human rights organisations) for not providing sufficient protection for the Sami. See *ibid.*, 189-90. According to the explanation (*författningskommentar*) to this section the amendment now better reflects the international commitments, e.g. with respect to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, see *ibid.*, 246-7. This again, is a reference to national minorities, not protection of Indigenous peoples.

27 See at <[www.samer.se/1536](http://www.samer.se/1536)> accessed 8 December 2016. On the *Sámediggi* webpage 20-35 000 Sámi are mentioned. See at <[www.sametinget.se/samer](http://www.sametinget.se/samer)> accessed 8 December 2016.

28 See at <[www.samer.se/1536](http://www.samer.se/1536)> accessed 8 December 2016.

29 See the *Sámediggi* web page at <[www.sametinget.se/6434](http://www.sametinget.se/6434)> accessed 10 December 2016.

30 *Ibid.*

31 This was also acknowledged in the bill to the Sámi Parliament Act 1992. See Prop. 1992/93:32, 61.

32 Cf. Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggi', 19.

33 A linguistic amendment was made to this section in 2006 to include also feminine persons (he or she/his or her). See Prop. 2005/06:86, 73-4, 79, 81.

34 Prop. 1992/93:32, 36. In the bill it is just one page that is used to describe the rationale behind this definition.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*



A few other requirements need to be fulfilled as well. A person must be a Swedish citizen, or foreigner that have been included into the national register (*folkbokföringen*) at least three years before the election, and a Sámi must be minimum 18 years on the day of election. An application to the Election Committee of the *Sámediggi* (*valnämnd*) must have been submitted before the 20 of October the year before the election, meaning for instance October this year since the next election is in May 2017.<sup>37</sup>

Firsthand, the application of the Sámi-definition in the Act is the task of the Election Committee.<sup>38</sup> This Committee must prepare a preliminary Sámi electoral register, latest on the 15 of November the year before election (see ch. 3 s. 5). According to the same provision this preliminary register shall include information on both previous Sámi registered and Sámi that have applied to be included into the electoral register whom fulfill the criteria, i.e. the subjective and objective criteria, citizenship and age. A Sámi that have applied but have not been registered to the preliminary electoral register can appeal the decision to the Country Administrative Board of Norrbotten before the 15 of December the year before the election.<sup>39</sup>

There are no court cases because the matter cannot be appealed to a court.<sup>40</sup> Instead there is a public control, similar to the model in Norway, of the preliminary Sámi electoral register. Each Sámi that is registered in the preliminary electoral register may appeal the decision by the Election Committee concerning the inclusion of a person therein. This public control was not part of the original Act but has been amended out of a need in 2004. This re-examination of the preliminary electoral register means that persons that incorrectly have been included in the register can be removed.<sup>41</sup>

All appeals are dealt with in an open meeting at the Country Administrative Board in February the same year as the election.<sup>42</sup> At this meeting it is possible for persons that have appealed to orally explain his or her standpoints.<sup>43</sup> The final Sámi electoral register is to be accomplished by the Election Committee no later than 1 of March the year of election.<sup>44</sup>

The policy has been lenient in relation to individual applications to be included into the Sámi electoral register. A substantial proof of an applicant's information has normally not been required, meaning that an application generally is accepted. Hence the application of the Sámi definition in chapter 1 section 2 has been generous.<sup>45</sup> When the Act was enforced the government mentioned that normally the information in the application form would be sufficient to make the assessment of the objective criterion. If further information was needed the Election Committee should ask for additional information from the applicant or another Sámi that could provide facts in the matter.<sup>46</sup> The Election Committee has recently explained on the *Sámediggi* web site that if an application is incomplete or wrongly filled, the application will be rejected. The Chair of the Committee clarified that this is not an assessment of the Sámi heritage of the person but whether there is enough information to support that he or she fulfill the criteria of the Sámi Parliament Act. The administrators of the Committee always request additional information to the application but if such information is not sent, the application will be rejected.<sup>47</sup>

Even if the criteria for being included to the Sámi electoral register are very similar in Sweden and Norway, the *Sámediggi* as an organization is not. It is declared in the very first section of the Swedish Sámi Parliament Act that the *Sámediggi* is a public authority under the

37 See Sámi Parliament Act 1992, ch. 3, ss. 3 and 4.

38 Sámi Parliament Act 1992, ch. 5 s. 5. See also Prop. 1992/93:32, 61, 64. It is left to the *Sámediggi* to decide the requirements for applications and what investigations or controls that are necessary. See *ibid.*, 67.

39 Sámi Parliament Act 1992, ch. 3, s. 5 a paras. 1-2.

40 Sámi Parliament Act 1992, ch. 3, s. 5 a para. 4.

41 See SOU 2002:77, 196-9. See also Prop. 2003/04:86. The legitimacy of the *Sámediggi* was mentioned as a major reason for this amendment.

42 Sámi Parliament Act 1992, ch. 3, s. 5 a paras. 1 and 3.

43 Prop. 1992/93:32, 67.

44 Sámi Parliament Act 1992, ch. 3, s. 6.

45 Cf. SOU 2002:77, 195.

46 See 1992/93:32, 67.

47 See at the *Sámediggi* web page at < [www.sametinget.se/110508](http://www.sametinget.se/110508) > accessed 10 December 2016.

government, and its purpose is to monitor issues related to Sámi culture in Sweden. Its function as a representative body for the Sámi and its discretion can really be questioned since it is directed by the government via legislation and annual decrees given all public authorities (*relgeringsbrev*).<sup>48</sup> Ever since its inauguration the *Sámediggi's* mandate, institutional setting and organisation has been criticised, internally as well as internationally. It is claimed by the government that real autonomy for the Sámi presupposes an amendment in the Constitution (Instrument of Government).<sup>49</sup> As a result, The *Sámediggi* in Sweden is very different from its Norwegian counterpart.

In contrast to Norway the whole country is one constituency and the day for election is totally separated from other elections in Sweden.<sup>50</sup> There are several distinct Sámi parties representing different Sámi groups, and personal votes have a considerably impact.<sup>51</sup> Therefore, the Swedish Sámi is less integrated into the national politics than in Norway and national Swedish parties have not developed their own distinct Sámi policy programs. It has not been on the agenda to marshal in the *Sámediggi* elections and they have not been particularly welcome either.<sup>52</sup>

It is not possible to fully understand the Swedish *Sámediggi* without at least a basic understanding of the historical context in which the *Sámediggi* was formed and operates in today.<sup>53</sup> Above all it is two conditions that are important to understand with respect to the *Sámediggi*.<sup>54</sup> First, the State's historical policies have been built on both segregation and assimilation of the Sámi people, resulting in a partition of the Swedish Sámi in those who have reindeer herding rights and those who have not. The legislator has since long focused its regulatory eye on the reindeer herding. The nomadic Sámi was to be protected according to the 'Lapp-should-be-Lapp policy' prevailing at the time, and was also 'given' all rights whereas the other Sámi was to be assimilated into the majority society. One could say that the legislator with respect to the rights put all the eggs in one basket – the reindeer herding Sami. As a result there are today different preconditions for different groups within the Sámi society, highly visible in today's Sámi politics.<sup>55</sup> Hence, it is problematic to speak with one united voice because of these differing preconditions. This type of division is something that one does not see in Norway.

The second condition important to comprehend with respect to the *Sámediggi* is the dual (and conflicting) nature of the *Sámediggi* itself. Its identity is unclear as both a public authority and a representative body for the Sámi and Sámi self-determination. Its space to manoeuvre is restricted. The deficient legitimacy for the Swedish *Sámediggi*, among its own voters and within the Swedish national politics, must be understood in this light.<sup>56</sup> With other words, there is a low level of institutional trust in the *Sámediggi*.<sup>57</sup>

When the *Sámediggi* was established it was motivated primarily by three reasons: i) developments in international law point to that the Sámi should have some degree of autonomy, ii) similar bodies was already in place in Finland and Norway, and iii) it was important that the Sámi could be represented by a joint body with respect to the Swedish State.<sup>58</sup> However, the *Sámediggi* was not to compete with the Parliament or the City councils. So, even if the government declared that self-determination of the Sámi should be strengthened, as far as feasible,

48 See further Lawrence and Mörkenstam, 'Självbestämmande genom myndighetsutövning?'. See also Prop. 2005/06:86, 31.

49 See e.g. Prop. 2005/06:86, 37.

50 See Sámi Parliament Act 1992, ch. 3 ss. 1 and 2.

51 Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggi', 18.

52 Selle et al, *Den samiske medborgaren*, 138.

53 Cf. Lantto and Mörkenstam, 'Sametingets historiska och politiska kontext', 72.

54 Nilsson, Mörkensam and Dahlberg, 'Inledning', 33-4.

55 Nilsson, Mörkensam and Dahlberg, 'Inledning', 33, 42; Lantto and Mörkenstam, 'Sametingets historiska och politiska kontext', 49-52; Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggi', 27-8.

56 Nilsson, Mörkensam and Dahlberg, 'Inledning', 36, 38; Lantto and Mörkenstam, 'Sametingets historiska och politiska kontext', 71.

57 Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggi', 31.

58 Cf. Prop. 1992/93:32, 33-5; Fjellström, et al, 'Sametingets formella ställning', 78.

the *Sámediggi* was not a body for autonomy.<sup>59</sup> Autonomy for the *Sámediggi* presupposes a constitutional amendment of the principles in the Instrument of Government.<sup>60</sup>

Hence, when the government speaks about strengthening the self-determination of the Sámi it is the administrative role of the *Sámediggi* that is emphasised, to hand over more administrative tasks (*förvaltningsuppgifter*) and responsibilities (*myndighetsansvar*).<sup>61</sup> Consequently, a bill from 2006 expanded the administrative tasks for the *Sámediggi*. These were tasks transferred from the County Administrative Boards and the Swedish Board of Agriculture – despite the explicit opposition by a unanimous *Sámediggi* plenary.<sup>62</sup>

According to legislation both the Norwegian and Finnish *Sámediggis* have a broader scope of responsibilities in comparison with the Swedish *Sámediggi*, where the body essentially is to monitor issues related to Sámi culture in Sweden. In Norway and Finland there is a larger focus on the *Sámediggis'* function as advisory bodies. In fact the Swedish *Sámediggi* lacks formal decision-making on most political matters of importance for the Sámi society. The institutional choice for the Swedish *Sámediggi* – with a priority focus on the government agency aspect – has had a large impact on its functions and its legitimacy. In retrospect it has hollowed the legitimacy of the *Sámediggi* both in relation to its own constituency and in relation to the State. Moreover, the historical and political legacy of the Swedish Sámi policy, the profound cleavages within the Sámi community, has seriously hampered its function as a representative body with a unified voice for the Sámi.<sup>63</sup>

### 3. Territorial rights

Given the fact that present state boundaries cut across Sápmi, territorial rights, i.e. rights to own or to use land and resources,<sup>64</sup> are a bit more complicated. One instance is the Lap codicil, an addendum to the border treaty between Sweden and Norway from 1751, which acknowledged that Sámi customary rights and traditional migration would continue. However, migration across this border is still somewhat problematic for cross-border reindeer husbandry between the countries. Especially Norwegian politics has during most of the 1900s aimed at protecting pasture for 'their' Sámi, and the Swedish government has been indulgent to ease the relationship with Norway since the exit of the union in 1905. When the negotiations for a new bilateral treaty broke down in 2005 different rules applied for the reindeer herders in both countries.<sup>65</sup> A new treaty is still not ratified but there exist a draft.

With respect to Sámi territorial rights in Sweden the legislator has acknowledged only rights to reindeer herding.<sup>66</sup> As shortly described in the subsection above, the early legislation during the late 1800s has caused a division of the Sámi society into 'reindeer herders' and 'non-reindeer herders', where all customary rights were allocated into the 'reindeer herding right', including among other things hunting and fishing rights.<sup>67</sup> Those Sámi who had combined small scale reindeer herding with several other traditional livelihoods was not regarded as having customary rights; these Sámi should be assimilated into the general society. This dividing feature in the Swedish law is still very problematic and causes conflicts within the Sámi society, for instance visible in the *Sámediggi* politics. Consequently, the territorial rights of other Sámi, e.g. hunting and fishing rights, have not been investigated to some extent by the state.<sup>68</sup>

59 Prop. 2005/06:86, 32, 35-7.

60 See e.g. Prop. 2005/06:86, 37; SOU 1989:41, 416.

61 Cf. Fjellström, et al, 'Sametingets formella ställning', 81.

62 See e.g. Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggis', 15.

63 Mörkenstam, Josefsen and Nilsson, 'The Nordic Sámediggis', 14-5, 26-7, 31-2.

64 For the concept see e.g. Anaya, *Indigenous peoples in international law*, 143.

65 See further e.g. Bull, 'Lappekodisillen og 1905'; Broderstad, 'Cross-Border Reindeer Husbandry. Between Ancient Usage Rights and State Sovereignty'.

66 For a historical account see Päiviö, 'Från skattemannarätt till nyttjanderätt. En rättshistorisk studie av utvecklingen av samernas rättigheter'.

67 For a full explanation of the entitlements included into the reindeer herding right see Allard, 'Two sides of the coin', 329-32.

68 See further Torp, 'Oklarhet som rättslig norm. Om de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske'.

The reindeer herders' customary rights, especially those who performed reindeer herding in the mountain region (*fjällrensköttsel*), were recognised though the very first Swedish reindeer herding legislation in 1886. However, it was far from certain that their rights would be recognised via legislation. The law proposition was sent to the Supreme Court for comments. A majority of the judges were influenced by the ideology called social Darwinism, especially the Supreme Court judge Knut Olivecrona, and they argued that the customs should not be codified and questioned whether it was in fact a customary right. On the whole the new legislation would violate the ownership and possession to the lands held by permanent residents (*bofasta*) and the need to promote progress, in particular the needs of forestry and agriculture. This is a language one still sees in public debate with respect to e.g. mining developments. However, the government did not follow the recommendations by the judges and upheld the customary rights of the reindeer herding Sámi and consequently adopted the act.<sup>69</sup> This is an example of how ideas colour the legal understanding of the nature of Sámi rights.

To refrain from viewing the reindeer herding right as a 'proper' right has in principle attached the character of the reindeer herding right the whole twentieth century in public documents and policy. A significant turn came with the Taxed mountain case in 1981, which will be briefly explained below. Nonetheless, despite clear statements from the Supreme Court about the private nature of the reindeer herding right it has not been followed up by the legislator to the extent necessary. When it comes to the proprietary aspects of the right they are complex issues, especially the balancing between other property holders and industries, and, as said, the Swedish legislator has not done enough.<sup>70</sup> Furthermore, there is a discrepancy between the lawyers and the politicians' views on Sámi rights.<sup>71</sup>

The present Reindeer Herding Act is from 1971 and despite several attempts to amend and modernise it, it has not been possible.<sup>72</sup> Instead, it has been the courts in Sweden that have been left with the task to bring some clarity regarding the nature of the reindeer herding right, and legal literature have aided that interpretation and analysis.<sup>73</sup>

Like in Norway, the Swedish property law acknowledges that, over time, protracted use of land and natural resources may establish corresponding rights, basically ownership rights or user rights.<sup>74</sup> A contrast to Norwegian property law, which has several concepts to apply in cases dealing with long-term uses, Swedish (and Finnish) law has essentially two main concepts, immemorial prescription (*urminnes hävd*) and customary law. Neither is much used and the absence of case law is profound.<sup>75</sup> Immemorial prescription was annulled by the new Land Code in Sweden in 1972 as an outdated concept, but transitional rules allow for the recognition of already acquired rights.

The differences between Norwegian and Swedish property law concepts must be explained by the different historical context and different needs. The Swedish kings early on developed a central administration with a land register and educated surveyors to make maps and measurements. Organized land divisions, both on paper and in reality, have been a cornerstone of the Swedish-Finnish bureaucracy. Hence, during the 1900s there was less need for primary land partition.<sup>76</sup> As a result, Swedish law has not had the same need for concepts like immemorial prescription to clarify rights to land in general. They have become fashionable again with the indistinctness of Sámi rights.

69 See further Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, 179-84.

70 Cf. e.g. Persson, 'Samerätt – ett komplicerat område inom fastighetsrätten', 427, 439. See also the strong comments from the Appeal Court in the Nordmaling case, NJA 2011 s. 109, 206-7.

71 See e.g. Bengtsson and Torp, 'Svensk samerätt: Något om den senaste utvecklingen', 136, 145-6.

72 For a summary see Bengtsson and Torp, 'Svensk samerätt: Något om den senaste utvecklingen', 143-5. For a personal account from the commission work tasked to change the reindeer herding legislation (SOU 2001:101), see Geijer, 'Vem "äger" rensköttselrätten? Juridik, historia och en liten skvätt nationalekonomi'.

73 Cf. here in particular the work by Bertil Bengtsson and Christina Allard.

74 Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 55.

75 After the Nordmaling case (NJA 2011 s. 109) customary law can be considered as a means for acquisition of user rights with respect to reindeer herding.

76 Sundell, *Svensk fastighetsrätts historia*, 60-66; Bagger-Jørgensen, 'Lantmäteriets organisation', 78. See further Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, ch. 3.4.

Any trial with respect to immemorial prescription or customary law in Sámi rights issues is complicated, both because of the historical evidence and the long absence of interpreting the concepts.<sup>77</sup> These proprietary concepts and doctrines, written or unwritten, nevertheless help to analyse and qualify the actual use, and to assess whether such use is sufficiently intensive and continuous in character to create rights, subject to the specific requirements inherent in each concept.<sup>78</sup> Although the normal procedural rules apply to these disputes, in the assessment of the evidence ‘cultural adjustments’ have been made in the two most recent cases, the Nordmaling and Girjas cases shortly analysed below.

The Taxed mountain case (NJA 1981 s. 1) started with a few Sámi reindeer herding communities suing the state in the mid-1960s claiming ownership of certain lands, called the taxed lands, or at least stronger rights than expressed in legislation.<sup>79</sup> It is a huge and complex case. Despite the fact that the Sámi party lost in all instances, this case clarified the nature of the reindeer herding right in an important way. The Supreme Court held that the reindeer herding right ultimately rested on immemorial prescription, clarifying that the legislation as such did not create the rights, which the state had argued. Moreover, since the right is a strong usufruct right and based upon civil law, it is protected by the Constitution in the same way as ownership; takings and other infringements entitle compensation. In an obiter dictum the Court declared that the Sámi through reindeer herding, hunting and fishing may acquire ownership through immemorial prescription regardless of the extent to which they cultivated land or settled permanently. This was a diversion from the former prevailing view that nomads cannot establish ownership to land.<sup>80</sup>

Not until 2011 the Supreme Court was called again to pass a judgement concerning Sámi reindeer herding rights. The Nordmaling case (NJA 2011 s. 109.) started with approximately hundred land owners suing three reindeer herding communities claiming that there existed no reindeer herding rights on their lands. The case has many similarities with the Norwegian Selbu case since it also dealt with reindeer herding on private lands. The Nordmaling case is a landmark case not only because it is the first successful case for Swedish Sami, but because the Court took into account the specific Sámi land use. For instance, in this case the Court emphasised weather conditions as directly determinative of the reindeer’s migration and the herders’ need for spare areas, which was not so intensively used. Also these spare areas were burdened by the reindeer herding right.<sup>81</sup> This is an example of a cultural sensitive reading of the conditions for establishing rights.

In solving this case, which relate to the winter pasture area of the communities,<sup>82</sup> the Supreme Court applied customary law, and used its unwritten character to make a flexible overall assessment of the facts. Until this point, immemorial prescription had always been applied in these cases.<sup>83</sup> Customary law has not been applied in the context of real property for quite some time. Interestingly, the two solicitors defending the Sámi reindeer herding communities have after the case stressed the importance of their efforts during the case to educating the court in Sámi culture and reindeer herding customs.<sup>84</sup> They saw this as necessary and a crucial factor for the successful outcome.

Another case which is highly interesting is the Girjas case, where the Sámi again were successful. So far it is only a case from the Gällivare local court, decided in February 2016,<sup>85</sup> but it has the

77 Allard, ‘Some Characteristic features of Scandinavian Laws’, 57. See further Allard, *Rensköttselrätt i nordisk belysning*, chs. 5-7.

78 Allard, ‘Some Characteristic features of Scandinavian Laws’, 55.

79 The National Association of Swedish Sámi (SSR) stood behind this case – as in the recent Girjas case.

80 See e.g. Allard, ‘The Nordic countries’ law on Sámi territorial rights’, 177-8; Allard, ‘Two sides of the coin’, 258-62.

81 Allard, ‘Some Characteristic features of Scandinavian Laws’, 59; Allard, ‘Case Review: The Swedish Nordmaling case’. For a thorough analysis of the case see Allard, ‘Nordmalingsmålet. Urminnes hävd överspelad för rensköttselrätten?’.

82 In Swedish legislation the pasture is divided into year-round and winter pasture areas.

83 Following the case there has been an analysis and discussion among legal scholars about the relevance of this. See Bengtsson, ‘Nordmalingdomen. En kort kommentar’; Torp, ‘Rensköttselrättens grunder’; Allard, ‘Rensköttselrättens grunder – en replik’.

84 Melin and Wikland, ‘Nordmalingsmålet – några erfarenheter back stage’.

85 Case no T 323-09, 3 February 2016. The case is appealed.

potential to go all the way to the Supreme Court. Although the case commenced in 2009 when the Girjas reindeer herding community sued the state, it actually started much earlier. Like in the Taxed mountains case, the National Association of Swedish Sámi (SSR) stands behind this case and they have investigated the matter for over a decade. The matter signifies a long controversy with the state. The backdrop for the case was a change in legislation in the early 1990s when the government through a bill declared that the reindeer herding Sámi no longer had exclusive hunting and fishing rights on state-owned lands.<sup>86</sup> The aim of the reform was to ease the access to hunting and fishing for tourists and the larger society.

In the case Girjas primarily claimed exclusive hunting and fishing rights on parts of the communities' year-round areas.<sup>87</sup> They argued that the state never had exercised hunting or fishing of their own on these lands. The court found that the Sámi in Girjas reindeer herding community had exclusive hunting and fishing rights on the basis of immemorial prescription. It also held that it was Girjas, not the state, who had the right to administer the granting of their hunting and fishing rights to others. Noteworthy is that in this case immemorial prescription was applied. Also here the court made cultural adjustments in the overall assessment, particularly in relation to the historical evidence of the character and correspondence between the landscape and the actual use. It explicitly held that in the application of immemorial prescription on lands in the north of Sweden another approach must be practiced than with respect to villages in southern and mid Sweden.

Both in the Nordmaling and the Girjas cases a part of the case has concerned legal standing, i.e. which Sámi group who are the right holders. Previously this has been an unclear issue, because the wordings of the Reindeer Herding Act 1971 state in section 1 that the right holders are the Sámi people.<sup>88</sup> In the Nordmaling case the Supreme Court interpreted that the Sámi reindeer herding communities had legal standing with respect to their own pasture areas since they represent and perform the reindeer herding in each community.<sup>89</sup> The court in Girjas followed the same reasoning when the state questioned whether Girjas in fact could sue the state.

With respect to Sámi territorial rights, custom play a significant role.<sup>90</sup> In reindeer herding it is relevant from at least two perspectives. Both perspectives regard reindeer herding practices and conflicts with present law. First, it concern the matter where current reindeer herding legislation does not exhaustively acknowledge all entitlements inherent in the Reindeer Herding Act (such as picking lichen to feed reindeers), or the situation where lower legislation, such as by-laws, infringe upon the exercise of the reindeer herding right, for instance hunting. Such issues have been tried in courts by way of criminal law cases, but only on the appeal level. Here the accused Sámi claimed to exercise their reindeer-herding right as a defence to the charge.<sup>91</sup> Secondly, Sámi custom play a significant role in the practice of reindeer herding, and current Reindeer Herding Act from 1971 does not take into account the *siida* structure and its intricate system of norms. One of these norms are the internal division of certain pasture areas among groups of reindeer herders (typically *siidas*), where the group has stronger customary rights to these areas in instance of rivalry. The legislation builds on principle that all pasture is communal and no group has stronger rights. *Siida*-customs clash in several situations with present legislation.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> Torp, 'Sámi Hunting and Fishing in Swedish Law', 111.

<sup>87</sup> As indicated above, legislation differentiates between year-round and winter pasture areas.

<sup>88</sup> See further Allard, 'Who Holds the Reindeer herding Right in Sweden?'

<sup>89</sup> Allard, 'Nordmalingsmålet. Urminnes hävd överspelad för renskötselrätten?', 124-5.

<sup>90</sup> 'Custom can be understood as a certain way of conduct followed by people due to a sense of duty'. See Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 60 with references.

<sup>91</sup> See Allard, 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws', 63.

<sup>92</sup> See further Allard and Labba-Oskal, 'Samebyns interna organisation'.

## 4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)

### 4.1. Introduction

Sweden lacks specific legislation on the state's duty to consult the Sámi as an Indigenous people, and does not have any consultation agreements with the *Sámediggi*, like in Norway.<sup>93</sup> A provision has earlier been suggested in a government report with the content that in law-making processes (concerning acts and regulations) which concern Sámi interest and livelihoods, consultations with the *Sámediggi* shall take place.<sup>94</sup> This provision was to be placed in a regulation – not an act – which holds guidance for the Ministries (*regeringskansliet*). The provision was not adopted. It is likely that consultation requirements will be included into Swedish law soon, while it is rumored that new provisions are now being drafted within the government.

There is, however, a provision on *samråd* (consultation) with national minorities<sup>95</sup> in the Act on National Minorities and Minority Languages 2009, which generally aim to strengthen the Swedish implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) and the European Charter for Regional or Minority Languages (ECRML).<sup>96</sup> According to section 5 of the Act the public authorities 'shall give the national minorities opportunity to influence matters that concerns them, and, as far as appropriate, consult with representatives for the minorities in such matters'.

First, it is important to notice that the concept of *samråd*, which is referred to in section 5, is not conforming to what is normally meant by 'consultation', i.e. several meetings with the aim of finding consensus and promote a partnership. It does not simply have the same level of ambition, but are more a channel for information exchange. Secondly, the provision targets *samråd* with national minorities and not specifically the Sámi as an Indigenous people. Hence this provision is not equivalent to the duty to consult as developed in other jurisdictions or international law. The Act of 2009 and section 5 is an effluent of the Swedish official legislation and policy viewing the Sámi first and foremost as a national minority, albeit with a special status.

### 4.2. Protected areas

Sweden has a long and strong position in environmental protection and in conservation law in particular. The state has practiced area protection since the early eighteenth century, when Sweden created the first national parks in Europe as early as 1909, a majority within the traditional Sámi area.<sup>97</sup> In the law scenic beauty and outdoor recreational interests have been strong since the start, as well as the distinction between nature and culture. This could still be seen in current legislation.<sup>98</sup> From start the lifestyles of the nomadic (reindeer herding) Sámi were interwoven with the ideological idea of nature as pristine and untouched, i.e. the Sámi were part of nature.<sup>99</sup> Time has changed this ideological underpinning. Over especially the last three decades Sámi reindeer herders have been accused of destroying pristine nature and mountain areas, notably through their use of modern vehicles and equipment and having herds too large for the grazing areas to sustain.<sup>100</sup>

93 See generally Allard, 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples'.

94 Ds 2009:40, 42 and further 91-106.

95 Sweden has recognised five national minorities: Jews, Roma, Sámi, Swedish Finns and Tornedalians (the Torne Valley descendants).

96 Prop. 2008/09:158. See also Dir. 2016:73. It is initiated an overhaul of the Act to, among other things, strengthen the participation and influence in decision-making of the national minorities. The report shall be finished 15 June 2017.

97 The first Swedish nature conservation legislation encompassed two acts, one concerning natural monuments (*naturminnesmärken*) and one regarding national parks, both from 1909.

98 Allard, 'Nordic Legislation on Protected Areas', 12, 23; Hjulman, 'Rights of the naturalised', 43. On the early legislation and Sámi rights see Torp, 'Ren-näringsens rättigheter i nationalparker och naturreservat'.

99 Hjulman, 'Rights of the naturalised', 43-4.

100 See e.g. Prop. 1995/96:226, 15.

The current Environmental Code 1998 and linked regulations, in terms of Sweden's protected area regime, include no specific provisions concentrating on matters related to protecting Sámi culture or customary activities, such as reindeer herding.<sup>101</sup> The Sámi reindeer herding landscape as a cultural landscape is almost invisible within this regime. As indicated above, the legislation lacks altogether provisions for consultation between the Sámi and the state or state authorities, and, as a result, decision-making follows general public administrative law. The Sámi are rather treated as a stakeholder among many others.<sup>102</sup>

Nevertheless, the protection of the environment is important for the Sámi and *Sámediggi*. The *Sámediggi's* Living Environment Program, *Eallinbiras*, emphasise the Sámi understanding of nature as animated and the deep traditional knowledge the Sámi has of their environment though their long-standing management of the lands and waters with great respect and care.<sup>103</sup> The program's goal is to promote a resilient and sustainable Sámi living environment for all, and is a starting point for all of the *Sámediggi's* decisions. It forms a basic document for developing detailed action plans and planning instruments during a ten-year period. *Eallinbiras* was decided in 2009 by the plenary. With the *Sámediggi* as mainly a government agency the application of *Eallinbiras* and other Sámi programs and the like can not be strongly implemented with the autonomy of the *Sámediggi* pinioned.

The Sámi view of nature is especially emphasized in the management of the World Heritage Site Laponia, consisting of 4 national parks and 2 nature reserves.<sup>104</sup> In December 2016 it is 20 years since UNESCO appointed Laponia as a (mixed) World Heritage Site.<sup>105</sup> There are nine Sámi reindeer herding communities (*samebyar*) that have part of their pasture lands within Laponia, and they also take part in the management-decisions related to Laponia.<sup>106</sup> From the beginning however it was far from certain that the area should be managed jointly with the Sámi reindeer herding communities. It has been a long and conflicted path to reach to the current co-management arrangement, which took almost 15 years to reach.<sup>107</sup> As a result, the management of Laponia is unique in Sweden in terms of local influence and control, and in terms of Sámi influence and rights.<sup>108</sup> But thus far it has not influenced amendments to contemporary conservation legislation with respect to the Sámi. Internationally Laponia and its co-management structure has attracted attention and is often seen as a success story.

Laponia is managed by the new body Laponiatjuottjudus, a locally based organisation with its head office in Jokkmokk. 'Tjuottjodit' is the Lule Sámi verb for 'to take care of something, to administrate'. A new regulation, the short Laponia Regulation was decided upon in 2011,<sup>109</sup> and is in fact the only piece of legislation in Sweden concerning World Heritage areas and gives authority to Laponiatjuottjudus. In December 2012 the County Administrative Board of Norrbotten took the formal decision to grant the management of the area to Laponiatjuottjudus, and since 1 January 2013 it took over responsibility for the management of Laponia.<sup>110</sup> It is financed by the Swedish Environmental Protection Agency and the County Administrative Board through government appropriations.

Apart from the nine Sámi reindeer herding communities Laponiatjuottjudus consists of the County Administrative Board in Norrbotten, the Swedish Environmental Protection Agency as well as Gällivare and Jokkmokk Municipalities.<sup>111</sup> There is a Sámi majority on the board

101 Allard, 'Nordic Legislation on Protected Areas', 15.

102 Ibid., 23.

103 See the *Sámediggi's* web page at <[www.sametinget.se/eallinbiras](http://www.sametinget.se/eallinbiras)> accessed 18 December 2016. The pdf of the whole Program can be downloaded.

104 The national parks are Sarek, Padjelanda/Badjelánnda, Muddus/Muttos and Stora Sjöfallet/Stuor Muorkke. The nature reserves are Sjávnja and Stub-bá. Laponia also include some other nature areas: Tjuoldavuobme, Ráhpáno suorgudahka and Sulidáibmá.

105 See e.g. the web page of Laponia at <http://laponia.nu/> accessed 18 December 2016.

106 Those are Baste čearru, Unna tjerusj, Sirges, Jáhkágaska tjielde, Tuorpon, Luokta-Mávas, Udtja, Slakka and Gällivare skogssameby.

107 For a short recap see at <<http://laponia.nu/en/about-us/the-laponia-process/>> accessed 18 December 2016. See further Green and Turtinen, 'World Heritage bureaucracy', 192-4, 197; Green, 'Managing Laponia'.

108 Reimerson, 'International arenas, local space for agency', 170.

109 The Regulation expires 1 January 2019.

110 See at <<http://laponia.nu/en/about-us/the-laponia-process/>> accessed 18 December 2016.

111 Laponia Regulation 2011, s. 2.



but all decisions are reached by consensus. The consensus decision-making model, a Sámi way of making decisions, is regarded as important even if it is more time-consuming. The management plan for Lapponia emphasises also the value of Sámi traditional knowledge for the conservation and sustainable uses of the Lapponian area, and such knowledge and local practices is seen as an essential part of the area's cultural heritage values.<sup>112</sup> In general Lapponiatjuottjudus' management idea is, among other things, based on local participation and a shared responsibility for the Lapponian area.

Lapponiatjuottjudus as a non-profit association can not be responsible for decision-making related to individuals (*myndighetsutövning*) since it is not a state authority.<sup>113</sup> If someone needs dispensation or a permit to carry out activities that are not permitted under the rules for the Lapponian area, it is the County Administrative Board in Norrbotten that decides on such matters.

## 5. Summary of the Main Characteristics

Below follow a short description of the main characteristics of the Swedish legal system with emphasis on Sámi rights.

Commonly Sweden, as the other Nordic countries, seeks to address Sámi rights issues through government commissions. There has been produced several commission reports related to Sámi rights and interests over the years, but few have resulted in new or amended legislation. This is owed to a generally large discrepancy between lawyers and politicians regarding the content and strength of Sámi rights. The legislator's treatment of law propositions during last decades has been characterised by a lack of comprehending the historical rights of the Sámi (reindeer herding, hunting and fishing, in particular) and the nature of the reindeer herding livelihood and its customs. As shown, the Sámi is more or less treated, in legislation and policy, as an ethnic minority, even if the political rhetoric, when convenient, emphasise the Sámi as an Indigenous people. As a result, the Swedish state has an ambivalent attitude towards the status of the Sámi.

The official figures of the number of Sámi in Sweden are uncertain, but approximately between 20 000 to 40 000 are Sámi, and 8 322 Sámi were registered in the Sámi electoral roll (2013 election). Hence, both in Sweden and Norway the electoral rolls are systems for voter registration, not official registers of the size of the Sámi population. The definitional criteria of which Sámi that are eligible to vote in the *Sámediggi* elections are very similar to the Norwegian system, with a subjective and an objective criterion based on domestic language – and the legal text was drafted with the Norwegian definition as example. A difference is that the use of Sámi as domestic language only can be traced back to a grandparent, not to a great-grandparent as in Norway. And in likeness with Norway, substantial proof of an applicant's information has normally not been required, meaning that an application generally is accepted.

The decision by the Election Committee of the *Sámediggi*, who administers individual applications to be included into the Sámi electoral register, cannot be appealed to a court. Consequently, there exist no national court cases on the matter. Like in Norway, there is a kind of public control of the so called preliminary Sámi electoral register, which are made official before each election, where each Sámi that is registered may appeal the decision by the Election Committee concerning the inclusion of a person therein. A Sámi that have applied but have not been registered to the preliminary electoral register can naturally also appeal this decision. Appeals are directed to the Country Administrative Board of Norrbotten and its decision is final. Either the 'Sámi definition' or its application has caused much debate.

---

112 Reimerson, 'Sami space for agency', 814-6.

113 Cf. the Lapponia Regulation 2011, ss. 1 and 4.

If the definitional criteria related to the *Sámediggi* elections are very similar, the Norwegian and Swedish *Sámediggi*'s as organizations are not. By the Swedish Sámi Parliament Act the *Sámediggi* has the status as a public authority under the government. Its purpose is to monitor issues related to Sámi culture in Sweden and the majority of its function relate to administrative tasks transferred to it from other public agencies. Ever since its inauguration the *Sámediggi*'s mandate, institutional setting and organisation has been criticised, internally as well as internationally. The government has claimed that real autonomy for the Sámi presupposes an amendment of the constitution. Unlike in Norway national Swedish parties have not developed their own distinct Sámi policy programs, so there exist several distinct Sámi parties representing different Sámi groupings, and personal votes have a considerably impact.

In order to comprehend the the Swedish *Sámediggi* one need at least basic knowledge of historical events that still today shapes the Sámi politics. A central issue is the effect of the early legislation on reindeer husbandry in late 1800s that over time has divided the Sámi society into 'reindeer herders' and 'non-reindeer herders'. The former Sámi group was segregated from the rest of the society with special rights to reindeer herding, hunting and fishing, while the 'non-reindeer herders' was to be assimilated into the mainstream Swedish society and were left with no specific rights despite their Saminess and longstanding use of land and resources. This classification still divides the Sámi society and is visible among the Sámi parties and their programmes. Another condition important to comprehend with respect to the *Sámediggi* is its basic organisation, being both a public authority and a representative body for the Sámi and Sámi self-determination. Its identity is highly unclear and it has a restricted space to manoeuvre in. The low trust and legitimacy for the Swedish *Sámediggi* is palpable because of these factors.

The territorial rights, i.e. the reindeer herding rights, of the Sámi have until quite recent been largely neglected by the legislator and courts. During most of the 1900s public commissions viewed the reindeer herding right as a 'privilege' granted by the state and later on as weak right with no chances of compensation for infringements. Although the fact that the Swedish Supreme Court in 1981 (Taxed mountains case) held that the reindeer herding was a strong user right with the same protection as ownership with respect to infringements, it has not been followed up properly by the legislator. The Sámi lost the major Taxed mountains case but the Court still clarified the nature of the right as an independent property right, meaning that it was not legislation as such that maintained the right; Legislation merely recognised the right which is founded on historical use.

Reindeer herding Sámi have also lost several cases against private land owners who claimed that no rights burdened their lands. Not until 2011 the Sámi won when the Supreme Court upheld the Sámi reindeer herding right on private lands of some hundred land owners in the Nordmaling Municipality south of Umeå. The Nordmaling case is a land mark case not only because the Sámi were victorious, but since the Supreme Court interpreted and adjusted the conditions for acquiring rights via protracted uses to be more culturally sensitive towards the 'actual' land use, including topography and weather conditions. Instead of applying immemorial prescription (*urminnes hävd*), which had been normal in cases like this, the Court used customary law to explain how the protracted use had given rise to a right to reindeer herding.

The second major case that the Sámi have won is the Girjas case, decided by Gällivare local court in February 2016. This case regards only the hunting and fishing right inherent in the reindeer herding right. After years of preparation, the Girjas reindeer herding community (*sameby*) sued the state and claimed that they had exclusive hunting and fishing rights on certain lands where reindeers are allowed the year-round. They argued that the state never had exercised hunting or fishing of their own on these lands. The court found that the Sámi in Girjas reindeer herding community had exclusive hunting and fishing rights on the basis of immemorial prescription. It also held that it was Girjas, not the state, who had the right to administer the granting of their

hunting and fishing rights. The case has been appealed. Noteworthy is that both immemorial prescription and customary law is being used in recent case law.

Sweden lacks specific legislation or agreements with respect to the state's duty to consult the Sámi as an Indigenous people. However, it is likely that some sort of consultation requirements will be included into Swedish law soon.

Even if Sweden currently lacks this type of direct consultation with the *Sámediggi* or Sámi organisations there are other examples that attract international interest, in particular the management model of the UNESCO World Heritage site Laponia. Not only are the Sámi participating, but the Sámi is in majority at the board of the organisation responsible for managing the site. Since 2013 Laponiatjuottjudus, with head office in Jokkmokk, took over the management. Apart from the nine Sámi reindeer herding communities, which all have pasture lands within Laponia, Laponiatjuottjudus consists of the County Administrative Board in Norrbotten, the Swedish Environmental Protection Agency as well as Gällivare and Jokkmokk Municipalities. All decisions are reached by consensus. The management plan for Laponia emphasises the value of Sámi traditional knowledge for the conservation and sustainable uses of the Laponian area. However, to reach the current management model the path has been long and conflicted.

## 6. Ruotsin pääpiirteiden tiivistelmä

**Kääntäjä: Henri Wiman**

Alla on lyhyt kuvaus Ruotsin oikeusjärjestelmän pääpiirteistä keskittyen erityisesti saamelais-ten oikeuksiin.

Ruotsi pyrkii muiden Pohjoismaiden tavoin käsittelemään saamelaisten oikeuskysymyksiä valtion asettamien komissioiden kautta. Saamelaisten oikeuksiin liittyviä komissioraportteja on ollut useita viime vuosina, joskin harva niistä on johtanut uuteen lainsäädäntöön tai sen muuttamiseen. Tämä johtuu pitkälti lainoppineiden ja poliitikkojen suuresti eriävistä näkökulmista saamelaisoikeuksien tarpeelliseen sisältöön ja vahvuuteen. Viime vuosien lakialoitteiden käsittely on osoittanut lainsäätäjien yleisen ymmärryksen puutteen historiallisista saamelaisoikeuksista (liittyen erityisesti poronhoitoon, metsästykseseen ja kalastukseen) sekä poronhoidosta elinkeinona ja perinteenä. Kuten edellä on käsitelty, Ruotsin lainsäädäntö ja valtion politiikka pitää saamelaisia pääasiassa etnisenä vähemmistönä. Poliittinen retoriikka toki painottaa saamelaisten alkuperäiskansa-asemaa silloin, kun se puhujalle sopii. Tiivistetysti voidaan todeta, että Ruotsin valtiolla on ristiriitainen suhtautuminen saamelaisten oikeusasemaan.

Saamelaisten virallinen lukumäärä Ruotsissa on epävarma, mutta arviot osuvat 20 000 ja 40 000 henkilön välille. 8 322 saamelaista oli Saamelaiskäräjien vaaliluettelossa vuoden 2013 vaaleissa. Norjan tapaan vaaliluettelo ei Ruotsissa kerro saamelaisten lukumäärää, vaan ainoastaan listaa äänestyoikeutetut henkilöt. Vaaliluetteloon pääsemisen kriteerit ovat hyvin samantapaisia kuin Norjassa, ja ne kirjattiinkin Norjasta esimerkkiä ottaen. Päätöstä tehdessä käytetään siis kieleen perustuvaa subjektiivista ja objektiivista kriteeriä. Erona Norjan järjestelmään on, että kriteeri saamenkielen käytöstä äidinkielenä (kotikielenä) kantaa isovanhempiin eikä neljänteen sukupolveen asti. Norjan tavoin hakijan ei Ruotsissa tarvitse tyypillisesti esittää erityisiä todisteita taustastaan, joten hakemukset yleensä hyväksytään.

Ruotsin Saamelaiskäräjien vaalitoimikunta hallinnoi henkilöiden hakemuksia pääsystä vaaliluetteloon. Vaalitoimikunnan päätöksistä ei voi valittaa tuomioistuimissa, joten aiheesta ei ole olemassa kansallisia oikeustapauksia. Norjan tavoin ns. alustavaan vaaliluetteloon, joka virallistetaan ennen vaaleja, kohdistuu Ruotsissa eräänlainen julkinen kontrolli. Kuka tahansa vaa-

liluettelon saamelainen voi valittaa vaalitoimikunnan ratkaisusta kirjata jokin hakija luetteloon. Myös luetteloon pääsemistä hakeva henkilö voi valittaa vaalitoimikunnan päätöksestä jättää hakija pois alustavasta vaaliluettelosta. Valitukset ohjataan Norrbottenin lääninhallitukselle, jonka päätös on lopullinen. Tämä ”saamelaismääritelmä” tai sen soveltaminen ei ole aiheuttanut merkittäviä kiistoja Ruotsissa.

Saamelaiskäräjät Ruotsissa on järjestetty hyvin eri tavalla kuin Norjassa. Ruotsin laki Saamelaiskäräjistä määrittää sen valtion alaiseksi julkiseksi viranomaiseksi, jonka tehtävänä on valvoa saamelaiseen kulttuuriin liittyviä kysymyksiä. Suurin osa Saamelaiskäräjien toiminnasta on muiden viranomaisten niille siirtämiä hallinnollisia toimia. Saamelaiskäräjät on perustamises-taan lähtien saanut kritiikkiä kansallisesti ja kansainvälisesti sen mandaattista, institutionaalisesta ympäristöstä ja rakenteeseen. Ruotsin hallitus on väittänyt, että todellinen saamelaisten autonomia vaatisi perustuslain muutosta. Toisin kuin Norjassa Ruotsin kansalliset poliittiset puolueet eivät ole muodostaneet poliittisia ohjelmia saamelaiskysymyksiin, joten eri saamelaisryhmiä edustavat useat saamelaispuolueet, ja henkilökohtaisilla äänillä on huomattava vaikutus.

Ruotsin Saamelaiskäräjien ymmärtämiseksi tulee pääpiirteittäin tuntee saamelaispolitiikkaan yhä tänä päivänä vaikuttava historiallinen konteksti. Aikainen poronhoidon lainsäädäntö 1800-luvun lopulla jakoi saamelaisyhteiskunnan ajan mittaan poronhoitajiin ja ei-poronhoitajiin. Poronhoitaja-saamelaiset eristettiin muusta Ruotsalaisesta yhteiskunnasta, ja he omasivat erityisoikeuksia poronhoitoon, metsästykseen ja kalastukseen. Muut saamelaiset tuli taas assimiloida osaksi Ruotsin valtavirtayhteiskuntaa, eikä heille annettu erityisoikeuksia huolimatta heidän saamelaisuudestaan ja pitkäaikaisesta perinteisestä maan ja luonnonresurssien käytöstään. Erittely poronhoitajiin ja ei-poronhoitajiin jakaa saamelaisyhteiskuntaa Ruotsissa edelleen, mikä näkyy eri saamelaispuolueissa ja niiden ohjelmissa. Toinen merkittävä seikka Saamelaiskäräjien ymmärtämiseksi on sen rooli niin julkisena viranomaisena kuin saamelaisten ja heidän itsemääräämistään edustavana instituutiona. Sillä on siis epäselvä identiteetti ja hyvin rajallinen kyky toimia. Nämä seikat selittävät Saamelaiskäräjien nauttimaa matalaa luottamusta ja legitimitteettiä Ruotsissa.

Lainsäätäjät ja tuomioistuimet ovat alkaneet huomioida saamelaisten maa-oikeuksia eli poronhoito-oikeuksia vasta hiljattain. 1900-luvun läpi julkiset komissiot pitivät poronhoitoa enimmäkseen valtion myöntämänä etuoikeutena ja myöhemmin heikkona oikeutena, johon ei liittynyt mahdollisuutta saada korvauksia oikeuksien rikkomisesta. Vuonna 1981 Ruotsin korkein oikeus (*Taxed mountains* -tapaus) piti poronhoitoa vahvana käyttöoikeutena, jolla on sama suoja rikkomuksia vastaan kuin omistusoikeudella, joskaan tätä näkemystä ei ole sittemmin tuettu lainsäädännöllä. Vaikka saamelaiset hävisivät tapauksen, korkein oikeus selvensi poronhoito-oikeuden olevan itsenäinen kiinteistö-oikeus. Poronhoito-oikeutta ei siis ylläpidä lainsäädäntö, vaan lainsäädäntö pelkästään tunnustaa historialliseen käyttöön perustuvan poronhoito-oikeuden.

Poronhoitaja-saamelaiset ovat myös hävinneet useita tapauksia, joissa yksityiset maanomistajat ovat kieltäneet erityisoikeuksien pätevän maillansa. Vasta vuonna 2011 korkein oikeus tuki saamelaisten kantaa, että poronhoito-oikeudet pätevät noin sadan yksityisen maanomistajan mailla Umeån eteläpuoleisessa Nordmaling:n kunnassa. Nordmaling:n tapaus on virstanpylväs osittain saamelaisten voiton vuoksi, mutta ennen kaikkea siksi, että korkein oikeus tulkitsi ja sopeutti pitkittyneisiin käyttöihin perustuvia maan hankinnan ehtoja kulttuurisensitiivisemmiksi kohti ”tosiasiallista” maankäyttöä, joka huomioi maanpinnanmuodot ja sääolosuhteet. Korkein oikeus viittasi tapaoikeuteen selittääkseen poronhoito-oikeuden kumpuamisen pitkittyneestä käytöstä, vaikka tyyppillisesti vastaavissa tapauksissa on sovellettu ylimuistoista nautintaa (immemorial prescription, *urminnes hävd*).

Toinen merkittävä oikeusvoitto saamelaisille oli Girjas:n tapaus Gällivare:n käräjäoikeudessa helmikuussa 2016. Tapaus liittyi metsästys- ja kalastusoikeuksiin poronhoitolaissa. Vuoden pituisten valmistelujen jälkeen Girjas:n Siita (*sameby*) haastoi valtion oikeuteen väittäen, että heillä oli yksinomainen oikeus metsästykseseen ja kalastukseen tietyillä alueilla, joilla porot saivat laiduntaa läpi vuoden. Siita väitti, ettei valtio itse ollut ikinä metsästänyt tai kalastanut näillä alueilla. Käräjäoikeus päätti, että Siidalla oli yksinomainen oikeus metsästykseseen ja kalastukseen perustuen ylimuistoiseen nautintaan, ja että Girjas:n Siidalla on oikeus hallinnoida omaa metsästys- ja kalastusoikeuttaan. Päätöksestä on sittemmin valitettu. On huomionarvoista, että viime aikojen oikeustapauksissa on viitattu sekä ylimuistoiseen nautintaan että tapaoikeuteen.

Ruotsissa ei ole tarkkaa lainsäädäntöä tai sopimuksia valtion velvollisuudesta konsultoida saamelaisia alkuperäiskansana. On kuitenkin todennäköistä, että konsultaatiovelvollisuudesta säädetään laissa pian.

Vaikka Ruotsin valtiolla ei tällä hetkellä ole suoraa konsultaatiota Saamelaiskäräjien tai muiden saamelaisjärjestöjen kanssa, Ruotsin käytännöissä on muita kansainvälistä huomiota herättäviä seikkoja. Tällainen on esimerkiksi yhteishallintomalli Laponiassa, joka on UNESCO:n maailmanperintökohde. Saamelaiset ovat enemmistöjäsenenä kohdetta hallinnoivan järjestön lautakunnassa. Vuonna 2013 hallintovastuun otti *Laponiatjuottjudus*, jonka päätoimisto on Jokkmokk:ssa. *Laponiatjuottjudus*:iin kuuluu yhdeksän saamelaista Siitaa, joiden laidunalueet ovat Laponiassa, sekä Norrbottenin lääninhallitus, Ruotsin ympäristösuojeluvirasto, ja Gällivare:n ja Jokkmokk:n kunnat. Lautakunnan päätökset tehdään yksimielisesti. Laponian hoitosuunnitelma painottaa saamelaisen perinnetiedon arvoa luonnonsuojelussa ja luonnon kestävässä käytössä. Matka tämänhetkiseen hallintomalliin on kuitenkin ollut pitkä ja ristiriitainen.

## References

### Literature

- Allard, Christina. 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples: Comparative Reflections from Nordic and Canadian Legal Contexts'. *Arctic Review on Law and Politics*, 2017 (forthcoming).
- Allard, Christina. 'Nordic Legislation on Protected Areas: How does it Affect Sámi Customary Rights?' In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.
- Allard, Christina. *Renskötselrätt i nordisk belysning*. Stockholm/Göteborg: Makadam förlag, 2015.
- Allard, Christina. 'Some Characteristic features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters'. In *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, eds. Christina Allard and Susann Funderud Skogvang. Farnham: Ashgate, 2015.
- Allard, Christina. 'Who Holds the Reindeer herding Right in Sweden? A Key Issue in Legislation'. In *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, eds. Nigel Bankes and Timo Koivurova. Oxford: Hart, 2013.
- Allard, Christina. 'Renskötselrättens grunder – en replik'. *Svensk Juristtidning* (2012), 864 et seq.
- Allard, Christina. 'Nordmalingsmålet. Urminnes hävd överspelad för renskötselrätten?'. *Juridisk Tidskrift* 1 (2011-12).
- Allard, Christina and Kristina Labba-Oskal. 'Samebyns interna organisation'. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2 (2011).
- Allard, Christina. 'The Nordic countries' law on Sámi territorial rights'. *Arctic Review on Law and Politics* 3 (2011).
- Allard, Christina. 'Case Review: The Swedish Nordmaling case'. (*Arctic Review on Law and Politics* 3 (2011)).
- Allard, Christina. 'Two Sides of the Coin: Rights and Duties. The Interface between Environmental Law and Saami Law Based on a Comparison with Aotearoa/New Zealand and Canada' (PhD diss.). Luleå: Luleå University of Technology, 2006. Online at <<http://epubl.ltu.se/1402-1544/2006/32/>>.
- Anaya, James. *Indigenous peoples in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Bagger-Jørgensen, Olof. 'Lantmäteriets organisation'. In *Svenska lantmäteriet 1628-1928, Del I*, ed. Sällskapet för utgivande av lantmäteriets historia. Sällskapet för utgivande av lantmäteriets historia, 1928.
- Bengtsson, Bertil and Eivind Torp. 'Svensk samerätt: Något om den senaste utvecklingen'. In *Juss i Nord: Hav fisk og urfolk. – En hyllest till Det juridiske fakultetet ved Universitetet i Tromsø 25-årsjubileum*, eds. Tore Henriksen and Øyvind Ravna. Gyldendal Juridisk, 2012.
- Bengtsson, Bertil. 'Nordmalingdomen. En kort kommentar'. *Svensk Juristtidning* (2011), 527 et seq.
- Broderstad, Else Grete. 'Cross-Border Reindeer Husbandry. Between Ancient Usage Rights and State Sovereignty'. In *The Proposed Nordic Saami Convention. National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, eds. Nigel Bankes and Timo Koivurova. Oxford: Hart, 2013.
- Bull, Kirsti Strøm. 'Lappekodisillen og 1905'. In *Rett, nasjon, union. Den svensk-norske unionens rettslige historie 1814–1905*, eds. Ola Mestad and Dag Michalsen. Oslo: Universitetsforlaget, 2005.
- Fjellström, Anna-Maria, Ulf Mörkenstam, Ragnhild Nilsson and Marie Knobloch. 'Sametingets formella ställning, valsysteem och partier'. In *Sametingsval. Väljare, partier och media*, eds. Ragnhild Nilsson, Stefan Dahlberg and Ulf Mörkenstam. Stockholm: Santérus föslag, 2016.
- Geijer, Ulrika. 'Vem "äger" renskötselrätten? Juridik, historia och en liten skvätt nationalekonomi'. *Nordisk miljörettslig tidskrift* 1 (2016).

- Green, Carina and Jan Turtinen. 'World Heritage bureaucracy – How it works and how it affects indigenous peoples'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.
- Green, Carina. 'Managing Laponia: A World Heritage Site as Arena for Sámi Ethno-politics in Sweden' (PhD diss.). Uppsala: Uppsala University, 2009.
- Hjulman, Tore Andersson. 'Rights of the naturalised'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.
- Karlsson, Krister. *Vetenskap som politik. K. B. Wiklund, staten och samerna under 1900-talets första hälft*. Umeå: Kulturens fronlinjer, 2000.
- Korpjaakko-Labba, Kaisa. 'Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland' (PhD diss.). Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1994.
- Koskelo, Pauliine. 'Domare, lagstiftare och professorer. *Svensk Juristtidning* (2014), 619 et seq.
- Labba, Kristina. 'Mineral Activities on Sámi Reindeer Grazing Land in Sweden'. *Nordisk Miljörettslig Tidskrift* 1 (2014).
- Lantto, Patrik and Ulf Mörkenstam. 'Sametingets historiska och politiska kontext. Samisk politisk mobilisering och den svenska statens politik'. In *Sametingsval. Väljare, partier och media*, eds. Ragnhild Nilsson, Stefan Dahlberg and Ulf Mörkenstam. Stockholm: Santéus förlag, 2016.
- Lantto, Patrik. *Lappväsendet: Tillämpningen av svensk samepolitik 1885-1971*. Umeå: Centrum för samisk forskning, Umeå University, 2012.
- Lantto, Patrik. 'Tiden börjar på nytt. En analys av samernas etnopolitiska mobilisering i Sverige 1900-1950' (PhD diss.). Umeå: Umeå University, 2000.
- Lawrence, Rebecca and Ulf Mörkenstam. 'Självbestämmande genom myndighetsutövning?' *Statvetenskaplig tidskrift* 2 (2012).
- Lindmark, Daniel and Olle Sundström (eds.). *De historiska relationerna mellan Svenska kyrkan och samerna* (Band 1-2). Skellefteå: Artos & Norma bokförlag, 2016.
- Lundmark, Lennart. *Så länge vi har marker – Samerna och staten under sexhundra år*. Stockholm: Prisma, 1998.
- Melin, Lars and Camilla Wikland. 'Nordmalingsmålet – några erfarenheter back stage'. *Adokaten* 4 (2014).
- Mörkenstam, Ulf, Eva Josefsen and Ragnhild Nilsson. 'The Nordic Sámediggis and the limits of Indigenous self-determination'. *Gáldu Cála – Journal of Indigenous Peoples Rights* 1 (2016).
- Nilsson, Ragnhild, Ulf Mörkenstam and Stefan Dahlberg. 'Inledning'. In *Sametingsval. Väljare, partier och media*, eds. Ragnhild Nilsson, Stefan Dahlberg and Ulf Mörkenstam. Stockholm: Santéus förlag, 2016.
- "När jag var åtta år lämnade jag mitt hem och jag har ännu inte kommit tillbaka" – *Minnesbilder från samernas skoltid*. Stockholm: Verbum AB, 2015.
- Persson, Annina H. 'Samerätt – ett komplicerat område inom fastighetsrätten'. In *Skrifter till Anders Victorins minne*, eds. R Eklund, et al. Uppsala: Iustus, 2009.
- Päiviö, Nils-Johan. 'Från skattemannarätt till nyttjanderätt. En rättshistorisk studie av utvecklingen av samernas rättigheter från slutet av 1500-talet till 1886 års renbeteslag'. (PhD diss.). Uppsala: Uppsala universitet, 2011.
- Reimerson, Elsa. 'International arenas, local space for agency and national discourse as mediator: Protected areas in Swedish and Norwegian Sápmi'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.
- Reimerson, Elsa. 'Sami space for agency in the management of the Laponia World Heritage site'. *Local Environment* 7 (2015). DOI: 10.1080/13549839.2015.1032230.

Sundell, Jan-Olof. *Svensk fastighetsrätts historia*. Uppsala: Iustus, 2007.

Sunnqvist, Martin. 'Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel' (PhD diss.). Stockholm: Jure, 2014.

Torp, Eivind. 'Oklarhet som rättslig norm. Om de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske'. *Nordisk miljörettslig tidskrift 1* (2016).

Torp, Eivind. 'Sámi Hunting and Fishing in Swedish Law'. In *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, eds. Christina Allard and Susann Funderud Skogvang. Farnham: Ashgate, 2015.

Torp, Eivind. 'Renskötselrättens grunder'. *Svensk Juristtidning* (2012), 708 et seq.

Torp, Eivind. 'Rennäringsens rättigheter i nationalparker och naturreservat'. *Förvaltningsrättslig tidskrift 2* (2005).

## Public reports

Dir. 2016:73 *En stärkt minoritetspolitik – översyn av lagen om nationella minoriteter och minoritetsspråk*.

Ds 2009:40 *Vissa samepolitiska frågor*.

SOU 1989:41 *Samerätt och sameting*.

SOU 2001:101 *En ny rennäringspolitik*.

SOU 2002:77 *Sametingets roll i det svenska folkstyret*.

Prop. 1992/93:32 *Samerna och samisk kultur m.m.*

Prop. 1995/96:226 *Hållbar utveckling i landets fjällområden*.

Prop. 2003/04:86 *Ändringar i sametingslagen m.m.*

Prop. 2005/06:86 *Ett ökat samiskt inflytande*.

Prop. 2008/09:158 *Från erkännande till egenmakt – regeringens strategi för de nationella minoriteterna*.

## Cases

NJA 1981 s. 1 *Taxed mountains case*.

NJA 2011 s. 109 *Nordmaling case*.

T 323-09, 3 February 2016 *Girjas case*.



# 10. SOME REMARKS ON THE CRITERIA TO REGISTER IN THE SÁMI ELECTORAL ROLL IN SWEDEN

Ulf Mörkenstam

## 1. Introduction

When discussing the criteria to register in the Sámi electoral roll in Sweden – which grants a person the right to vote in elections to the Sámi Parliament (Sámediggi in Northern Sámi) and the right to be elected as member of the parliament – it is important to note that the electoral roll is not an official register of the Sámi people in Sweden, and it is not conceived as such within the Sámi community. Persons fulfilling the criteria to register (discussed below), may very well choose not to register simply because they have no interest in politics whatsoever, or because they are critical towards the institutional design of the Sámediggi as a government agency, something that delimits the elected parliament's power on the most topical issues in Sámi society (like the exploitation of natural resources within the traditional Sámi settlement area, Sápmi).<sup>1</sup> To register in the electoral roll may, however, also be a way for a person to express her/his Sámi identity. An election study carried out in connection to the Sámediggi election in 2013 showed that around every second voter (47 percent) had enrolled mainly to express their Sámi identity, and around one out of three (32 percent) because they wanted to influence Sámi politics (Dahlberg and Mörkenstam 2016a).

## 2. The criteria to register in the Sámi electoral roll in Sweden

The current criteria to register in the electoral roll were enacted in legislation in 1992 by the Swedish national parliament (the *Riksdag*) after consultations with the Sámi. All Sámi above the age of 18 can register as voters, if they fulfil two criteria. First, there is a criterion on self-declared identity: to register a person must declare that they regard themselves as Sámi. Second, there is an objective language-based criterion: the applicant or one of her/his parents or grandparents, must have used Sámi as a home language. Alternatively, one of the parents must be (or have been) registered on the electoral roll (SFS 1992:1433, Ch. 1, §2). Other criteria were discussed as well, like descent, but the language criterion was chosen mainly because it was already used in both Finland and Norway. The criterion was criticised before the Sami Parliament Act was enacted, for instance, by a Sámi organisation that wanted to add one criterion – “being of Sámi descent” – since some Sámi groups had lost their language well before or around the early 20<sup>th</sup> century due to the Swedish assimilation policy (Fjellström et al 2016). The fact that the language criterion may exclude many persons of Sámi descent was also noted in the official reports from the government preceding the legislation but it did not change the criteria (Mörkenstam 1999, 217-219). The objective language criterion should not, however, be strictly controlled, it was claimed in an official report, the applicant should only have to make it plausible that s/he fulfilled the criterion, not prove it with hard evidence (SOU 1989, 324). This view seems to have been implemented in political practice, something the Chairperson of the Sámediggi Electoral Committee confirmed when discussing the committee's handling of new applicants before the 2017 election. “It is not about deciding if anyone is Sámi or not, but we

---

<sup>1</sup> No interest in Sámi politics, and the institutional design of the Sámediggi were two of the main reasons for registered persons not to vote in the elections (see Dahlberg & Mörkenstam 2016a).

decide if the person has shown that s/he fulfils the criteria in the Sami Parliament Act” (Sámediggi 2016a).

The procedure for a person, who wants to enrol, is to fill out an application form which is sent to the Sámediggi and its electoral committee. It is the committee that decides upon the applications. New applications to the electoral roll must be submitted the 20<sup>th</sup> of October the year before the upcoming election. The preliminary electoral roll is thereafter public for one month, and during that period appeals can be made; by applicants that have been turned down, as well as by persons already registered who want to appeal that someone else has been registered. The appeals are handled by the County Administrative Board in Norrbotten, i.e. an agency representing the Swedish state. Before the election in 2013 six persons whose applications were turned down appealed the decision of the Sámi Parliament, and five of them were finally registered after decision by the County Administrative Board (Fjellström et al 2016).<sup>2</sup>

After the criteria for enrolment was institutionalised in legislation in 1992 they have not been too controversial.<sup>3</sup> However, the debate has been intensified lately after one of the parties in the *Sámediggi* in a motion in 2016 claimed that there were persons that wrongly had been registered in the electoral roll and that the party thus wanted the electoral committee to reappraise the entire electoral roll (Sámediggi Motion 489). The debate continued when the preliminary electoral roll was made public before the election in 2017 (see, e.g., Sameradion & SVT Sápmi 2016a, 2016b).

An election study conducted in conjunction with the Sámediggi elections in Sweden 2013 – in which all respondents already were registered voters – showed that slightly more than half of the respondents, 54 percent, were satisfied with the current criteria (Pettersen 2016). Roughly a third of the voters in Sweden believed that the criteria should be extended to include more persons, while a considerably smaller proportion of the electorate – 12 percent – stated that the criteria should be narrowed. However, 32 percent wanted a stricter control of the existing criteria.<sup>4</sup>

So, who wanted the electorate to be let in, if the enrolment criteria for the electoral roll should be changed in a more inclusive direction? Well, 48 percent believed that marriage should qualify, i.e. a non-Sámi married to an enrolled person. Moreover, around 25 percent stated that non-Sámi experiencing strong connection to the Sámi people by lengthy belonging to a Sámi environment or community should qualify, as well as non-Sámi parents who have children with enrolled persons, and non-Sámi who are cohabitating with an enrolled person (Pettersen 2016).<sup>5</sup>

One of the reasons the criteria to register in the electoral roll have not stirred up a heated debate in Sweden, may be that the right to register has been interpreted only as a right to vote in the Sámediggi elections, and has so far not been included in debates on other Sámi rights. However, like many other indigenous peoples, the issue of Sámi rights has historically been closely related to the policy of the Swedish state, a policy that has partitioned the Sámi people by creating two categories of Sámi – a “category-split” as the Sámi leader Israel Ruong (1982, 187-188) called it – standing in different relation to Sámi rights. On the one hand, members of reindeer herding communities (*samebyar*) with certain rights (of which the rights to hunt

<sup>2</sup> In total, 36 applications were turned down by the parliament’s electoral committee but only six appealed the decision (Fjellström et al 2016).

<sup>3</sup> This does not mean that the criteria, or that the application of the criteria by the Sámediggi’s electoral committee are not criticised and debated within the parliament (and elsewhere) (see, e.g., Sámediggi Motions 169; 241; 321; 412; 434).

<sup>4</sup> The corresponding figures in Norway were as follows: 65 percent of the voters were satisfied with the current criteria, and roughly a quarter believed the criteria should be extended, while a considerably smaller proportion thought that the criteria should be narrowed, 9 percent. Slightly more than half of the respondents, 54 percent, thought there should be stronger controls to ensure that the enrolment criteria are met (Pettersen 2016).

<sup>5</sup> In Norway, 44 percent of the respondents believed that marriage to an enrolled person should qualify for enrolment, and the same percentage wanted to expand the electoral roll to include non-Sámi experiencing strong connection to the Sámi people by lengthy belonging to a Sámi environment or community. Cohabitation was supported by around 25 percent, and parenthood 33 percent. A specific question asked in Norway, if the *Sámediggi* electoral roll should be open for all persons resident in a municipality in the Sámi language area, was supported by 29 percent (Pettersen 2016).

and fish are the most important) and, on the other, non-members without these rights. In this perspective, Swedish politics could be understood as a successful strategy of “divide and rule” (Josefsen, Mörkenstam and Nilsson 2016), often used historically by colonial powers (see, e.g., Posner, Spear and Vermeule 2010). Sámi rights are thus very much in focus of the Sámi political debate in Sweden but not specifically in relation to the electoral roll. I will briefly sketch the origins to this political cleavage by describing the historical legacy of the Swedish state’s “divide and rule” politics, since this cleavage may affect upcoming discussions on the electoral roll.

### **3. The historical legacy of the Swedish state’s policy: the “category-split”**

The origin of the Swedish state’s “divide-and-rule” politics is to be found in the late nineteenth century with the main objective to regulate the relation between reindeer herding and farming through the creation of a coherent legal framework on Sámi rights for the first time. Three main ideas lay the foundation for the state policy (see, e.g., Lantto and Mörkenstam 2016): first, the Sámi did not have any right to self-determination; second, the Sámi had no ownership rights to land, water and other natural resources; and third, ideas of an alleged racial and cultural superiority of Swedes and Swedish culture were dominant. All these ideas were of course harshly criticised by the Sámi (see, e.g., Laula 1904). To regulate the relation between reindeer herding and farming, the former customary rights of the reindeer herding Sámi were to be replaced by a new legislation, a reindeer grazing act. The first act, enacted in 1886, granted the Sámi an exclusive right to herd reindeer in Sweden,<sup>6</sup> and included a right to hunt, to fish and to forestry on Crown land (i.e. on land claimed to be owned by the Swedish state). Since no ownership rights were recognised, these rights were gradually referred to as “privileges” granted the Sámi by the Swedish state (see e.g., SOU 1927, 45; Mörkenstam 1999).

In the discussions on the first act on reindeer herding – normatively justified by the ideas above – three foundational parts of the “divide and rule” politics were established: first, only reindeer herding was defined as a traditional Sámi livelihood, other Sámi livelihoods, like hunting or fishing, were not recognised; second, only Sámi rights attached to reindeer herding were recognised in legislation; and, third, to be able to practise the right to herd reindeer you had to be a member of a reindeer herding community (see e.g., Lantto and Mörkenstam 2016). Sámi occupied in other traditional livelihoods were thus excluded from the system of Sámi rights. From the very beginning, then, Swedish Sámi politics was both narrow in scope and excluding, and the Sámi society was divided into two categories, each with different relations to Sámi rights. In the early 1960’s Ruong claimed that the legislation had worked like a “sharp knife” to separate “those who belong together and should form a social unity” (Ruong, quoted in Lantto and Mörkenstam 2015, 144).

The differentiation of the Sámi was further reinforced by a dual policy of segregation and assimilation, in which the reindeer herding Sámi, on the one hand, were to be segregated from the Swedish society and culture, since the state claimed that “civilisation” had detrimental effects on reindeer herding practices; on the other, Sámi in other livelihoods were to be assimilated into Swedish society as quickly as possible, and they ought thus not to have other rights than those held by Swedish citizens in general (Mörkenstam 1999, Ch. 4). This assimilation policy, which gradually became more active during the first half of the twentieth century, forced many Sámi to give up their traditional way of life, and many lost their language.

---

<sup>6</sup> A similar right was granted the Sámi in Norway but not in Finland (see, e.g., Allard 2015).

The contemporary conflicts within the Swedish Sámediggi must be understood in this perspective and the category-split still constitutes the main political cleavage within the Sámi electorate, and is decisive for both voting behaviour and party structure (Nilsson, Dahlberg & Mörkenstam 2016). An analysis of different issues on the political agenda showed, for instance, that the electorate were deeply divided on one main dimension: the standing and influence of the reindeer herding communities, including the right to hunt and fish attached to reindeer herding (Nilsson, Mörkenstam and Svensson 2016). At one end of the spectrum were voters from three parties, who held the firm opinion that the reindeer herding communities' power ought to be reduced, and that all Sámi – no matter livelihood – ought to have the same rights to hunt and fish. At the other end were voters from two parties, who wanted to strengthen the power and influence of the reindeer herding communities, and they were also less inclined to extend the hunting and fishing rights to all Sámi.<sup>7</sup> Not surprisingly, then, the electorate's opinion on three of these salient political issues had a high explanatory value for the probability of voting for a specific party: the question if Sweden ought to ratify ILO Convention No. 169 (Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries), if non-members of the reindeer herding communities ought to have the same rights as members to hunt and fish, and if the reindeer herding communities ought to have a greater influence (Dahlberg and Mörkenstam 2016a).

This “divide-and-rule” politics has thus affected Sámi politics in a profound way. First, it has probably had direct impact on the electoral roll – as already noticed in the *travaux préparatoire* to the Sami Parliament Act, and by Sámi organisations – since the harsh assimilation policy around 1900 has delimited the possibility for an unknown number of Sámi to fulfil the objective language criterion, although they may fulfil the subjective criterion. Second, the main explanatory factors to explain voting behaviour and opinions are – at least partially – an effect of the category-split and the dual policy of segregation and assimilation, namely knowledge of the Sámi languages and social integration in Sámi society (Dahlberg and Mörkenstam 2016b).

In this way, the Swedish “divide and rule” politics has both partitioned the Sámi and affected the power relations within Sámi society, and cemented a specific set of political cleavages still vivid within the popularly elected representative body of the Swedish Sámi.

## 4. Concluding remarks

So far, the electoral roll in Sweden has not been related to existing or potential Sámi rights within the public debate, and there has been no majority within the Sámediggi for reducing the number of persons registered in the electoral roll. In fact, in 2016 the Sámediggi had a recruitment campaign to get more Sámi to register: if already registered persons could recruit other Sámi, they would get a bounty (Sámediggi 2016b).<sup>8</sup> However, this might change if the definition of who is Sámi according the electoral roll is also used to justify increased self-determination for the Sámi and the Sámediggi, including land rights and rights to natural resources. The question of how these rights are to be distributed within Sámi society – already the main political cleavage within the Sámediggi – may thus contribute to conflicts on the criteria to register in the electoral roll.

---

<sup>7</sup> In between these two ends of the spectrum were voters for three other parties found.

<sup>8</sup> One recruited person awarded a cap, two a thermos, and three a backpack.

## References

### Literature

- Dahlberg, S and U. Mörkenstam (2016). "Valdeltagande i Sametingsvalet 2013", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Dahlberg, S and U. Mörkenstam (2016). "Partiernas väljare och väljarnas val av parti", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Fjellström, A-M., M. Knobloch, U. Mörkenstam and R. Nilsson (2016). "Sametingets formella ställning, valsysteem och partier", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Josefsen, E., U. Mörkenstam and R. Nilsson (2016). "The Nordic *Sámediggi* and the Limits of Indigenous Self-Determination", *Gáldu Cála – Journal of Indigenous Peoples Rights* 1: 6-42.
- Lantto, P. and U. Mörkenstam (2015). "Action, Organization and Confrontation: Strategies of the Sámi movement in Sweden during the 20<sup>th</sup> century", in M. Berg-Nordlie, J. Saglie and A. Sullivan (eds.), *Indigenous Politics: Institutions, Representation, Mobilisation*. Colchester: ECPR Press, 135-164.
- Lantto, P. and U. Mörkenstam (2016). "Sametingets historiska och politiska kontext: samisk politisk mobilisering och den svenska statens politik", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Laula, E. (1904), *Inför lif eller död? Sanningsord i de lappska förhållandena*. Stockholm.
- Mörkenstam, U. (1999). *Om "Lapparnes privilegier". Föreställningar om samiskhet i offentlig svensk samepolitik 1883–1997*. Stockholm: Stockholm Studies in Politics 67.
- Nilsson, R., S. Dahlberg and U. Mörkenstam (2016). "Introduktion", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Nilsson, R., U. Mörkenstam and R. Svensson (2016). "Politiska skiljelinjer", in R. Nilsson, S. Dahlberg and U. Mörkenstam (eds.), *Sametingsval: väljare, partier och media*. Stockholm: Santérus förlag.
- Pettersen, T. (2015). "The right voters? Attitudes towards the *Sámediggi* electoral rolls' enrolment criteria in Norway and in Sweden", *paper* for presentation at *ECPR General Conference 2015*, Montréal 26 - 29 August 2015.
- Posner, E.A., K.E. Spier and A. Vermeule (2010). "Divide and Conquer", *Journal of Legal Analysis* 2(2), 417-471.
- Ruong, I. (1982). *Samerna i historien och nutiden*. Stockholm: Bonnier fakta.

### Public documents

- Sámediggi Motion 169. 01-02-22. Lars Jon Allas. Revidering av gällande sameröstlängd. 02-10-09.
- Sámediggi Motion 241. 02-05-16. L-J Johansson. Ang sameröstlängden och registrering. 03-02-20, bordlagd. 03-06-04.
- Sámediggi Motion 321. 06-10-24. Kristina Nordling. Kriterier till Sametingets röstlängd. 07-02-20—22, bordlagt. 07-05-22—24, bordlagt. 07-10-23—25
- Sámediggi Motion 412. 12-02-10. Ronny Svarto. Angående möjligheter till överklagan av person upptagen på sameröstlängden. 121023—26.
- Sámediggi Motion 434. 12-10-25. Ronny Svarto. Angående förfaringssättet vid nyansökningar till sameröstlängden. 140217—19, bordlagt. 140520—22, återremiss.
- Sámediggi Motion 489. 16-05-31. Per Olof Nutti m fl. Upptagande av personer i röstlängden. 1.1.8-

2016-870.

SFS 1971:437, *Rennäringslagen*.

SFS 1992:1433, *Sametingslagen*.

SOU 1927:25, *Förslag angående de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige m. m. avgivet av särskild tillkallad sakkunnig*.

SOU 1989:41, *Samerätt och sameting. Huvudbetänkande av samerättsutredningen*.

## Web sites

Sámediggi (2016a). "Blev du inte antagen i röstlängden? Här finns tänkbara förklaringar". Available at: <https://www.sametinget.se/110508> (downloaded December 7 2016).

Sámediggi (2016b). "Jag har värvat följande person(-er) till sameröstlängden". Available at: <https://www.sametinget.se/jagharvarvat> (downloaded December 7 2016).

Sameradion & SVT Sápmi (2016a) "Sametingsparti överklagar hela röstlängden". Available at: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=2327&artikel=6589732> (downloaded December 23 2016).

Sameradion & SVT Sápmi (2016b) "Både ris och ros för Samelandspartiets överklagan av röstlängden". Available at: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=2327&artikel=6590125> (downloaded December 23 2016).

# 11. AOTEAROA NEW ZEALAND

Christina Allard\*

## 1. The General Legal Context and Basis for Māori Rights and Interests

### 1.1. Introduction

Aotearoa New Zealand is a unitary state and a constitutional monarchy with English and Māori as official languages.<sup>1</sup> Aotearoa, the Māori name of the country, means 'land of the long white cloud'.<sup>2</sup> Of the 4.5 million inhabitants the Māori population comprise of 15.6 per cent.<sup>3</sup> Due to urbanisation presently some 80 per cent of the Māori live in cities. Both the legislature and the courts have during the past four decades aimed at reconciliation of the two main population groups (Māori and *Pakeha*<sup>4</sup>) and reshaped the country's legal system quite radically.

Of principal relevance for Māori rights is the Treaty of Waitangi from 1840, signed between a representative of the British Crown and a majority of Māori chiefs. The treaty has caused much controversy, mainly because of the difference between the Māori and English wordings of the text. Although it took a long time for the Treaty to gain national status,<sup>5</sup> today it is a key document for regulating the relationship between the state and Māori. The shift came about due to the work by the Waitangi Tribunal (established in 1975), case law and a more open political climate for Māori claims of specific rights. As a response to persistent Māori claims ever since 1840 the state has, among other things, created unique legal institutions found nowhere else: the Waitangi Tribunal and the revision of the Māori Land Court.<sup>6</sup>

Of importance to note is that international law has not been a major source of finding reconciliation measures between Māori and majority populations, and the state is not party to the ILO Convention 169. The country announced its support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in April 2010, almost three years after its adoption. New Zealand, together with three other States, voted against the adoption of the Declaration in 2007, revealing the country's understanding that – given the history of hard negotiations of the text – the Declaration did not demonstrate state practice or general principles of law.<sup>7</sup> In part New Zealand had also troubles with the inclusion of a right to self-determination. Academic commentary is divided as to whether the Declaration will influence New Zealand law at all.<sup>8</sup> On the other hand, it should be asserted that for the most part New Zealand law is already in line with the Declaration, and they have for instance both processes to rectify past wrongs and strong consultation rights for the Maori, especially with respect to environmental/natural resource decisions. Traditionally, the law in Aotearoa New Zealand has not relied so much on International law standards. Hence, legal developments in the country will possibly also in the near future largely build on progressive development of national law, reshaping the relationship and partnership between the state and Māori.

\* Warm thanks to Jacinta Ruru for valuable comments on the text.

1 On the New Zealand jurisdiction see further e.g. Ruru, Scott and Webb, *The New Zealand legal system* and Scragg, *The principles of legal method in New Zealand*.

2 Ruru, Scott and Webb, *The New Zealand legal system*, xli (Glossary of Maori words).

3 See web page of Statistics New Zealand and the booklet 'New Zealand in Profile: 2015'. Pdf can be downloaded at <[www.stats.govt.nz/browse\\_for\\_stats/snapshots-of-nz/nz-in-profile-2015.aspx](http://www.stats.govt.nz/browse_for_stats/snapshots-of-nz/nz-in-profile-2015.aspx)> accessed 27 June 2016.

4 *Pakeha* is the Maori concept for New Zealanders of European decent and also increasingly used as a term for peoples of non-Maori heritage. See e.g. <<http://maorinews.com/writings/papers/other/pakeha.htm>> accessed 9 August 2016.

5 Since it was an international treaty, a long line of judicial decisions stated that it had not been incorporated as national New Zealand law.

6 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 111, 114; Allard, 'Two Sides of the Coin', 81-2 with references.

7 Allen, 'Limits of the International legal project', 228. It has, however, later been stated by the New Zealand Human Rights Commission that government decisions and policy should take the principles of the UNDRIP into consideration alongside the Treaty of Waitangi. If it means anything in practice needs to be seen.

8 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 263-64.

New Zealand's jurisdiction is based on the common law legal family, which in simplified terms mean that the national courts play a part in law-making even if statutory law makes up a large bulk of the law.<sup>9</sup> The head of state is Queen Elizabeth II of Great Britain (the Crown), who is represented by the Governor-General.<sup>10</sup> The head of government is the Prime Minister. The Parliament consists of the Governor-General and the House of Representatives with elected and list members.<sup>11</sup> Māori representatives have reserved positions in Parliament, known as Māori seats. Ever since 1867 Māori have held these four seats but with the change in the electoral system in 1993 these seats are now proportionate to the number of Māori who choose to be on the Māori electoral roll. Currently Māori hold seven Māori seats in Parliament (2014 elections). There are also additional Māori in Parliament who have been elected in general seats or on party list seats.<sup>12</sup>

The court system in Aotearoa New Zealand encompasses a civil court system and a criminal court system. There are also special courts, such as the Environment Court and the Māori Land Court. Today, the Supreme Court is the court of final jurisdiction for all cases. With the reforming of New Zealand's court structure in 2002 the Supreme Court was created and overtook the role of the Privy Council in the United Kingdom as the highest court. The courts and the area of jurisdiction for each court are, in principle, determined by statute. But courts have also an inherent jurisdiction, which is a kind of residual jurisdiction that enables the courts to maintain their own integrity in respect to the administration of justice. The doctrine of precedent applies naturally, which means that lower courts are bound to follow the decisions from higher courts.<sup>13</sup>

Previously the Māori Land Court did not have a high reputation among Māori because its original sole purpose was to enable the transfer of Māori land to the Crown and *Pakeha*. But after amendments the Court now has retention of Māori land focus, consists of a majority of Māori judges, and is nowadays often referred to as 'the people's court'.<sup>14</sup> According to the Māori Land Act 1993 the Court's objective is to promote and preserve land owned by Māori and, among other things, 'promote practical solutions to problems arising in the use or management'.<sup>15</sup>

The key features of the New Zealand legal system are: i) parliamentary supremacy; ii) no formally codified constitution; and iii) the Treaty of Waitangi as a founding document. Like the United Kingdom Aotearoa New Zealand has an unwritten single constitution, but it is nevertheless quite well defined and looks to a number of different sources. There is *legislation*, such as the Constitution Act 1986, New Zealand Bill of Rights Act 1990 and Electoral Act 1993. Furthermore, *constitutional conventions* guide for instance the relations between the legislature and the executive and the functions of the office of Governor-General. In other words, conventions are a series of rules developed and applied over time. The principles of *the rule of law* developed by common law to protect the rights of individuals are another important feature of the New Zealand constitution. Of most importance here is *the Treaty of Waitangi* which is now understood as an integral part the constitution.<sup>16</sup>

Constitutional rights are, thus, protected under common law and strengthened by the Bill of Rights Act 1990 and Human Rights Act 1993, although these are not entrenched and can be overturned by Parliament with a simple majority. The Constitution Act 1986 describes quite briefly the three branches of Government in New Zealand: The Executive (the Sovereign and Cabinet), the legislature (Parliament) and the judiciary (Courts). The Supreme Court sits on the

9 of Zweigert and Kötz, *Introduction to comparative law*, 219-20, 259.

10 The Queen has no practical power and act only on the advice of the ministers. The basic governmental system draws on that of the Westminster System, although with significant modifications.

11 See web page of the Parliament at <[www.parliament.nz/en/get-involved/features/government-vs-parliament/](http://www.parliament.nz/en/get-involved/features/government-vs-parliament/)> accessed 27 June 2016.

12 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 118, 129. See also Wikipedia 'Māori electorates' at <[https://en.wikipedia.org/wiki/M%C4%81ori\\_electorates](https://en.wikipedia.org/wiki/M%C4%81ori_electorates)> accessed 29 June 2016.

13 Mulholland, *Introduction to the New Zealand Legal System*, 77-81, 185-87.

14 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 125-26. Maori lands often have multiple owners and low valuation, and a major challenge is to find ways to utilise the lands themselves. On the Court see further Boast, et al, *Maori Land Law*.

15 Maori Land Act 1993, s. 17. The Court's jurisdiction is set out in s. 18.

16 Mulholland, *Introduction to the New Zealand Legal System*, 30-1, 50-1.



top of the court hierarchy. As a reflection, given the character of the constitution, the courts in Aotearoa New Zealand are not as tuned in deliberating upon constitutional issues and whether the Parliament has conformed to the provisions of the constitution, compared to for instance the Supreme Court of Canada.<sup>17</sup> Hence, Māori specific rights are mainly articulated through the Treaty of Waitangi and resulting legislation that references the Treaty.

Historically Māori inhabited most of Aotearoa New Zealand and therefore there exist no 'traditional Māori lands' in the sense we know in the Nordic countries. However, given the tribal structure of the Māori community, there are specific tribal areas. Most but not all Māori have active links to their tribe (*iwi*) and its geographical territory. As urbanisation escalated, concerns of Māori alienated from their tribal roots have become more important. It has a practical meaning as well in the allocation of assets due to contemporary negotiated Crown-Māori agreements, e.g. Māori fishing quota and the Fisheries settlements as well as individual agreements with tribes and sub-tribes (*hapu*).<sup>18</sup>

Māori, like many other Indigenous peoples, lost much of their language and traditional knowledge in the wake of assimilation policies. For instance, in the early 1900s legislation stipulated that Māori schools did not receive funding if the curriculum was not taught in English. Another form of neglecting Māori culture and religion was legislation that prohibited practitioners of traditional Māori healing methods.<sup>19</sup>

Māori society today is extremely diverse. Some *iwi* have elected bodies that have the mandate of the tribe, authorised to speak on behalf of the people. These bodies may take different forms, and may be established by statute. Many such trust boards are based on traditional tribal territory and set up to administer compensation given by the government to redress various wrongs, such as confiscated lands and promises not honoured. Elected representatives administer the boards on behalf of the tribe. The boards distribute funds for initiatives that enhance the well-being of the tribe.<sup>20</sup> There is a national body, the New Zealand Māori Council, which functions largely as a means of forming and using Māori opinion regionally and nationally in matters of importance to the Māori.<sup>21</sup>

Since the 1960s and 70s there has been a remarkable rebirth of Māori culture. Māori protest movement became more obvious to the general public and radical, with e.g. land marches and civil disobedience, which created a wider public consciousness of Māori issues and of the fact that the Treaty of Waitangi had failed to protect Māori land, forests and fisheries. The Waitangi Tribunal was established in 1975, by the Treaty of Waitangi Act, as a response to the displayed discontent. This Tribunal is called to investigate land claims and related matters. Another response from the New Zealand state has been to engage in negotiations with Māori tribes in a Treaty settlement process with the aim to find a final settlement of historical grievances and to compensate for past wrongdoings and honour the partnership inherent in the Waitangi Treaty.<sup>22</sup> This is still very much an on-going process.

Even if a majority of New Zealanders seem to accept that serious injustices have occurred historically that need to be addressed, there is still a strong aversion to Māori having specific rights not held by their fellow citizens. On occasion, public responses to the Waitangi Tribunal and its findings have been quite critical and even hostile, and that the Tribunal has gained too much

<sup>17</sup> cf Mulholland, *Introduction to the New Zealand Legal System*, 29.

<sup>18</sup> Durie, *The Politics of Māori Self-Determination*, 5.

<sup>19</sup> Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 116-7.

<sup>20</sup> Ministry for the Environment, 'Consultation with Tangata Whenua', 13-4.

<sup>21</sup> Its membership derived from delegates elected by nine district Maori committees. It is established through the *Maori Welfare Act 1962*. The district councils in turn are made up of representatives from the Maori committees. The Maori Congress consists of a group of united tribes formed to present a national Maori response to issues affecting them.

<sup>22</sup> Allard, 'Two Sides of the Coin', 28.

influence. It has also frequently been argued that the courts have seized too much law-making powers with respect to upholding Māori rights.<sup>23</sup>

## 1.2. The Treaty of Waitangi 1840

Five years before the signing of The Treaty of Waitangi, in 1835, the British Crown had formally acknowledged the Māori tribe's independent sovereignty.<sup>24</sup> Signing parties to the Treaty of Waitangi was a Crown representative and over 500 Māori chiefs. The document contains only three short articles, and the modern controversy relates to the interpretation of the first two. The third article guaranteed Māori the same rights and privileges as British citizens living in the country.

The first article states in the English version that Māori ceded to the Crown all rights and powers of sovereignty, whereas the Māori text only say that the Crown acquires governance. The second article, in English, states that Māori retains full exclusive and undisturbed possession of their lands and estates, forests, fisheries and other properties. In the Māori text Māori retain *tino rangatiratanga* (sovereignty) over their 'treasures'.<sup>25</sup> The Māori text seems to be a revised translation of an English language draft that has since been lost.<sup>26</sup>

It is since long well established that the Treaty of Waitangi is not judicially enforceable unless it has been incorporated into domestic law, but the Treaty only began to be included in legislation since 1986. The statutory references are to the principles of the Treaty and not all legislation references to those principles.<sup>27</sup> So, a manageable solution has been to focus on the spirit of the Treaty and refer to the Treaty principles rather than its actual wordings.

A revival of the Treaty in mainstream society begun in the 1960s since the values in New Zealand society undertook significant changes. Discussions on human rights and elimination of discrimination, particularly racial discrimination, turned the attention on Māori situations within the society.<sup>28</sup> Early Māori protest actions owed much to urban Māori with higher education, where the younger Māori were able to articulate their views better. New awareness from research, by, for example, historians and lawyers, also gave new insights to Māori points of views.<sup>29</sup>

In the late 1980s the Parliament begun more often to enact legislation that included references to the principles of the Treaty which the government was obliged to comply.<sup>30</sup> It was deliberately left to the courts to determine the content of these principles and the judiciary responded. These legislative references to the principles did not mean that the Treaty itself suddenly became part of the law, but it was possible to use it as a tool in statutory interpretation.

When the Treaty gained a more prominent role in the legal system it sparked the notion of partnership between the two peoples (Māori and the Europeans), which should be promoted. A treaty-derived vocabulary came into common use, and so did also Māori terms that entered legislation and policy. Another reason for more use of Māori words was undoubtedly the decision to raise the Māori language to be official, accomplished in 1987 by statute.<sup>31</sup>

23 Graham, 'The Legal Reality of Customary Rights', 1-2. In spite of the Tribunals difficulties, its work has generally been of high standard. Despite its non-legally binding decisions its status within political society is high.

24 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 114.

25 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 114-15; Allard, 'Two Sides of the Coin', 81-2.

26 See Boast, 'The Treaty of Waitangi and environmental law', 511 with references. In fact, the signing the Treaty took several months, during which numerous copies of the Treaty text were taken around New Zealand, many of which were not identical. Consequently, this complicated textual history has led to large discrepancies between the two official texts. Some have even argued that the two versions are two different documents: *te Tiriti and the Treaty*. See *ibid*.

27 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 240.

28 See for example Mulholland, *Introduction to the New Zealand Legal System*, 67-8.

29 Orange, *The Treaty of Waitangi*, 245-46.

30 See foremost the State-Owned Enterprises Act 1986, s. 9.

31 Sharp, 'Recent Judicial and Constitutional Histories of Maori', 40.

The Treaty of Waitangi Act 1975 was the first statute to use the term 'the principles of the Treaty of Waitangi', which eventually lead to the creation of a Treaty jurisprudence. In contemporary New Zealand law, there are numerous references to the Treaty principles. These references are predominantly included in environmental and resource management statutes, which explicitly require consideration of, or non-derogation from, the principles of the Treaty.<sup>32</sup> Hence, the Treaty and the Treaty rights are especially influential in environmental and natural resource law.<sup>33</sup> A number of principles have been defined through the findings of the Crown, the Waitangi Tribunal and the Court of Appeal.

### 1.3. The Waitangi Tribunal and Treaty Settlements

With the establishment of a quasi-judicial body, the Waitangi Tribunal<sup>34</sup> in 1975, Māori could for the first time turn with some efficiency to a national body with their grievances.<sup>35</sup> The jurisdiction of the Tribunal is to consider claims by Māori whether they have been adversely affected by legislation or Crown policy after the signing of the Treaty in 1840. Generally, the Waitangi Tribunal has been a success for Māori claims. The Tribunal has promoted the understanding of the Waitangi Treaty and developed specific Treaty principles, and its importance cannot be overstated. This is in fact remarkable, since the Tribunal for the most part has no coercive powers; it is to make recommendations to the Crown about appropriate actions, such as monetary compensation and return of land or resources to correct injustices done in the past.<sup>36</sup> Importantly, one main difference between general courts and the Waitangi Tribunal is the fact that the Tribunal can inquire generally into the question whether there has been a breach of Treaty principles, whereas the courts can inquire only whether there has been a breach of the law.

Over the years the Tribunal has released numerous reports on *iwi*-region specific claims alleging historical breaches related to North and South Islands as well as reported on generic issues, including the use of Māori language and Māori customary fisheries.<sup>37</sup> If the government has accepted the claims and the Tribunal's recommendation commonly appropriate legislation is enacted.

Where the Tribunal have reported on historical claims the Crown's response have been to engage in a 'fair and final' settlement process. This settlement process, with years and years of preparation and negotiations, may lead to a deed of settlement and eventually treaty legislation. It is often called modern treaties – as separating them from the various historical treaties that Indigenous groups have signed with British Crown representatives in the course of colonisation. Aotearoa New Zealand has set up a specific body, the Office of Treaty Settlements which is a separate unit within the Ministry of Justice, to support the treaty settlement processes.<sup>38</sup> It is, however, not necessary that a Māori group first turn to the Waitangi Tribunal with their claim but many find value in doing so.

There are four main stages in a Treaty settlement which commonly encompass several preliminary agreements: 1) *pre-negotiations* where there the group chooses the people to represent them in negotiations, 2) *negotiations* where representatives and the Crown negotiate

32 See for example Energy Efficiency and Conservation Act 2000 s. 6(d), Conservation Act 1987 s. 4, Resource Management Act 1991 s. 8 and Crown Minerals Act 1991 s. 4.

33 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 122; Allard, 'Two Sides of the Coin', 83.

34 It was established by the Treaty of Waitangi Act 1975. The composition of the Tribunal is one appointed judge (from the High Court or the Maori Land Court) and two to sixteen appointed members (experts from various relevant fields, including lawyers). See Treaty of Waitangi Act s. 4.

35 See generally Palmer, *New Zealand's Constitution in Crisis*, 74.

36 See Treaty of Waitangi Act 1975 ss. 5(1), 6(3)-(4). The Tribunal shall also make recommendations in relation to a number of specified matters. See the Act ss. 8A and forward.

37 See the Tribunal's webpage at <[www.waitangitribunal.govt.nz/](http://www.waitangitribunal.govt.nz/)> accessed 4 July 2016. For the reports see 'Publications and resources'/Waitangi Tribunal reports'. There have been pan-tribal settlements of which the most important are the 'Sealord deal', concerning fishing, and the 'treelord deal' on return of forest lands. See Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 121.

38 See the government website at <[www.govt.nz/organisations/office-of-treaty-settlements/](http://www.govt.nz/organisations/office-of-treaty-settlements/)> accessed 4 July 2016.

a final Deed of Settlement, and before moving to the next stage the Māori group must agree to the proposed settlement, 3) *legislation*, where the settlement becomes law, and 4) implementation where the Crown and the Māori group work together to make sure everything agreed in the Deed happens.<sup>39</sup> A settlement gives normally three kinds of redress to a claimant group. First, there is an historical account of Treaty breaches, and Crown acknowledgement and apology of those. Secondly, there is cultural redress which for instance may include changing place names, transfer of Crown land to the group, and co-governance of natural areas or resources. Thirdly, there are commercial and financial redress in the form of cash, property, or a mixture of both.<sup>40</sup>

For more recent Treaty settlement legislation it has been common to include tribal world-views, describing the tribe's cultural, spiritual and historical relationship with their natural environment, such as mountains and rivers.<sup>41</sup> The statutes always record the apology of the Crown for past wrongs and breaches of the Treaty.<sup>42</sup> In sum, the benefits of a settlement are generally available to all members of the tribe/sub-tribe, wherever they live. These Crown settlements are successfully injecting large amounts of cash and assets into local Māori communities, thereby re-empowering tribal governance.

#### 1.4. Treaty Principles

Even if the Government and the common understanding is that by the Treaty full sovereignty was acquired by the Crown (i.e. the Government exercises its power on that basis), none of the versions of the Treaty has been adopted literally either by courts or in the political arena. The Treaty has instead been treated in terms of its intent and spirit, and, with this origin, courts and the Waitangi Tribunal have mutually recognised Treaty principles<sup>43</sup>. As a result, most statutes refer to the principles of the Treaty rather than to the Treaty itself. References made to the Treaty of Waitangi have, however, not been without controversy, much due to the provisions' vagueness and that the courts interpreting them have performed this task with a far too activist, liberal and broad manner.<sup>44</sup>

The landmark case *New Zealand Māori Council v. Attorney-General*<sup>45</sup> in 1987 is important as precedent for judicial interpretation of the Treaty. With the variation of the Māori and English texts the Court abandoned a technical and literal interpretation and opted for a broad and liberal approach – it was the spirit of the text that mattered. Hence, here the Court of Appeal articulated that where there is an explicit reference to the Treaty in a statute the “principles” of the Treaty are to govern the conduct of the Crown and the Māori. The Court also found that the Crown's duty extended to *active* protection of Māori in the use of their lands and natural resources.<sup>46</sup> This broad and liberal approach has had particular impact on the interpretation of legislation referring to the Treaty ever since. Especially during the 1980s and 90s the courts made a number of bold judgments on Treaty rights using statutory references to the Treaty.<sup>47</sup>

39 See <[www.govt.nz/browse/history-culture-and-heritage/treaty-of-waitangi-claims/settling-historical-treaty-of-waitangi-claims/](http://www.govt.nz/browse/history-culture-and-heritage/treaty-of-waitangi-claims/settling-historical-treaty-of-waitangi-claims/)>.

40 Ibid.

41 See Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 124. She refers e.g. to Ngaa Rauru Kiitahi Claims Settlement Act 2005 and Ngati Awa Claims Settlement Act 2005.

42 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 243.

43 See further below.

44 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 242. A bill was forwarded in 2005 with the aim to remove all such references to the Treaty in legislation.

45 *New Zealand Maori Council v. Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641. It is also called the *State-Owned Enterprises* case, or the SOE case. The matter of the case concerned the establishment of state-owned enterprises, i.e. quasi-commercial organizations to take over activities of government departments, and the interpretation of certain provisions in the new Act.

46 *New Zealand Maori Council v. Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641 at 664 (Cooke P).

47 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 235, 242.

Even if it is not enforceable as such, the legal status of the Treaty is not without complication and issues are complex and varied. Later cases have developed an interpretive principle saying that the Treaty may be used as an aid to statutory interpretation even if the legal text makes no reference to the Treaty of Treaty principles.<sup>48</sup>

What are then the basic Treaty principles? As mentioned earlier, a number of principles have subsequently been defined primarily through the Court of Appeal/Supreme Court<sup>49</sup>, but also through the Waitangi Tribunal and the Crown.<sup>50</sup> They are not once and for all fixed and may be understood slightly different. There is first of all a *principle of partnership-like relationship*.<sup>51</sup> The relationship between the parties to the Waitangi Treaty, the Crown and the Māori, creates responsibilities akin to fiduciary duties – a partnership generally compared with the relationship between trustees and their beneficiaries, solicitors and their clients, etc.<sup>52</sup> The fiduciary obligations to Māori was mentioned in the 1987 SOE case, and the language of partnership and the fiduciary relationship has been furthered in other cases, also in quite recent case law.<sup>53</sup> The main characteristic of this partnership in the New Zealand legal context is acting in ‘good faith, fairly, reasonably and honourably towards the other’.<sup>54</sup> The Crown’s duty as a Treaty partner seem also to mean a need to take into account relevant recommendations by the Waitangi Tribunal,<sup>55</sup> and indeed the Tribunal has a considerable influence on Crown politics and policy regarding Māori affairs.

Secondly, there is a *principle of active protection/protection of taonga* (valued resources, treasures). The duty of the Crown means an active protection of Māori people in their use of lands and waters to the fullest extent practicable.<sup>56</sup> Thirdly, *the principle of redressing grievances* is rationalised with an argument that breach of the Treaty gives rise to a right of redress, that is, a fair and reasonable recognition of the wrong that has occurred.<sup>57</sup> Such a claim, including claims of compensation, can be submitted before the Waitangi Tribunal, but not before normal courts.<sup>58</sup> Fourthly, there is a *principle of consultation*.<sup>59</sup> Issues of lack of consultation have in fact been a subject in many court cases. It is possible to bring a case before a court claiming that the Crown (competent authority) has not consulted properly.

References to the principles of the Treaty of Waitangi exist today in many statutes,<sup>60</sup> which in fact mean that consultations with Māori and Māori communities are an integral part in the way decision-making is construed. Another matter is of course if views and knowledge, etc. of Māori is honored and changes or alters the actual outcomes.

## 2. Definition of Indigenoussness

A majority of Māori today have some non-Māori ancestry because of genetic mixing for some 200 years, and ethnic intermarriage remains common. This reality is reflected in legislation. The only statutory definition of Māori is subject to the Electoral Act 1993, s. 3 where it is

48 Ibid., 242-3. For a summary of the legal position of the Treaty see *ibid.*, 264-5.

49 As mentioned above, in 2003 after reforming New Zealand’s court structure and the creation of the Supreme Court, this Court is now the highest court.

50 See further e.g. Allard, ‘Two sides of the coin’, 85-6.

51 Boast, ‘The Treaty of Waitangi and environmental law’, 517.

52 Generally it has arisen from the special relationship that exists between the Crown and indigenous peoples, arising from the Crown’s pre-emptive rights to land, requiring a reciprocal duty. See Graham, ‘The Legal Reality of Customary Rights’, 24.

53 See e.g. *Te Ruananga o Muriwhenua Inc v. Attorney General* [1990] 2 NZLR 641. In this case the Court linked the concept of fiduciary duty to the jurisprudence developed by the Supreme Court of Canada. For recent developments see Ruru, ‘Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi’ (Ch. 5), 233-4. Ruru mentions e.g. *Paki v Attorney-General (No 2)* [2015] 1 NZLR 67.

54 This citing is a summary of the judge’s collective meaning. See the *Sealord* case, *Te Ruananga o Wharekauri Rekohu Inc v. Attorney General* [1993] 2 NZLR 301 at 304.

55 Cf. *Attorney-General v. New Zealand Maori Council* [1991] 2 NZLR 129 (Cooke P).

56 The concept of active protection was restyled by Cooke P. in *Attorney-General v. New Zealand Maori Council* [1991] 2 NZLR 129 at 135. See also Boast, ‘The Treaty of Waitangi and environmental law’, 518.

57 See *Maori Councils* case per Somers J., 693.

58 Boast, ‘The Treaty of Waitangi and environmental law’, 517.

59 See e.g. *New Zealand Maori Council v. Attorney-General* [1989] 2 NZLR 42 at 52.

60 For example Local Government Act 2002, Land Transport Management Act 2003. See Ruru, ‘The Maori Encounter with Aotearoa’, 123.

stated, for the interpretation of the Act, that 'Māori means a person of the Māori race of New Zealand; and includes any descendant of such a person'. What is important to notice here is that this definition is consistent to how Māori define themselves, and in which ancestry through *whakapapa* (genealogy) is the core. This understanding of identity means that when a child is born with *whakapapa* they are 'grandchildren' of the *iwi* (tribe) and are thus considered Māori. The consequence of this legal definition and the Māori tradition is that it leaves the decision to the individual whether to enrol on the Māori electoral roll or the general electoral roll.<sup>61</sup> In contrast to the Nordic countries, this wide mode of defining Māori helps explaining the comparatively high statistic figures of the Māori population in Aotearoa New Zealand.

Given the tribal roots of Māori society, Māori do not primarily use the term 'Māori' to label themselves but rather define who they are according to their tribal membership.<sup>62</sup> Māori traces their family to the voyagers from the Pacific. Oral history handed down from generations identifies the *waka* (canoes and their commanders) that made their way to the main islands. In this sense, individuals belong first to the extended family (*whanau*), then to the sub-tribe (*hapu*), and lastly to the *iwi*. Therefore, in pre-Treaty times, Māori did not see themselves as a nation, but rather as a grouping of tribes living side by side (not always peacefully). The possible downside is, however, a lack of a cohesive whole, which is apparent, for example, in modern Treaty settlement processes.<sup>63</sup>

The *iwi* today is the key economic and political unit of the traditional Māori community, and associated with a distinct territory. The tribe's genealogy (*whakapapa*) is often represented in the landscape, through mountains, rivers, lakes and other prominent physical features.<sup>64</sup> The *iwi* keep membership records and invite Māori to register their affiliation with the tribe. In this way a person will, for instance, be able to vote in *iwi* matters and become a beneficiary of Treaty claims settlements.<sup>65</sup>

Despite the straightforward and inclusive legal definition of who is Māori there are still contentious identity issues, but these are more or less group based. First, one important issue revolves around representation. The legal landscape has been re-drawn in this respect. With legislation that calls for decision makers to take into account matters close to Māori, new nature resource management solutions where Māori is given a role, and the current Crown settlement process of historical wrongs with *iwi* and *hapu* that restore tribal governance, questions do arise on who represents whom and as to what. The question of who has the tribal authority over a certain area is important. Courts in particular are called to solve who has the proper standing as a group to be recognised as an *iwi* and *hapu*. The situation has changed drastically from say 50 years or so when Māori were living in their own tribal regions, minding their own business as in a sort of parallel universe, to the present where representation issues are frequently unclear and unsettled.<sup>66</sup>

Secondly, another identity issue concern urban Māori, i. e. Māori who no longer know their ancestral link to a specific *iwi* or *hapu*. The rapid urbanisation starting in the 1940s is the reason behind this dislocation. Controversy has been existent in particular concerning the reallocation of sea fisheries assets because of pan tribal settlements, i.e. the Fisheries settlements and the allocation of fish quota. As an attempt to reconnect Māori with their tribal ancestry a website was established aimed at channelling information between *iwi* and individuals to foster tribal links.<sup>67</sup> As a result, the number of Māori who do not know their connections has decreased.

61 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 129 with references. With the amendment of the country's voting system in 1993 the Maori seats in Parliament became proportionate to the numbers of Maori on the Maori roll, and currently there are seven Maori seats in Parliament. In 2009 21 of the 121 members of Parliament identify as being Maori. See *ibid*.

62 See e.g. <<http://maorinews.com/writings/papers/other/pakeha.htm>> accessed 9 August 2016.

63 See, for example, Graham, *Trick of Treaty?*, 2-3; Allard, 'Two Sides of the Coin', 28.

64 Carter, 'The 'Big H': Naming and claiming landscapes', 62. See also the Maori dictionary at <<http://maoridictionary.co.nz/>> accessed 10 August 2016.

65 See e.g. the webpage of the *iwi* Ngapuhi on member registration at <[www.ngapuhi.iwi.nz/register.aspx](http://www.ngapuhi.iwi.nz/register.aspx)> accessed 10 August 2016.

66 Wainwright, 'Maori Representation Issues and the Courts', 610; Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 130.

67 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 130-1.

One consequence is then, as indicated above, that they gain no access to funds arising from pan tribal Treaty settlements, such as the allocation of fish quota and redress.

### 3. Territorial rights

Territorial rights of Māori, i.e. rights to own or to use land and resources,<sup>68</sup> have mainly been articulated through the Treaty of Waitangi, by claims before the Waitangi Tribunal and via the Treaty settlement processes. There have not been any general government initiated commissions or investigations on the matter, as done in the Nordic countries. Another difference with the Nordic countries is that Māori rights pertain exclusively on Crown-owned land, not private lands.

In addition to the Treaty rights, Māori have customary rights that are protected at common law. It has previously been argued in case law from the Court of Appeal that customary rights and the Treaty rights are much the same and that the Treaty simply confirmed pre-existing customary rights.<sup>69</sup> There are, however, differences. While customary title and customary rights arise from long practice of traditional Māori activities the rights arising from the Treaty are due to an (international) agreement.<sup>70</sup> So, the common law doctrine of customary title and customary rights offer an alternative cause of action for the recognition of Māori territorial rights also in Aotearoa New Zealand.<sup>71</sup> This common law doctrine had been developed through the case law especially by the Canadian Supreme Court.

Unlike other former British colonies New Zealand did not establish specific reserves for the Māori to dwell in. Land held by Māori, or rather groups of Māori, was instead bought by the Crown for the purpose of colonisation and new settlements by Europeans. The result today is that only 5 per cent of the tribal land in Aotearoa New Zealand remains in Māori ownership.

Article two of the Treaty of Waitangi granted the Crown a pre-emptive right to purchase property from Māori. In return the Crown had promised to set aside land for reserves for Māori, which however was neglected. Less than 20 years after signing the Treaty the British Crown had acquired about 60 per cent of the land mass; in most cases the tribes had been tricked. In particular the North Island tribes, who still held large parts of their lands intact, turned against the Crown's land acquisition, but the new colony responded with warfare. After a decade of wars legislation was set as a new tool to destroy Māori way of life; The Māori lands on the North Island were confiscated through legislation.<sup>72</sup>

The Native Lands Act 1862 and the establishment of the Native Land Court were especially devastating. In order to freely alienate their land Māori first had to obtain a certificate of title. The aim was to transform land communally held by sub-tribes and family groups into individualised titles derived from the Crown as an advancement of civilisation. The policies sought, apart from freeing land to the benefit of colonisation, to detribalise 'the natives' and the principles of communism. The Native Land Court was very effective in freeing Māori land for private purchase, and its early work has been described as an engine of destruction.<sup>73</sup>

Claims before the Waitangi Tribunal and the Treaty settlement process have been the main way to address breaches of the Treaty of Waitangi by the Crown. For this reason the long-

68 For the concept see e.g. Anaya, *Indigenous peoples in international law*, 143.

69 *Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society* [1994] 2 NZLR 20 held that the Treaty must have intended to preserve effectively customary title in relation to their rangatiratanga and taonga (Cook P at 21). In *Te Ruananga o Muriwhenua Inc v. Attorney General* [1990] 2 NZLR 641 it was reasoned that the Treaty might be an assurance of protection of customary title and where, for practical purposes, the present day Treaty rights and customary rights would be the same (at 643). See also Allard, 'Two sides of the coin', 86.

70 Graham, 'The Legal Reality of Customary Rights', 2-3.

71 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 243.

72 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 115-6.

73 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 117-8.

standing source of grievance for the Māori has been, and still is, disputes over access to and ownership of natural resources.<sup>74</sup> Their concerns have been focused on the government's failure to acknowledge the rights and interests in the Treaty. The existence of the Waitangi Tribunal has thus been paramount in channelling their discontent and claims.<sup>75</sup> Not surprisingly, the first major claims (in the 1980s) before the Waitangi Tribunal concerned environmental matters.<sup>76</sup> The allocation and management of fishery resources was formerly a particular source of conflict, because of the importance of these resources to Māori. Two pan-tribal settlements reached in 1986 and 1992 regarding the existence and status of commercial fishing rights was eventually reached. This has been immensely important for Māori, and as a result of the second so called 'Sealord deal' left Māori joint owners of the largest fishing company in the country and they now control a third of New Zealand's inshore and deep-water fishing industry.<sup>77</sup>

The doctrine of customary title was not active in New Zealand's law until early 2000s when it revoked earlier case law and was reintroduced by the Court of Appeal.<sup>78</sup> The important case *Attorney-General v Ngati Apa*<sup>79</sup>, dealing with foreshore and seabed lands, recognised that subject to the Crown's title customary property rights continued until lawfully extinguished. The Court gave thus affect to the doctrine as such which recognises 'that indigenous people have exercised customary property rights over land since the time it was first occupied by them.'<sup>80</sup> The implications from this case are far-reaching as Crown land may be subject to customary use rights. Such rights exist independently of the Treaty of Waitangi and can be enforced in courts.<sup>81</sup>

From a colonisation perspective this means that the Crown's acquisition of sovereignty did not include acquisition of property. But, the Crown acquired an underlying radical title which goes with sovereignty, yet this title is subject to any existing customary rights by Māori. As a result there are many different forms of title in Aotearoa New Zealand, also in relation to Māori. This way of recognising the property rights of Indigenous peoples predating colonisation has also been recognised in by courts in Canada, United States and Australia. Importantly, as a rule of common law the customary title or custom does not need to be codified in statute to be enforced in courts. The claimant need, however, to establish evidence that the custom is enduring and has been exercised since colonisation.<sup>82</sup>

Māori customary title and rights occur mainly on and burden Crown-owned land. The legal position is that Māori appear almost certain to lose legal claims to customary rights on private lands. In *Ngati Apa*<sup>83</sup> the Court of Appeal held that there cannot exist customary rights on private lands on the foreshore, because they have been extinguished by statute. Once a Crown grant has been issued (fee simple title), the customary title has been extinguished. The same applies to Crown purchases. Land which at one time was alienated from the Crown has the status of private land (General land).

The impossibility for Māori to bring claims on private-owned land is also the result of the Land Transfer Act 1952. It aims to protect registered title against unregistered claims, guaranteeing the rights of a private registered proprietor in a complete way. In addition, the jurisdiction of the Waitangi Treaty was restricted in 1993 to prevent it from making recommendations with respect

---

74 Most recently there has been a struggle over rights to water resources. See below.

75 See e.g. Memon and Cullen, 'Rehabilitation of Indigenous Fisheries', 252, 256.

76 Durie, 'The Politics of Māori Self-Determination', 24-7.

77 Memon and Cullen, *Rehabilitation of Indigenous Fisheries in New Zealand*, 260. For a short background see e.g. Allard, 'Two sides of the coin', 172-80.

78 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 119.

79 *Attorney-General v. Ngati Apa* [2003] 3 NZLR 643.

80 Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 243-4.

81 *Ibid.*, 246.

82 *Ibid.*, 244-5.

83 *Attorney-General v. Ngati Apa* [2003] 3 NZLR 643.



to privately-owned land.<sup>84</sup> Consequently, there is no modern case law on the matter, as Māori have not directly attempted to pursue such legal action.

Given the prospects of lingering Māori customary title and, more likely, rights of customary use, the New Zealand Government quickly issued a new bill aiming to clearly extinguish customary title in the foreshore and seabed because of widespread public anxiety. In 2004 Māori groups sought redress from the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) due to the undoing of the findings in the *Ngati Apa* decision, but without success, and the Foreshore and Seabed Act 2004 was put into force.<sup>85</sup>

In recent years the general controversy by the Crown and Māori has concerned the rights to and management of freshwater resources. There have been a couple of deeds of settlement and court cases, for example, with reference to the large Waikato River on the North Island.<sup>86</sup> This is Aotearoa New Zealand's longest river and since 2010 the tribes who link to this river now are legislatively recognised as contributing to its co-management. Other Treaty settlements have provided also a special status related to water resources for certain tribes.

One good example is the settlement reached with the Te Arawa tribe in 2004 related to a number of lakes, called Te Arawa Lakes. Due to colonisation and government policy imposed by the Native Land Court the tribe were alienated from their lands, and the rights to their lakes were overtaken by the Crown and severe environment damage was done. The tribe has for over 100 years sought acknowledgement and return of their rights pursuing all available legal possibilities. The reached settlement provided for a co-management structure for the governance of the Lakes, so that the tribe once again could be caretakers of the lakes, yet in an altered capacity and in conjunction with Crown entities.<sup>87</sup>

The deed was turned into the Te Arawa Lakes Settlement Act 2006. On the basis of the Crown's apology 'the Crown seeks to atone for these wrongs and begin the process of healing. The Crown looks forward to building a relationship of mutual trust and co-operation with Te Arawa in respect of the lakes'.<sup>88</sup> The settlement also includes the return of freehold title (ownership) to a number of lakebeds.<sup>89</sup> Under the Te Arawa Lakes (Fisheries) Regulations 2006 the tribe has, for instance, the power to manage customary non-commercial fishing of certain species in the Lakes and can make bylaws restricting or prohibiting the taking of species in the Lakes.

## 4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)

### 4.1. Introduction

Participatory rights for Māori flow from the Treaty of Waitangi and Treaty principles, not a formal and constitutional recognition of the Crown's duty to consult, as in Canada.

In respect to the Treaty principles (see above) Aotearoa New Zealand has more recently stressed in law the importance of Māori participation in the decision-making processes of local

<sup>84</sup> As a response to a recommendation by the Waitangi Tribunal in one of its reports and subsequent public anxiety, the Treaty of Waitangi Act 1975 was amended in order to prevent the Tribunal from making recommendations on return of private lands. The Treaty claims process has generally been launched with the understanding of the claims being against the Crown, leaving private property unaffected. See Allard, 'Two sides of the coin', 93.

<sup>85</sup> The 2004 Act has now been replaced by the Marine and Coastal Area (Takutai Moana) Act 2011, see s. 5. See further e.g. Ruru, 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5), 248-50.

<sup>86</sup> See Waikato-Tainui Raupatu Claims (Waikato River) Settlement Act 2010 and New Zealand Māori Council v Attorney-General [2013] NZSC 6. For a brief comment on the case see also Ruru, 'Partial privatisation'. Another reached agreement with major relevance for waters, and partly the Waikato River, is the Raukawa Claims Settlement Act 2014.

<sup>87</sup> See e.g. Harper-Hinton, 'The co-management of the Te Arawa Lakes', 59.

<sup>88</sup> Te Arawa Lakes Settlement Act 2006, s. 9.

<sup>89</sup> Te Arawa Lakes Settlement Act 2006, s. 23.

government, land transport and health and disability services.<sup>90</sup> For instance, section 4 of the Local Government Act 2002 states:

In order to recognise and respect the Crown's responsibility to take appropriate account of the principles of the Treaty of Waitangi and to maintain and improve opportunities for Māori to contribute to local government decision-making processes, Parts 2 and 6 provide principles and requirements for local authorities that are intended to facilitate participation by Māori in local authority decision-making processes.

It is, however, in the environmental area that Māori participation is most tangible. Hence, with the Conservation Act 1987 and the Resource Management Act 1991 (RMA), Māori participation in conservation and resource management has over the years become increasingly significant. Co-management and other arrangements of protected areas and specific resources have been established for tribes, usually as a result of settlement processes (deeds of settlement) and new legislation following.

This is partly a response to the more prominent role of the Treaty. When it became more evident that the Treaty had a role to play and that partnership between the people should be promoted, treaty-derived vocabulary came into excessive use. So also did additional Māori terms that entered the discourse as well. Another reason for more use of Māori words was undoubtedly the decision to raise the Māori language to be official, which was accomplished in 1987 by statute.<sup>91</sup> Hence, certain words entered the public vocabulary, such as *kaitiakitanga* (guardianship). This concept was made especially important in law because of its recognition in the RMA.

Since Aotearoa New Zealand so far has not been guided much by International instruments and policies with respect to the acknowledgement of Māori rights; such instruments in the environmental/natural resource area has not played any significant role. This regard, for instance, the voluntary Akwé: Kon guidelines under the Convention on Biological Diversity, which aim to provide advice on the incorporation of cultural, environmental and social considerations of Indigenous communities into impact-assessment procedures. Instead, the country has its own legal development concerning the involvement and participation of Māori in resource management decisions, which correlate with international standards or even in certain instances perhaps go beyond such standards.

## 4.2. Māori world-views

Māori belief generally recognises humans as a part of nature, rather than superior to it. They believe that humans exist in a state of balance with other elements, and hence, rivers, lakes, trees, and rocks all have a *mauri* (life force) of their own.<sup>92</sup> Water is seen to be integral to life itself and possessing its own life force, the purer the water is the stronger life force. Māori has therefore a holistic approach towards the environment in general, but even more so with respect to water management.<sup>93</sup> Their belief is that the features of the environment have equal claims in the order of things, which has been difficult to reconcile with the western contemporary world-view.

Hence, European and Māori views on the environment are not always the same. Māori have consistently criticised the wilderness and preservationist ethics that underlie conservation legislation. They see it as a violation of the philosophy of people being an integral part of nature,

90 See Local Government Act 2002, ss. 4, 81; New Zealand Public Health and Disability Act 2000, s. 4; and Land Transport Management Act 2003, s. 4. See also Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 123.

91 Allard, 'Two sides of the coin', 29.

92 Durie, *The Politics of Māori Self-Determination*, 21-3.

93 Llewellyn, 'Maori and the environment', 480-1.

and environmental policies as persistent colonialism. Until recently, the Māori values, economic systems and forms of government, including traditional institutions for resource management, have been marginalized.<sup>94</sup> To what extent these cultural differences can be reconciled poses a particular challenge for the country.<sup>95</sup> The vast Ngai Tahu settlement (South Island) in 1998 showed, however, that it was possible for the Crown and *iwi* to find common ground and the need to embrace the tribe's values into the management of the conservation areas.

The traditions of Māori have been intertwined with the sea. A longstanding oral history and recorded stories have reinforced the notion of the Māori as a sea-faring and sea-using nation. The existence of substantial Māori fishing industry during the pre-colonial period has also been supported by Waitangi Tribunal findings. Māori commonly advocate that they have a special relationship with the environment, particularly the waters.<sup>96</sup>

### 4.3. The Resource Management Act (RMA)

Under the RMA regional local governments are primarily responsible for regulating the country's natural and physical resources, including the use of land, air and water. To use these resources persons or companies must comply with district, regional and coastal plans and policy statements.<sup>97</sup> In many instances the planned uses requires a permit, a 'resource consent', which is the term used in the Act, meaning a permit. It is a comprehensive statute and the Act's aim is 'promote the sustainable management of natural and physical resources'.<sup>98</sup>

In the application of the RMA certain interests need to be secured and balanced. With particular regard to Māori, decision-makers must 'recognise and provide for' certain matters of national importance, such as 'the relationship of Māori and their culture and traditions with their ancestral lands, water, sites, *waahi tapu* [sacred sites], and other *taonga* [treasures]'.<sup>99</sup> Although this usually requires a dialogue and consultation with the affected tribe or family-group, the provision does not create any veto for the Māori to deny resource developments and it is always the competent authority that has the final word. In some instances this seem to work satisfactory, depending much on the regional or local governments' ability and willingness to find common grounds, and in other cases there are more tensions.

In similar vein decision-makers also need to 'have particular regard to (...) *kaitiakitanga*'.<sup>100</sup> The Māori term *kaitiakitanga* is defined in section 2 of the Act as 'the exercise of guardianship by the *tangata whenua* of an area in accordance with *tikanga* Māori in relation to natural and physical resources; and includes the ethic of stewardship'. In other words, it relates to the exercise of guardianship by a local Māori group in a region based on Māori customs and traditional knowledge. Moreover, in the application of the provisions in the RMA, decision-makers 'shall take into account the principles of the Treaty of Waitangi (Te Tiriti o Waitangi)'.<sup>101</sup> Altogether these three provisions provide strong directions to be borne in mind at every stage of the planning process and in resource consent applications.

Consequently, statutory references and interpretation of Treaty principles require participation of Māori in decision-making that affects them. However, the RMA neither includes a definition

---

94 Park, 'Going between Goddesses', 196-7.

95 Memon and Perkins, *Environmental Planning and Management in New Zealand*, 21.

96 See further in Llewellyn, 'Maori and the environment', 471-82.

97 Ruru, 'The Maori Encounter with Aotearoa', 123.

98 RMA s. 5(1).

99 RMA s. 6(e).

100 RMA s. 7(a).

101 RMA s. 8.

of consultation, nor any guidance on how consultation, for instance with Māori, shall be performed. It has been a bit problematic but clarifications have come from a rather large body of case law regarding consultation obligations.<sup>102</sup>

Government departments, regional/local councils and others have developed comprehensive Treaty of Waitangi policy statements to guide their decision-making and partnership with Māori, especially in relation to the RMA. On the North Island the comprehensive policy statement of the Regional Council in Waikato is often referred to as a good example.<sup>103</sup> In their revised Policy Statement from May 2016 it is, among other things, emphasised that Māori should have appropriate opportunities to be involved in resource management processes, including:

- a. developing and implementing plans and strategies;
- b. developing and implementing monitoring and enhancement programmes;
- c. decision making; and
- d. by establishing formal arrangements such as joint management agreements or memoranda of understanding or co-management.<sup>104</sup>

The Policy Statement also declares that the Regional Council of Waikato shall 'seek to develop strategic and formal partnerships with iwi authorities', for addressing e.g. involvement in regional plan development and in resource consent processes [i.e. permitting processes].<sup>105</sup> By these policy statements Māori are to be consulted and are participating in important decision-making in the area of environmental protection and resource management.

#### 4.4. Protected areas

The Waitangi Treaty and the Treaty principles have a fundamental place in conservation matters. The Department of Conservation (DOC) is the leading central government agency responsible for the country's natural and historical heritage.<sup>106</sup> This is however a duty to be undertaken with consideration to Māori issues. The governing overarching legislation on conservation issues, the Conservation Act 1987 in s. 4, states that the Act shall be 'interpreted and administered as to give effect to the principles of the Treaty of Waitangi'. The Department have over the years identified and developed those general principles. Today there are four mutually supportive principles recognised as most important in the DOC's work. They are the principles of Partnership (mutual good faith and reasonableness), Informed decision-making, Active protection and Redress and reconciliation.<sup>107</sup>

The First principle of partnership speaks about mutual duties of reasonableness and good faith and describes the nature of the relationship between the Crown and Māori. The second principle relate to the first. The Crown decision makers need to be fully informed when they exercise the right to govern, and full information needs to be provided by Māori into the decision-making process. The connection to consultation is therefore a means to achieve informed decision-making. The principle of active protection relates to that the Crown must actively protect Māori interests retained under the Treaty as part of the promises made. Active protection requires consultations as well as discernment as to what is reasonable in specific circumstances. In

<sup>102</sup> See for instance Ministry for the Environment, 'Case Law on Tangata Whenua consultation'.

<sup>103</sup> Every region must to prepare a regional policy statement and its content is set out in RMA s. 62.

<sup>104</sup> See Waikato Regional Policy Statement, policy 4.3.2 at <[www.waikatoregion.govt.nz/Council/Policy-and-plans/Regional-Policy-Statement/RPS2016/](http://www.waikatoregion.govt.nz/Council/Policy-and-plans/Regional-Policy-Statement/RPS2016/)> accessed 5 July 2016.

<sup>105</sup> See the Policy Statement, policy 4.3.1. Ibid.

<sup>106</sup> Llewellyn, 'Maori and the environment', 471.

<sup>107</sup> See DOC's webpage <[www.doc.govt.nz/get-involved/apply-for-permits/iwi-consultation/principles-of-the-treaty-of-waitangi-and-doc/](http://www.doc.govt.nz/get-involved/apply-for-permits/iwi-consultation/principles-of-the-treaty-of-waitangi-and-doc/)> accessed 18 August 2016. See also Llewellyn, 'Maori and the environment', 472-3.

relation to the final recognised principle, the Crown must preserve a capacity to give redress for Treaty breaches, and in such cases Māori and the Crown should strive for reconciliation as grievances are addressed.<sup>108</sup> Hence consultation in and participation of Māori in conservation matters is an integral part of Aotearoa New Zealand's conservation scheme.

The list of other conservation legislation under Schedule 1 'Other enactments administered by Department' of the Conservation Act 1987, such as the National Parks Act 1980 and the Wildlife Act 1953, are all subject to the Treaty principles as DOC is responsible for their application. Due to the *Whale-Watching* case in 1995 the Court of Appeal concluded that all conservation legislation in the list is subject to the obligation in s. 4, namely to give effect to the principles of the Treaty.<sup>109</sup>

The wording of the Conservation Act 1987 in s. 4, 'to give effect', is stronger than many other references to the Treaty or Treaty principles in other statutes. It suggests an active and positive duty for the DOC. Overall the DOC has therefore encouraged the development of relationships, mutual understanding and partnerships with Māori communities for enhanced conservation of the country's environment. They have supported new opportunities to work with Māori for achieving conservation goals and enhancing traditional Māori knowledge. To give a figure, in 2014-2015 some 30 per cent of the DOC's partnerships involved Māori.<sup>110</sup>

The Conservation Act 1987 provides for preparation of mandatory regional conservation management strategies (CMS) and conservation management plans (CMP).<sup>111</sup> Each CMS will be slightly different and will reflect the concerns and priorities of each area, and each is submitted under an extensive public consultation process, including consultation with Māori. CMP are implementing in more detail the strategies in the CMS. In these regional strategies and plans may include provisions for appropriate Māori access to traditionally important resources in that region. Provisions have been made for Māori customary use of native species in various CMS's.<sup>112</sup>

A source of dispute of the management of natural resources has, however, been Māori access to and use of natural resources for cultural and traditional purposes; it is often the native plants and animals that have protected status. Under the Wildlife Act 1953 normally all native wildlife are strictly protected. The Conservation Act 1987 includes specific provisions for Māori customary use of plants on conservation areas<sup>113</sup>, and by specific authorisation Māori may take plants from such area on the purpose of traditional Māori uses, such as medicine plants.<sup>114</sup> Each regional conservancy office of the DOC has the responsibility to manage Māori customary use of available material in the region. This includes establishing criteria and procedures, considering applications from Māori, and approving or declining those applications. In the absence of national DOC policy, each conservancy has developed its own process for dealing with Māori issues. Some conservancies have established advisory committees with mixed Māori and *Pakeha* members whereas a few other conservancies directly refer applications to relevant tribe or sub-tribe for their advice.<sup>115</sup>

Although the umbrella statute, the Conservation Act 1987, in Part 4, stipulates a number of area protection categories, such as conservation parks and wilderness areas, specific acts regulate other categories of protected areas. Of most relevance are the National Parks Act 1980 and the Reserves Act 1977, each with its own aim related to protecting the environment

---

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> *Ngai Tahu Maori Trust Board v. Director-General of Conservation* [1995] 3 NZLR 553. In this case the Ngai Tahu tribes' claim to a veto right was rejected. For a short background see e.g. Allard, 'Two sides of the coin', 101.

<sup>110</sup> Llewellyn, 'Maori and the environment', 472; Ruru, 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks', 117.

<sup>111</sup> Conservation Act 1987 ss. 17D-17E.

<sup>112</sup> 'Maori Customary Use of Native Birds, Plants and other Traditional Materials', 26-7.

<sup>113</sup> According to the Act's s. 2 on definitions, conservation area means basically any land or foreshore being held under this Act for conservation purposes.

<sup>114</sup> Conservation Act 1987 s. 30(2)-(3).

<sup>115</sup> 'Maori Customary Use of Native Birds, Plants and other Traditional Materials', 31-4.

in a broad sense. These Acts are administered under DOC and subject to the requirement in s. 4 of the Conservation Act, described above. As explained by Jacinta Ruru, this provision is 'steeped in a legal reconciliation discourse'.<sup>116</sup>

As a recent initiative for reconciliation in Aotearoa New Zealand's national parks governance, the Te Urewera, provides an interesting example, illustrating the possibility to creative legal thinking.<sup>117</sup> Due to a longstanding struggle of the tribe (Ngāi Tūhoe), the former Te Urewera National Park, designated in 1954, was in 2014 turned to a new legal entity, simply called just 'a legal entity' and stating that it has 'all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person'.<sup>118</sup> The tribe had never agreed that their homeland was turned into a national park and years of negotiation with the Crown a settlement was reached and turned into an act, the Te Urewera Act 2014. It has been described as a legal revolutionary piece of legislation, not just in Aotearoa New Zealand but also in an international context.<sup>119</sup> Section 3 of the Act reflect some of the ideas behind this arrangement. It is, for instance, declared that 'Te Urewera is ancient and enduring, a fortress of nature, alive with history; its scenery is abundant with mystery, adventure, and remote beauty', and that it is 'a place of spiritual value, with its own mana and mauri'. By this the tribe and the Crown 'together [have] taken a unique approach (...) to protecting Te Urewera in a way that reflects New Zealand's culture and values'.

With the new Act the Te Urewera ceased to be a national park and is no longer Crown land nor vested in the Crown. It became fee simple estate and is managed by the new Te Urewera Board, which, for instance, will approve the management plan for the entity (not the DOC). In the beginning the Board will have half its members from the tribe and the other half from Crown appointees, but the idea is that over a couple of years the Board will consist of a majority of Māori members. When the Board is exercising its functions it must consider and provide for the relationship of the Māori in the area and their culture and traditions with Te Urewera, in other words reflect customary values and customary laws. The Board shall also work with the chief executive of the tribe and the Director-General of Conservation to develop an annual budget and contribute equally to the costs.<sup>120</sup>

The case of Te Urewera proves that reconciliation between the Crown and an Indigenous group is possible even when relationships have been extremely tense for a long time.<sup>121</sup> It also proves that it is possible to come up with legal inventions in the area of area protection that reflect a broader array of cultures and beliefs.

## 5. Summary of the Main Characteristics

Below follow a short description of the main characteristics of the New Zealand legal system with emphasis on Māori rights and the reconciliation of the two people (Māori and *Pakeha*). Even though Aotearoa New Zealand is a 'common law country' with a strong court system it is a unitary state (and a monarchy) with national, regional and local governments that to some extent resemble the Nordic structure of governance. Moreover, Aotearoa New Zealand has one Indigenous people, the Māori, and besides that a large proportion of its citizens are immigrants, with the result that the country today forms a multicultural society. With this said, although each jurisdiction is distinct with respect to its history and legal structure, some aspects could be drawn comparatively with respect to the Nordic and Finnish situation, not the least as inspiration for future reforms and dealings with the Sami.

116 Ruru, 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks', 115.

117 Ibid., 120. On national parks in generally see Ruru, 'Settling Indigenous Place' (PhD diss.).

118 Te Urewera Act 2014, s. 11(1).

119 Ruru, 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks', 120-1.

120 Ruru, 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks', 120; Te Urewera Act 2014, ss. 12, 16-21, 38.

121 In the tribe's general settlement legislation, the Tūhoe Claims Settlement Act 2014, the history of Treaty breaches, such as land confiscations, and a long apology from the Crown is encompassed. Ruru, 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks', 122.

Among the general differences are of course that there exists not a single traditional Māori homeland area, whereas Māori have tribal territories across the North and South Islands because Māori still have strong tribal roots to certain lands and strong kinship ties to the *iwi*. Māori society today is extremely diverse. An important pan-Māori association is the New Zealand Māori Council but of most practical significance are the *iwi* bodies. Some have elected bodies that are authorised to speak on behalf of the people, and some bodies may be established by statute to administer compensation given by the government on the basis of a Treaty settlement, where the boards distribute funds to support the well-being of the tribe.

The core legal document for Māori rights is the Waitangi Treaty from 1840 that was signed between a majority of Māori chiefs and a representative of the British Crown. Despite its age and its three short articles, it has an immense importance for how Māori rights are articulated and recognised today. Both territorial rights and consultation obligations for the Crown flow from this Treaty. On the basis of the Waitangi Treaty, and the discrepancy between the two language versions of the text, a set of Treaty principles have been developed over time, and, as a result, most statutes refer to the principles of the Treaty rather than to the Treaty itself. Following key principles are recognised: the principle of a partnership-like relationship; the principle of active protection/protection of *taonga* (valued resources, treasures); the principle of redressing grievances, and the principle of consultation. The acknowledgement of the *partnership* between Māori and other New Zealanders as well as proper consultations is paramount in the Treaty principles. However, the principles are not once and for all fixed and may be understood slightly different by competent authorities when applying them.

In addition, the Waitangi Treaty is fundamental in settlements between Māori tribes/sub-tribes and the Crown (the Office of Treaty Settlements) while these settlements are negotiated on the basis of the Treaty. Commonly the more recent Treaty settlement legislation includes tribal world-views, describing the cultural, spiritual and historical relationships with e.g. mountains and rivers. Legislation also reiterates the apology of the Crown for past wrongs. Quite often the settlement includes return of ownership to smaller parcels of lands, co-management arrangements for certain conservation areas or specific resources as well as economic compensation. Land right issues are, thus, commonly solved via modern treaties. In sum, the benefits of a settlement become available to all members of the tribe/sub-tribe, wherever they live.

International law in general does not play a vital role in the New Zealand legal system. The country is not party to the ILO Convention 169, and a potential ratification has never genuinely been put forward. With respect to UNDRIP Aotearoa New Zealand first voted against the adoption of the Declaration in 2007, but later, in 2010, reconsidered and expressed its support. It is a bit ironic that the countries that generally have a good reputation for putting forward progressive legislation and programs with respect to its Indigenous peoples where the ones rejecting the adoption of UNDRIP in the General Assembly meeting, i.e. the USA, Canada, Aotearoa New Zealand and Australia. However, these are also the same countries that already have solved many issues with respect to their Indigenous peoples in ways that goes farther than international law actually requires.

With this backdrop it can be concluded that, for the most part, the legal development in the area of Māori rights is internal, in the sense that it is the national legal system and law that forms the basis for progress, even if especially the courts are mindful of the development in other common law countries (and often refer to such landmark cases). Nevertheless, key is the Waitangi Treaty and statutes that explicitly requires that decision-makers must take into account the Treaty principles. The New Zealand courts have also been very active in protecting Māori rights and interests, especially those courts who sit on the top, and as a general rule courts have law-making functions in a way that Finnish (or Swedish) courts do not have.

In short, it has been a parallel development between the courts, the Waitangi Tribunal and the legislature. The Waitangi Tribunal as a quasi-judicial body has generally been a success for Māori claims. Since its establishment in 1975, Māori could now turn to a national body with their claims and grievances with efficiency. The Tribunal's findings in their reports have normally been accepted by the government, and the legislature has, for the most part, responded positively towards cases and Tribunal reports and amended legislation as well as being engaged in settlement processes and drafted settlement legislation. Hence, the recognition and development of Māori rights and various forms of co-management of land and/or natural resources have generally taken place outside the international Indigenous rights' discourse.

One could even argue that new legal innovations have been driven by conflicts, both from legal claims and Treaty settlement processes. A recent example is the arrangement of Te Urewera, a former national park, but now changed into a specific 'legal entity' and managed by a new Board consisting of a majority of members of the Ngāi Tūhoe tribe. The former Te Urewera National Park was designated in 1954 but the tribe never agreed that their homeland was turned into a park. After longstanding struggles and years of negotiation with the Crown, a settlement was reached. The settlement legislation, the Te Urewera Act 2014, has attracted international attention and has been described as a revolutionary piece of legislation.

Another example is the Te Arawa tribe's settlement reached in 2004. In recent years there has been an increasing controversy between the Crown and Māori regarding rights to and management of freshwater resources. The settlement with Te Arawa concern a number of lakes, called Te Arawa Lakes, of which a co-management structure now have been put in place for managing the Lakes, and the tribe are once again recognised as the caretaker.

The question of defining who is Māori has been complex mostly in relation to Treaty settlement processes. One central issue concern representation, i.e. who represents whom and as to what, which is an issue that over the last 50 years or so has become frequently unclear and unsettled. It relates both to resource management decisions, where Māori has an important role, and in settlement processes to restore tribal governance. Another identity issue concern urban Māori and those who no longer know their ancestral links to an *iwi*. This has been, and continues to be, problematic in relation to pan tribal settlements, such as the allocation of fish quota and redress to all *iwi*. Apart from these identity and representation problems, the statutory definition of who is Māori is broadly construed and, importantly, rooted in the Māori culture and society. You may belong to the 'Māori race' if you are descendant of a Māori person as long as you can trace your *whakapapa* (genealogy) to a specific *iwi*, and as long as you self-identify as Māori. Therefore there have not been any conflicts between group acceptance and individual self-identification, but you still need to be a member of 'your' *iwi* in order to be regarded as Māori in society.

As indicated above, consultation is a key component in the Treaty principles and the partnership between the Crown and Maori. Consultation is implemented on national, regional and local levels, especially in the context of the environment. Compared to many other countries Māori has a strong influence in the decision-making relating to land use and natural resource management. The key statutes, the Resource Management Act 1991 and the Conservation Act 1987 include provisions stating that the Treaty principles shall be regarded in all decision-making. With respect to the RMA, authorities must also have particular regard to incorporated Māori concepts related to the environment, foremost *kaitiakitanga* (guardianship).

Consequently, statutory references and interpretation of Treaty principles require participation of Māori in decision-making that affects them. A problematic feature has been that the RMA neither includes a definition of consultation, nor any guidance on how consultation shall be carried out or minimum requirements. Clarification has instead come from case law regarding consultation obligations.



To conclude, the core 'legal anchors' for Māori rights in Aotearoa New Zealand are the Treaty of Waitangi – including settlement legislation, the Resource Management Act, Māori law (*tikanga* Māori) – which has not been addressed here but still is always present in dealings with the Māori, and inherited English common law (the doctrine of customary title and customary rights) – that offers an alternative cause of action for the recognition of Māori territorial rights.

## 6. Aotearoa Uuden-Seelannin pääpiirteiden tiivistelmä

Kääntäjä: Henri Wiman

Tässä kappaleessa kuvataan lyhyesti Uuden-Seelannin oikeusjärjestelmän pääpiirteet, painottaen Māori-oikeuksia sekä kahden kansan väliensovittelua (Māori ja *Pakeha*).

Vaikka Aotearoa Uusi-Seelanti on 'tapaoikeus-maa,' ja omaa vahvan tuomioistuinjärjestelmän, se on yhtenäinen valtio (ja kuningaskunta), jonka kansallisen, alueellisen ja paikallisen hallinnon tasot muistuttavat jossain määrin Pohjoismaiden hallintomallia. Lisäksi Aotearoa Uudella-Seelannilla on yksi alkuperäiskansa, māorit, sekä suuri maahanmuuttajaväestö, mikä tekee maasta tänä päivänä monikulttuurisen yhteiskunnan. Vaikka kullakin hallintoalueella on omat historiansa ja oikeusrakenteensa, joitakin yhtäläisyyksiä voidaan vetää Pohjoismaiden ja Suomen tilanteeseen. Niitä voidaan käyttää esimerkkeinä saamelaisia koskevissa asioissa ja lakiuudistuksissa.

Yleisenä peruserona pohjoismaiseen tilanteeseen on se, ettei Uudessa-Seelannissa ole ole-massa yhtä tiettyä perinteistä māorien kotiseutualuetta. Māoreilla on heimomaita niin eteläisillä kuin pohjoisilla saarilla, sillä heimoilla on edelleen vahvat juuret tietyillä mailla sekä vahva yhteisyys *iwi*-ryhmiin. Tämän päivän Māori-yhteiskunta on äärimmäisen moninainen. Uuden-Seelannin Māori valtuusto on tärkeä yleinen Māorien yhdistys, mutta *iwi*:t ovat käytännössä tärkeimpiä elimiä. Joillakin niistä on vaalein valittuja elimiä, joilla on oikeus puhua edustamansa ryhmän puolesta. Jotkin elimet voivat olla säännöksillä perustettuja hallinnoimaan valtion korvauksia Waitangin sopimuksen mukaisissa ratkaisuisissa. Näissä elimissä lautakunnat jakavat varoja heimon hyvinvoinnin tukemiseksi.

Māori päälliköiden ja valtion (*the Crown*) välinen Waitangin sopimus vuodelta 1840 on keskeisin māori-oikeuksien asiakirja. lästään ja lyhydestään huolimatta sopimuksella on suuri merkitys māorien oikeuksien artikuloinnissa yhä tänä päivänä. Sekä maa-oikeudet että valtion konsultaatiovelvollisuus kumpuavat tästä sopimuksesta. Koska sopimuksen kahdessa erikieliselällä versiossa on eroavaisuuksia, ajan mittaan on luotu sopimukseen pohjautuvat sopimusperiaatteet, joihin säännökset yleisemmin viittaavat varsinaisen sopimustekstin sijasta. Seuraavat keskeiset periaatteet tunnustetaan: kumppanuudenomaisten suhteiden periaate, *taonga*:n (arvokkaiden luonnonvarojen – "aarten") aktiivisen suojelun periaate, epäoikeudenmukaisuuksien oikaisun periaate ja konsultaatioperiaate. Māorien ja uuden-seelantilaisten välisen *kumppanuuden* sekä asianmukaisen konsultaation tunnustaminen ovat sopimusperiaatteista tärkeimmät. Periaatteet eivät kuitenkaan ole muuttumattomia ja yhteysviranomaiset voivat tulkitä periaatteita hieman eri tavoin niitä soveltaessaan.

Lisäksi Waitangin sopimus on keskeinen Māori heimojen/ala-heimojen ja valtion (*Office of Treaty Settlements*) välisissä ratkaisuisissa. Uusimmat lait pitävät sisällään usein heimojen maa-ilmankatsomukset, joissa kuvataan kulttuurista, hengellistä ja historiallista sidettä esimerkiksi vuoriin ja jokiin. Lainsäädännössä myös toistetaan valtion anteeksipyyntö menneistä vääryyksistä. Ratkaisuihin sisältyy usein suppeiden alueiden omistajuuden palauttamista, yhteishallintojärjestelyjä tiettyihin suojelualueisiin tai luonnonresursseihin sekä taloudellisia korvauksia. Maa-oikeus- kysymyksiä ratkotaan täten tyypillisesti nykyaikaisten sopimusten kautta. Ratkaisujen hyödyt tulevat kaikkien heimon/ala-heimon jäsenten saataville, missä ikinä he asuvatkaan.

Kansainvälisellä oikeudella ei yleisesti ottaen ole keskeistä osaa Uuden-Seelannin oikeusjärjestelmässä. Valtio ei ole ILO sopimus No. 169:n osapuoli eikä ratifiointisuunnitelmia ole ikinä vakavasti edistetty. Vuonna 2007 Aotearoa Uusi-Seelanti äänesti aluksi YK:n ihmisoikeusjulistuksen hyväksymistä vastaan mutta uudelleen harkittuaan 2010 ilmaisi tukensa julistukselle. On hieman ironista, että maat, joilla on yleisesti hyvä maine edistyksellisen alkuperäiskansalakiin ja -ohjelmien luomisessa ovat samoja, jotka hylkäsivät alkuperäiskansajulistuksen YK:n yleiskokouksessa: USA, Kanada, Aotearoa Uusi-Seelanti ja Australia. Nämä maat ovat kuitenkin jo ratkaisseet useita alkuperäiskansakysymyksiä tavoin, jotka ylittävät kansainvälisen oikeuden vaatimukset.

Tätä kontekstia vasten voidaan todeta, että māori-oikeuksien kehittyminen on enimmäkseen ollut valtion sisäistä siinä mielessä, että edistyksen pohja on kansallinen oikeusjärjestelmä ja lainsäädäntö, vaikka erityisesti tuomioistuimet ovatkin tietoisia muiden tapaoikeusmaiden oikeuskehityksestä (ja usein viittaavat näihin rajapyykki-tapauksiin). Joka tapauksessa avainasemassa ovat Waitangin sopimus sekä säädökset, jotka selvästi vaativat päätöksentekijöitä huomioimaan sopimusperiaatteet. Uuden-Seelannin tuomioistuimet, erityisesti ylimmillä tasoilla, ovat myös hyvin aktiivisia māorien oikeuksien ja intressien suojelussa ja omaavat lainsäädäntötehtäviä, joita Suomen (tai Ruotsin) tuomioistuimilla ei ole.

Kehitys on ollut rinnakkaista tuomioistuinten, Waitangi-tribunaalin ja lainsäädäntöelinten kesken. Kvasioikeudellinen Waitangi-tribunaali on yleensä ollut māorien vaatimuksien kannalta onnistunut. Māorit ovat tribunaalin perustamisesta (1975) asti pystyneet tehokkaasti kääntymään vaatimustensa ja valitustensa kanssa kansallisen elimen puoleen. Hallitus on tyypillisesti hyväksynyt tribunaalin raporttien päätökset, ja lainsäädäntöelimet ovat reagoineet enimmäkseen positiivisesti oikeustapauksiin, tribunaalin raportteihin, lainmuutoksiin sekä osallisuuteensa ratkaisumenettelyissä ja ratkaisulainsäädännön luonnoksissa. Māorien oikeuksien tunnustaminen ja kehittäminen sekä maiden ja/tai luonnonvarojen yhteishallinto ovat näin yleensä tapahtuneet kansainvälisen alkuperäiskansaoikeusdiskurssin ulkopuolella.

Voidaan jopa väittää, että oikeustapauksiin ja Waitangin sopimukseen liittyvät ristiriidat ovat olleet omiaan synnyttämään uusia oikeudellisia innovaatioita. Viimeaikaisena esimerkkinä on Te Urewera:n entinen kansallispuisto, joka on nyt muutettu erityiseksi 'oikeusentiteetiksi', jota hallinnoi enimmäkseen Ngāi Tuhoe -heimon jäsenistä koostuva uusi lautakunta. Aiempi Te Urewera -kansallispuisto perustettiin 1954, mutta heimo ei ikinä hyväksynyt kotiseutuaan määriteltäväksi kansallispuistoksi. Ratkaisuun päästiin pitkäaikaisen kamppailun ja vuosien neuvottelujen tuloksena valtion kanssa. Ratkaisulainsäädäntö, *Te Urewera Act* (2014), on saanut kansainvälistä huomiota ja sitä on kuvattu vallankumoukselliseksi lakihankkeeksi.

Toinen esimerkki on Te Arawa -heimoa koskeva ratkaisu vuodelta 2004. Viime vuosina kiistely valtion ja Māorien välillä oikeudesta makeavesivarojen hallintaan on kiihtynyt. Te Arawa -heimon ratkaisu koskee *Te Arawa Lakes* -järviä, joita varten on perustettu yhteishallintojärjestelmä, ja heimo tunnustetaan jälleen järvien hoitajaksi.

Māorimääritelmä on ollut monimutkainen kysymys enimmäkseen Waitangin sopimuksen ratkaisumenettelyissä. Eräs keskeinen kysymys koskee edustavuutta, t.s. kuka edustaa ketä ja missä asioissa, mikä on viimeisen noin 50 vuoden aikana usein ollut epäselvää ja vailla ratkaisua. Kysymys liittyy niin luonnonvarojen hallinnan päätöksiin, joissa māoreilla on tärkeä rooli, kuin heimohallinnon palauttaviin ratkaisumenettelyihin. Toinen identiteetti-kysymys liittyy kaupunkilaisiin māoreihin ja niihin, jotka eivät enää tunne esivanhempiansa sidettä *iwi*:in. Tämä on ollut ja on edelleen ongelmallista kaikkia heimoja koskevien ratkaisujen kannalta, kuten kalakiintiöiden jaossa ja hyvityksissä, jotka koskevat kaikkia *iwi*:ä.

Oleennaista on kuitenkin, että lakisääteinen määritelmä perustuu laajalti määriien kulttuuriin ja yhteiskuntaan. Tästä kumpuavan määritelmän mukaan määriihin kuuluu henkilö, joka on määri-henkilön jälkeläinen, kykenee jäljittämään *whakapapa*:nsa (genealogiansa) tiettyyn *iwi*:in ja pitää itseään määriina. Ristiriitoja ryhmähyväksynnän ja henkilökohtaisen identiteetin välillä ei siis ole ollut. Henkilön tulee silti olla 'oman' *iwi*:nsä jäsen, jotta hänet voidaan nähdä osana määriyhteiskuntaa.

Kuten aiemmin mainittiin, konsultaatio on Waitangin sopimuksen periaatteiden ja valtion ja määriien välisen kumppanuuden avainosa. Konsultaatio toteutetaan kansallisella, alueellisella ja paikallisella tasolla erityisesti ympäristöasioissa. Muihin maihin verrattuna määriillä on vahva vaikutus maiden ja luonnonvarojen hallintaan liittyvässä päätöksenteossa. Keskeisimmät säännökset, *Resource Management Act 1991* ja *Conservation Act 1987*, sisältävät ehdon, että Waitangin sopimusperiaatteet otetaan päätöksenteossa huomioon. *Resource Management Act*:n tapauksessa viranomaisten tulee erityisesti huomioida määriien luontokäsitteet, ennen kaikkea *kaitiakitanga* (eng. *guardianship*, huoltajuus).

Säännökset ja Waitangin sopimuksen periaatteiden tulkinnat edellyttävät määriien osallistumista heihin vaikuttavaan päätöksentekoon. On ollut ongelmallista, että *Resource Management Act* ei sisällä konsultaation määritelmää eikä anna ohjeita konsultaation toteuttamisesta tai sen minimivaatimuksista. Ennakkopäätökset ovat sen sijaan selvittäneet konsultaation vaatimuksia.

Keskeisimmät Määriien oikeuksien 'ankkurit' Aotearoa Uudessa-Seelannissa ovat Waitangin sopimus – sisältäen ratkaisulainsäädännön, *Resource Management Act*:n ja Määriien oman lain (*tikanga* Määri), jota ei ole tässä käsitelty mutta joka aina huomioidaan määriihin liittyvissä asioissa – ja peritty Englannin tapaoikeus (*the doctrine of customary titles and customary rights*), joka tarjoaa vaihtoehdoisen syyteoikeuden määriien alueellisten oikeuksien tunnustamiselle.

## References

### Literature

- Allard, Christina. 'Two Sides of the Coin: Rights and Duties. The Interface between Environmental Law and Saami Law Based on a Comparison with Aotearoa/New Zealand and Canada' (PhD diss.). Luleå: Luleå University of Technology, 2006. Online at <<http://epubl.ltu.se/1402-1544/2006/32/>>.
- Allen, Stephen. 'The UN Declaration on the rights of Indigenous peoples and the limits of the international legal project'. In *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Stephen Allen and Alexandra Xanthaki. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Anaya, James. *Indigenous peoples in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Boast, Richard, et al. *Maori Land Law*. Wellington: LexisNexis, 2004.
- Boast, Richard. 'The Treaty of Waitangi and environmental law'. In *Handbook of Environmental Law*, ed. Rob Harris. Wellington: Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Inc. 2004.
- Carter, Lyn. 'The 'Big H': Naming and claiming landscapes'. In *Making our place. Exploring land-use tensions in Aotearoa New Zealand*, eds. Jacinta Ruru, Janet Stephenson and Mick Abbott. Dunedin: Otago University Press, 2011.
- Durie, Mason. *The Politics of Maori Self-Determination*. Auckland: Oxford University Press, 1998.
- Graham, Sir Douglas. 'The Legal Reality of Customary Rights for Maori'. Treaty of Waitangi Research Unit, Occasional Papers Series, Number 6. Wellington: Victoria University, 2001.
- Graham, Douglas. *Trick of Treaty?* Wellington: Institute of Policy Studies, 1997.
- Harper-Hinton, Julia Kahu. 'The co-management of the Te Arawa Lakes'. Master of Laws diss., Victoria: University of Wellington, 2015.
- Llewellyn, Donna. 'Māori and the environment'. In *Handbook of Environmental Law*, ed. Rob Harris, Rob. Wellington: Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Inc, 2004.
- 'Maori Customary Use of Native Birds, Plants and other Traditional Materials'. Interim Report and Discussion Paper. Wellington: New Zealand Conservation Authority, 1997.
- Memon, P. Ali and Harvey Perkins. *Environmental Planning and Management in New Zealand*. Palmerston North: Dunmore Press Ltd, 2000.
- Memon, P. Ali and Cullen, R. C. 'Rehabilitation of Indigenous Fisheries in New Zealand'. In *Resources, Nations and Indigenous Peoples. Case Studies from Australia, Melanesia and Southeast Asia*, eds. Howitt, Connel and Hirsch. Melbourne: Oxford University Press, 1996.
- Ministry for the Environment. 'Case Law on Tangata Whenua consultation'. Wellington: Ministry for the Environment, 1999.
- Ministry for the Environment, 'Consultation with Tangata Whenua'. Wellington: Ministry for the Environment, 1991.
- Mulholland, R. D. *Introduction to the New Zealand Legal System*. Wellington: Butterworths, 1999.
- Orange, Claudia. *The Treaty of Waitangi*. Wellington: Bridget Williams Books Limited, 1992.
- Palmer, Geoffrey. *New Zealand's Constitution in Crisis. – Reforming our Political System*. Dunedin: John McIndoe, 1992.
- Park, Geoff. 'Going between Goddesses'. In *Foundational histories in Australia and Aotearoa New Zealand*, eds. Neumann, Thomas and Ericksen. Sydney: UNSW Press, 1999.
- Ruru, Jacinta. 'Reimagining governance for 'Yellowstone' modeled national parks in the new era of Indigenous legal recognition'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes – Nordic Conservation Regimes in Global Context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. London: Routledge, 2016.

Ruru, Jacinta, Paul Scott and Duncan Webb. *The New Zealand legal system. Structures and processes*. Wellington: LexisNexis, 2016.

Ruru, Jacinta. 'Te tiriti o Waitangi/the Treaty of Waitangi' (Ch. 5). In *The New Zealand legal system. Structures and processes*, eds. Jacinta Ruru, Paul Scott and Duncan Webb. Wellington: LexisNexis, 2016.

Ruru, Jacinta, 'Partial privatisation no material impairment to remedying Treaty breaches – New Zealand Māori Council v Attorney-General [2013] NZSC 6', *Māori Law Review*, March 2013. Online at <<http://Māorilawreview.co.nz/2013/03/partial-privatisation-no-material-impairment-to-remedying-treaty-breaches-new-zealand-Māori-council-v-attorney-general-2013-nzsc-6/>>.

Ruru, Jacinta. 'Settling Indigenous Place: Reconciling Legal Fictions in Governing Canada and Aotearoa New Zealand's National Parks' (PhD diss.). Vancouver: University of Victoria, 2012.

Ruru, Jacinta. 'The Maori Encounter with Aotearoa: New Zealand's Legal System'. In *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, eds. Benjamin J Richardson, Shin Imai and Kent McNeil. Portland: Hart Publishing, 2009.

Scragg, Richard J. *The Principles of Legal Method in New Zealand*. Melbourne: Oxford University Press, 2008.

Sharp, Andrew. 'Recent Judicial and Constitutional Histories of Maori'. In *Histories, Power and Loss. Uses of the Past - a New Zealand Commentary*, eds. Sharp and McHugh. Wellington: Bridget Williams Books, 2001.

Wainwright, Carrie. 'Māori Representation Issues and the Courts'. *Victoria University of Wellington Law Review* 33 (2002).

Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

## Cases

*Attorney-General v. Ngati Apa* [2003] 3 NZLR 643.

*Attorney-General v. New Zealand Maori Council* [1991] 2 NZLR 129.

*New Zealand Māori Council v Attorney-General* [2013] NZSC 6.

*New Zealand Maori Council v. Attorney-General* [1989] 2 NZLR 42.

*New Zealand Māori Council v. Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641.

*Ngai Tahu Māori Trust Board v. Director-General of Conservation* [1995] 3 NZLR 553.

*Paki v Attorney-General (No 2)* [2015] 1 NZLR 67.

*Te Ruananga o Muriwhenua Inc v. Attorney General* [1990] 2 NZLR 641.

*Te Ruananga o Wharekauri Rekohu Inc v. Attorney General* [1993] 2 NZLR 301.

*Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society* [1994] 2 NZLR 20.

## 12. CANADA

Christina Allard\*

### 1. The General Legal Context and Basis for Aboriginal Rights

#### 1.1. Introduction

Canada is a vast country (second largest in the world) and it spans over six time zones. With such a large landmass, the geography is very diverse, embracing mountain regions, fertile plains, huge forests, arctic tundra and permanent ice caps. The population density is low, three persons per square kilometre, and almost 80 per cent of Canada's 31 million people is concentrated in the urban areas.<sup>1</sup> The original inhabitants of Canada are traditionally called Aboriginal peoples as a common name, not Indigenous peoples even if that term is becoming increasingly common. The meaning is still the same. Three distinct Aboriginal peoples are identified: First Nations (Indians), Inuit (formerly named Eskimos) and Métis, a people with their own unique culture, traditions, way of life and nationhood. Because of the vastness of the country, the diversity of the jurisdiction and the Aboriginal peoples this chapter does not aspire to be complete but does aim to highlight some general traits.

Canada has 1.4 million Aboriginal peoples, representing 4.3 per cent of the total Canadian population.<sup>2</sup> Of the people who identify themselves as Aboriginal, First Nations are in majority (60 per cent); Métis comprise some 30 per cent and Inuit 4 per cent. Ontario is the province with the largest number of Aboriginal people, and in Nunavut and Northwest Territories Aboriginal peoples make up the largest share of the population.<sup>3</sup> Since the Second World War, many Aboriginal peoples living in rural or reserve areas have moved to urban areas and particularly to Canada's largest metropolitan centres. About half of the Aboriginal population lives today in urban areas.<sup>4</sup> Nevertheless, as with other former British colonies, there is a gap separating Aboriginal peoples from other Canadians in terms of the quality of life that remains stubbornly wide.<sup>5</sup>

Canada is often seen as a leader concerning Aboriginal rights because the country has for several decades, in various ways, tried to decolonise its laws and policies to reflect the initial partnership with the country's Aboriginal peoples. It is however a slow process. One catalyst was government initiated investigations, more precisely the Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP). It was a Canadian Royal Commission established in 1992 and issued its conclusions in a final report in 1996, consisting of a 4,000 pages in five volumes. The report covered a vast scope of issues and included a large number of recommendations ranging from new legislation to financial resources, forming a 20-year agenda for change. The report centered on a vision of a new relationship, founded on the recognition of Aboriginal peoples as self-governing nations with a unique place in Canada.<sup>6</sup>

It should be noted that, as in Aotearoa New Zealand, international law has not been a major source of inspiration for this process to take place. It is mainly a result of the development of

\* Warm thanks to Nigel Bankes for valuable comments on the text, and equally warm thanks to Audra Simpson for providing new material with respect to the Métis and the *Daniels* case.

1 O'Callaghan and Bursley, 'Canada', 63.

2 Cf. the 2006 Census (3.8 per cent) and the 1996 Census (2.8 per cent). Data from the National Household Survey (NHS), 2011, Statistics Canada. See at <[www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm)> accessed 20 September 2016.

3 Ibid.

4 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 814.

5 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Gathering Strength*, 1-2, 107-8, chapters 2-3. Aboriginal people suffer from ill health, insufficient and unsafe housing, polluted water supplies, inadequate education, poverty, and family breakdowns.

6 See e.g. the Parliament web page at <[www.lop.parl.gc.ca/content/lop/ResearchPublications/prb9924-e.htm](http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/ResearchPublications/prb9924-e.htm)> accessed 27 October 2016. The commission consisted of several high-profile Aboriginal members and lawyers. Importantly, members of the Commission traveled to numerous Aboriginal communities to interview them on their past and current conditions.

federal and provincial laws and policies, with a strong emphasis on the landmark cases from the Supreme Court of Canada on Aboriginal rights. Modern treaties are also being negotiated by various Aboriginal communities and the Crown, to right the wrongs and set a new course for the future supporting the community. Canada is not a party to the ILO Convention 169. The state voted against the adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), but three years later reversed its position. One of the key reasons was Declaration's adoption of the 'free, prior and informed consent' standard.<sup>7</sup> However, Canada's duty to consult its Aboriginal peoples goes far, as evident below under the subsection Participatory rights.

Nonetheless, there is an interesting development going on with respect to the UNDRIP. There is both a change in the State's rhetoric that now point to a possible implementation of the Declaration through legislation and policy, and a change with respect to case law. Recently several federal and provincial courts, including human rights tribunals, have explicitly referred to the Declaration. For the most part the courts have made general references, e.g. declared UNDRIP's usefulness as an interpretive aid to Canadian legislation. Courts have been reluctant to rely on, for instance, the free, prior and informed consent of the Declaration while there is clear Canadian law here (the duty to consult).<sup>8</sup>

The geographical and social vastness of Canada is reflected in its political and legal system. The creation of the present, interdependent state has been a gradual process, one that continued well into the twentieth century. Canada is a federal state where powers are distributed between the federal government and the governments of the provinces and territories.<sup>9</sup> Two legal systems operate: common law and civil law (only in Quebec). Canada, like Aotearoa New Zealand, is a member of the Commonwealth and the Queen of England is head of state.<sup>10</sup> The key features of the Canada's legal system are: i) division of powers between federal and provincial governments; ii) a strong constitution and supervisory function of the Supreme Court of Canada; and iii) constitutional protection of Aboriginal and treaty rights.

The state of Canada was established in 1867 by an act of the British Parliament,<sup>11</sup> reflecting the rules of federalism. Over the next forty years, all other provinces joined, except for Newfoundland, which joined in 1949. The newest territory in Canada was created in 1999 (Nunavut) and replaces the eastern portion of Northwest Territories. The three territories (Nunavut, Yukon and the Northwest Territories) are still technically subordinate to the federal government.<sup>12</sup>

Under the federal system, the executive, legislative and judicial powers are divided between federal and provincial governments. In short, the federal level oversees matters that concern all of Canada, such as national defense, criminal law and fisheries.<sup>13</sup> In the same vein the federal Parliament has legislative authority over 'Indians, and Lands reserved for the Indians', which include all the Aboriginal peoples in Canada (Indians, Inuit and Métis), under section 91(24) of the Constitution Act 1867.<sup>14</sup> The provincial legislatures have specific exclusive powers, such as property and civil rights in the province, and generally all matters of a local or private nature in each province.<sup>15</sup> Legislation on non-renewable natural resources and forestry resources, including the development, conservation and management of these resources, is subject

7 Morse, 'Aboriginal Landmark Decision', 26; Allen, 'Limits of the International legal project', 228.

8 Information gathered from a power point presentation (October 2016) by Nigel Bankes and a synopsis of case law prepared by the law student Amy Matychuk. Note that in Manitoba there is a new legislation that refer to the principles of UNDRIP, see the Path to Reconciliation Act 2016.

9 There are ten provinces and three territories.

10 The Queen is represented by the Governor General for matters concerning Canada as a whole, by the Lieutenant Governors for the provinces, and by the Commissioners for the territories. See e.g. Gall, *The Canadian Legal System*.

11 The British North America Act 1867.

12 O'Callaghan and Bursley, 'Canada', 64, 66.

13 See Constitution Act 1867, s. 91. Part VI of the Act allocates powers between the two levels of government: the exclusive legislative powers of the federal parliament are classified in subjects. Matters that are not listed in s. 91 can still be a matter of legislative interest of the federal parliament if the matter relates to 'the Peace, Order, and good Government of Canada', see the beginning of s. 91.

14 Constitution Act 1867, s. 91(24). See also *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)* [2016] SCC 12. The case is addressed under Participatory Rights.

15 Constitution Act 1867, s. 92(13).

to exclusive provincial power.<sup>16</sup> The majority of the public land in Canada is owned by the provinces, but the federal government owns, for example, the land within national parks.<sup>17</sup>

Given overlapping jurisdictions, the relationship between federal and provincial laws is therefore complex. This feature makes it difficult to get a comprehensive overview of a certain legal area. Where there is a direct conflict between provincial and federal legislation, the doctrine of paramountcy provides that the federal laws prevail to the extent of inconsistency.<sup>18</sup>

This overlap is especially evident in the areas of environmental/natural resources law and Aboriginal law.<sup>19</sup> Provincial legislation may apply to Aboriginal peoples and lands unless those laws are inconsistent with a federal law.<sup>20</sup>

The Constitution of Canada plays a vital role in most legal matters.<sup>21</sup> All other legislation must be consistent with the Constitution, otherwise it is deemed to be of no force or effect by courts.<sup>22</sup> Of utmost importance is section 35 of the Constitution Act 1982 that provides for protection for existing Aboriginal and treaty rights. The Constitution of 1982 also added a bill of rights, the Canadian Charter of Rights and Freedoms (the Charter), which has constitutional status, and naturally also applies to Aboriginal peoples.<sup>23</sup> The Charter aims to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians. As such, the Charter enshrines the two official languages of Canada, English and French.

The Supreme Court of Canada is the highest court in Canada. It is the last judicial resort for all litigants. Its jurisdiction embraces both the civil law of Quebec and the common law of the other provinces and territories. Hence, the Supreme Court of Canada has the effect of melding the provincial hierarchies and the territories into a single national system. Over the past decades it has significantly redefined its role, increasingly moving towards a supervisory function.<sup>24</sup> The Court oversees the development of the law in the courts of Canada, and guides the provincial courts and the Federal Court on issues of national concern.<sup>25</sup>

In this, the Court's responsibility includes to measure legislative and executive action against the guarantees of individual and collective rights according to the Charter. A core interest for the Supreme Court is to uphold social stability and civic order, and the Court has stated that its administration of the rule of law must always be attentive to that. Consequently, the Court must ensure that there is no irreversible threat to the validity, force and effect of rights, obligations and respect for the identity and dignity of others.<sup>26</sup> This is a self-defined political role of the Supreme Court of Canada. The Court and the Charter has a broad public support. In fact, the Court has emerged as one of Canada's most important national public institutions, and with an international reputation. Its opinions are cited and followed by national courts around the world,<sup>27</sup> not least by New Zealand courts in the area of Indigenous rights.

---

16 Constitution Act 1867 ss. 92, 92A. Municipalities, which are created under provincial laws, can make by-laws to deal with local matters, such as snow removal and parking.

17 O'Callaghan and Burse, 'Canada', 67. Exemptions apply to, for instance, canals with lands and water power connected therewith and public harbors.

18 O'Callaghan and Burse, 'Canada', 66-7.

19 The courts have interpreted the constitutional provisions and have shed light on how they interact to justify particular pieces of legislation. See

O'Callaghan and Burse, 'Canada', 67.

20 Imai, *Aboriginal Law Handbook*, 5, 8, 10. However, if a provincial law of general application invade the area of exclusive federal jurisdiction it may be incorporated into federal law through s. 88 of the Indian Act 1985. This provision makes provincial laws applicable to Indians under certain circumstances. See e.g. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 578-91.

21 The Constitution of Canada consists of several legal documents, including old Acts and orders, but the most essential document is the Constitution Act 1982. The old Acts and orders include primarily documents admitting new provinces and territories, or altering boundaries. See Constitution Act 1982, s. 52(2). See also Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 6-10.

22 Constitution Act 1982, s. 52(1) maintains that the Constitution is the supreme law. Together with s. 24 there is a regime of constitutional supremacy enforced by judicial review. The regime is somewhat moderated by s. 33, which provides that both Parliament and the provincial legislatures may expressly declare that legislation shall operate notwithstanding the Charter's constitutional protection. This controversial section provides for legislative bodies to override many sections of the Charter by ordinary legislation, a product of short-term political trade-offs. See e.g. Manfredi, 'On the Virtues of a Limited Constitution', 43-4.

23 The first 34 sections of the Constitution Act 1982, contain the Charter. See further Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2-5, 38-44, chapter 3.

24 Monahan, 'The Supreme Court of Canada', 384-5.

25 *Ibid.*, 377.

26 Borrows, 'Aboriginal Peoples and the Supreme Court', 39-40.

27 Monahan, 'The Supreme Court of Canada', 397-8.



At the federal level there are also a Federal Court and a Tax Court. Additionally, each province has a system of courts, and although the names may vary, the structures are roughly similar across the country. Provincial court systems are usually divided into provincial courts, with provincially appointed judges, and superior courts, seated by federally appointed judges. Superior courts are further divided into trial and appeal levels, with the court of appeal being the highest court in the province. Appeals from provincial courts of appeal are filed in the Supreme Court of Canada. Decisions from the provincial courts are not binding upon other provincial courts, but seen as persuasive. Rulings of the Supreme Court of Canada are, however, binding on the provincial courts.<sup>28</sup>

The colonisation process in Canada has covered a long time-span and is complex. Aboriginal communities have their own stories of their first encounter and involvement with Europeans.<sup>29</sup>

Before colonization Aboriginal communities were distributed unevenly across the land, and the population density varied according to the ability of the lands to support livelihoods. Mobility, seasonal or permanent relocations, was common and virtually all Aboriginal communities moved, at least partly, in order to find economic opportunities or social interactions.<sup>30</sup> Most communities were hunters, fishers and gatherers. A surplus of a particular product provided a basis for trade within and among Aboriginal communities. Leadership and authority within the group were based on knowledge, experience and effective use.<sup>31</sup>

The first permanent European settlement started in 1608, by building a fort in the present city of Quebec. In the beginning the Atlantic fishery and the fur trade provided the basis for commerce. A consequence of the fur trade was the over-exploitation of animals and the abuse of the ecosystem, which made some groups dependent upon Euro-Canadians. Moreover, agricultural expansion and resource exploitation affected all Aboriginal peoples in every region, although the onset varied from place to place. Even if trade purposes were a common denominator encouraging a continuing relationship between Aboriginal peoples and Europeans, other motives for contact were Christian evangelization and the forming of military alliances. From the seventeenth century onward, France, England, Spain and Portugal sent missionaries to Canada.<sup>32</sup>

After European contact, deaths were common because of introduced diseases, violence and wars. The process of settlement and resource exploitation by Euro-Canadians, especially during the nineteenth century, was highly destructive. Settlements and mining frontiers everywhere led to dispossession, economic marginalization, and attempted assimilation of the Aboriginal communities. In contrast to the first colonization period, when there was a need to form alliances and lasting relationships, later approaches viewed the Aboriginal peoples as incidental to European objectives and as obstacles for development aims. As indicated, dispossession through negotiated treaties and cultural assimilation policies became a reality.<sup>33</sup>

Across Canada from the earliest days of contact a number of different historical treaties were negotiated.<sup>34</sup> Seven of the so-called 'numbered treaties', covering most of the plains, were negotiated between 1871 and 1877, partly as a response to the concerns of the plains people arising from the rapid decline of the buffalo. As a result of those numbered treaties, reserves were portioned out.<sup>35</sup> Nonetheless, there are large areas not subject to any treaties, i.e. most of

28 See e.g. O'Callaghan and Bursey, 'Canada', 68. See also the webpage of Department of Justice/Canada's court system at <<http://canada.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/>> accessed 28 September 2016.

29 Allard, 'Two sides of the coin', 30-1.

30 Miller, 'Introduction', 18.

31 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 460, 781-2.

32 O'Callaghan and Bursey, 'Canada', 63; Miller, 'Introduction', 19-20.

33 Miller, 'Introduction', 14, 17-9, 22-6.

34 For a map of historical treaties see web page of Natural Resources Canada at <<http://geogratis.gc.ca/api/en/nrcan-rncan/ess-sst/cb216b8f-8893-11e0-8ed0-6cf049291510.html#distribution>> accessed 28 September 2016.

35 Most of the reserves were set up in the mid-1880s and carved out from the worst land available, not subject to any future foreseeable resource developments. Today, the reserve land is a rather small portion of the country's total area and substantially smaller than the reserves set aside in the United States.

British Columbia and the three northern territories as well as portions of northern Quebec and Labrador.<sup>36</sup> In these areas there are comprehensive claims to Aboriginal title and Aboriginal rights claims filed in courts and/or subject to negotiation processes leading to modern treaties between the Crown and Aboriginal communities.<sup>37</sup>

The Royal Proclamation of 1763 is also important to mention here as it acknowledges a minimum protection of Aboriginal rights. The Proclamation is a fundamental document that defined the relationship between European colonisers and the Aboriginal peoples. The Proclamation did not create new rights, but affirmed existing rights.<sup>38</sup> The Proclamation also separated Indian tribal lands from those forming parts of the colonies. By guaranteeing Indian lands, the Crown established itself as their protector, which is reflected in the reserve system visible even today. Moreover, the Proclamation initiated an orderly process whereby Indian land could be purchased for settlement or development through public meetings (i.e. a treaty process).<sup>39</sup>

Following the treaty process of the nineteenth century however discussions of Aboriginal rights to land and resources in Canada were virtually absent during the first half of the twentieth century, also in academic literature. As late as the 1960s, Aboriginal claims were not even recognised as having legal status by the federal government. They were too general and undefined. This all changed with the landmark case *Calder*, decided by the Supreme Court of Canada in 1973.<sup>40</sup> See further under Territorial Rights.

The constitutional readjustment in 1982 is paramount to explain the re-emergence of Aboriginal rights throughout Canada. This new section protecting existing Aboriginal and treaty rights provided a substantial support for the courts, especially the Supreme Court of Canada.<sup>41</sup> In fact, Canada has a distinguished position among countries of the common law world, since it is the only country in which Aboriginal people's rights are unconditionally entrenched into the constitution.<sup>42</sup>

## 1.2. Constitutional protection of Aboriginal and treaty rights

The Constitution of Canada is paramount in understanding Aboriginal rights and how they are addressed and articulated. The Canadian constitution was amended in 1982. This amendment was part of Canada's process of evolution as a self-governing nation.<sup>43</sup> This process was completed with the enactment of the Canada Act 1982, a statute of the Parliament of the United Kingdom.

The new Constitution Act 1982 contains seven parts and the rights of Aboriginal peoples are found in Part II. The inclusion of an explicit protection for Aboriginal and treaty rights in section 35(1) represents the culmination of a long and difficult struggle in both political and legal arenas. The strong representation from Aboriginal associations and other groups concerned with the welfare of the Aboriginal peoples of Canada made the adoption of the provision possible.<sup>44</sup> Section 35(1) provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place.<sup>45</sup> The provision reads:<sup>46</sup>

---

36 Miller, 'Introduction', 26-9, 35.

37 E.g. British Columbia has set up an independent Treaty Commission with the aim of facilitating treaty negotiations among the governments of Canada, BC and First Nations in BC. See at <<http://www.bctreaty.net/>> accessed 28 September 2016.

38 It has the force of a statute in Canada. See Woodward, *Native Law*, 81.

39 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Looking Forward, Looking Back*, 261. Before that, individuals, land speculators and colonial officials had often committed frauds on Indian sellers, which had greatly damaged the relations between Indian nations and the Crown.

40 *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160 SCC, 177. The *Calder* case left little doubt that Aboriginal water rights were an aspect of Aboriginal title.

41 Miller, 'Introduction', 35; Allard, 'Two sides of the coin', 21.

42 Woodward, *Native Law*, 69.

43 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Looking Forward, Looking Back*, 255.

44 *Ibid.*, 234.

45 *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160 SCC, 178.

46 Section 35(4) is not cited here. It concerns guaranteed equal treatment of both sexes in respect to the Aboriginal and treaty rights.

1. The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.
2. In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.
3. For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

Due to the protection in section 35(1) the courts in Canada have creatively responded by analysing what this protection in fact means. Only ‘existing’ rights are shielded by the provision; and extinguished rights are not ‘existing rights’. What is meant by ‘recognized and affirmed’ will be explained below under Territorial rights.

The section protects Aboriginal rights and treaty rights. Treaty rights may, but need not, affirm pre-existing Aboriginal rights, such as hunting. In areas without historical treaties many claims to Aboriginal rights and Aboriginal title has been put forward. Section 35(3) protects likewise modern treaty rights. One important consequence of the constitutional protection is that before 1982 Aboriginal and treaty rights could be extinguished and regulated by legislation although *Calder* emphasised that a clear and plain intention was needed to extinguish such rights.<sup>47</sup>

Presently, Aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justification test laid out in *Sparrow* and subsequent decisions. It is this that distinguishes the protection afforded by section 35 from the common law protection of Aboriginal rights. To be clear, section 35 did not create the rights now constitutionally entrenched; since Aboriginal rights were already recognised under the common law.<sup>48</sup> On the whole, there has been a shift in attitudes and approaches toward Aboriginal peoples, which intensified with the changes in the Canadian constitution.<sup>49</sup>

### 1.3. The doctrine of Aboriginal rights

Matters of legal rights of Aboriginal peoples in Canada, and the relationship between Aboriginal peoples and the Crown, are governed by a distinct branch of law, the doctrine of Aboriginal rights.<sup>50</sup> In short, the doctrine of Aboriginal rights is a body of Canadian common law that defines the constitutional links between Aboriginal peoples and the Crown, and it governs the interplay of Aboriginal systems of law, rights and standards. The doctrine is a form of ‘inter-societal’ law in the sense that it regulates the relations between Aboriginal communities and other communities in Canada. This body of Canadian common law is the unwritten law applied in Canadian courts.<sup>51</sup> Generally, the Supreme Court of Canada assumes that the common law governing Aboriginal and treaty rights is uniform and does not vary from place to place.<sup>52</sup>

Although the traditional and main component of the doctrine of Aboriginal rights relates to Aboriginal title (proprietary interests), it acknowledges nowadays a broader notion of Aboriginal rights, such as Aboriginal rights to hunt, fish, and trap, as well as matters not related to specific lands that form part of a distinctive Aboriginal culture.<sup>53</sup>

By the case law from the Supreme Court of Canada the common law foundation of Aboriginal rights is apparent. Case law has affirmed that, as a simple fact:

<sup>47</sup> *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160 SCC, 174.

<sup>48</sup> *Van der Peet*, 28.

<sup>49</sup> See for example Imai, Shin (1999) *Aboriginal Law Handbook*, pp. 4-5.

<sup>50</sup> The doctrine has its origin in British imperial law. See Slattery, ‘Understanding Aboriginal Rights’, 739.

<sup>51</sup> Slattery, ‘Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights’, 198.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 198, 202-3.

<sup>53</sup> *R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR 184, 115-6.

when Europeans arrived in North America, Aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates Aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional status.<sup>54</sup>

The doctrine also states the original terms upon which the Crown assumed sovereignty over Aboriginal peoples and their territories. In brief, the Crown's dealings with Aboriginal peoples were based on legal principles founded on the actual circumstances of life in North America, attitudes and practices of foremost First Nation societies, and broad rules of equity and imperial policy. These principles gradually crystallised in 'colonial law', which was a part of a special branch of British law that governed the Crown's relations with overseas dominions. The legal principles governing the Aboriginal peoples developed more fully during the eighteenth century, and these principles were partly reflected in the major Indian document of this era, the Royal Proclamation of 1763.<sup>55</sup>

The doctrine of Aboriginal rights has two major sources. The first is a distinctive body of *inter-societal customs* generated by the intensive relations between Aboriginal communities and the British Crown in the seventeenth and eighteenth centuries. The second source is derived from *basic principles of justice*. These principles have a broad philosophical foundation. Such basic principles of justice have been enhanced by the entrenchment in section 35(1) of the Constitution Act 1982. In the *Guerin* case, the Supreme Court first acknowledged the fiduciary duties by which the Crown was bound, because of the special relationship that was found to exist between the Aboriginal peoples and the Crown. On the whole, the two sources of the doctrine, historical and philosophical, operate in tandem to support and nourish the doctrine in Canadian law.<sup>56</sup>

In a nutshell, the common law doctrine of Aboriginal rights has a number of distinct branches. The part dealing with Aboriginal lands is called the doctrine of Aboriginal title. Other parts deal with treaties, customary law, powers of self-government and the fiduciary obligations of the Crown toward the Aboriginal peoples. The doctrine provides a basic framework for identifying a particular Aboriginal and treaty right. From the early colonial days, it has formed part of the basic constitutional structure in Canada.<sup>57</sup>

Over the years and through case law it has become accepted that Aboriginal title and Aboriginal rights generally derive from historic occupation and use of ancestral lands, and, as such, do not depend upon any treaty, executive order or legislative enactment.<sup>58</sup> This resembles the situation with rights based on the doctrine of immemorial prescription from the old Swedish Real property Code from 1734, applicable also to Finland.<sup>59</sup>

## 2. Definition of Indigenousness

As described above, three distinct Aboriginal peoples are constitutionally acknowledged in Canada: First Nations (Indians), Inuit, and Métis.<sup>60</sup> This reflects the country's diversity but also its complexity. Indigenous identity is still a problematic and contentious issue; there exist no neat boxes of clear-cut categories between or among these Aboriginal peoples, which is especially

<sup>54</sup> Ibid., 30.

<sup>55</sup> Slattery, 'Understanding Aboriginal Rights', 732, 737.

<sup>56</sup> Slattery, 'Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights', 199, 201.

<sup>57</sup> Slattery, 'Understanding Aboriginal Rights', 737, 782; Slattery, 'Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights', 204, 224.

<sup>58</sup> *Calder v. The Attorney General of British Columbia* [1973] SCR 313, which was confirmed in *Guerin v. The Queen* [1984] 2 SCR 335; *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160 SCC; *R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR 184. The *Calder* case stated that the Aboriginal people of Canada originally had the status of independent entities in international law holding title to their territories and ruling themselves under their own laws.

<sup>59</sup> See generally Allard, 'Two sides of the coin', chapter 7; Allard, *Renskötselrätt i nordisk belysning*, chapter 6.

<sup>60</sup> Through the Constitution Act 1982, s. 35(2).

true with respect to the Métis. According to the Métis scholar Chris Andersen, '[n]ations and peoples are not "things" but, rather, political processes.'<sup>61</sup> The term 'Métis' comes from a French word meaning mixed, because of their development from mixed-race descendants of early unions between, mostly, Indian (and Inuit) women and European male fur traders and settlers during the colonial era.<sup>62</sup> The Métis people created a distinct group that was neither European nor Indian. They developed their own language and participated in two revolts in 1870 and 1885 along with their Indigenous allies in order to secure their homeland within Canada.<sup>63</sup> Hence, Métis are a post-contact Aboriginal people with a distinct culture and communities.

According to statistics, the majority of Aboriginal people consist of First Nations. There are more than 600 First Nations/Indian bands and over 60 languages spoken.<sup>64</sup> A majority of the Inuit (almost 75 per cent) live in Inuit Nunangat, the traditional Inuit homeland. The area includes the four Inuit regions: Nunatsiavut (Northern coastal Labrador), Nunavik (Northern Quebec), the territory of Nunavut and the Inuvialuit region of the Northwest Territories. Inuit in Nunavut accounts for nearly half of the total Inuit population in Canada, and within Nunavut, Inuit represent 85 per cent of the total population. The majority of people who identify themselves as Métis (85 per cent) live in either the western provinces or in Ontario, with the largest Métis population in Alberta.<sup>65</sup> The numbers of Métis has increased drastically during the last two decades. Between the 1996 and 2006 census, the population of Canadians who self-identify as Métis nearly doubled. Reasons for that will be addressed last in this subsection.

Issues relating to Indigenous identity have been addressed via case law, e.g. relating to Métis. Questions of identity are important because of the constitutional protection awarded Aboriginal peoples subject to section 35 of the Constitution, relating basically to land and resource rights, and there are several cases from the Supreme Court of Canada where for instance First Nations have asserted their existence as distinctive peoples and rights holders.<sup>66</sup> These cases demonstrate that the application of section 35 raises questions of right-holders, of control over defining the individuals that are members of a specific tribe, band or community. For more information on the cases see under subsection Territorial rights.

Very few legal definitions of who should be Aboriginal have existed in Canadian law. The only *federal* legal definition that exists today relates to First Nations, i.e. the Indian Act 1985 which also maintains an Indian Register.<sup>67</sup> The present definition in section 6(1)-(2) is complicated and refers to registration under the former Act and applications prior to 1951; earlier versions of the definition were based on (male) persons of Indian blood belonging to a particular band subject to a Band List. Responsible for the Indian Register and Band List is the Registrar, meaning the officer in the Department of Indian Affairs and Northern Development. The officer also administers any protests related to inclusions or deletions of persons into the lists. The decisions by the Registrar can be appealed to provincial courts.<sup>68</sup> This legislation has never included the Inuit.<sup>69</sup> The question of who is Inuit has never been subject to the same debates and controversy as those regarding Indians and Métis.

The Indian Act, first enacted in 1876, is surrounded by controversy and will first briefly be described below. After that the difficult task of defining the Métis will be addressed.

---

61 Andersen, *Métis*, 206.

62 The word Métis was previously the term used for all mixed Euro-Native groups. See also Wikipedia/Métis people (Canada) at <[https://en.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9tis\\_people\\_\(Canada\)](https://en.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9tis_people_(Canada))> accessed 20 September 2016.

63 See further Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Perspectives and Realities*, ch. 5.

64 Data from the National Household Survey (NHS), 2011, Statistics Canada. See at <[www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm)> accessed 20 September 2016.

65 Data from the 2011 National Household Survey (NHS), Statistics Canada. See at <[www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm)> accessed 20 September 2016.

66 Cf e.g. *Van deer Peet, Delgamuukw and Mitchell*. See 'First Nations research report', 24. On defining Aboriginal peoples see e.g. further in Poelzer and Coates, *From Treaty Peoples to Treaty Nation*, ch. 11.

67 See the Act s. 5(1)-(5).

68 Indian Act 1985, ss. 2(1), 5(4), 14.2(1)-(5), 14.3(1) and 14.3(5).

69 It is clearly stated that any reference to Indian exclude the Inuit. See Indian Act 1985, s. 4(1).

The Indian Act has over the years caused disputes over the definition of Indian status, the authority to determine band membership, and access to rights connected to these categorisations. Conflicts have risen between Indian bands and governments, and within First Nations communities.<sup>70</sup> Before European contact, First Nations had their own systems of identifying members of their group/clan; these systems were diverse and each nation had established its own methods for recognising 'citizenship'. A common denominator was however flexibility: membership could be gained in a number of ways, including birth, marriage, adoption and residency, along with kinship and community ties. Even today First Nations' general attitude is that kinship ties forms the core foundation of First Nations societies, meaning lineage as the linkage between generations, not a specific blood quantum (see further below). Aboriginal identity is also understood as both individual and collective in nature. Moreover, any reforms of the definition must be consistent and supportive of the First Nations culture and traditions, i.e. as part of their self-determination.<sup>71</sup>

The term 'Indian' has existed as a legal definition since 1850. By the time the term was broadly conceived and included generally any person of Indian birth or blood as well as persons married to an Indian or adopted into an Indian family, but over time the definition became narrower.<sup>72</sup> With the first Indian Act of 1876 a shift occurred and an 'Indian' was defined solely on patrilineal descent. This Act also laid the foundation for the complete segregation of those who remained 'Indian' and those who were assimilated, and subsequently lost their status and rights. Most importantly, Indian women who married non-Indians, a Métis or not registered Indians lost their status as Indians and their children were not entitled to be registered. Important to notice is that between 1876 and 1985 'registered' Indians were also automatically band members, with rights under the Indian Act to live on-reserve, vote for Band council and chief, and have a share in band moneys and to own or inherit property on-reserve.<sup>73</sup>

Amendments to the Indian Act were enacted in 1951, establishing a centralised Indian registry system and introducing federal government control over registration as well as further consolidated the gender-based criteria of defining an Indian. Importantly, since the children derived their right to register through their fathers if a woman married out her children and future generations became ineligible to register.<sup>74</sup> This system has given rise to the categorisation of status and non-status Indians.<sup>75</sup> Today, First Nations persons who are not registered Indians represents 25 per cent (213,900 persons). Almost half of the registered Indians live on a reserve.<sup>76</sup>

Another amendment to the Indian Act came in 1985. With the new constitution of 1982 came the Canadian Charter of Rights and Freedoms (hereinafter the Charter). Section 15 of the Charter establishes the right to equality. In addition, the case of *Lovelace v. Canada*<sup>77</sup> before the UN Human Rights Committee put international pressure on Canada. The case concerned gender discrimination where an Indian woman who married a non-Indian man lost her status which deprived her of access to federal programs for Indians (e.g. education, housing and social assistance) after divorce and resettling on reserve. With the amendment 1985 new provisions removed gender and other discrimination inherent in Indian Act's patrilineal descent rules. It also restored status and membership rights to those subjected to historic discrimination and increased control by Indian bands<sup>78</sup> over their membership. With the 1985 amendment

70 See e.g. the report Furi and Wherrett, 'Indian status and band membership issues', 1.

71 'First Nations research report', 3-4, 12-14.

72 Furi and Wherrett, 'Indian status and band membership issues', 2.

73 'First Nations research report', 4-5.

74 *Ibid.*, 5.

75 Today 'registered Indians' are persons registered under the Indian Act. Treaty Indians are persons who belong to a First Nation or Indian band that signed a treaty with the Crown. Registered or Treaty Indians are commonly called status Indians. See Box 6 with definitions at <www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm> accessed 20 September 2016.

76 Data from the 2011 National Household Survey (NHS), Statistics Canada. See at <www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm> accessed 20 September 2016.

77 Comm. No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981). The case regarded a breach of Article 27 of the ICCPR. See also Anaya, *Indigenous peoples in international law*, 135-36.

78 By 'Indian band' is meant a body of Indians for whose collective use and benefit lands have been set apart or money is held by the Crown, or who have been declared to be a band for the purpose of the Indian Act. Many Indian bands have elected to call themselves a First Nation and have changed their band name to reflect this.

(Bill C-31), many Indian bands exercised the right to establish their own membership code, whereby it was not always necessary for a band member to be a registered Indian according to the Indian Act.<sup>79</sup>

The amendments, however, left several issues unresolved and introduced new problems. The effects of past discrimination remained and the introduction of two categories of registered Indians (via sections 6(1) and 6(2) of the Indian Act) resulted in a complicated array of classes of Indians. Individuals registered under section 6(2), for instance, had fewer rights. The provisions could also mean that members of the same family could be registered under different categories. Bands that allowed people without Indian status to become members were penalised financially since they had to provide services to these band members without federal aid. For status Indians who reside on-reserve the federal government provides funding for programs and services, such as housing, education and health services. As a result, the inadequate financial resources to accommodate reinstated individuals meant that many bands had difficulties accepting new members.<sup>80</sup> In addition, the Indian Act and the application of section 6(2) have imposed a 'blood quantum' requirement. This meant a requirement of  $\frac{1}{4}$  blood quanta for persons born following the 1985 amendment to be eligible for registration.<sup>81</sup>

On a broader scale, the Indian Act of 1985 raised 'fundamental social and political questions about what it mean[t] to belong to a community and who has the right to determine membership'.<sup>82</sup> Conflicts between reinstated women and their children and communities addressed such matters. Litigation against the federal Crown increased.<sup>83</sup> All in all, the Indian Act has had tremendous impact on identity issues of First Nations individually as well as collectively. Over many years there has been dialogue and research to reach a policy change.

The legislature has forwarded a short new statute, the Indian Act Amendment and Replacement Act 2014. This amendment act repeals certain outdated provisions in the Indian Act and includes requirements for Indian bands to publish their by-laws. In addition, the Minister for Indian and Northern Affairs is responsible for the progress in developing new legislation. In the preamble it is declared, among other things, that the Indian Act is an outdated colonial statute with the result that Canada's First Nations have been subjected to differential treatment. Moreover, the Government of Canada is committed, in collaboration with the First Nations, to creatively explore options leading to the development of new legislation to replace the Indian Act.

The question of legally defining who is Aboriginal is complex and as in the Canadian case with Indians/First Nations early legislation as well as later amendments of who is an 'Indian' has caused non-foreseeable effects on identity (and governance) issues. Indian registration also guarantees certain benefits, such as tax exemption for income earned on-reserve and non-insured health benefits. Still, according to censuses, one quarter of the First Nations people is presently not registered under the Indian Act even though they identify themselves as First Nation or have mixed Aboriginal ancestry. A new act that replaces the Indian Act 1985 will eventually come, but it is certainly not an easy task because of the longstanding legacy that federal legislation has caused.

We will now turn briefly to the Métis people. The question of who is Métis clearly poses challenges since Métis basically are a post-contact phenomenon that Canada for long overlooked. The recognition of Métis rights in section 35 of the revised Constitution in 1982 has meant a revival of their culture and Métis rights, even if few knew what the Métis rights were in the beginning. It has been, and still is, canvassed by case law on a case-to-case approach.

79 'First Nations research report', 5; National Household Survey (NHS) at <[www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm)> accessed 20 September 2016.

80 'First Nations research report', 6; Furi and Wherrett, 'Indian status and band membership issues', 6-7.

81 'First Nations research report', 15.

82 Furi and Wherrett, 'Indian status and band membership issues', 6.

83 On the basis of the Charter several cases concerned the effects of the Indian Act. See e.g. *R. v. Powley* [2003] SCC 43; *Sawridge Band v. Canada* [2006] FCA 228; *Mclvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)* [2009] BCCA 153. See also 'First Nations research report', 18-22.

Currently there is a discussion and struggle on how wide the definition of Métis should be. Especially the *Daniels* case from 2016 has caused a big controversy. There are diverging views of the extent of mixed heritage as well as the relationship to historical territories. Many Métis organisations and scholars share the view that crucial for being Métis is the connection to the historical land in the Red River region which is seen as a basis of Métis peoplehood. Others understand the concept of Métis merely as a mixed-race category.<sup>84</sup> There are newly established organisations that have members who self-identify as Metis without historical connection to a specific land area, and also claim to have (constitutional) rights as Métis. There is consequently no consensus among scholars or Métis organisations on how to define Métis. The Canadian Supreme Court as well as Canadian administration is using a quite wide definition.<sup>85</sup>

Métis are not legally defined in any federal statute, as is the case with the Indians, and thus no distinction between 'status' and 'non-status' Métis exist. In Alberta there is, however, a *provincial* legal definition where Métis are defined broadly as 'a person of aboriginal ancestry who identifies with Metis history and culture'.<sup>86</sup> The Supreme Court of Canada has in a couple of cases defined Métis as well as Statistics Canada for the purposes of censuses. The latter uses self-identification as Métis as the criteria, which seems to be supported by a leading pan Métis organisation, the Métis National Council (MNC). The National Household Survey (NHS) of 2011 refers to the MNCs broad understanding of the Métis as a people with their own unique culture, traditions, language, way of life, collective consciousness and nationhood.<sup>87</sup>

In 2003 the first legal definition of Métis came with the *R v. Powley* case.<sup>88</sup> The case concerned two members of a Métis community, a father and his son, charged with hunting contrary to provincial statute (hunting a moose without a hunting licence). The plaintiff claimed they had a constitutional Aboriginal right to hunt for food in the area regardless of the provincial legislation. Even if the case only touched upon the Métis heritage it still outlined a scheme on how to define the Métis. The Supreme Court of Canada declared that

The term "Métis" in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. Métis communities evolved and flourished prior to the entrenchment of European control, when the influence of European settlers and political institutions became pre-eminent.<sup>89</sup>

The Court continued saying that

The Métis of Canada share the common experience of having forged a new culture and a distinctive group identity from their Indian or Inuit and European roots. This enables us to speak in general terms of "the Métis". However, particularly given the vast territory of what is now Canada, we should not be surprised to find that different groups of Métis exhibit their own distinctive traits and traditions.<sup>90</sup>

Because of the fact that Métis explicitly are included in section 35 of the Constitution Act 1982, the Court argued, there was a commitment to recognizing the Métis and enhancing their survival as distinctive communities, i.e. to protect historical practices that persist today as integral elements of their Métis culture. In this case however, it was not necessary to verify that

---

84 According to Andersen's view if the self-identified individual or group lacks a connection to the historical core in the Red River region, it is not Métis. This means that a broad definition open a gateway to anyone to claim Métis identity, which hamper for the 'Red River Métis' to have their rights properly recognized. Cf. Andersen, *Métis*, 6.

85 Cf. Andersen, *Métis*, 6-10.

86 Métis Settlements Act 2000, s. 1. The definition relates to legal eligibility for membership in one of Alberta's eight Métis settlements.

87 See the web page of the Métis National Council at <[www.metisnation.ca/index.php/who-are-the-metis](http://www.metisnation.ca/index.php/who-are-the-metis)> and the NHS study at <[www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm)> accessed 26 September 2016.

88 *R. v. Powley* [2003] SCC 43.

89 *Ibid.*, 10.

90 *Ibid.*, 11.



the claimants did belong to an identifiable Métis community (it was not challenged here) with a sufficient degree of continuity and stability to support a site-specific Aboriginal right. The Court applied the test set out in *Van der Peet* (see next subsection) but slightly modified to adjust to the distinctive history and post-contact ethnogenesis of the Métis.<sup>91</sup> The Court held that the claimants had an Aboriginal right to hunt for food under section 35(1).

To clarify, the Court in *Powley* suggested three criteria for defining who qualifies as Métis for purposes of section 35(1) of the Constitution:

- Self-identification as Métis;
- An ancestral connection to an historic Métis community; and
- Acceptance by the modern Métis community.<sup>92</sup>

These three criteria are especially relevant for site-specific rights. Examples of such rights are hunting, trapping and fishing rights since they take place on specific lands and waters where there can be proved a connection between the Aboriginal community and the longstanding practise.<sup>93</sup> In order for the right to be recognised under section 35(1) of the Constitution it has to meet the tests set out by *Sparrow* and subsequent case law by the Supreme Court of Canada (see next subsection). A site-specific right, in sum, is a right to engage in a particular activity on a piece of land, much like the reindeer herding right in Norway and Sweden.

In another recent case from 2016, *Daniels v. Canada*,<sup>94</sup> the Supreme Court of Canada concluded that Métis should not be regarded too narrowly, recognizing the diversity of Métis communities across Canada. By doing so it opened up the more restricted definitional criteria set out in *Powley*. It is, however, important to distinguish between these two cases because they regard two completely different aspects of the constitutional protection. The *Daniels* decision has also been subject to wishful interpretations, especially by these newer Métis organisations that want to see the definitional criteria merely as self-identification and without emphasis on connections to historical lands or group-acceptance.<sup>95</sup>

The *Daniels* case was initiated by a Métis activist from Saskatchewan, and the plaintiffs (including also a few non-status Indians and the Congress of Aboriginal Peoples)<sup>96</sup> asked among other things for a declaration as to whether Métis and non-status Indians are 'Indians' under section 91(24) of the Constitution Act 1867. This has in fact been a longstanding controversy in Canada; both federal and provincial governments have denied having legislative authority over non-status Indians and Métis, placing them in an awkward position.

The Court declared, first, that there was no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. Moreover, it held, unanimously, that both groups, by being Aboriginal peoples, are 'Indians' under section 91(24) in the Constitution Act 1867, because 'Indians' has long since been used as a general term referring to all Aboriginal peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis.<sup>97</sup>

---

91 *Ibid.*, 12-15.

92 Cf. *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)* [2016] SCC 12, 48.

93 Slattery, 'Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights', 212; Allard, 'Two Sides of the coin', ch. 6.3.2.

94 *Daniels v. Canada* [2016] SCC 12.

95 See e.g. Vowel and Leroux, 'White settler antipathy'.

96 See also Wikipedia/Daniels v Canada (Indian Affairs and Northern Development) at <[https://en.wikipedia.org/wiki/Daniels\\_v\\_Canada\\_\(Indian\\_Affairs\\_and\\_Northern\\_Development\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Daniels_v_Canada_(Indian_Affairs_and_Northern_Development))> accessed 27 September 2016.

97 *Daniels v. Canada* [2016] SCC 12, 13-14.

The Court stated that

There is no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian, nor need there be. Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries. 'Métis' can refer to the historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement or it can be used as a general term for anyone with mixed European and Aboriginal heritage. Some mixed-ancestry communities identify as Métis, others as Indian.<sup>98</sup>

This statement seems relatively banal but taken out of its context. Its purpose, however, becomes much clearer when one realizes that the Court explicitly avoided a close recognition of who is a non-status Indian or Métis person.<sup>99</sup> The Court merely recognized that the definitional contours of 'non-status Indian' are imprecise and the label non-status Indians can refer to Indians who no longer have status under the Indian Act, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some of these persons identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins. Such definitional ambiguities do not hinder the two groups, however they are defined, from falling within the scope of section 91(24). Importantly, the historical, philosophical, and linguistic contexts establish that 'Indians' – according to this specific provision – include *all* Canadian Aboriginal peoples.<sup>100</sup> As a note, Inuit are recognized to fall under this provision as a result of older case law.

The decision in *Powley* was about section 35 of the Constitution Act 1982 and protecting historic community-held (land) rights. The *Daniels* case was however related to section 91(24) of the old Constitution Act from 1867 which serve a very different constitutional purpose: the federal government's relationship with Canada's Aboriginal peoples, for instance their authority to issue legislation over them. Because of longstanding assimilation policies, such as Indian Residential Schools, and resulting separation of individuals from their communities, the Court saw it fit to include such persons without relying on a 'community acceptance' test. Again, the matter here was not the question of land rights and historical uses as in *Powley* but the Parliament's protective authority.<sup>101</sup> The decision by the Supreme Court of Canada in *Daniels* was unanimous.

All in all, the *Daniels* case 'resolved an important constitutional question regarding which level of government has legislative authority over Métis and non-status Indians', especially regarding practical means as funding or provision of services. It clarifies which level of government non-status Indians and Métis must turn to when seeking legislative action. While the Inuit have been included into this scheme since the late 1930s, Métis and non-status Indians remained in jurisdictional limbo until the *Daniels* decision.<sup>102</sup> Therefore the *Daniels* decision has a limited reach and relate only to jurisdictional matters under the Constitution Act 1867. The threshold for proving Aboriginal identity is therefore much lower under section 91(24).

Even though the term 'Indian', for the purposes of the Constitution Act 1867, by the *Daniels* decision was broadened to encompass all the country's Aboriginal peoples (Indians, Inuit and Métis) related to section 35 of the Constitution Act 1982, this change has important limitations. For instance, the Indian Act still only applies to First Nations people who have status under that statute (e.g. tax exemptions), and does not apply to the Inuit or Métis. Aboriginal rights encoded in section 35(1) of the Constitution Act 1982 are also outside the scope of this recent case.<sup>103</sup> A

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>99</sup> Cf. Vowel and Leroux, 'White settler antipathy', 33. The trial judge was referring to the fact that there are two broad understandings of Métis in the scholarly literature: little-m métis, which is essentially a bio-racial category, and big-M Métis which refers to peoplehood.

<sup>100</sup> *Daniels v. Canada* [2016] SCC 12, 18, 35, 46.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 49-50.

<sup>102</sup> Vowel and Leroux, 'White settler antipathy', 31-2.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 32.

person claiming to be Métis and have Métis rights under section 35(1) need to meet the three-point test laid out in *Powley*, which include the third criteria of group acceptance in order to be regarded as Métis.

Newer Métis organizations and individuals were fast to comment on the *Daniels* case, unfortunately often with flawed interpretations, suggesting that *Daniels* clarified who is Métis or non-status Indian. There seem to be a misbelief that by clarifying who is 'Indian' under one part of the Constitution, *Daniels* has impacted all parts of the Constitution. This is wrong. It can even be argued that this case could not happen outside a federal system where overlapping jurisdictions is an integral part of the legal system. Nonetheless, these inaccurate conclusions have led to a rise in white settler claims of Indigeneity, as well as increasing tensions between settlers and Aboriginal communities, and among Aboriginal communities themselves, for years to come. Such complications seem particularly strong in Québec.<sup>104</sup> The authors argue that these new Métis in Québec 'are largely French-descendant people whose claims to Indigeneity must be challenged'.<sup>105</sup>

Moreover, the authors point out that the sudden growth of 'métis'-identified people in Québec has taken place in a context of hostility towards Aboriginal peoples and rights. Canadians may easily accept white claims to Indigeneity, particularly when these claims reinforce the settler colonial structure of society. The *Powley* and *Daniels* cases have caused a set of troubling dynamics – white people have become Indigenous – that has led to rapid expansion of 'métis' and potentially, non-status Indian, communities. This phenomenon is being part of the neoliberal enthusiasm for individual redefinition. Common to these new 'métis' is that they use the language of colonialism more or less as a symbolic weapon against Indigenous peoples.<sup>106</sup>

The question of who is Métis clearly raises issues of self-identification versus group-acceptance in a complicated way. The courts, especially the Supreme Court of Canada, have a major role in re-mapping and clarifying the terrain. Over the coming years there will certainly be more cases on the matter brought before the courts. With respect to recent censuses, the recognition of self-identification as Métis, helps explain the large increase in the Métis population of Canada. Scholars however point out how the role of courts and the census must be approached critically; They are fields of knowledge production that permeate Métis administrative categories with meanings that are translated and promoted in other arenas of social life.<sup>107</sup>

Although Métis culture or heritage is found across Canada, the traditional territory of Métis relates to the Canadian Prairies. There are also Métis in the USA, primarily in border areas between the two countries. As indicated above, today there exist several Métis organisations throughout Canada.<sup>108</sup> One should also be mindful that the mixing of races began long before settlements in Canada but became more common once permanent European settlements took place. There was a shortage of women and it was necessary to co-operate with Amerindians to survive and establish a viable colony.<sup>109</sup> Scholars have critiqued both the racial categorisation of Aboriginal peoples in Canada and an over-emphasis on the Métis as mixed-race as well as Métis as post-contact people as juxtaposing (a false) constitutional difference between Métis, on the one hand, and Indians and Inuit, on the other.<sup>110</sup> Questions of Aboriginal identity is thus complex.

---

<sup>104</sup> Ibid, 31, 33. Note that not a single case before Canadian courts has accepted proof of the existence of historic Métis community east of Ontario. In Québec there was a relatively small number of initial (male) French settlers and high levels of intermarriage among French-Canadians, all up until WWII. After *Powley* there has been a remarkable expansion in claims to Métis identity in Québec, including a number of new organizations. Most such organizations have been forming (artificial) communities with a primary purpose to recognize their own members. See further *ibid.*, 34-8.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 38-9.

<sup>107</sup> Cf. Andersen, *Métis*, 9-10.

<sup>108</sup> See Wikipedia/Métis people (Canada) at <[https://en.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9tis\\_people\\_\(Canada\)](https://en.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9tis_people_(Canada))> accessed 27 September 2016. Two organisations claim to speak for the Métis: the Congress of Aboriginal Peoples (CAP) and the Métis National Council (MNC). The latter was established in 1983 following the constitutional recognition in 1982. Several regional and independent Métis organisations have also been founded.

<sup>109</sup> Dickason, *Canada's First Nations*, 144-5.

<sup>110</sup> See e.g. Andersen, *Métis*, and with references to other scholarly literature.

## 3. Territorial rights

### 3.1. Introduction

Many aboriginal communities have lost access to lands and resources in various ways with a diminishing land base as a result. When treaties were first negotiated, a number of First Nations bargained for territories at or near mouths of major rivers in order to be close to traditional food resources. However, pulp mills, mining operations and other industrial complexes were attracted to these same rivers, which meant that those Aboriginal communities were placed at greater risk of negative impacts. In short, industrial contamination and disruption of wild life habitat have combined to reduce the supply and purity of traditional foods and herbal medicines.<sup>111</sup>

During colonisation the land was not treated as empty. It is established law that the doctrine of *terra nullius*, i.e. that no one owned land prior to European assertion of sovereignty, never applied in Canada.<sup>112</sup> This is also confirmed by the Royal Proclamation 1763, upholding Aboriginal rights. The Aboriginal interest in land, which burdens the Crown's underlying title, is an independent legal interest. Aboriginal groups in Canada have turned to the courts in an attempt to defend their interests when politicians seem unable or unwilling to do so. Expert witnesses have been called to provide evidence for both sides, and historians and historical evidence have also been important. Considerable research has been undertaken for these court cases.

Hence, current conflicts over Aboriginal issues are often an enduring reflection of the fundamental and forced separation of Aboriginal communities from the land.<sup>113</sup> Over the past decades there has been a growing judicial recognition that Aboriginal rights should be woven into Canadian law.<sup>114</sup>

Canada has a large percentage of lands and resources under state control. The vast majority of the land is owned by the Crown.<sup>115</sup> Aboriginal communities' claim on ownership and rights to natural resources are addressed mainly in two ways: via court cases and through negotiating modern agreements. Following the latter approach, land claims have been articulated and advanced through the negotiation process with the federal and provincial Crown, resulting in modern treaties, such as the famous Nunavut Agreement in 1993 and the Nisga'a Agreement in British Columbia in 2000.<sup>116</sup>

The Supreme Court of Canada in several cases has recognised harvesting rights, such as hunting, fishing and trapping rights. So far, only one case has concluded that an Aboriginal title still exists.<sup>117</sup> Aboriginal occupation, practices and customs that existed before European contact are in principle protected through the Constitution. The rights, as such, are not created by the court, but merely recognised and clarified. Consequently, Aboriginal occupation and community practices in relation to land and natural resources in the Canadian context are founded at common law and protected under it, if not statutorily codified.

In relation to environmental protection measures, the case law is clear that conservation objectives may permissibly infringe upon Aboriginal rights and Aboriginal title as long as the justification test illuminated by the Supreme Court in *Sparrow* is met. However, the Court has also found that Aboriginal rights for subsistence and ceremonial purposes have first priority

111 Royal Commission on Aboriginal Peoples (1996) *Gathering Strength*, p. 185.

112 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44, 69.

113 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 517-9.

114 Imai, *Aboriginal Law Handbook*, 29.

115 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 520.

116 See e.g. Crane, Mainville and Mason, *First Nations Governance Law*, chapter 4.

117 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44. See further below.

in resource allocation, after conservation measures are met. This could be said to denote an interesting moral consideration of who has first priority of a resource in the Canadian context.

Moreover, the principle of the honour of the Crown is invoked in all Crown dealings with Aboriginal peoples. This regards particularly unproven, but valid, claims of aboriginal rights or aboriginal title, which give rise to a legal duty to consult and accommodate specific Aboriginal interests. See further under Participatory Rights. Where such interests are established and shielded under section 35 of the Constitution Act 1982, the principle of the honour of the Crown transforms into a fiduciary duty.

Even before amending the constitution in the 1980s, the Supreme Court of Canada had started to re-map the neglected territory of Aboriginal and treaty rights. It has done so progressively in a number of important decisions extending from *Calder* in 1973 and onwards after the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights, such as in *Sparrow* in 1990, the *Haida* and *Taku River* cases in 2004, the *Marshall; Bernard* case in 2005,<sup>118</sup> and most recently the landmark *Tsilhqot'in* case in 2014.

### 3.2. The *Calder* case

The enormous importance of the *Calder* decision<sup>119</sup> in 1973 has been emphasised for instance in relation to the 30<sup>th</sup> anniversary of the decision. It was then said that the decision had changed the country and, in particular, the province of British Columbia. Even though there was a legal notion of Aboriginal title long before *Calder*, governments and, to a certain extent the courts, were not taking it seriously, which ultimately changed as a result of the *Calder* case.<sup>120</sup> Although the decision was divided all six judges who considered the issue held that the Nisga'a tribe once had Aboriginal title. The decision was split as to the later issue of whether the title remained. One group of judges found that title was extinguished by colonial land laws, while the other group held that the Aboriginal title still existed. On the whole, the appeal was dismissed due to a procedural error; the Nisga'a had not sought permission to sue the Crown.

The group upholding the Nisga'a Aboriginal title made some general comments on Aboriginal title and rights, supported by previous case law in the Commonwealth. They stated that such title did not depend on treaty, executive order or legislative enactment, but was rather a recognition of a pre-existing right of possession. Once the title was established, it was presumed to continue until proven contrary, which requires a 'clear and plain' indication in the public records that the sovereign intended to extinguish the Aboriginal title. In this, the burden of proof lies on the Crown. They saw the nature of Aboriginal title as an equitable interest in the land, as a right to occupy the land and enjoy the fruits of the soil in any possible way as long it does not deny the Crown's paramount title.<sup>121</sup>

Through *Calder*, the Supreme Court of Canada changed the future framework of Aboriginal rights in Canada. The Court recognised that Aboriginal title was a justiciable right, not solely a moral or political concern. Moreover, the case raised a possibility that Aboriginal communities had unextinguished legal interests that protected them against the types of abuses to which they had been subjected to. *Calder* also suggested that Aboriginal rights were a pre-existing right that could be articulated under the common law.<sup>122</sup>

---

118 Slattery, 'Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights', 197.

119 *Calder v. The Attorney General of British Columbia* [1973] SCR 313.

120 See the expression of Professor Hamar Foster, University of Victoria at <<http://communications.uvic.ca/releases/release.php?display=release&id=87>> accessed 29 September 2016.

121 See the reasoning by Judge Hall (Spence and Laskin concurring) in the *Calder* case; Allard, 'Two sides of the coin', 190-1.

122 Borrows, 'Uncertain Citizens', 17-8.

The effect of the *Calder* decision was profound. Shortly after, the federal government began to rethink its position on Indian rights to ancestral lands. The government declared for the first time its willingness to negotiate claims of Aboriginal title with authorised representatives of Aboriginal communities, specifically in British Columbia, Northern Quebec and the Territories. Where traditional interests in lands could be established, an agreed form of compensation or benefit would be provided to the group in compensation for their violated interests. Today, various kinds of modern agreements have been established, and many Aboriginal groups are still negotiating or entering into such negotiations.<sup>123</sup>

*Calder* declared that the Aboriginal people of Canada originally had the status of independent entities in international law holding title to their territories and ruling themselves under their own laws. As a result, Canada as a country also began seriously to realize that Aboriginal peoples would be a permanent part of the political and legal landscape, and Aboriginal peoples began to press harder for a broader recognition of their rights. These forces were united when Aboriginal and treaty rights gained constitutional protection with the amended constitution in 1982.<sup>124</sup>

Although the landmark case of *Calder* was initiated through a law suit by a First Nation, it represents a rare event. A majority of the cases have found their way to the Supreme Court because of criminal law suits. Aboriginal persons have been charged for not complying with environmental protection legislation, for instance, whereas the person or persons charged have claimed the exercise of an existing Aboriginal right. For example, the *Sparrow*, *Marshall and Bernard* and *Adams* cases had their origin in such charges.

Consequently countless Aboriginal individuals in all regions of the country have been arrested and punished for violations of federal, provincial and territorial fish and wildlife legislation. Officials have seized guns, nets, fishing boats and motor vehicles. Prosecutions have commonly led to fines and sometimes even jail.<sup>125</sup> Since the *Sparrow* case in 1990, many charges have tended to fall within areas that enforcement officers consider to be grey areas, such as hunting or fishing in a different treaty area, fishing during spawning periods, or selling some of the catch or harvesting timber of 'Crown' lands. These prosecutions have, however, not resolved the more general issues related to wildlife management and harvesting between Aboriginal peoples, on the one hand, and government and the public, on the other.<sup>126</sup>

Below follows an analysis of the most relevant case law, firstly with respect to Aboriginal rights, and secondly Aboriginal title.

### 3.3. Aboriginal rights

In Canadian legal terms 'Aboriginal rights' is used as an umbrella expression where both usufruct rights and ownership issues (Aboriginal title) are submerged. However, under this subsection we deal exclusively with hunting rights and the like.<sup>127</sup> Case law on Aboriginal title is addressed next.

For a long time after the enactment of the constitutional provision in section 35, there was doubt as to what the provision meant in practice. In a number of important cases, beginning in the 1990s with *Sparrow*, the Supreme Court of Canada has slowly been drawing a picture of the nature and extent of the rights protected. Nonetheless, given the case-by-case approach there are still aspects of the protection of section 35(1) that remains uncertain, and in addition the Court continually adjusts the tests in response to new situations and issues. Métis Aboriginal

<sup>123</sup> See generally Crane, Mainville, and Mason, *First Nations Governance Law*.

<sup>124</sup> Borrows, 'Uncertain Citizens', 18.

<sup>125</sup> Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 497.

<sup>126</sup> *Ibid.*, 650-1.

<sup>127</sup> This text builds on Allard, 'Two sides of the coin', chapters 6.4.3-6.4.5.

rights are less developed but the important Supreme Court case *Powley*<sup>128</sup> upheld a Métis hunting right for food. See above under Definition of Indigenoussness.

*Sparrow* concerned unlawful fishing. Mr Sparrow, a member of a First Nation, was charged under the Fisheries Act with fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of his Band's Indian food fishing licence. While the *Sparrow* case left some important issues unresolved, these issues were resolved in 1996 by three decisions referred to as the 'Van der Peet trilogy': *Van der Peet*<sup>129</sup>, *N.T.C. Smokehouse Ltd*<sup>130</sup> and *Gladstone*<sup>131</sup>. A common denominator among all four cases is that they concerned Aboriginal fishing rights of First Nations in British Columbia.

The *Sparrow* case,<sup>132</sup> delivered by a unanimous court, marked the first time that the Supreme Court explored the scope of section 35(1) of the Constitution Act 1982.<sup>133</sup> This case contains an extensive discussion of how section 35(1) is to be interpreted. In particular, the Court placed emphasis on the word 'existing' and the phrase 'recognised and affirmed'. In its findings, the Court relied on general principles of constitutional interpretation, academic literature on the nature of Aboriginal rights, and the purpose behind the constitutional provision itself.

The Court concluded that contemporary recognition and affirmation of Aboriginal rights were to be defined in light of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal communities, and legal scholars had also commented that this provision was to be given a meaningful content. Altogether, the court found that the nature of section 35(1) itself suggested that it be interpreted in a purposive way: a 'generous, liberal interpretation' of the words was demanded.<sup>134</sup> This is an important interpretative principle, which has guided the Court in subsequent cases.

The word 'existing' makes it clear that the rights to which section 35(1) applies are those in existence when the Constitution Act 1982 came into effect. It follows that extinguished rights are not revived by the Act. Moreover, the Court argued that an existing Aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manners in which they were regulated before 1982: such notion of freezing existing rights would be unfortunate. The Supreme Court found instead that the phrase must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.<sup>135</sup>

In short, the scheme of the four tests established in *Sparrow* is the following:<sup>136</sup>

- The identification test
- The extinguishment test
- The infringement test
- The justification test

The *Sparrow* test includes an analytic scheme for assessing infringements, and whether such infringements can be justified by a 'compelling and substantial' objective. Restriction for conservation purposes is clearly such an objective. Aboriginal peoples have the onus of proof to show a *prima facie* infringement of their right, whereas the Crown has the onus of showing whether an infringement of a right can be justified.

---

128 *R. v. Powley* [2003] SCC 43.

129 *R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR 184.

130 *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd* [1996] 2 SCR 672.

131 *R. v. Gladstone* [1996] 4 CNLR 65.

132 *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160.

133 *Ibid.*, 162.

134 *Ibid.*, 179-80.

135 *Ibid.*, 169-71.

136 See also Allard, 'Two sides of the coin', 249.

The Court found here that federal power must be reconciled with federal duty. The Court asserted that the best way to achieve reconciliation is to ensure that any government regulation that infringes upon or denies Aboriginal rights is properly justified. Such examination is in line with the principle of liberal interpretation of the section, as well as with the concept of holding the Crown to a high standard of honour and respect when dealing with the Aboriginal peoples of Canada (the fiduciary duty). This understanding of the section was derived in spite of the fact that there is no explicit language in the provision that authorises the Supreme Court or any other court to assess the legitimacy of any governmental legislation that restricts Aboriginal rights. The Crown's fiduciary responsibilities, recognised in the *Guerin* case,<sup>137</sup> opened such possibilities. The words 'recognition' and 'affirmation' incorporate fiduciary relationships and thus import some restraints on the exercise of sovereign power. The legislative power was now to be read together with section 35(1).<sup>138</sup>

Later, *Van der Peet*<sup>139</sup> canvassed more explicitly the underlying purposes of section 35(1). The provision appears to have two underlying purposes which have been affirmed in many cases: i) the recognition of the prior occupation of North America by Aboriginal peoples; and ii) the reconciliation of Aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.<sup>140</sup> The reconciliation aim is generally seen as the more crucial in terms of disputes over rights. This has also been emphasised in *Mikisew Cree First Nation*.<sup>141</sup> The Supreme Court stated there that '[t]he fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions'.<sup>142</sup>

At the very least, section 35 provides 'a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place'.<sup>143</sup> The provision also gives the Aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power, as found for instance in *Côté*.<sup>144</sup>

Thus, Aboriginal rights must not be understood as privileges extended to individual Aboriginal persons, but instead as arrangements needed for the survival of distinct nations: in this they are group or collective rights belonging to a community as a whole.<sup>145</sup> Aboriginal individuals may enjoy the benefits of these rights, such as hunting and fishing, but the rights *per se* belong to the community. The rights are personal also in the sense that violations of communal rights affect individual members' enjoyment of those rights.

The notion of constitutional recognition did not mean that the recognition created the legal doctrine of Aboriginal rights; they already existed and were recognised under the common law. At common law, the rights did not of course have constitutional status, which meant that the Parliament could, at any time, regulate and extinguish those rights. Presently, Aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the tests laid out in *Sparrow*.<sup>146</sup>

In general, Canadian courts have had difficulties reconciling the concepts of Aboriginal rights with the rest of Canadian law. There were previous attempts to classify aboriginal rights by applying pre-existing legal concepts from English property law. This has been re-evaluated, and these attempts have been abandoned. The law now accepts that Aboriginal rights are unique, that they are *sui generis*<sup>147</sup>. This means that the case law and the definitions evolve slowly on

---

137 *Guerin v. The Queen* [1984] 2 SCR 335.

138 *Sparrow*, 181.

139 *R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR.

140 *Ibid.*, 43.

141 *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* [2005] SCC 69.

142 *Mikisew Cree First Nation*, para. 1.

143 *R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160 SCC, 178.

144 *R. v. Côté* [1996] 4 CNLR 26.

145 Imai, *Aboriginal Law Handbook*, 29.

146 *R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR, 28 (per Lamer C.J.).

147 See also Borrows and Rotman, *Aboriginal Legal Issues*, 344-5.



a case-by-case basis. It is largely understood that this perspective provides opportunities to develop a more sensible understanding of those rights.<sup>148</sup>

The first time this uniqueness of Aboriginal rights was emphasised was in the *Guerin* case.<sup>149</sup> That case concerned Aboriginal title and stood for the proposition that title represented a unique interest in land. The Court stated that previously, the courts had almost inevitably applied a somewhat inappropriate terminology drawn from general property law. Instead, the Aboriginal interest in lands was *sui generis*.<sup>150</sup> The *sui generis* nature of Aboriginal rights has since been confirmed in many cases, for instance in *Sparrow* and *Delgamuukw*.

### 3.4. Aboriginal title

Aboriginal title deals with the right to the land as such. Whereas the nature of Aboriginal rights, such as fishing and hunting rights, has been fairly analysed and explained by the courts, there remained many unclear legal issues concerning Aboriginal title until quite recently.<sup>151</sup>

One reason for this is that there exist relatively few cases on Aboriginal title compared to cases on Aboriginal rights before the Supreme Court of Canada. *Calder* was the starting case in 1973 that indicated that there might be ownership rights not extinguished in those areas that were not subject to historical treaties. In the two subsequent and essential cases, *Delgamuukw* in 1997 and *Marshall; Bernard* in 2005,<sup>152</sup> the Supreme Court analysed the requirements for proving Aboriginal title, as well as its sources and content. But it was not until 2014 that the Supreme Court, in the *Tsilhqot'in* case,<sup>153</sup> actually granted an appeal and held that the tribe had an Aboriginal title to over 1700 square kilometers land in a relatively remote area of south central British Columbia. The Court also declared that British Columbia breached its duty to consult the Tsilhqot'in via its land use planning and forestry authorizations.

The importance of this case cannot be underestimated. It is a ground-breaking case not only because it was the very first time Aboriginal title was upheld by the Supreme Court of Canada, but also because it stressed the need to adopt a culturally sensitive approach in applying the test for Aboriginal title. The case also established that once Aboriginal title was recognized, the government must seek the consent of the landowners prior to any development of the lands, such as logging. The emphasis on consent is in line with the International law development related to Free prior and informed consent, enshrined for instance in the UNDRIP.<sup>154</sup> However, the Court said nothing with respect to the concept and International law related to Indigenous peoples. But it could be assumed perhaps that the Court does not operate in a domestic vacuum.

The decision in *Tsilhqot'in* was unanimous. The background to the case was that the provincial government in British Columbia granted a forest license to a corporation in 1983 without prior discussion with the Tsilhqot'in, which always regarded these lands as theirs. Tsilhqot'in objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. The area as such is a valley bounded by rivers and mountains but with an arduous terrain and not able to support

---

148 Imai, *Aboriginal Law Handbook*, 29.

149 *Guerin v. The Queen* [1984] 2 SCR 335.

150 *Guerin*, per Dickson J.

151 See further Allard, 'Two sides of the coin', chapter 6.4.6.

152 *Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 SCR 1010; *R. v. Marshall; R. v. Bernard* [2005] SCC 43. Several commentators have argued that the standard established in *Delgamuukw* is too high. Given overlapping claims, as well as disputes between Aboriginal groups, it might be difficult to achieve the level of proof required for Aboriginal title. See e.g. Coates, *The Marshall Decision and Native Rights*, 91. The minority judgment in *Marshall; Bernard* was in fact also concerned with parts of the majority judgement, especially in relation to nomadic or semi-nomadic occupation and uses. See the case at 126.

153 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44.

154 Cf. Morse, 'Aboriginal Landmark Decision', 26.

a large population. The Tsilhqot'in Nation consists of six distinct bands (recognized under the Indian Act), sharing a common culture and history with some 3000 members. Eventually, after a long and winding road the matter ended up in the Supreme Court.<sup>155</sup>

The Court developed a test to determine whether a semi-nomadic Aboriginal group has title to lands. Here the Court draws on *Delgamuukw* in the sense that the Aboriginal title to land is based on occupation prior to assertion of European sovereignty. But the Court continued by stating that:

To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics. It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.<sup>156</sup>

The question of whether there is sufficient occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective. The latter perspective takes into account laws, practices, customs and traditions of the group. Moreover, the size of the group, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed are equally important. What is required, on the whole, is a 'culturally sensitive approach' to determine the sufficiency of occupation, based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question and the common law notion of possession as a basis for title.<sup>157</sup>

Regarding the second aspect of the test, the continuity of occupation, the claimant need only to prove that the present occupation is rooted in pre-sovereignty times, not prove an unbroken chain of continuity between present practices and those which existed prior to contact.<sup>158</sup> This is not a high threshold. The third requirement is exclusive historic occupation of the land, i.e. the use must have been exclusive. Where the regular use lacks exclusivity it may give rise to usufructory Aboriginal rights. Also with respect to these two aspects of the test the requirements must be approached from both the common law and Aboriginal perspectives.<sup>159</sup> It is the claimant group that has the burden of proof to establish Aboriginal title.<sup>160</sup>

Importantly the Court also clarified that Aboriginal title is ownership rights similar to those of the fee simple title (the strongest title at common law). Nevertheless, Aboriginal title has some restrictions since it is a collective title held not only for present generation but for all succeeding generations. For instance the title cannot be alienated except to the Crown. One important aspect of ownership is notably the right to control how the land is used. This means that, like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice.<sup>161</sup> One integral part of this aspect is that

governments and others seeking to use the land must obtain the *consent* of the Aboriginal title holders. If the Aboriginal group does not *consent* to the use, the government's only recourse is to establish that the proposed incursion on the land is justified under s. 35.<sup>162</sup> (my emphasis)

In other words, the justification test established in the *Sparrow* case must be met. Hence, where governments have not sought consent from the title-holding group an assessment must be undertaken in accordance with the Crown's procedural duty to consult, must be justified on the basis of a compelling and substantial public interest, and overall must be consistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group. Here, the Supreme Court sets up quite strict

<sup>155</sup> See further e.g. Morse, 'Aboriginal Landmark Decision', 10-4.

<sup>156</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44, 25.

<sup>157</sup> *Ibid.*, 34-5, 41.

<sup>158</sup> *Ibid.*, 46.

<sup>159</sup> *Ibid.*, 47, 49.

<sup>160</sup> *Ibid.*, 50.

<sup>161</sup> *Ibid.*, 73-5.

<sup>162</sup> *Ibid.*, 76.

rules: if the Crown begins a project without consent prior to Aboriginal title being established, it may be required to cancel the project later on, if continuation of the project would be unjustifiably infringing.<sup>163</sup> This may have far-reaching consequences for government projects (public works) and natural resources corporations that wish to develop Aboriginal lands and who rely on leases and licenses from the Crown, for instance to extract minerals. The case applies directly to all parts in Canada where Aboriginal title has not clearly been extinguished.<sup>164</sup> The Tsilhqot'in is just one of hundreds of Aboriginal groups in BC with unresolved land claims.<sup>165</sup>

## 4. Participatory Rights (State's Duty to Consult)

### 4.1. The basis for the State's duty to consult Aboriginal peoples

In the Canadian legal context the State's duty to consult Aboriginal peoples has evolved internally flowing from the Constitution; it is seen first and foremost as a basic constitutional right.<sup>166</sup> Hence, this duty is not informed by the obligations found in international law and case law does not refer to international standards on consultation or free prior and informed consent.

This duty arises whenever a decision or act impacts on Aboriginal claims and rights, including a *prima facie* right, i.e. claims not yet fully tested before courts.<sup>167</sup> In particular the State's consultation obligation has developed through case law under section 35(1) of the Constitution Act 1982, thereby offering special protection for Aboriginal and treaty rights. To reiterate, section 35(1) declares that '[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed'. Early case law confirmed that this short provision provided a constitutional base upon which subsequent negotiations can take place.<sup>168</sup> The early jurisprudence has evolved under the principle of the honour of the Crown, such as the *Haida Nation* case,<sup>169</sup> which emphasises the State's duty of dealing honourable towards Aboriginal people, a duty that arises from the assertion of sovereignty. This principle, the honour of the Crown, is of great relevance especially to Crown dealings related to lands and natural resources concerning potential impacts on Aboriginal communities' rights because of government decisions.<sup>170</sup>

The *Haida Nation* case was the first case before the Supreme Court of Canada that addressed consultation. The case concerned logging on islands to which a tribe had claimed title for over a hundred years. The Court held that the Province had failed to meet its consultation duty and that this duty also required accommodating the interests of the tribe.<sup>171</sup> In the case the Court affirmed a spectrum of consultation. The Crown's duty to consult and accommodate the asserted Aboriginal interest 'is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed'.<sup>172</sup> Thus, it rests on the idea of proportionate balancing. Moreover, *Haida* affirms that the Crown had not only a moral duty, but a legal duty to negotiate in good faith to resolve land claims. The governing ethos is here reconciliation, not competing interests.

---

163 Ibid., 88, 92.

164 Cf. Morse, 'Aboriginal Landmark Decision', 25.

165 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44, 4.

166 This text is partly based on a forthcoming article: Allard, 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples'.

167 Newman, *The Duty to Consult*, 15, 60, 65.

168 *R. v. Sparrow* [1990] 3 C.N.L.R. 160, 178.

169 *Haida Nation v. British Columbia* (Minister of Forests) [2004] SCC 73. See also *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)* [2004] SCC 74; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* [2005] SCC 69.

170 Newman, *The Duty to Consult*, 9, 15-6; Allard, *Two Sides of the Coin*, 251-5.

171 *Haida Nation v. British Columbia* [2004] SCC, 73, 76-7, 79.

172 Ibid., 39.

Several succeeding cases, from 2010 and onwards, have developed the duty to consult. In the recent *Daniels* case from 2016, referred to in the subsection on the Definition of Indigenousness, the Supreme Court of Canada answered two other questions: whether i) the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and whether ii) Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with. For both questions the Court confirmed that it was already settled law (earlier case law): Canada's Aboriginal peoples clearly have a fiduciary relationship with the Crown, and the Court had already recognized a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged.<sup>173</sup> Consequently, the State's duty to consult encompasses also the Métis and non-status Indians.

Nowadays there are also detailed government policies on the duty to consult at provincial and federal levels, and some Aboriginal communities have developed their own policies.<sup>174</sup> A few provinces have included consultation requirements in natural resources statutes, such as mining legislation.

The duty to consult Aboriginal communities primarily belongs to governments (federal and provincial), but can be delegated to third parties, normally in relation to an environmental impact assessment (EIA). This third party consultation is often labelled corporate consultations since it normally is carried out by companies/corporations. There is a growing routine for industry stakeholders and Aboriginal communities to engage in corporate consultation and in fact it is typically required by regulators. However, despite such corporate consultations, the ultimate responsibility for the duty rests on the Crown alone.<sup>175</sup>

Beneficiaries of the duty to consult are rights-bearing Aboriginal communities under section 35 of the Constitution. As noted, the focus of consultation is chiefly government measures affecting land and resource rights of Aboriginal communities. Whether the duty to consult includes legislative actions has not yet been decided by case law, but was briefly raised in one recent case.<sup>176</sup> The content of the consultation and accommodation varies with the validity of the claim and the seriousness of the effect on the asserted right. Within this spectrum the duty ranges from minimal notice to substantial consultation and accommodation, but does not include a power of veto for the Aboriginal community.<sup>177</sup> The duty to consult has gained prominence in the field of Aboriginal law in Canada, but it is a complex doctrine and continues to evolve both within and outside the law.

## 4.2. Aboriginal world-views

In all aboriginal cosmologies there is a belief in one Creator, a superior force, and all life forms are seen as aspects of that force. All elements of nature, from muskrats to mountains, are a part of the self and, consequently, loss of land and damage to lands and resources are expressed as assaults on one's own body and on the personal and collective spirit.<sup>178</sup>

Many aboriginal communities today, particularly in the far and mid-north have mixed subsistence-based economies, meaning that they continue to make their living by combining subsistence harvesting with wage labour, government transfer payments and commodity production. In particular, hunting, fishing and trapping continue to be central economic activities. Thus, subsistence is part of the social and cultural system and remains important to the Aboriginal communities, serving as a means of securing the future as well as affirming their connection

<sup>173</sup> *Daniels v. Canada* [2016] SCC 12, 52-3, 54, 56. The cases referred to were *Delgamuukw*, *Haida Nation*, *Tsilhqot'in Nation* and *Powley*.

<sup>174</sup> Newman, *The Duty to Consult*, 116-20, 126-7.

<sup>175</sup> Newman, *The Duty to Consult*, 72, 80.

<sup>176</sup> *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council* [2010] SCC 43.

<sup>177</sup> Newman, *The Duty to Consult*, 26.

<sup>178</sup> Royal Commission on Aboriginal Peoples (1996) *Gathering Strength*, p. 186-87.

with the past.<sup>179</sup> There are many cases concerning unlawful hunting and fishing by Aboriginal persons appealed all the way to the Supreme Court of Canada. Here the Court has considered these cases on the basis of section 35 in the constitution. See above on Territorial Rights.

Environmental degradation has had an especially damaging impact on Aboriginal people who live close to the land and its resources. Many who live on reserves or in rural settings depend for daily life upon the resources in their particular area.<sup>180</sup> Most Aboriginal communities and individuals today would stress that they have an obligation to exercise their harvesting rights in a responsible manner, but this is not easily done. One problem is that, while government resource managers have been unaware of or have discounted surviving Aboriginal common property institutions on public lands, Aboriginal peoples have had no reason to respect the state system. In turn, this has made it difficult for Aboriginal governments to maintain or enforce their own rules among their members. In some cases, the result has been the worst of all possible worlds.<sup>181</sup>

Over the years, government regulations and policies affected not only Aboriginal commercial fishing. Many traditional techniques, including the use of spears, gill-nets and night fishing by torchlight, were offensive to sport anglers, as were certain hunting activities. Legislative debates on the matter resulted in the enactment of new laws in many provinces which restricted hunting and fishing methods. The laws also put a ban on so-called market hunting, that is, the sale of wild meat.<sup>182</sup>

Some of these difficulties may relate to cultural misunderstandings of, for example, harvesting practices. As an example, Aboriginal fishermen used fish traps, weirs, night lights and spears long before the arrival of Europeans. These were all practices with the primary goal of obtaining food with the least amount of effort. Such practises may be offensive to sports anglers for whom the thrill of the catch is part of the sport. These cultural differences were seen as interlinked with the long-standing ethos in resource management that makes distinctions between managers and users.<sup>183</sup>

### 4.3. Environmental legislation

As described above there are overlapping jurisdictions between federal and provincial governments especially in the area of environmental/natural resources law.<sup>184</sup> In order to get an overview one needs to analyse provincial environmental legislation as well and this is outside the scope of this project. An interesting example to point to is nonetheless the Nunavut Wildlife Act, SNu 2003. It implements provisions of the Nunavut Land Claims Agreement and among other things the concept of 'Inuit Qaujimajatuqangit', meaning traditional Inuit values, knowledge, behaviour and perceptions.<sup>185</sup> The Act set up, apart from its purpose, values and principles that must be interpreted and applied by all persons and bodies performing functions under the Act, including consultation requirements.

What could be said generally is that, on the basis of section 35 case law, consultation requirements towards Aboriginal peoples are built-in, either in provincial legislation and/or in provincial policy. If consultation and accommodation duties are not met Aboriginal groups may file a law suit against the federal or provincial government.

---

179 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 463-4.

180 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Gathering Strength*, 185.

181 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 526.

182 *Ibid.*, 498-500.

183 *Ibid.*, 650-1.

184 See further Bendickson, *Environmental law*, 32-4.

185 In 2015 new regulations under the Act was issued by the Government of Nunavut's Department of Environment. The regulations were developed in cooperation with Nunavut Tunngavik Inc. and the Nunavut Wildlife Management Board and are designed to be fully compliant with the Nunavut Land Claims Agreement, esp. upholding Inuit harvesting rights and Inuit systems of wildlife management. See the press release at <[www.news.gov.nu.ca/2015/june/2015-06%20NR%20\(GN%20NTI\)%20New%20Wildlife%20Regulations-ENG.pdf](http://www.news.gov.nu.ca/2015/june/2015-06%20NR%20(GN%20NTI)%20New%20Wildlife%20Regulations-ENG.pdf)> accessed 26 October 2016.

In general terms, there is longstanding nation-wide concern for the wildlife which should be understood in an historical context. It was reinforced by the rapid disappearance of the buffalo in the 1870s. Sports fishing, which is an important sector and actively encouraged by many provinces, has been calling for major cutbacks in commercial fishing and Aboriginal harvests.<sup>186</sup> Case law on unlawful fishing (and hunting) by Aboriginal individuals is evidence of that.

Traditionally, important resources, such as forests, are effectively controlled by private interests under long-term tenures. Crown lands are managed by provincial and territorial government agencies. These agencies contribute to the development of legislation and regulations, make land use and resource use policies, and issue guidelines. They also grant leases, licenses and other forms of tenure agreements also monitor these operations. The same agencies control access to and use of parks, forests reserves and other protected areas. The access to Crown land is permitted for many purposes such as hunting, fishing, trapping, boat driving and recreational snow mobile driving. However, government agencies set and enforce policies and regulations for all such activities.<sup>187</sup> Note that after the *Tsilhqot'in* case<sup>188</sup> in 2014 the governance of Crown lands has to be modified. Where there is a recognised Aboriginal right there is a need to seek consent from the Aboriginal title-holders before decision on land/resources development is made. See above under Aboriginal title.

Like in Aotearoa New Zealand, Canadian law has only to a minor extent been informed by international standards in the environmental/natural resource area with respect to Aboriginal rights. For instance, the voluntary Akwé: Kon guidelines under the Convention on Biological Diversity,<sup>189</sup> has so far no bearing in Canadian law or policy. Canadian law and state policy, on the other hand, has a strong participatory tool for affected Aboriginal communities in the State's duty to consult, where there is an inbuilt accommodation requirement depending of the strength of the claim and seriousness of the effect on the specific Aboriginal community, as seen above.

#### 4.4. Protected areas

Lands subject to protected areas are often intricately tied to the survival of Indigenous identity.<sup>190</sup> Parks generally have a very high level of support in urban areas for both conservation and recreational reasons, but they have been deeply unpopular with many residents of rural and remote parts of Canada who, like Aboriginal people, have felt that their use of particular areas have been eliminated or diminished.<sup>191</sup>

Aboriginal customary uses were also deliberately excluded by regulation and policy from parks and other protected areas established on Crown land. As a result, parks have been unpopular among Aboriginal communities. The Yellowstone model for designating and managing parks is a significant part of the corporate memory of land and resource management agencies in Canada. An early exception is the Nisga'a Memorial Lava Bed Provincial Park, which was established in 1991 in the Nass valley, and where the Nisga'a Tribal Council approached the BC government to create the park and with joint management.<sup>192</sup>

Canada's first national parks were created in the western mountains of Alberta, the first in Banff in 1885. And many more were designated, largely in remote areas, till the end of 1960s. Most of these parks were established with no recognition or inclusion of Aboriginal peoples and there have been examples of forcibly removing Aboriginal and other local peoples from the land.

<sup>186</sup> Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 654.

<sup>187</sup> *Ibid.*, 520.

<sup>188</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44.

<sup>189</sup> They aim to provide advice on the incorporation of cultural, environmental and social considerations of Indigenous communities into impact-assessment procedures.

<sup>190</sup> Ruru, 'Settling Indigenous Place', 339.

<sup>191</sup> Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 523.

<sup>192</sup> Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 522.

From 1970s onwards, commencing in British Columbia, a new direction for protected areas was forged.<sup>193</sup>

However, today there exist many examples of rectifying the previous approach and the turn towards a new commitment to recognising Indigenous peoples close connection to certain protected areas, a shift that began in the late 1970s. Today, there is a variety of management structures where for instance Aboriginal groups have representation in management boards or serve advisory type roles. Normally, management plans for national parks, for instance, recognise the fact that Indigenous peoples historically have used the lands and accept that protecting and presenting Indigenous heritage is an important management goal. However, few plans stress the need to utilise Aboriginal languages and knowledge systems. Another problem, if true reconciliation is to be met, regards the existing model of Crown ownership of national parks, especially problematic to those Aboriginal communities that contest that ownership.<sup>194</sup>

There are also protected areas set apart as a result of modern land claims agreements, and Aboriginal communities commonly share the management of these areas, improving relations between park staff and Aboriginal groups.<sup>195</sup> Since there are many parks and protected areas within the traditional territories of Aboriginal communities, most Aboriginal people want to share the management of existing and future parks and protected areas. Some tribes have also expressed a wish to establish their own tribal parks, such as the Haida people of British Columbia.<sup>196</sup>

There are several examples of co-management models in Canada. One interesting case is the SGang Gwaay UNESCO World Heritage site in British Columbia. The landscape represents several islands and is home to the Haida First Nation. With respect to co-management it has been regarded as an example of best practices. The Haida are involved as full members in all the decision-making processes and has more integrated involvement in decision-making than many other Canadian examples of co-management. From the beginning Haida was engaged in a meaningful way from the beginning, meaning that partnership was not solely built on consultation. Nonetheless, the initial working relationships was extremely challenging and the relationship between the Haida Nation and Parks Canada, the responsible agency, took many years to develop into what it is today.<sup>197</sup>

## 5. Summary of the Main Characteristics

Below follows a short description of identified key characteristics of the Canadian legal system and Canadian law related to Aboriginal peoples and which has an interest for Finland. Although the country's federal structure means that Canada as a state functions quite differently politically and legally, it should not be taken as an excuse to evade from learning transfers.

An apparent characteristic, and a variation from the Finnish legal system, is that Canada has a very strong constitution and the courts, especially the Supreme Court of Canada, are proactively upholding fundamental rights and make use of their law-making ability. The protection of Aboriginal and treaty rights in Canada flow mainly from the constitutional entrenchment in section 35(1), the Constitution Act 1982, which states that the 'existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are (...) recognized and affirmed'. The State's duty to consult Aboriginal peoples flows also from this constitutional recognition and is developed through case law from the Supreme Court of Canada and other courts on provincial levels.

---

193 Ruru, 'Settling Indigenous Place', 60-1.

194 Ibid., 62, 209, 260-1, 341-2.

195 See further in Crane, Mainville and Mason, *First Nations Governance Law*.

196 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, 586.

197 Herrmann, Heinämäki and Morin, 'Protecting sacred sites', 62-3, 77-8.

Like in Aotearoa New Zealand, the courts play a central role in illuminating and upholding Indigenous rights.

The Supreme Court of Canada, as one of Canada's most important national public institutions, is immensely important for upholding Aboriginal and treaty rights. The Court, overseeing the development of the law in the other courts of Canada, ensures a proper and concordant application of for instance constitutional rights, including Aboriginal rights. The Court has released numerous important decisions related to such rights. For a deep knowledge of Aboriginal rights, past wrongdoings and a way ahead the five-volume report by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP) in 1996 has also been profound for reshaping the relationship. Also in Canada the limelight is on a partnership-like relationship, or a nation-to-nation approach.

The legal rights of Aboriginal peoples, and the relationship between those peoples and the Crown and other Canadian communities, are governed by the doctrine of Aboriginal rights, that forms a kind of 'inter-societal' law in Canada. This branch of law is part of unwritten common law. One part of the doctrine relates to basic principles of justice. Such principles have been enhanced by the entrenchment in section 35(1) of the Constitution. In case law it is held that the Crown owes fiduciary duties towards the Aboriginal peoples and communities. The term fiduciary duty/obligation originates from business relations and often relate to unequal power relations; it is a legal obligation of one party to act in the best interest of another. On the whole, the two main sources of the doctrine of Aboriginal rights, historical and justice-philosophical, operate in tandem and are reinforced through section 35(1).

In sum, the interpretation and application of section 35 primarily upholds existing rights, fiduciary obligations and consultation requirements. As indicated, there exist interesting moral elements within the law that have been and continually are important. One such important principle is the honour of the Crown, invoked in all Crown dealings with Aboriginal peoples and which emphasises the honourable dealing towards Aboriginal people. This duty has arisen from the assertion of sovereignty. It means that the Crown has a duty to consult and accommodate specific Aboriginal interests. Where such interests are shielded under section 35 of the Constitution, the principle of the honour of the Crown transforms into a fiduciary duty. This principle, the honour of the Crown, is especially relevant to Crown dealings related to lands and natural resources concerning potential impacts on Aboriginal communities' rights because of government decisions. The State's duty to consult Aboriginal peoples is therefore seen first and foremost as a basic constitutional right.

Like the duty to consult much of the Aboriginal and treaty law in Canada has evolved internally. This branch of law is by large a result of the development of federal and provincial laws and policies, including landmark cases from the Supreme Court of Canada on Aboriginal rights. It has never been seriously suggested that Canada should ratify the ILO Convention 169, also due Aboriginal peoples' own disinterest, and the state did at first vote against the adoption of the UNDRIP. However, some cases have earlier made it to the International arena, such as the *Lovelace* case, indicating that International law is not entirely irrelevant for Canadian law. Moreover, the UNDRIP has been referred to in recent federal and provincial case law, suggesting that the Declaration may very well be increasingly significant in Canadian law.

One big difference from the Nordic and Finnish legal situation is the Canadian Indian reserve system as well as the many historical treaties made with Aboriginal communities in early times. The doctrine of terra nullius never applied in Canada. Large areas in Canada are however not subject to any historic treaties, i.e. most of British Columbia and the three northern territories as well as portions of northern Quebec and Labrador. Most of the landmark cases come from these regions. The legal situation in these regions resembles the Nordic situation



in the sense that there are unsolved and longstanding claims to land and resources based on prior occupancy and protracted uses. The Supreme Court of Canada has in numerous cases recognised Aboriginal harvesting rights, such as hunting, fishing and trapping rights, but so far only concluded that Aboriginal title still exists in one case, the *Tsilhqot'in* case in 2014. Importantly, the Supreme Court has also addressed a scheme with priority rights for subsistence and ceremonial purposes, but only after conservation targets are met. In other words, environmental and other legislation that ram Aboriginal communities or individuals exercising their rights in unbalanced ways are unlawful under the justification test according to section 35.

Consequently, Aboriginal occupation and community practices in relation to land and natural resources in the Canadian context are founded at common law and protected under it, if not statutorily codified. Territorial rights' claims of Aboriginal communities are mainly addressed in two ways: via court cases and through negotiating modern treaties. Following the latter approach, land claims have been articulated and advanced through the negotiation process with the federal and provincial Crown. Hence, modern treaties are being negotiated by various Aboriginal communities and the Crown, to right the wrongs and set a new course for the future supporting the community. This treaty making approach is not part of our Nordic (legal) culture, but may be well worth considering.

The question of defining who is Aboriginal has been complex in Canada, notably with respect to Métis and First Nations (Indian). Hence, in Canada Indigenous identity is still a problematic and contentious issue. By intermarriages and the mixing of ethnical identities over many years there exist no neat boxes of clear-cut categories between or among these Aboriginal peoples. The Supreme Court has, for instance, emphasised that the concept of 'non-status Indian' is imprecise. It may refer to Indians who no longer have status under the Indian Act, or relate to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some of these persons identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis better capture their mixed origins.

Questions of identity coincide with the constitutional protection of Aboriginal rights to land and resources under section 35 since it raises questions of control over defining the individuals that are members of a specific tribe, band or community. It relates to the exercise of hunting, fishing and trapping rights as well as the allocation of specific benefits and funds for certain communities.

The only legal definition at federal level is the Indian Act 1985 which also maintains an Indian Register. The Indian Act has over the years caused disputes over the definition of Indian status, the authority to determine band membership, and access to rights connected to these categorisations. Conflicts have risen not only between Indian bands and governments, but have also caused controversy within First Nation groups. Hence, it is argued that any reform of the definition have to be consistent and supportive of the First Nations culture and traditions, as part of their self-determination. The Government of Canada is committed, in collaboration with the First Nations, to work towards a new legislation to replace the Indian Act.

All in all, the Indian Act has had tremendous impact on identity issues, individually and collectively. This expose the importance of legal identity definitions, in particular that there need to be a correlation between the Indigenous views and the legislatures on who is Indigenous.

Regarding the Métis, there is currently a discussion and struggle on how wide the definition of Métis should be, where there are diverging views of the extent of mixed heritage as well as the relationship to historical territories. Because the Métis are a post-contact phenomenon it poses an extra challenge for the Indigeneity issues that Canada for long overlooked. The protection in section 35 of the Constitution has meant a revival of culture and Métis rights.

There exist no federal statutory definition of Métis but the Supreme Court of Canada has in a couple of cases, with different constitutional aims, defined Métis as well has Statistics Canada for the purposes of censuses. The latter definition uses self-identification as Métis as the sole criteria. In *Powley* the Supreme Court of Canada decided three criteria for defining who qualifies as Métis for the purpose of section 35(1) of Constitution Act 1982: i) self-identification as Métis, ii) ancestral connection to an historic Métis community, and iii) group acceptance by the modern Métis community. In the recent *Daniels* case, which regarded section 91(24) of the Constitution Act 1867, the Supreme Court partly rejected the more narrow definition set out in *Powley*, recognizing the diversity of Métis communities across the country. However, the Court did not actually define who are Métis persons. In any case, the *Daniels* decision has another purpose and a narrower scope; it relates only to the constitutional matter resolving which level of government has legislative authority over Métis and non-status Indians. In Canada the question of who is Métis clearly raises issues of self-identification versus group-acceptance in a complicated way. But, with respect to having Métis rights recognised under section 35(1), for instance a right to hunt, the 'community acceptance test' needs to be met, as do the other tests set out from the *Sparrow* case and onwards.

## 6. Kanadan pääpiirteiden tiivistelmä

Kääntäjä: Henri Wiman

Alla seuraa lyhyt kuvaus Kanadan oikeusjärjestelmän ja alkuperäiskansoihin (joita Kanadassa kutsutaan yleisesti aboriginaalikansoiksi) liittyvän lainsäädännön pääpiirteistä, joilla on relevanssia Suomen tilanteeseen. Vaikka Kanada on rakenteeltaan liittovaltio ja toimii siksi poliittisesti ja oikeudellisesti varsin eri tavalla kuin Suomi, tätä eroavaisuutta ei tule pitää esteenä kokemusten ja tiedon välittämislle maiden välillä.

Selvä eroava piirre Suomen oikeusjärjestelmään on, että Kanadalla on hyvin vahva perustuslaki, ja tuomioistuimet – eritoten Kanadan korkein oikeus – tulkitsevat perusoikeuksia ja käyttävät lainsäätäjän kapasiteettiaan aktiivisesti. Aboriginaalioikeudet ja sopimusoikeudet (*treaty rights*) kumpuavat pääasiassa perustuslain kohdasta 35(1), *Constitution Act 1982*, jossa todetaan että olemassa olevat Kanadan alkuperäiskansojen oikeudet ja sopimusoikeudet tunnustetaan ja vahvistetaan. Myös valtion velvollisuus konsultoida alkuperäiskansoja kumpuaa tästä perustuslaillisesta tunnustuksesta sekä oikeustapauskäytännöstä, jota ovat edistäneet Kanadan korkein oikeus ja muut provinssitaso tuomioistuimet. Aotearoa Uuden-Seelannin tavoin tuomioistuimilla on myös Kanadassa keskeinen rooli alkuperäiskansaoikeuksien selventämisessä ja ylläpitämisessä.

Kanadan korkein oikeus on Kanadan tärkeimpiä kansallisia julkisia instituutioita ja erittäin tärkeä alkuperäiskansa- ja sopimusoikeuksien ylläpitämisessä. Korkein oikeus valvoo lain ja alkuperäiskansaoikeuksien kehitystä muissa Kanadan tuomioistuimissa varmistaen, että oikeuksia sovelletaan tarkoituksenmukaisesti ja yhtäläisesti. Korkein oikeus on tehnyt useita tärkeitä päätöksiä tällaisiin oikeuksiin liittyen. *Royal Commission on Aboriginal Peoples*:n (RCAP) viisiosainen raportti vuodelta 1996 antaa syvän ymmärryksen aboriginaalikansojen oikeuksista, menneistä vääryyksistä ja tulevaisuuden suunnasta ja sillä on ollut merkittävä vaikutus kansojen suhteen kehitykselle. Kuten Uudessa-Seelannissa myös Kanadassa lähestymistapa valtion politiikassa on kansakuntien välinen suhde sekä kumppanuuden tunnustaminen valtion ja alkuperäiskansojen välillä.

Aboriginaalioikeuksien doktriini muodostaa Kanadassa eräänlaisen 'yhteiskuntien välisen' oikeuden. Se hallitsee alkuperäiskansojen oikeuksia sekä suhdetta valtioon (*the Crown*) ja muihin kanadalaisiin yhteisöihin. Tämä oikeuden haara on osin kirjoittamatonta tapaoikeutta. Eräs doktriinin osa liittyy oikeudenmukaisuuden peruseräilykseen, jota perustuslain kohta 35(1)

edistää. Tapaoikeuden mukaan valtiolla on luottamusvelvoitteita (*fiduciary duty*) aboriginaaliansoja ja -yhteisöjä kohtaan. Termi *fiduciary duty/obligation* on saanut alkunsa elinkeinoelämän suhteista ja se yleensä liittyy epätasa-arvoisiin voimasuhteisiin, eli yhden osapuolen velvollisuus on toimia toisen osapuolen edun mukaisesti. Ylipäätään aboriginaalioikeuksien doktriinin kaksi tärkeintä juurta - historiallinen sekä oikeus-filosofinen – toimivat yhdessä ja niitä tukee perustuslain kohta 35(1).

Kaiken kaikkiaan perustuslain kohdan 35(1) tulkinta ja käytäntö lähinnä ylläpitävät olemassa olevia oikeuksia, luottamusvelvoitteita ja konsultaatiovaatimuksia. Lakiin sisältyy mielenkiintoisia moraalisia elementtejä, jotka ovat edelleen tärkeitä. Eräs tällainen tärkeä periaate on valtion (*the Crown*) arvokkuus, johon vedotaan kaikissa valtion toimissa alkuperäiskansojen kanssa, ja joka painottaa kunniaakasta toimintaa aboriginaaleja kohtaan. Tämä velvollisuus kumpuaa suvereniteetin julistuksesta. Se tarkoittaa, että valtiolla on velvollisuus konsultoida aboriginaaleja ja sisällyttää aboriginaalien erityiset intressit toimintaansa. Kun intressit ovat perustuslain kohdan 35(1) puolustamia, kunniaperiaate muuttuu luottamusvelvoitteeksi. Kunniaperiaate on erityisen relevantti hallituksen maa- ja luonnonvarapäätöksissä, joilla on mahdollisia vaikutuksia aboriginaaliyhteisöjen oikeuksiin. Valtion velvollisuus konsultoida aboriginaaliansoja nähdään siis ennen kaikkea perustuslaillisena oikeutena.

Konsultaatiovelvoitteen tapaan suuri osa Kanadan aboriginaali- ja sopimusoikeuksista (*treaty law*) on kehittynyt sisäisesti. Tämä oikeuden haara on enimmäkseen liittovaltion ja provinssien lakien ja poliittisten linjojen kehityksen tulos, johon lukeutuvat Kanadan korkeimman oikeuden tärkeimmät aboriginaalioikeuksiin liittyvät päätökset. ILO sopimus 169:n ratifointia ei ole ikinä ehdotettu vakavasti, osittain alkuperäiskansojen omasta kiinnostuksen puutteesta. Alun perin Kanada äänesti myös YK:n alkuperäiskansajulistusta vastaan. Jotkin oikeustapaukset kuten *Lovelace*:n tapaus ovat kuitenkin päättyneet kansainväliseen käsittelyyn, joten kansainvälinen oikeus ei ole Kanadan lainsäädännölle täysin merkityksetöntä. Tämän lisäksi, viimeaikaisessa tuomioistuinkäytännössä on viitattu YK:n alkuperäiskansajulistukseen, mikä merkitsee sitä, että julistuksella voi hyvinkin olla kasvava merkitys kanadalaisessa oikeusjärjestelmässä.

Yksi merkittävä ero Pohjoismaiden ja Suomen oikeudellisiin instituutioihin on Kanadan reservaatijärjestelmä ja lukuisat historialliset sopimukset aboriginaaliyhteisöjen kanssa. *Terra nullius* -doktriinia ei ikinä sovellettu Kanadassa. Kanadassa on kuitenkin suuria alueita, joihin ei päde mikään historiallinen sopimus: Suurin osa British Columbian alueesta, kolme pohjoista territoriota ja joitain alueita Pohjois-Quebecissä ja Labradorissa. Suurin osa tärkeimmistä oikeustapauksista tulevat näiltä alueilta. Näiden alueiden oikeudellinen tilanne muistuttaa Pohjoismaiden tilannetta siinä mielessä, että niillä on ratkaisemattomia ja kauaskantoisia maa- ja luonnonvara-vaateita, jotka perustuvat aiempaan asuttamiseen ja pitkäaikaiseen käyttöön. Kanadan korkein oikeus on useassa tapauksessa tunnustanut aboriginaalien oikeuden luonnonvarojen korjaukseen, kuten metsästys-, kalastus- ja ansapyyntioikeuksiin, mutta se on todennut aboriginaalien omistusoikeuden olevan yhä voimassa vain yhdessä tapauksessa: *Tsilhqot'in*:n tapauksessa vuonna 2014. Korkein oikeus on myös käsitellyt merkittävän tapauksen, johon sisältyi etuoikeus luonnonvarojen elinkeino- ja seremoniakäyttöihin vasta, kun luonnonsuojelutavoitteet on saavutettu. Toisin sanoen ympäristö- ja muu lainsäädäntö, joka olennaisesti heikentää aboriginaaliyhteisöjen tai yksilöiden oikeuksien toteutumista, on lainvastaista perustuslain kohdan 35 perusteella.

Aboriginaalien maihin ja luonnonvaroihin liittyvä asuttaminen ja perinteinen maankäyttö perustuvat tapaoikeuteen ja ovat sen suojelemat, vaikka niitä ei olekaan lainsäädännössä kodi-fioitu. Aboriginaalien maa-oikeusvaateita käsitellään kahdella tavalla: tuomioistuinten kautta ja neuvoteltujen nykyaikaisten sopimusten kautta. Sopimuskäytäntöä seuraten maavaateita on artikuloitu ja edistetty liittovaltion ja provinssin kanssa neuvotellen. Useiden aboriginaaliyhteisöjen ja valtion välillä siis neuvotellaan moderneja sopimuksia vääryyksien oikaisemiseksi ja

yhteisöjen tukemiseksi tulevaisuudessa. Tällainen sopimuskäytäntö ei ole osa Pohjoismaista oikeuskulttuuria, mutta sitä voisi olla syytä harkita.

Aboriginaalimääritelmä on ollut Kanadassa monimutkainen erityisesti métisien ja ”ensimmäisten kansakuntien” (Intiaanit, *First Nations, Indian*) kohdalla. Täten alkuperäiskansaidentiteetti on edelleen ongelmallinen ja kiistanalainen kysymys Kanadassa. Ristikkäisten avioliittojen vuoksi ja etnisten identiteettien sekoittuessa vuosien varrella eri aboriginaalikansojen välillä ei ole selkeitä kategorioita. Korkein oikeus on esimerkiksi painottanut, että ’statuksettoman intiaanin’ käsite on epätarkka. Se voi viitata intiaaniin, jolla ei enää ole *Indian Act* -lain mukaisesta statusta, tai sekoittuneiden yhteisöjen jäseniin, joita ei ikinä ole tunnustettu intiaaneiksi liittovaltion lainsäädännössä. Jotkin näistä henkilöistä identifioivat intiaani-kategorian kanssa, toiset taas pitivät Métis-termiä parempana ristikkäisen perimänsä kuvaamisessa.

Identiteettikysymys liittyy aboriginaalien maa- ja luonnonvaraoikeuksien perustuslailliseen suojan kohdan 35 mukaan, sillä se nostaa kysymyksen siitä, ketkä yksilöt määrittävät tiettyjen heimojen tai yhteisöjen jäseniksi. Se liittyy metsästys-, kalastus- ja ansapyyntioikeuksien toteuttamiseen sekä tiettyjen etuuksien ja varojen jakoon joillekin yhteisöille.

Ainoa liittovaltiotasoinen lakisääteinen määritelmä on *Indian Act:ssa (1985)* joka myös ylläpitää intiaanirekisteriä. *Indian Act* on vuosien varrella aiheuttanut kiistoja intiaanistatuksen määritelmästä, auktoriteetista määritellä heimojäsenyys sekä pääsystä näihin kategorioihin liittyvien oikeuksien piiriin. Konflikteja on noussut intiaaniheimojen ja hallituksen välillä sekä myös ”ensimmäisten kansakuntien” (*First Nations*) yhteisöjen sisäisesti. Tästä syystä on tuotu esille, että mahdollinen määritelmän uudistaminen tulee tapahtua niin, että se on sopuinnossa ja tukee alkuperäiskansojen kulttuuria ja perinteitä, mikä olisi myös näiden kansojen itsemääräämisoikeuden mukaista. Kanadan hallitus on sitoutunut yhteistyössä alkuperäiskansojen kanssa työhön *Indian Act* -lain korvaamiseksi.

Kaiken kaikkiaan *Indian Act*:lla on merkittävä vaikutus identiteettikysymykseen kollektiivisella ja yksilötasolla. Tämä paljastaa oikeudellisen identiteettimääritelmän tärkeyden erityisesti siinä mielessä, että alkuperäiskansan ja lainsäädännön näkökulmien tulee olla sopuinnossa siitä, kuka kuuluu alkuperäiskansaan.

Tällä hetkellä on keskustelua ja kiistelyä métisien määritelmän laajuudesta koskien määritelmän laajuutta, johon sisältyy erilaisia näkemyksiä perimän sekoittumiseen sekä historiallisiin alueisiin liittyen. Koska métis-kansa on muodostunut vasta ensikontaktin jälkeen, métisit he nostavat erityisen haasteen alkuperäiskansakysymykselle, jonka Kanada on pitkään jättänyt huomiotta. Perustuslain kohdan 35 antama suoja on johtanut métisien oikeuksien ja kulttuurin elpymiseen.

Métiseille ei ole olemassa liittovaltiotasosta laillista määritelmää, mutta Kanadan korkein oikeus on kahdessa tapauksessa määritellyt métisit, eri perustuslaillisia tavoitteita silmällä pitäen, kuten on myös Kanadan tilastokeskus väestönlaskentaansa varten. Tilastokeskuksen määritelmä nojaa métisien itseidentifikaatioon ainoana kriteerinä. Korkein oikeus päätti *Powley*:n tapauksessa kolmesta kriteeristä métisien määritelmäksi perustuslain kohtaa 35 varten: i) itseidentifikaatio métisiksi, ii) historiallinen yhteys métis-yhteisöön esi-isien kautta, sekä iii) nykyisen métis-yhteisön ryhmähyväksyntä. Tuoreessa *Daniels*:n tapauksessa, jossa punnittiin perustuslain kohtaa 91(24), korkein oikeus osittain hylkäsi aiemman *Powley*:n tapauksen kaupan määritelmän, tunnustaen métis-yhteisöjen monimuotoisuuden ympäri maata. Tuomioistuimien ei kuitenkaan määritellyt sitä, ketä kuuluu métis henkilöihin. *Daniels*:n päätöksellä on muutoinen toinen tarkoitus ja kapeampi ulottuvuus; se liittyy vain perustuslailliseen kysymykseen siitä, millä hallinnon tasolla (liittovaltion vai osavaltioiden) on lainsäädäntövalta métisejä ja statuksettomia intiaaneja kohtaan.

Kanadassa kysymys siitä, kuka kuuluu métiseihin, nostaa esiin kysymyksen itsemääritelmän ja ryhmähyväksynnän puntaroinnista monimutkaisella tavalla. Métisien oikeuksien tunnustamisessa perustuslain kohdan 35(1) mukaan – esimerkkinä metsästysoikeudet – 'yhteisön hyväksyntä' -kriteeri tulee kuitenkin edelleen täyttyä, kuten myös muut kriteerit, jotka ilmenivät *Sparrow*:n tapauksesta lähtien.

## References

### Literature

- Allard, Christina. 'The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples: Comparative Reflections from Nordic and Canadian Legal Contexts'. *Arctic Review on Law and Politics*, 2017 (forthcoming).
- Allard, Christina. *Rensköttselrätt i nordisk belysning*. Stockholm/Göteborg: Makadam förlag, 2015.
- Allard, Christina. 'Two Sides of the Coin: Rights and Duties. The Interface between Environmental Law and Saami Law Based on a Comparison with Aotearoa/New Zealand and Canada' (PhD diss.). Luleå: Luleå University of Technology, 2006.
- Allen, Stephen. 'The UN Declaration on the rights of Indigenous peoples and the limits of the international legal project'. In *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Stephen Allen and Alexandra Xanthaki. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Anaya, James. *Indigenous peoples in international law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Andersen, Chris. *Métis – Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*. Vancouver: UBC Press, 2014.
- Bendickson, Jamie. *Environmental law*. Toronto: Irwin Law, 2002.
- Borrows, John and Leonard I. Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*. 2nd ed. Butterworths Canada, 2003.
- Borrows, John. 'Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court'. *The Canadian Bar Review* 80 (2001).
- Crane, Brian A., Robert Mainville and Martin W.Mason. *First Nations Governance Law*. Ottawa: Lexis-Nexis Canada, 2006.
- Coates, Kenneth. *The Marshall Decision and Native Rights*. McGill-Queen's University Press, 2000.
- Dickason, Olive Patricia. *Canada's First Nations. A History of Founding Peoples from Earliest Times*. Toronto: Oxford University Press, 2002.
- 'First Nations registration (status) and membership research report'. AFN-INAC Joint Technical Working Group. Ottawa: Indian and Northern Affairs, July 2008.
- Furi, Megan and Jill Wherret. 'Indian status and band membership issues'. Ottawa: Political and Social Affairs Division, Parliamentary research branch, February 2003.
- Gall, Gerald L. *The Canadian Legal System*. 4th ed. Toronto: Carswell, 1995.
- Herrmann, Thora, Heinämäki and Cindy Morin. 'Protecting sacred sites, maintaining cultural heritage, and sharing power. Co-management of the S G ang Gwaay UNESCO World Heritage site in Canada'. In *Indigenous Rights in Modern Landscapes. Nordic conservation regimes in global context*, eds. Lars Elenius, Christina Allard and Camilla Sandström. Routledge, 2016.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 2001.
- Imai, Shin. *Aboriginal Law Handbook*. 2nd ed. Toronto: Carswell, 1999.
- Manfredi, Christopher. 'On the Virtues of a Limited Constitution: Why Canadians were Rights to Reject the Charlottetown Accord'. In *Rethinking the Constitution – Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, ed. Anthony Peacock. Ontario: Oxford University Press, 1996.
- Miller, J. R. 'Introduction'. In *Aboriginal Peoples of Canada*, ed. Paul Robert Magocsi. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Monahan, Patrick J. 'The Supreme Court of Canada in the 21<sup>st</sup> Century'. *The Canadian Bar Review* 80 (2001).
- Morse, Bradford W. 'Tsilhqot'in Canadian Aboriginal Landmark Decision – A Game Changer?' *Live Encounters*, September 2014. Accessible at <<http://liveencounters.net>>

Newman, Dwight G. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing Ltd., 2014.

O'Callaghan, Shelley and David Bursey. 'Canada'. In *Environmental Law and Enforcement in the Asia-Pacific Rim*, ed. Terri Mottershead. Sweet & Maxwell Asia, 2002.

Poelzer, Greg and Ken S. Coates. *From Treaty Peoples to Treaty Nation. A Road Map for All Canadians*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2015.

Royal Commission on Aboriginal Peoples. Volume 1: *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: Canada Communication Group, 1996.

Royal Commission on Aboriginal Peoples. Volume 2, Part Two: *Restructuring the Relationship*. Ottawa: Canada Communication Group, 1996.

Royal Commission on Aboriginal Peoples. Volume 3: *Gathering Strength*. Ottawa: Canada Communication Group, 1996.

Royal Commission on Aboriginal Peoples. Volume 4: *Perspectives and Realities*. Ottawa: Canada Communication Group, 1996.

Ruru, Jacinta. 'Settling Indigenous Place: Reconciling Legal Fictions in Governing Canada and Aotearoa New Zealand's National Parks' (PhD diss.). Vancouver: University of Victoria, 2012.

Slattery, Brian. 'Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights'. *Canadian Bar Review* 79 (2000).

Slattery, Brian. 'Understanding Aboriginal Rights'. *Canadian Bar Review* 66 (1987).

Vowel, Chelsea and Darryl Leroux. 'White settler antipathy and the *Daniels* decision'. In *TOPIA: Canadian Journal of Cultural Studies* 36 (fall 2016).

Woodward, Jack. *Native Law* (loose-leaf). Toronto: Carswell, 2006.

## Cases

*Calder v. The Attorney General of British Columbia* [1973] SCR 313.

*Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)* [2016] SCC 12.

*Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 SCR 1010.

*Guerin v. The Queen* [1984] 2 SCR 335.

*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* 2004 SCC 73.

*Lovelace v. Canada*. Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981).

*Mclvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)* [2009] BCCA 153.

*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* [2005] SCC 69.

*Mitchell v. M.N.R.* [2001] 1 SCR 911.

*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council* [2010] SCC 43.

*R. v. Adams* [1996] 4 CNLR 1.

*R. v. Côté* [1996] 4 CNLR 26.

*R. v. Gladstone* [1996] 4 CNLR 65.

*R. v. Marshall; R. v. Bernard*, 2005 SCC 43.

*R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd* [1996] 2 SCR 672.

*R. v. Powley* [2003] SCC 43.

*R. v. Sparrow* [1990] 3 CNLR 160.

*R. v. Van der Peet* [1996] 4 CNLR 184.

*Sawridge Band v. Canada* [2006] FCA 228.

*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)* [2004] SCC 74.

*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44.



# 13. IMPLEMENTING ILO 169 IN LATIN AMERICA

Stefan Kirchner

## 1. Introduction

### 1.1. Aim of this Chapter

This chapter looks at key aspects of Indigenous rights in those states<sup>1</sup> in Latin America<sup>2</sup> which have ratified ILO Convention No. 169 (ILO 169).<sup>3</sup> Emphasis will be placed on states which have overcome or are currently facing significant challenges in the transition from a more authoritarian (*i.e.*, from the perspective of the dominant society) view of Indigenous peoples towards a more complete protection of the right to self-determination through the implementation of Free, Prior and Informed Consent (FPIC) standards<sup>4</sup> which comply with contemporary international law.<sup>5</sup> This means that this chapter will not necessarily describe perfect models, but will highlight different approaches to implementing FPIC and ILO 169, all of which all have benefits and shortcomings. The aim is not to provide a template which could be transferred directly to the situation in other countries but rather to identify aspects of implementation of international law on the domestic level in order to provide the reader with a certain degree of awareness of potential challenges. While the initial level of research was similar with regard to all states concerned, it became evident during the research for this chapter that the situation in some states excludes them as relevant examples or that there are strong similarities between some states which would make it superfluous to repeat research results in detail. After all, this text aims at familiarising readers from Finland with a range of situations and with different approaches to Indigenous land rights. The essence of the chapter are the conclusions that written law as it exists today in different Latin American states is not sufficient for the effective protection of Indigenous rights according to international legal standards. This is because customary international law has developed beyond the ILO 169, which dates from 1989, but also because of a dramatic discrepancy between the law on paper and the law in practice in many Latin American states.

### 1.2. Methodology

Rather than relying only on academic sources and legislative or court documents or other form of literature research, which is the dominant research methodology in the legal sciences, this part is based to a significant degree on conversations with a range of Indigenous and

1 Most countries which have ratified ILO 169 are located in Latin America: Argentina (ratification in 2000), Bolivia (1991), Brazil (2002), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Ecuador (1998), Guatemala (1998), Honduras (1995), Mexico (1990), Nicaragua (2010), Paraguay (1993), Peru (1994) and Venezuela (2002). In addition, ILO 169 has been ratified by a number of countries outside the region, *i.e.*, the Central African Republic (2010), Denmark (1996), Dominica (2002), Fiji (1998), Nepal (2007), the Netherlands (1998), Norway (1990) and Spain (2007). For the current status of ratifications of ILO 169 see ILO, *Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*, <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)> (all links in this chapter are up to date as of 16 November 2016).

2 The term 'Latin America' is used here in the sense normally given to it in the region: even though it is located in the Western hemisphere and it is a member of the *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América* (ALBA), the Caribbean nation of Dominica is not included in this survey since it is normally not considered to be Latin American in the strict (cultural and linguistic) sense of the term. Also the parts of the United States which have used to be part of Mexico and which have a strong Hispanic cultural presence are not covered by this survey.

3 Indigenous and Tribal Peoples Convention 1989 (ILO 169), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100\\_ilo\\_code:c169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_ilo_code:c169)>.

4 On FPIC as an aspect of the right to self-determination see Portalewska, A., 'Free, Prior and Informed Consent: Protecting Indigenous Peoples' rights to self-determination, participation, and decision-making', 36 *Cultural Survival Quarterly* (2012), <<http://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/free-prior-and-informed-consent-protecting-indigenous>>; Colchester, M. and Ferrari, M. F., *Making FPIC Work: Challenges and Prospects for Indigenous Peoples* (Moreton-in-Marsh: Forest Peoples Programme 2007); Colchester, M., *Free, Prior and Informed Consent: Making FPIC work for forests and peoples* (New Haven: The Forest Dialogue 2010); 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; Anderson, P., *Free, Prior, and Informed Consent: Principles and Approaches for Policy and Project Development* (Bangkok: RECOFTC - The Center for People and Forests, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Sector Network Natural Resources and Rural Development - Asia, 2011).

5 The emphasis will be on ILO 169 and customary international law. Apart from the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which in large parts summarises the current customary law regarding Indigenous rights, non-binding rules will not feature prominently in this chapter. It is noteworthy that, unlike in Finland, the Akwé:Kon Guidelines have not given any priority by Latin America, see e.g. Convention on Biological Diversity, Ad hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and related Provisions of the Convention on Biological Diversity, Fourth meeting, Grenada, 23-27 January 2006, UN Doc. UNEP/CBD/WG8J/4/2, 1 December 2005, <<https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-04/official/wg8j-04-02-en.doc>>.

non-Indigenous, including mestizo, actors from different Latin American countries. These conversations involved political scientists, lawyers, politicians and economists as well as local residents from different professional, social and cultural backgrounds from the *circunscripciones regionales* (regional areas) of Puno and Cusco in Peru, the North-Eastern part of Brazil, the states of Chihuahua and Nuevo Leon in Mexico, the province of Cauca in Colombia and the cities of San Pedro Sula (Honduras), San Jose (Costa Rica), Lima (Peru) as well as from Ecuador, Venezuela and Chile, both during this project and prior to it. While not strictly representative, this approach allows to provide a broad overview as well as for attention to details. This combined methodology was chosen in order to adequately deal with the simultaneous parallels and differences in the challenges facing Indigenous peoples — from tribes living in voluntary isolation in the Peru-Brazil border region of the Amazon rain forest to urban individuals actively seeking rapid assimilation in large urban areas — across Latin America today. From the outside, the linguistic similarities across Latin America and the shared colonial<sup>6</sup> experience might lead outsiders to expect a relatively homogenous legal situation as well. While there are shared characteristics, similarities between the different states of Latin America end quickly. This also applies to the situation, both legal and practical, of Indigenous communities and individuals across Latin America. In order to illustrate different legal concepts and approaches, examples from across Latin America will be used to showcase specific issues and to provide examples for the implementation of ILO 169.

While there are significant cultural (not to mention political) differences between the Rio Grande and Tierra del Fuego, there is a certain undercurrent of a shared understanding about what law is and how law should function. It is against this background that this part will be used to analyse the implementation of Indigenous rights, in particular the right to FPIC, in selected Latin American states. All of the selected states are parties to ILO 169. In many of the cases which have made it to the Inter-American Court of Human Rights, Indigenous communities essentially complained about actions taken by the state, often in the form of issuing a permit for the use of Indigenous lands for purposes such as mining, which are incompatible with Indigenous ways of life. Land rights and FPIC therefore will be key elements of the following analysis.<sup>7</sup>

What most states analysed here (with the notable exceptions of Brazil and Chile<sup>8</sup>) have in common is that international (human rights) treaties have a specific status under national constitutional law. This can make it easier for national institutions to respect international legal norms, but in practice the effects of this difference are limited, not least because of the practical preference for the dualist rather than the monist approach to the implementation of international law on the national level. Also, the concept of the *bloque de constitucionalidad*<sup>9</sup> which can be found in Latin American legal systems must not be underestimated. Essentially this means that there are norms which are superior to other norms in the sense that normal laws must not violate the norms which form part of this ‘constitutional block’ — even if these superior norms are not part of the written constitution.<sup>10</sup>

6 On the impact of the colonial era on contemporary international law, including in particular Indigenous rights law, see Pahuja, S., ‘The Postcoloniality of International Law’, Silverburg, S. R. (ed.), *International Law - Contemporary Issues and Future Developments* (Boulder: Westview Press 2011) 553, 559.

7 In recent years there has been an increasing interest in analysing Indigenous rights from a comparative perspective in Latin America. While this text can only provide an overview over the situation in different Latin American states, a number of comparative studies are more detailed, e.g. Ameller, V., Chávez, D., Fernando, A., Padilla, G., Mayén, G., Aparicio, L., Panay, J., and Aranda, M., *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*, (La Paz: Konrad Adenauer Stiftung Bolivia 2012), deals with Bolivia, Brazil, Colombia, Guatemala, Mexico, Panama and Peru, while a 2014 study, Mayén, G., Erazo, D. and Lanegra, I., *El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental 2014), deals with Ecuador, Guatemala and Peru. For an overview over constitutional norms protecting the rights of Indigenous peoples in different countries across Latin America see also Gamboa Montejano, C. and Gutiérrez Sánchez, M., “Derechos Indígenas” - *Estudio de Derecho Comparado a Nivel Interno y Externo, Datos Estadísticos y Opiniones Especializadas. (Segunda Parte)*, (Mexico D.F.: Camara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior 2008), <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-15-08.pdf>>, 43 et seq. and United Nations, *Cuadro Comparativo entre el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas*, (Panamá: United Nations 2008) <<http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/CUADRO-COMPARATIVO-ENTRE-en-el-convenio-169.pdf>>.

8 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 8.

9 On the concept see Arango Olaya, M., *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, <<http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>>.

10 *Ibid.* 1; cf. DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 10 et seq.

### 1.3. The Role of Domestic Implementation in the Context of ILO 169

International law plays an important role for the protection of Indigenous rights, but in order to ensure an effective protection, international legal standards have to be implemented on the national level. The effect of Indigenous rights has to be realised on the local level. This is particularly the case when it comes to issues which directly affect Indigenous communities, such as the issue of Free, Prior and Informed Consent. One recent situation may serve as an example for just how important the protection of Indigenous rights can be from the local political and security perspective: in 2016, the Colombian province of Cauca saw deadly protests involving Indigenous groups.<sup>11</sup> Although they were smaller in scale than the 2009 violence in Bagua, Peru, the blockade of the Panamericana Highway in Cauca and the resulting violence led to several deaths and many injuries.<sup>12</sup> In both cases, Indigenous peoples have resorted to violence in order to force a conversation with the authorities. The same approach has been used in the Peruvian Amazon in March 2016 when members of the *Wampis* community of Mayuriaga took several government officials hostage over demands to be included in emergency response measures after a large oil spill affected their home region.<sup>13</sup> The fact that Indigenous peoples feel forced to resort to violence in order to get the authorities to listen to them shows that for many Latin American states functioning consultation mechanisms are no luxury but a vital necessity.

Latin America is home to about 42 million Indigenous persons,<sup>14</sup> about 8 % of the overall population.<sup>15</sup> They are considered Indigenous based on different national standards applicable. In the public imagination, the idea of Indigenous peoples in Latin America is often dominated by the Indigenous peoples of the Amazon rain forest and there is a widespread view, particular in urban areas, especially in Peru but also elsewhere in Latin America, that only Indigenous peoples living in forests are 'real' Indigenous peoples.<sup>16</sup> Also, not only in cultural terms, ancestral lands remain important for Indigenous communities and individuals.<sup>17</sup> However, today 49 % of all Indigenous persons in Latin America already live in cities.<sup>18</sup> Any discussion on Indigenous rights in Latin America has to take this reality, rather than the common perception which remains dominant, into account. Latin American states often have faced great challenges in the implementation of ILO Convention 169, a treaty which covers a wide range of issues. Problematic topics include, *i.a.*, land rights,<sup>19</sup> access to natural resources,<sup>20</sup> health, education, vocational training, conditions of employment and contacts across borders. Virtually all countries which have ratified ILO 169 have been made to promote legislative reforms favouring Indigenous peoples and have formulated various policies that at least seem to improve the situation of

<sup>11</sup> There is a tendency towards change after violent protests for Indigenous rights (*cf.* de la Peña, G., 'Social and Cultural Policies Toward Indigenous Peoples: Perspectives from Latin America', 34 *Annual Review of Anthropology* (2005) 717), which shows a marked contrast between Latin America and the Nordic countries. In Peru, like in many other Latin American states, improving the situation of Indigenous peoples is not a political choice in itself but a tool for pacification. This is not to say that human rights do not matter in Latin America – far from it. (*cf.* Carozza, P. G., 'From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of Human Rights', 25 *Human Rights Quarterly* (2003) 281.

<sup>12</sup> Gill, S., 'Colombia peasant protests shut down roads, spur violent police response', *Colombia Reports*, 1 June 2016, <<http://colombiareports.com/colombia-peasant-protests-shut-roads-spur-violent-police-response/>>.

<sup>13</sup> Reuters, 'Peruvian tribe takes government officials hostage over oil spill', *The Guardian*, 7 March 2016, <<https://www.theguardian.com/world/2016/mar/07/peruvian-tribe-takes-government-officials-hostage-over-oil-spill>>.

<sup>14</sup> International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 10.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> The origins of this line of thinking will be explained *infra* as they actually have long had legal relevance in Peru.

<sup>17</sup> *Cf.* International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 10.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> On land rights beyond FPIC see Erueti, A., 'The Demarcation of Indigenous Peoples' Traditional Lands: Comparing Domestic Principles of Demarcation with Emerging Principles of International Law', 23 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005-2006) 543; Eide, A., 'Legal and normative bases for Saami claims to land in the Nordic', 8 *International Journal on Minority and Group Rights* (2001) 127; Citroni, G. and Quintana Osuna, K. I., 'Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court', Lenzerini, F. (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives* (Oxford: OUP 2008) 317; Anaya, S. J., 'Divergent Discourses About International Law, Indigenous Peoples, and Land Rights over Lands and Natural Resources: Towards a Realist Trend', 16 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (2005) 237; Bankes, N., 'International Human Rights Law and Natural Resources Projects within the Traditional Territories of Indigenous Peoples', 47 *Alberta Law Review* (2010) 457; Amiot, J. A., 'Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua', 32 *Environmental Law* (2002) 872; Coyle, M., 'Power and the Recognition of Indigenous Land Rights', Engel, J. R., Westra, L. and Bosselmann, K. (eds.), *Democracy, Ecological Integrity and International Law* (Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2010) 141; Anaya, S. J. and Williams, R. A., 'The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System', 14 *Harvard Human Rights Journal* (2001) 33.

<sup>20</sup> Anaya, S. J., 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issues of what Rights Indigenous Peoples have in Lands and Resources', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 7.

these peoples. In some countries, courts have declared ILO 169 to be self-executive.<sup>21</sup> This is a major development as it moves states away from the dominant dualist model of international law towards a monist understanding which sees international and national law not as distinct legal orders but as one overall set of rules. The calls for a direct application of ILO 169 on the domestic level, *i.e.*, without national implementing legislation having been adopted, can be seen as a response to the imperfect implementation of ILO 169 through national legislation as well as to the failure of governments to adhere to standards which states' parliaments have set when creating national laws which merely copy the text of ILO 169 without any realistic expectation that the executive would actually implement the obligations contained therein. All will be seen in this chapter on several occasions, there continues to be to this day a massive discrepancy between the law as it exists on paper and the practical implementation of rights of Indigenous peoples.

## 2. Contemporary Indigenous Reality in Latin America

### 2.1. Discrimination

At the core of this challenge, which is faced by many (if not all) Latin American states, is the continued discrimination experienced by Indigenous communities and individuals across Latin America. Latin America is particularly important from the perspective of Indigenous rights law not only because of the relatively large Indigenous presence in Latin American countries but also because of the continued discrimination experienced by Indigenous groups and individuals in many parts of Latin America. This discrimination is the key feature of Indigenous reality in contemporary Latin America. Even in areas in which Indigenous groups are not in the minority, discrimination is a daily reality. Speaking Indigenous languages, following Indigenous customs and wearing, *e.g.*, Indigenous dress<sup>22</sup> are widely perceived as old-fashioned and will in practice mean serious (if not insurmountable) obstacles when it comes to accessing education or jobs. In addition, skin colour is still an important factor for discrimination and 'racial whitening' is still a current issue in many parts of Latin America. Being, or even just appearing to be, Indigenous is a stigma in many Latin American countries. It therefore is hardly surprising that there is a strong pressure to assimilate.

The majority of the inhabitants of Latin America is *mestizo* and there is a significant pressure to assimilate and to become part of mainstream society. This pressure is particularly palpable in the cities. There are many benefits for Indigenous individuals and in particular families to living in cities as compared to rural areas. Urban life means access to jobs, health care and education and generally decreases the likelihood of poverty for Indigenous persons.<sup>23</sup> But even under urban conditions, across Latin America poverty rates among Indigenous persons are significantly higher than among non-Indigenous persons. It has been found that the inequality between Indigenous and non-indigenous individuals and communities is still growing.<sup>24</sup> Indigenous city residents are likely to experience significant levels of economic insecurity,<sup>25</sup> often due to the inability to access decent and secure jobs due to discrimination or as a consequence of earlier denials of access to education. The intention behind moving to the city is of course very different: often, moving to the city is seen as a key investment into the welfare of future generations — but there is also a price to pay and it is paid by the following generations as well. Indigenous persons who are moving to cities in Latin America

<sup>21</sup> See also Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004) 195.

<sup>22</sup> On the cultural rights aspects of Indigenous dress see, however, Human Rights Council, *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage*, Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 19 August 2015, U.N. Doc. A/HRC/30/53, para. 61.

<sup>23</sup> International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 10.

<sup>24</sup> *Ibid.* 11.

<sup>25</sup> *Cf. ibid.* 11.

often *de facto* give up their culture, language and identity as an Indigenous person in a hope for better access to education, jobs and the hope of long term economic security for their children. A particularly dramatic example is offered by the Peruvian capital city of Lima, which for generations has attracted Indigenous and *mestizo-campesino* migration from the countryside. Compared to small rural locations, the fast-growing capital city offers far more opportunities for work and education. Educational and economic success in cities like Lima depends on speaking Spanish. In addition, there is still widespread discrimination against persons who speak Indigenous languages. Hence parents have a strong incentive to ensure that their children speak only Spanish. As schooling in the dominant language is usually obligatory and school education in Indigenous languages, which is legally required<sup>26</sup> under the Convention on the Rights of the Child (CRC),<sup>27</sup> is still very rare in the countryside, let alone the city, Indigenous children of parents who have moved to the city are likely to lose their language skills. As the gap in education and access to jobs between Indigenous and non-Indigenous persons<sup>28</sup> but also between urban and rural Indigenous populations is growing,<sup>29</sup> the city's pull will continue and assimilation will accelerate. On an individual scale, this assimilation can happen very quickly. Rejecting a family's Indigenous heritage often happens within a generation after moving from the countryside to the cities (which in itself is part of the assimilation process). Often the children of Indigenous persons who moved into cities already no longer speak Indigenous languages. While there is a trend among immigrants, e.g. in major cities in Europe, to first move to areas where people from similar cultural backgrounds are already living at the time these immigrants arrive, this tendency is very short lived among Indigenous people moving from the countryside to the cities in Latin America: as soon as they can afford, many Indigenous families move out of areas which are perceived as mainly Indigenous and into more 'white' areas. This process also involves a rapid loss of language and culture. To take one example from Peru: while language skills are still relatively strong among the Aymara in the South-East but there are large numbers of urban Aymara living, e.g., in Peru, who for all practical purposes do not speak Aymara at all and who have never been encouraged to learn the language. There is a widespread idea that, once the assimilation has happened, there is usually no way back, given that it is difficult to even get old people to speak the Indigenous languages again in the city. In many parts of Latin America, at least at this time, maintaining an Indigenous identity appears hardly feasible for many Indigenous persons who want to make use of the economic and other benefits offered by the dominant society.

## 2.2. Determining Development

Given the general level of poverty in many parts of Latin America and the staggering inequality between different sectors of society, the emphasis of Latin American governments (at least in the last quarter of a century, since the recent wave of democratisation) has often been on improving the economic situation across the board. This emphasis on national development often conflicts with the right of Indigenous peoples to determine their own development,<sup>30</sup> including their economic development.

26 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 11*, UN Doc. CRC/C/GC/11, 12 February 2009, para. 62.

27 Convention on the Rights of the Child, <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>.

28 Despite significant economic improvements in Latin America in recent years, the trickle down effect has not been as strong for Indigenous persons as it has been for non-Indigenous persons, see International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 12.

29 New research shows that more education cannot compensate for the absence of benefits reaped by moving to the city, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 11.

30 Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007, paperback edition 2010) 69. See also Spiry, E., 'From "Self-Determination" to a Right to "Self-Development" for Indigenous Groups', 38 *German Yearbook of International Law* (1995) 129; Doyle, C., 'Indigenous peoples and the Millennium Development Goals - 'sacrificial lambs' or equal beneficiaries?', 13 *International Journal of Human Rights* (2009) 44; Clavero, B., 'The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 41; Colchester, M. and Cariño, J., 'From Dams to Development Justice, Progress with 'Free, Prior and Informed Consent' since the World Commission on Dams', 3 *Water Alternatives* (2010) 423; Baluarte, D. V., 'Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America: The Inter-American Rights Regime and ILO Convention No. 169', 4 *Sustainable Development Law and Policy* (2004) 9; Greer, M. A., 'Foreigners in their own Land: Cultural Land and Transnational Corporations - Emergent International Rights and Wrongs', 38 *Virginia Journal of International Law* (1998) 359.

One challenge, which is shared by Indigenous peoples in Latin America and Northern Europe is tourism. While tourism is often an economic windfall for rural areas which are home to Indigenous peoples, there are serious risks to Indigenous culture associated with tourism. What happens time and again is that Indigenous culture, and in particular Indigenous images, are sold by Indigenous and non-Indigenous actors. Both Indigenous and non-Indigenous business actors contribute to the commercialisation of Indigenous culture. While this has led to the appropriation of intimate aspects of Indigenous culture by non-Indigenous outsiders in Northern Europe, this can lead to misrepresentations of Indigenous cultures and to self-exploitation often borders on (or outright amounts to) begging by Indigenous persons (including in particular Indigenous children) in tourist-areas in different parts of Latin America. Tourism also requires land for the construction of infrastructure such as roads, hotels etc. In some cases, there have been protests against such projects, for example in Colombia. Elsewhere, Indigenous communities welcome tourism as the only realistic way out of poverty.<sup>31</sup> As can be seen from the case of the Manú National Park in Peru, tourism and Indigenous interests can also collide over different ideas of development: Manú is an area of extremely high biodiversity and home to Indigenous communities and is a key tourist destination. While it is in the interest of the tourism industry, the state, tourists and environmentalists to preserve the area as much as possible, the interest of the local population is very different. There is a practical need for more transport infrastructure and access to health and education services. Therefore, large parts of the local population favour the construction of a road through the Manú National Park in order to connect the remote settlements to towns in the region. Such access to towns, which can be measured in hours if it happens by road rather than days by boat, means far easier access to (emergency) health care, education etc. Building the road across Manú can save human lives because patients will be able to see a doctor much faster than is possible today. Building the Manú road means the realisation of the human right to education for Indigenous children. It will also mean destroying large parts of some of the most pristine nature on the planet. The practical role of consultation processes involving local Indigenous communities here is for the state to better understand the interests of the local Indigenous population and to take them into account in the decision-making process.

In many ways, ILO 169 and customary international law norms concerning Indigenous land rights are based on the idea of an interaction between Indigenous peoples and the state. While this is also the case, e.g. in many parts of Brazil, there are larger areas of the national territory which have effectively been set aside for exclusive use by Indigenous peoples which are not in contact with the state. This isolation is often essential for the very survival of Indigenous communities in so called 'voluntary isolation', not only because of the violence often directed against them or because of the massive impact on the Indigenous culture in question but simply because of the risk to contract diseases against which members of Indigenous communities are still lacking antibodies. Here, the state's approach is one of protection rather than interaction because consultation requires interaction between the community and the state and interaction is rejected by said groups. While this appears paternalistic from the perspective of modern Indigenous rights law, such an approach at least allows for some protection of basic rights of Indigenous communities in voluntary isolation.

But Indigenous communities in the rain forest are only one type of Indigenous or tribal community found in Latin America. The Indigenous communities and individuals in Brazil range from uncontacted, and it is thought also some 'undiscovered' communities in the Amazon rain

---

31 According to Anaya, poverty is a general problem for Indigenous peoples: "In both industrial and less-developed countries in which indigenous peoples live, the indigenous sectors almost invariably are on the lowest rung of the socio-economic ladder." Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York: Aspen 2009) 2; see also Hall, G. and Patrinos, H. A., *Indigenous Peoples, Poverty and Human Development in Latin America: 1994-2004* (Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012). Poverty of Indigenous persons remains an important issue in Ecuador, see e.g. Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007, paperback edition 2010) 75, on Indigenous poverty see International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 57 *et seq.*

forest (there are at 316<sup>32</sup> confirmed Indigenous groups living in the Amazon region alone and it can be assumed that there are a number groups which are not only uncontacted but also unknown, primary in remote parts of the Amazon region, for example on the Peruvian side of the border with Brazil<sup>33</sup>) to urban Indigenous professionals in the major cities. Their problems range from workplace discrimination over lack of access to health care and social issues to threats not only to their homes but also to their lives. Also, murders of Indigenous persons in connection with the increasing influx of outsiders into Indigenous territories remain a major problem in several Latin American states. In addition, non-Indigenous tribal communities have emerged in some Latin American states, which fall also within the personal scope of ILO 169. They, too, continue to experience discrimination, in particular persons of African descent.

### 2.3. Access to Public Services

While Indigenous homelands<sup>34</sup> and cultural items are often appropriated for commercial purposes, in particular the construction of infrastructure and extractive industries,<sup>35</sup> the flow of benefits from a closer engagement with the nation state in the direction of Indigenous peoples is far less obvious. In rural and urban areas (albeit somewhat less so in urban areas), Indigenous communities, families and individuals continue to lack access to not only to economic opportunities, *i.e.* jobs (and often experience workplace discrimination<sup>36</sup>), but also to education<sup>37</sup> or electricity.<sup>38</sup> In particular access to health care<sup>39</sup> remains a key issue not only in remote regions. This is an issue which particularly affects Indigenous women and children.<sup>40</sup> A few examples may serve to provide an impression of the practical effects this discrimination and neglect have: In Peru, Indigenous children freeze to death in rural locations in the Andes.<sup>41</sup> The problem is well understood, yet government action is reactive rather than preventative.<sup>42</sup> In Bolivia, of every 1,000 new-born children, 75 will die before the age of one, which mainly affects Indigenous children.<sup>43</sup> In Mexico, 50 % of the residents of Indigenous regions do not have access to electricity,<sup>44</sup> 68 % lack access to water lines,<sup>45</sup> 90% lack access to drainage of used waters,<sup>46</sup> which is a significant health risk. 76 % this group lack constructed house floors,<sup>47</sup> meaning that the floor of their home consists simply of compacted soil. In Honduras, 87 % of the Indigenous population cannot read and / or write.<sup>48</sup> In addition, the continued denial of access to legal services and the resulting absence of access to justice<sup>49</sup> (which is considered a human right in its own right<sup>50</sup>), makes it difficult for Indigenous persons to defend their rights.

32 International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 24.

33 It has to be noted, though, that efforts to protect uncontacted Indigenous peoples in Peru fall far short of the standards achieved in Brazil and that Indigenous forest communities in Peru are particularly threatened by illegal mining, logging and similar activities.

34 On the importance of ancestral lands see e.g. Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York: Aspen 2009) 1.

35 Cf. Anaya, S. J., 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 7.

36 Pichunman Cortés, M., *Discriminación laboral por condición Étnica: una revisión de la literatura* (Santiago de Chile: Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad 2007) 7.

37 Hopenhayn, M. and Bello, A., *Tendencias generales, prioridades y obstáculos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. América latina y el caribe* (Santiago de Chile: Representante de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2000) 10; on access to education see International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 79 *et seq.*

38 Comisión Económica para América Latina, La Discriminación Étnica y Racial en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile: Cepal 2000) <<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/0/5550/P5550.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl>>.

39 See Stephens, C., 'Indigenous peoples' health—why are they behind everyone, everywhere?', 366 *The Lancet* (2005) 10.

40 On the rights of Indigenous children see also Douglas, R. B. and Douglas, E. T. K., 'The Rights of the Indigenous Child: Reconciling the United Nations Convention on the Rights of the Child and the (Draft) Declaration on the Rights of Indigenous People with Early Education Policies for Indigenous Children', 3 *International Journal of Children's Rights* (1995) 197.

41 Post, C., 'Harsh winter kills over 100 throughout southern Peru', *Peru Reports*, 22 July 2016, <<http://perureports.com/2016/07/22/harsh-winter-kills-100-throughout-southern-peru/>>.

42 Cf. *ibid.*

43 Comisión Económica para América Latina, La Discriminación Étnica y Racial en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile: Cepal 2000) <<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/0/5550/P5550.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl>>.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Documento Informativo sobre Discriminación Racial en México* (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación: México D. F. 2011).

50 See Cançado Trindade, A. A., *The Access of Individuals to International Justice* (Oxford: OUP 2011).

As will be shown later, though, access to justice is vital because across Latin America litigation plays a crucial role in the effective enforcement of Indigenous rights.

## 2.4. Human Security

This relative absence of services is exacerbated by an absence of security. Indigenous communities in remote areas are under threat from illegal mining and logging, increased crime and violence by non-state actors as well as by the police. In the Northern Mexican state of Chihuahua, in addition to the destruction brought by the ongoing drug war, *Raramuri* (*Tarahumara*) teenagers from the Sierra Madre Occidental are forced to work as smugglers ('mules') and in other functions for drug cartels, perverting the ancient running culture of the Tarahumara for the drug trade. Also in Northern Mexico, not dissimilar to the large number of disappeared and murdered Indigenous women in Canada, hundreds of women, including women of Indigenous origin, have been murdered in recent years. The situation in large parts of Mexico is characterised by the ongoing internal armed conflict. Despite a policy by the current government of blocking news reports about the violence in the country under the government of *Enrique Peña Nieto*, the conflict between the state and narco-terrorist groups is continuing and the government is hardly in a position to actively protect the human rights of the Mexican people. This has significant effects also on the rights of Indigenous communities and individuals. In terms of FPIC and Indigenous land rights, it can be said that for most practical purposes the right to be consulted currently does not exist in Mexico.<sup>51</sup> Today, Indigenous efforts to secure rights are characterised more by political aspects, including raising awareness of Indigenous issues through the media, than by legal aspects. While the security situation in Central America did not allow for a local assessment, more in depth information could be gathered from Colombia, which (despite the failed peace referendum in 2016) is currently transitioning towards a post-conflict situation: Colombia is home to 87 different Indigenous peoples. Colombia's 1991 constitution contains a number of norms which protect Indigenous rights,<sup>52</sup> from the recognition of Indigenous peoples<sup>53</sup> to self-determination<sup>54</sup> and the protection of Indigenous lands.<sup>55</sup> The current situation of Indigenous communities is not only shaped by the discrimination, which is also experienced elsewhere in Latin America, but in particular by the armed conflict which is nearing a resolution but which has severely affected Indigenous communities for decades. Indigenous communities, being often the weakest part of society in a given region, have suffered particularly from the conflict in Colombia,<sup>56</sup> in particular in the province of Cauca in the South of the country.

## 2.5. Assimilation and Restricting Indigenousness

The aforementioned case concerning the Manú road highlights another issue which is experienced by many Indigenous peoples across Latin America. Many people in Latin American have at least some Indigenous heritage but many *mestizos* are quick to clarify that they are not Indigenous, mainly due to the centuries of discrimination which have led to the idea that it is somehow 'negative' to be Indigenous. There is the widespread idea that only the peoples living in the forest in traditional ways of life are really Indigenous. This view shows a static understanding of Indigenous culture which is disconnected from the reality of Indigenous

51 See Trejo, K., 'Indígenas sin derecho a la consulta', *NA Informe Especial* (June 2011) 15, 15.

52 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 4.

53 Article 7 Constitution (Colombia).

54 *Ibid.*, Article 9.

55 *Ibid.*, Article 63.

56 See also Cubillos, J. I. N., 'Los Derechos Humanos en las Etnias Indígenas en Colombia', 8 *Prolegómenos. Derechos y Valores* (2005) 133, <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87616808.pdf>>.



cultures as living, active, cultures. In Peru this narrow view has its origins which can be traced back fairly clearly because this approach was the legal basis for the treatment of Indigenous communities in Peru under the military government 40 years ago. As a result, Indigenous persons and communities (in the international legal sense of the term, not in the narrow sense employed by Peruvian law) often feel like a minority even in areas in which they actually make up the majority.<sup>57</sup> While the law in Peru has long been changed, this way of thinking is still very much alive in different parts of Latin America. The laws may be changed on paper but negative attitudes towards Indigenous peoples often persist. This is an aspect of the legal practice in Latin America which has to be taken into account by decision-makers outside of Latin America when looking to Latin America from the perspective of comparative law. It is always necessary to look not only at the law on paper but at its practical implementation.

Having a relatively large Indigenous population in a country, such as Peru, could be taken as an indicator for multiculturalism and diversity and indeed some states, such as Bolivia, emphasise this aspect on a constitutional or political level. In legal terms, though, the *mestizo* society usually (Bolivia being somewhat of an exception) remains dominant. According to the National Census of Population and Housing conducted in 2007 by the National Institute of Statistics and Informatics (INEI), it is estimated that there are more than four million Indigenous persons in Peru. Also, the National Institute of Development of Andean, Amazonian and Afro-Peruvian Peoples (INDEPA) reported in 2010 that Peru is home to 4,101,591 natives, estimates which are based on ethno-linguistic criteria.<sup>58</sup> Today there are 77 ethnic groups and 68 languages from 16 language groups in the country, especially in the Amazon region.<sup>59</sup>

In the case of Indigenous peoples in Peru, the approach to restrict Indigenousness to communities in the forests is also a good example of the old idea of *divide et impere*. Not only did the former law drive a wedge between Indigenous and *mestizo* individuals and communities (which by now has widened to a canyon), this approach also means that Indigenous peoples in the Andes do not see themselves as sitting in the same boat as Indigenous peoples in the forest. In some Latin American countries, and in particular in Peru, this has resulted in very limited coordinated efforts to strengthen Indigenous rights. Indeed, there are today many conflicts between *mestizo* and Indigenous communities. The lines between the dominant *mestizo* communities and Indigenous people who no longer consider themselves Indigenous are blurred, but conflicts continue to persist. The economic situation of *mestizo* families living in the countryside is often just as bad as that of Indigenous families living nearby, although it is often hard to draw clear lines. Key issues include land use conflicts or government measures which are seen as benefiting one side or the other. This can also lead to less understanding on the part of the dominant society of the challenges faced by Indigenous peoples and to resentment against measures which might benefit Indigenous peoples but not *mestizo* communities in the same region. As mentioned, there is also a risk of a paternalistic approach by the state towards communities which are perceived by the state as 'real' Indigenous peoples, which can lead to denial of Indigenous self-determination and ignorance of the problems of diverse Indigenous communities. In about the last quarter of a century this way of thinking has changed among elites and there are now a number of new laws in different Latin American states which allow for more recognition of Indigenous rights, in particular Indigenous land rights and consultation duties of the state. The most important factors in this context have been the overall democratisation of Latin America in the last decades, the ratification of ILO Convention 169 by most Latin American states and the jurisprudence of the Inter-American

---

<sup>57</sup> Isbell, B. J., *Para defendernos - Ecología y ritual en un pueblo andino* (Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas 2005) 55.

<sup>58</sup> Ibáñez Sánchez, M., 'La legislación internacional sobre pueblos indígenas en el ordenamiento territorial y planes de desarrollo económico', 19 *Investigaciones Sociales* (2015) 63, 64.

<sup>59</sup> *Ibid.*

Court of Human Rights.<sup>60</sup> However, the reality continues to look different due to the continuing discrimination, assimilation and marginalisation of Indigenous peoples across Latin America. The Inter-American Court of Human Rights, though, continues to contribute to improvements in this regard through its jurisprudence.

### 3. The Importance of the Inter-American Court of Human Rights

Because of Article 29 lit. b) of the American Convention on Human Rights (ACHR)<sup>61</sup>, the Inter-American Court of Human Rights is allowed, and obliged, to take into account other international treaties which have been ratified by states which are parties to proceedings before the court. This makes the approach of the Inter-American Court different from the work of the European Court of Human Rights, which is restricted to applying the European Convention on Human Rights and its protocols. Because the case law of the Inter-American Court of Human Rights is dealt with in chapters 5 and 6 in more detail, it may suffice here to say that, together with a relative importance of Indigenous issues on the national levels, the openness of the ACHR has led to the Inter-American Court taking over a leading role in the development of Indigenous rights.<sup>62</sup> The Inter-American Court of Human Rights has referred to ILO 169 in a number of cases, such as *Sarayaku v. Ecuador*,<sup>63</sup> *Saramaka v. Suriname*,<sup>64</sup> *Yakye Axa et al. v. Paraguay*<sup>65</sup> and *Sawhoyamaxa v. Paraguay*,<sup>66</sup> to name just a few. It can be concluded from the analysis of the case law in chapter 5 that especially in the field of land rights and FPIC, there is a significant influence of ILO 169 when it comes to the interpretation of the American Convention. It appears that this is a (relatively speaking) recent trend, as in one of leading Indigenous rights judgments of the Inter-American Court, the 2001 judgment in *Awás Tingni v. Nicaragua*,<sup>67</sup> ILO 169 was only mentioned in passing in a concurring opinion.<sup>68</sup> It was only in 2010 that the Court provided a coherent explanation of this approach, or of its methodology: in its judgment in *Xákmok Kásek v. Paraguay*,<sup>69</sup> the Court explained that it was bound to take into account ILO 169 as part of the evolution of international law in this regard as part of the method of interpretation which Article 31 no. 3 lit. c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)<sup>70</sup> prescribes, meaning that the Court feels obliged to take into account not just the American Convention but

60 On the role of the Inter-American Court and domestic courts in the protection of Indigenous rights see *i.a.* Hopkins, J., 'The Inter-American System and the Rights of Indigenous Peoples: Human Rights and the Realist Model', Richardson, B. J., Imai, S. and McNeil, K., (ed.), *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives* (Oxford: Hart 2009) 135; García-Sayán, D., 'The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America', 89 *Texas Law Review* (2011) 1835; van Genugten, W. J. M. and Perez-Bustillo, C., 'The Emerging International Architecture of Indigenous Rights: The Interaction Between Global, Regional and National Dimensions', 11 *International Journal on Minority and Group Rights* (2004) 379; Eide, A., 'International Cooperation for Group Accommodation through Minority Protection: A Review of Standard Setting and Institution Building at Regional and Global Levels', 13 *International Journal on Minority and Group Rights* (2006) 153; Hannum, H., 'The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System', Harris, D. J. and Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* (Oxford: Clarendon Press 1998) 323; Anaya, S. J. and Williams, R. A., 'The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Resources Under the Inter-American Human Rights System', 14 *Harvard Human Rights Journal* (2001) 33; Madariaga Cuneo, I., 'The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 53; Burke, S., 'Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights', 20 *Minnesota Journal of International Law* (2011) 123.

61 American Convention on Human Rights, <[https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf)>.

62 Cf. Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and Their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2015) 277 *et seq.*

63 Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.

64 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172; cf. also Alcalá, D., *Indigenous Peoples Right to Property in International Law: A Look at Saramaka People v. Suriname*, *The Inter-American Court of Human Rights*, Selected Works (2009).

65 Inter-American Court of Human Rights, *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006. IACHR Series C, No. 142.

66 Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146.

67 Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 31 August 2001. IACHR Series C, No. 79.

68 *Ibid.*, Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, para. 7; on this case see also Anaya, S. J. and Grossman, C., 'The Case of Awás Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples', 19 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2001) 1; Alvarado, L. J., 'Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of Awás Tingni v. Nicaragua', 24 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2007) 609.

69 Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010. IACHR Series C, No. 214.

70 Vienna Convention on the Law of Treaties, <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>.

all applicable international treaties.<sup>71</sup> While the Vienna Convention on the Law of Treaties was created with legal relationships (and cases) between states in mind (as is also revealed by the wording of Article 31 no.3 lit. c) VCLT), many of the norms it contains have long since become part of customary international law. The references to ILO 169 in the case law of the Inter-American Court and Commission are not just the consequence of political decisions based on the relatively high ratification rate in the Americas but they are based on clear considerations which have a solid foundation in international law, which means that these results can be transferred to other regions as well. The Inter-American Court of Human Rights is now the leading international judicial institution in the field of Indigenous rights.<sup>72</sup>

One of the most important contributions of the Inter-American Court of Human Rights is the development of the legal concept of a dignified life or *vida digna*. A notable case in this context is the aforementioned case of *Xákmok Kásek v. Paraguay*.<sup>73</sup> The importance of the case is not so much in the context of FPIC as such (the case dates back to 2010 and FPIC does not play a role on the surface) but it is an important decision because it deals with the fundamental question of the right of an Indigenous people to exist: a land rights issue was held by the Court to amount to a violation of the right to life of all members of the Indigenous people. This might explain some of the later case law.

The concept of *vida digna*, a dignified life, which is closely related to the idea of human dignity, is becoming more and more important. This shows that the Inter-American Court is not just thinking about abstract concepts but has the welfare and rights of individuals in mind. It is therefore not a surprise, that the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights would expand: After *Moiwana*<sup>74</sup> in 2005, *Saramaka* in 2007 and *Sarayaku* in 2012, the most important case concerning FPIC and land rights certainly has been the 2015 case of the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*.<sup>75</sup> In this case the Court made it clear that consultation alone is not enough. The government of Suriname was engaging in a consultation process and basically claimed that doing so was enough in order to amount to FPIC. In *Kaliña and Lokono*

“the Court note[d] that, [...] it was evident that Suriname must adopt legislative provisions or regulations that would provide adequately specific and concrete protections and procedures to secure the rights of indigenous and tribal peoples. Thus, in light of the judgments delivered by the Court in the *Moiwana* and *Saramaka* cases, [the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples of the United Nations] recommended that priority should be placed on developing specific legal provisions on two points: (i) a procedure to identify and title indigenous and tribal lands, and (ii) a procedure for consulting with, and seeking consent of, indigenous and tribal peoples for resource extraction and other activities affecting their lands.”<sup>76</sup>

Here, the Court made a direct reference to a text by *James Anaya*<sup>77</sup> and the judgment is a good example of the impact of writings of a non-judicial nature (albeit *Anaya*'s text was an official UN document). But the court did not see FPIC as a standalone issue but in the wider context

71 Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010. IACHR Series C, No. 214, para. 17, there also fn. 23.

72 Cf. Antkowiak, T., 'A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples', 25 *Duke Journal of International and Comparative Law* (2014) 1, 3.

73 Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010. IACHR Series C, No. 214.

74 Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 15 June 2005. IACHR Series C, No. 124.

75 Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309.

76 *Ibid.*, para. 248.

77 United Nations General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Addendum. Measures needed to secure indigenous and tribal peoples' land and related rights in Suriname*, UN Doc. A/HRC/18/35/Add.7, 18 August 2011, <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add7\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add7_en.pdf)>.

of “[a]ppropriate and effective remedies in domestic law to protect the rights of the indigenous and tribal peoples”.<sup>78</sup>

For Latin America, these cases have a significant impact. The role of the Inter-American Court of Human Rights for Latin American states easily exceeds at least the symbolic role the European Court of Human Rights has in Europe, not least because there are far fewer decisions made in San Jose than in Strasbourg. Rather than imposing consultation obligations including FPIC standards on states a new obligation coming from the outside, the Court helps states improve their national (usually administrative) law. Because the Inter-American Court of Human Rights has no control as to which cases come before it, the result of this strong role for the Inter-American Court is a gradual movement towards FPIC rather than the introduction of FPIC overnight. The local case law in Guatemala and Chile, where FPIC has been used to stop mining projects<sup>79</sup> (not as international law but through national administrative procedural laws which take note of international legal developments), shows that this approach actually works. The downside of this approach is that the Court might not be as direct anymore in the future about FPIC as it was in some of the aforementioned leading cases. Another recent case in which FPIC was mentioned authoritatively, *i.e.*, with the assumption that it constitutes a legal obligation for states, albeit with practically no further explanation, was in the 2014 case of *Kuna de Madungandí et al. v. Panama*.<sup>80</sup> By no longer explaining in detail the rationale for FPIC, the Court accepts FPIC as a binding standard in international law.

The reality which is reflected in today’s international law is that there is a distinction in legal status between states and peoples and that while peoples have rights, these rights can be restricted. The possibility of the state to restrict some rights for specific purposes is a common feature of human rights law. Its appearance in *Länsman* and *Saramaka* is a reminder that Indigenous rights law is a subset of human rights law and that Indigenous peoples, although they enjoy the right to self-determination, are seen by international law less as almost on par with states but rather as a particular form of group which can hold (albeit far-reaching) human rights. *De lege lata*, Indigenous self-determination therefore flows less from Indigenous sovereignty than from Indigenous human rights. In his research, *Thomas Antkowiak* has been trying to identify “a stronger, deeper configurative principle to protect indigenous peoples’ way of life”<sup>81</sup> and has identified “*vida digna* [as] a promising structural basis for indigenous rights.”<sup>82</sup> This emphasis on human dignity highlights the dependency of Indigenous rights on human rights. Rather than elevating Indigenous peoples to near-statehood (based on the right to self-determination which is also enjoyed by the peoples which form mono-cultural nation states), the current international law concerning Indigenous peoples is simply a subset of human rights law. This includes the right to self-determination but secession and full independence are only possible under the general conditions which have been identified in the Quebec case.<sup>83</sup>

78 See Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309, 63 *et seq.*

79 On human rights consultation procedures regarding mining projects Guatemala see Castagnino, V., *Minería de metales y derechos humanos en Guatemala: La mina Marlin en San Marcos* (Santander: Brigades de Paz Internacional 2006); Willem, L., *Mining and Indigenous Peoples in Guatemala: The Local Relevance of Human Rights* (Gent: University of Gent 2010) 29 *et seq.*

80 Inter-American Court of Human Rights, *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their Members v. Panama*. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 14 October 2014. IACHR Series C, No. 284. On Indigenous rights in Panama see also Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007, paperback edition 2010) 60.

81 M. Antkowiak, T. M., ‘Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court’, 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013) 113, 172.

82 *Ibid.*, 175, italics in the original.

83 Kirchner, S., ‘Crimea’s Declaration of Independence and the Subsequent Annexation by Russia Under International Law’, *Gonzaga Journal of International Law* (2015), <<https://www.law.gonzaga.edu/gjil/2015/01/crimeas-declaration-of-independence-and-the-subsequent-annexation-by-russia-under-international-law/>>.

## 4. Who is Indigenous?<sup>84</sup>

### 4.1. Self-identification

There is no generally accepted definition in Latin America as to who is — or what makes one — Indigenous. There are, however, domestic procedures which aim at identifying who is Indigenous. Membership in a specific Indigenous community is usually defined locally while governments collect data on Indigenous individuals in the form of a census. Usually speaking an Indigenous language in everyday family life is a key factor for determining who is Indigenous. In most cases this will be simultaneous to living in a local Indigenous community. While about half of the Indigenous persons in Latin America live in cities, the connection between the community and the location remains a key factor for many indigenous persons in the region.

In general, states in the region pursue a culture-based approach and follow the idea that one is Indigenous if one identifies with the culture and the traditions of a specific Indigenous group. In the past, there had been more emphasis also on language skills (which are often lost due to the pressure to assimilate and to speak the dominant language in order to succeed economically), the location where one is living (which is becoming less relevant as more and more Indigenous persons move into the big cities), the family name (which is still relevant for example in Colombia) and even traditional racial criteria, which are widely discredited nowadays. In recent decades, Indigenous communities have claimed the right to self-identification. This appears to be closely linked to the concept of self-determination of Indigenous peoples<sup>85</sup> but must not be confused with the latter concept: self-determination as Indigenous is a right of peoples. The right of individuals is a consequence of the right of peoples and depends on the former: as part of the right to self-determination, Indigenous peoples can determine who is a member of their community. Self-identification by an individual as Indigenous on the other hand means self-identification as a member of a community which in turn considers itself Indigenous and accepts the individual as a member. The community's claim to be recognised as Indigenous is directed against the state, the claim by the individual is directed towards a specific Indigenous community. Deciding about the individual's claim to group membership is part of the exercise of the right of Indigenous peoples to self-determination. In Latin America, the predominant view among Indigenous peoples, which is shared by most states in the region, is that no outsider (which includes the state) may determine who is a member of an Indigenous group, nor may outsiders set criteria for membership in Indigenous groups.<sup>86</sup> This approach not only works well in Latin America but is a necessity there because of the large number of Indigenous peoples and the diversity between them. Unlike in Norway, Sweden and Finland where the states deal with one Indigenous people (albeit one which includes different cultures and languages), the states of Latin America usually deal with a large (and in some countries, actually an unknown) number of Indigenous communities, which limits the likelihood of the state claiming the ability, let alone the right to determine criteria for membership in all groups. Latin American states have been emboldened in this approach by ILO 169. Article 1 (2) ILO 169 concerns the self-identification of communities as Indigenous or tribal, which is understood to be a cornerstone norm of the Convention.<sup>87</sup> The self-identification of individuals as members of an Indigenous community is not based directly on this norm but is a derivative of the self-identification of communities as Indigenous or tribal: the self-identification of communities is based on the question whether

<sup>84</sup> The title of this subchapter is inspired by the still readable text Thornberry, P., 'Who is Indigenous?', Horn, F. (ed.), *Economic, Social and Cultural rights of the Sámi, International and National Aspects* (Rovaniemi: Northern Institute for Environmental and Minority Law 1988) 1.

<sup>85</sup> Cf. de Costa, R., 'Self-Determination and State Definitions of Indigenous Peoples', Woons, M. (ed.), *Restoring Indigenous Self-Determination - Theoretical and Practical Approaches* (Bristol: E-International Relations 2014) 18.

<sup>86</sup> *Declaration of principles adopted at the Fourth General Assembly of the World Council of Indigenous Peoples in Panama*, September 1984, quoted by Iorns, C. J., 'Indigenous Peoples and Self-Determination: Challenging State Sovereignty', 24 *Case Western Journal of International Law* (1992) 199, 210, there fn. 53: "All indigenous nations and peoples have the right to self-determination, by virtue of which they have the right to whatever degree of autonomy or self-government they choose. This includes the right to freely determine their political status, freely pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own membership and/or citizenship, without external interference."

<sup>87</sup> Organización Internacional del Trabajo (ILO), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*, Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, Programa Para Promover El Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169) (Geneva: ILO 2009) 10.

the community is Indigenous or tribal; the self-identification of individuals is based on the question whether the individual is a member of such a community which considers itself to be Indigenous or tribal. Individual self-definition as a member of an Indigenous community therefore necessarily requires the prior self-identification of the community in question as Indigenous.

## 4.2. The Role of Discrimination

The discrimination experienced by Indigenous individuals and communities across Latin America means that it is usually not only not beneficial but often also problematic to be perceived as Indigenous. There is a significant, also economic, pressure to assimilate and accordingly it is often not seen as desirable to be considered Indigenous. The question if one is Indigenous is then left to the individual. In the context of discrimination against Indigenous communities and individuals in Latin America, self-identification as Indigenous is usually not about gaining benefits (although it has of course to be assumed that there might also be cases in which Indigenousness is claimed incorrectly in order to obtain benefits, it appears unlikely that this will be a major issue unless states engage in specific affirmative action programs). Instead, declaring oneself to be Indigenous will often be a way to embrace a specific culture at the risk of suffering discrimination. When it comes to determining who is Indigenous, it has to be kept in mind that it in many parts of Latin America is often not desirable to be considered Indigenous:

“To say who are indigenous in Peru, it is first necessary to clarify that the term has been questioned by several social agents in the recent past. First, from the [perspective of the] State, during the military regime of Juan *Velasco Alvarado* (1968-1976) it was considered offensive, and very strongly associated with the hierarchical and stratified language of oligarchical society, which sought to transform social order. Alternatively, the military government proposed to change the term from ‘indigenous peasant’ to ‘inhabitants of the mountains’ and from ‘natives’ to ‘forest communities’. Until 2002, the term ‘indigenous’ has actually hardly ever been claimed by most of those who could use it to self-identify as indigenous in Peru. However, traditionally there have been strong communal ethnic identities, in some cases accompanied by an equally ethnic denomination (clearly the case of the groups of the Amazon and some Aymara groups in Puno), and in other cases, the name or cultural affiliation is expressed in relation to the place of origin, either community, district, provincial or departmental.”<sup>88</sup>

Also, due to the widespread racism, self-identification is widely accepted as the starting point for the identification of individuals as Indigenous because the downsides are often thought to outweigh the potential benefits of claims to indigeneity. In addition, the many different Indigenous communities will have to accept the person as Indigenous, but the practical aspects of how this happens can vary widely. For example, among one community in the Colombian province of Cauca it is possible to be given a kind of honorary status as a member of the community — although the question whether the state actually accepts this kind of honorary ‘adoption’ by the community also for legal purposes is an entirely different matter. In case of doubt, the government of Colombia will rely on its database of family names which it accepts as Indigenous.<sup>89</sup> In Peru, the state maintains a database of communities which have the right to be consulted.<sup>90</sup> That particular database includes both Indigenous and *mestizo-campesino* communities.<sup>91</sup>

88 Oliart, P., *El Estado peruano y las políticas sociales dirigidas a los pueblos indígenas en la década de los 90* (no year provided), <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/claspo/overviews/perusocpolpuebind.pdf>>, translation by Kirchner, S., italics added.

89 In the course of this research it has not been possible to receive a clear answer from Colombian authorities with regard to the process behind the collection of the data concerned and the determination of Indigenous status merely by family name alone.

90 Lanegra, I., ‘¿Cómo decide el Gobierno quién es indígena y quién no?’, *OjoPúblico*, 15 April 2015, <<https://ojo-publico.com/46/como-decide-el-gobierno-quien-es-indigena-y-quien-no>>.

91 *Ibid.*

### 4.3. Domestic Norms and Census Questions

Across Latin America, Indigenous identity is assessed on mainly through means of censuses and often there is no direct legal basis in domestic law when it comes to defining who is Indigenous. Notable exceptions are Chile, Argentina and Peru: Article 2 of Chile's Indigenous Law<sup>92</sup> recognises as Indigenous persons who have an Indigenous father or an Indigenous mother, if the parent in question is from a recognised Indigenous area,<sup>93</sup> other descendants of Indigenous persons, regardless of their place of residence within Chile, if they have at least one<sup>94</sup> Indigenous family name or if they can prove that their non-Indigenous family name has been in Indigenous use for generations<sup>95</sup> and persons who maintain Indigenous traditions and ways of life (apparently without the need to prove a genetic connection).<sup>96</sup> In any case is the self-identification as Indigenous required. Nobody can be considered Indigenous against his or her will. In Argentina, Article 2 of Law 23.302,<sup>97</sup> which dates back to 1985, requires the registration of Indigenous communities. Here emphasis is placed on the collective aspect of self-identification as Indigenous. The individual dimension of self-identification is then covered through the census, when the question is asked if there is at least one member or descendant of an Indigenous people living in the household. In Peru, a census is planned for 2017 and the census question is likely to focus on the use of Indigenous languages. Right now, the law<sup>98</sup> uses criteria based on ILO 169 to identify Indigenous communities, *i.e.*, historical continuity, connection to the home area and the continued existence of distinct Indigenous political, cultural, economic and/or social institutions.

Elsewhere, such definitions are largely absent but a lot can be learned from the way census questions are phrased, as they often reveal the attitude towards Indigenous peoples. Here, Latin American states show a very mixed record:

The 2005 census in Colombia looked at affiliation with an Indigenous culture or people as well as at race. Racist approaches to identifying persons as Indigenous are still somewhat common in Latin America, which raises serious questions with regard to the problem of discrimination. Such approaches would be evidently incompatible with European legal standards (that is, assuming that the collection of such data would be permissible in the first place) and it appears likely that they are in violation of international legal obligations of the states which employ them.

For example, the 2010 census in Ecuador and the 2000 census in Brazil provided different skin colours and similar racial classifications as the only possible answers. This approach completely misses the point of both Indigenous rights law and international human rights law in general. It is unclear, which legitimate practical value the information which could be gained in this way could possibly have for the authorities. Such census questions are the opposite of self-determination and only serve to perpetuate racism, which continues to be a major problem in many Latin American societies.

Elsewhere, for example in the census of 2000 in Mexico, the 2001 census in Bolivia and the 2011 census in Costa Rica, the census question gives a choice of about four to seven (usually numerically significant) Indigenous peoples and a choice like 'other' and / or 'not indigenous'.

---

92 Law No. 19.253 of 1993 (Chile).

93 *Ibid.*, Art. 2 (a).

94 In Spanish-speaking countries two family names, combining names from the mother's and the father's side, is common. A very similar system of family names exists in Portuguese-speaking countries.

95 Law No. 19.253 of 1993 (Chile), Art. 2 (b).

96 *Ibid.*, Art. 2 (c).

97 Law 23.302, 1985 (Argentina).

98 Law 29785 (Peru).

While the current human rights situation in Venezuela is dramatic, Article 2 of the 2003 Law on the Identification of Indigenous Persons<sup>99</sup> calls for respect for individual and collective self-identification. Also, the 2002 census in Venezuela was phrased in an open manner, simply asking if a person is Indigenous or not and giving the option to explain in detail. Unfortunately, no information was available to evaluate how this information was used in practice. Especially when combined with the collection of geographical information, such an approach might face data protection obstacles.

One key element of Indigenous identity is language. The language spoken by the individual in question has been used as a determinant in censuses in Bolivia (1976, 1992, 2001), Colombia (1993), Ecuador (2001), Guatemala (1994, 2002), Honduras (1988), Mexico (1980, 1990, 2000), Nicaragua (1995), Paraguay (1982, 2002), Peru (1981) as well as in Venezuela (2001) — and in combination with a restriction to areas recognised by the state as Indigenous areas in Costa Rica (2000).<sup>100</sup> The language usually spoken in the home (which allows for example the inclusion of bilingual children who might not be fluent in the Indigenous language (yet)) has been used as a factor in Bolivia (1976), Ecuador (1980), Guatemala (1981) and Paraguay (1982, 1993, 2002).<sup>101</sup> The term ‘mother tongue’ (*lengua materna*), which, at least in Bolivia (2001) and Guatemala (1994, 2002) appears to have essentially meant the same, has been used in the latter two countries as well as in Peru (1993).<sup>102</sup> Self-identification has been used practically in all Latin American states, with the exception of Peru, specifically in Argentina (in the 2001 census), Bolivia (2001), Brazil (1980, 1991, 2000), Chile (1992, 2002), Colombia (1993, 2005), Costa Rica (2000), Ecuador (2001), Guatemala (1981, 1994, 2002), Honduras (2001), Mexico (2000), Nicaragua (2005), Panama (1990, 2000), Paraguay (2002) and Venezuela (2001).<sup>103</sup> Peru is the only country in Latin America which has not used self-identification as Indigenous as a determining factor in a census but relies on language criteria. For the 2017 census, it is planned to include a question on self-identification as Indigenous in the census in Peru.<sup>104</sup> If this will actually be the case cannot be confirmed yet at this time. Would this be the case and were Peru to include self-identification as Indigenous as a potential census response it would mark a significant move away from the longstanding tradition of viewing only forest-dwelling peoples as ‘truly’ Indigenous and could enable a more confident approach to Indigenous rights by Indigenous peoples.<sup>105</sup>

These results concerning the definition of Indigenousness in different Latin American states, though, have to be taken with a grain of salt: usually, answering questions for a census does not immediately lead to legal obligations for the state towards the individual, nor does it lead to direct legal claims by the individual. In so far a census cannot be easily compared to the registration of voters for the Sámi parliament in Finland or residence rights in reservations in the United States or Canada. There are also a number of factors which can influence the answers, for example the way a question is phrased, whether the respondents are asked to fill out an anonymous form or are asked by census takers in person and in the latter case if the census takers are outsiders or come from the local community. Depending on such circumstances, the same individual might provide different answers to the same question - in particular if nothing is to be gained or lost from answering in one way or the other. Also if the person asking the question is Indigenous or not can influence the responses.<sup>106</sup>

99 *Ley Orgánica para la Identificación de los Indígenas*, 2003 (Venezuela).

100 All data from VII Encuentro Internacional de Estadísticas de Género en el Marco de las Metas del Milenio Aguascalientes, México, 19 al 21 de Septiembre del 2006, <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/eventos/VIIgenero/default.asp?c=1745>>.

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú, *Estado peruano debe incluir preguntas de autoidentificación en el Censo del 2017*, 23 June 2015, <<http://www.onamiap.org/2015/06/estado-peruano-debe-incluir-preguntas.html>>.

105 At this time, there is very little in terms of Indigenous activism in Peru (albeit more than was the case prior to the events of 2009), at least when compared to other Latin American countries, likely due to the significant pressure to assimilate and the widespread intentional self-identification as non-Indigenous.

106 *Ibid.*



#### 4.4. Self-Identification and Self-Determination

What is widely ignored in this census-based approach used by Latin American states is the right of Indigenous communities to determine who is a member of their people because usually the censuses deal with the question whether somebody is Indigenous or not but not so much of which Indigenous group an individual claims membership. In these cases, the state is primarily interested in a yes / no answer to the question of Indigenousness and the issue of group membership can be dealt with through language-related questions. What states refrain from doing is to regulate the relationship between the individual and the group. In Colombia, there is a register of Indigenous family names, but in this register also includes names which are not necessarily only used by Indigenous persons, such as the family name *Salinas*, which is widespread in Spanish-speaking countries but is also found in other languages.<sup>107</sup> The practical result is that group acceptance of a person as Indigenous does matter. The absence of detailed regulation of the relationship between group and individual means that, in addition to Indigenous self-identification, group acceptance remains a key determinant of who is a member of an Indigenous community. In this regard, the common approach across Latin America protects the residual<sup>108</sup> sovereignty<sup>109</sup> of Indigenous communities in relation to individuals who claim group membership while basing census information primarily on the question-answer-relationship between the state and the individual. As long as no direct consequences follow from the census results for Indigenous communities, this might at first sight be acceptable. It has to be noted, however, that policy decisions may well be based on census results. This approach appears to be still compatible with current international legal obligations of states to involve Indigenous peoples in legislative and administrative measures affecting them, if the census does not have direct effects on Indigenous communities<sup>110</sup> and if Indigenous communities are adequately consulted when measures are taken based on census results.

In the context of Indigenous rights under international law, self-identification has several dimensions: self-identification of a multitude of humans as one people, self-identification of a people as Indigenous and self-identification of an individual as a member of a people. One might think that if lines between cultures are so fluid, one might choose one's cultural affiliation. When it comes to Indigenous peoples, this would ignore the right of Indigenous peoples to self-determination. The right to self-determination under Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>111</sup> (ICCPR) and under Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>112</sup>

The idea that one could become Indigenous by declaring oneself Indigenous does not take into account the right to self-determination of Indigenous peoples (which includes the right to set standards for membership in a people). Such a notion is incompatible with modern Indigenous rights under international law and does not reflect ILO 169. Nor is such a view compatible with the current customary international law after the 2007 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), because it is based on a misunderstanding of the right to self-determination: the holders of the right to self-determination are peoples rather than individuals. This already follows from the text of the first sentence of the first paragraph of common Article 1 of the ICCPR and the ICESCR, according to which self-determination is a right of "[a]ll peoples".<sup>113</sup>

107 *Salinas* is also a local family name e.g. in parts of Lithuania.

108 Cf. de Vitoria, F., 'De indis', Brown Scott, J. (ed.), *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (Oxford: Clarendon Press 1934, reprint 2008) xiii.

109 Corntassel, J. J. and Primeau, T. H., 'Indigenous Sovereignty and International Law: Revised Strategies for Pursuing Self-Determination', 17 *Human Rights Quarterly* (1995) 342.

110 It appears debatable if the likelihood of different census outcomes based on different methods already amounts to a such an effect which would trigger the obligation to at least consult the Indigenous communities concerned.

111 International Covenant on Civil and Political Rights, <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>.

112 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ICESCR.aspx>>.

113 Article 1 (1) s. 1 ICCPR / ICESCR.

Under ILO 169, in order for an individual to be Indigenous, individual self-identification and group acceptance have to come together. It is necessary that the “specific Indigenous or tribal group or people meets the requirements of Article 1.1 [of ILO 169] and recognized and accepts a person as belonging to their group or people [and t]his person identifies himself or herself as belonging to this group or people”.<sup>114</sup> The starting point is the self-identification of the group or people as Indigenous or tribal. One cannot be Indigenous or tribal by oneself but only as a member of a group which is objectively and subjectively covered by Article 1 (1) ILO 169. That group’s right to self-determination necessitates the acceptance of the individual by the group. This approach taken by the drafters of ILO 169 very much reflects the reality in Latin America where individuals often have to make a choice whether they want to fully embrace their Indigenous identity or assimilate or be part of mainstream society. The perspective therefore is different from that underlying the current debate in Finland: rather than asking who has the right to be Indigenous, the issue is more often that nobody can be labelled ‘Indigenous’ against his or her will. Here one can perceive an echo of the past approach according to which assimilation was generally seen as positive. This is an attitude which continues to be common across Latin America and assimilation continues to be the norm - just like discrimination against Indigenous communities and individuals.

Self-identification requires identification with an existing Indigenous people. But Latin America is particular in terms of ethnogenesis in that, unlike general international law,<sup>115</sup> legal systems there tend to be open to the idea of newly emerging communities which can be covered by Article 1 (1) ILO 169, at least as tribal communities. This is a deviation from general norms but – because of the tribal peoples clause in Article 1 (1) (a) ILO 169 – does not require any regional customary international law.<sup>116</sup> While it is not possible to establish a new Indigenous people, it is possible to establish a new tribal people, which enjoys the same protection under ILO 169 as Indigenous peoples do. The parallel protection enjoyed for example by Afro-Colombian groups is based on this distinction, which already follows from ILO 169.

#### 4.5. Group Acceptance: Indigenous Persons without Legal Recognition?

Self-identification as Indigenous is not enough in order to be Indigenous within the meaning of international law but, as has been shown in *Lovelace v. Canada*,<sup>117</sup> group acceptance has to follow minimum rules, including non-discrimination rules. Article 9 sentence 1 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples<sup>118</sup> (UNDRIP)<sup>119</sup> states that Indigenous individuals have the right to be a member of an Indigenous nation or community “in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned.” This right is strengthened by the Lovelace precedent. The question who is Indigenous therefore has to be answered not based on the national law of the state but on the basis of the internal law of the Indigenous people in question. A state which takes away this sovereign right from an Indigenous people therefore risks violating the right to self-determination under Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the identical Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and potentially also the right of Indigenous individuals under Article 5 UNDRIP to belong to an Indigenous community. Not every individual who claims to be Indigenous will be recognised by Indigenous communities as Indigenous. No Indigenous institution may discriminate against potential members of an

<sup>114</sup> International Labour Organization, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169): A Manual* (Geneva: ILO 2003), 8.

<sup>115</sup> In principle, only existing peoples have the right to self-identification, Ipsen, K., *Völkerrecht* (Munich: C. H. Beck 2004, 409, and self-identification for the purpose of establishing a new people is not considered to be covered by the right of all peoples to self-determination (ibid.). This also follows from the individual right of self-identification, which requires a preexisting people with which one can identify.

<sup>116</sup> Regional customary international law exists in the Latin American context most famously with the right to diplomatic asylum, which is not universally recognised by part of regional customary international law in Latin America.

<sup>117</sup> Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, Decision of 30 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

<sup>118</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_en.pdf)>.

<sup>119</sup> On UNDRIP see in the context of the issues dealt with in this chapter Pasqualucci, J. M., ‘International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, 27 *Wisconsin International Law Journal* (2009) 51.

Indigenous community. Rather, Indigenous institutions have to apply their own laws and they have to do so based on the principle of non-discrimination<sup>120</sup> and rule of law (which is inherent in the approach in Article 5 UNDRIP).

#### 4.6. Different Levels of Indigenousness?

Today about half of the Indigenous population of Latin America lives in cities.<sup>121</sup> Yet, the discourse on Indigenous rights, also when it happens in Latin America, exhibits a clear focus on rural Indigenous communities, mainly on those living in the forests. This is a result of the assimilation of the dominance of the mestizo cultures, which has led to a desire among many persons to re-define themselves as non-Indigenous and to reserve the label 'Indigenous' for forest communities, in particular in the Amazon region. This approach is far from universal but clearly visible in many Indigenous countries. For example it will hardly be questioned by the dominant society that groups such as Mapuche in Chile or the Tarahumara in Mexico are Indigenous.

While many Indigenous communities are retreating more from the dominant society (e.g., by moving deeper into the forest), the dominant society moves into their territory in the person of miners and prospectors, even if the area is legally off limits to any non-Indigenous person. In many ways, the situation of small Indigenous groups in Brazil's Amazon region is similar to the situation of the Sámi in what is today Finland and Sweden between the 6<sup>th</sup> and 15<sup>th</sup> centuries, during which they lost large parts of their territory and moved further north and further inland.<sup>122</sup> In Brazil, the same story is today's reality. The Brazilian state takes numerous actions for the defence of Indigenous peoples and of their rights – albeit often from a patriarchal perspective. The lead agency in this regard is the National Foundation for Indigenous People (FUNAI), having tutelary jurisdiction over Indigenous areas, maintaining educational and health posts in Indigenous areas, and is involved in legal proceedings in which an Indian person or Indigenous community is involved. FUNAI is also the central technical agency in the process of demarcation of Indigenous lands and to encourage other agencies to fulfil the responsibilities of the Brazilian state with Indigenous peoples. While the Brazilian state makes significant efforts to protect Indigenous communities, the sheer size of the country and the limited availability of information as well as of financial and human resources makes it difficult to effectively protect the entire area and its inhabitants.

If the issue of Indigenous peoples is seen mainly against this background and if one takes into account that the social situation of many rural non-Indigenous communities is very similar to that of Indigenous communities nearby, it is possible that FUNAI's attention is at times more directed to particularly threatened Indigenous communities. While this is a vital task, such an approach which is based on protection might also eventually facilitate a rather paternalistic outlook on Indigenous rights. Protection is still a step beyond the law as it was until 1988, when the idea behind Brazilian law essentially mirrored ILO Convention 107<sup>123</sup> in that Indigenous peoples were supposed to be integrated into the dominant society (this is *de facto* happening anyway). Until 1988 the aim of the Constitution was to make Indigenous peoples, which were perceived as backward, disappear by integrating Indigenous individuals into mainstream society. Given the large percentage of non-Iberian immigrants in Brazilian society, the emphasis on integration is, if not understandable, then at least not too far-fetched from a political perspective, but this approach ignored the fact that Indigenous peoples are

120 Cf. Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, Decision of 30 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

121 International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015) 10.

122 Broadbent, N. D., *Lapps and Labyrinths: Saami Prehistory, Colonization and Cultural Resilience* (Washington D.C.: Smithsonian Institution Scholarly Press 2010) Kindle edition, position 4137.

123 Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (ILO 107), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107)>.

not simply a minority like all others and that they are Brazil's first nations. In Article 4 of the 1973 Indian Law (*Estatuto do Índio*),<sup>124</sup> a normal law (*i.e.*, below the level of the Constitution) there is a distinction between different types of Indigenous communities based on their level of integration, which also affected the legal status of Indigenous individuals:

I - Isolated - When living in unknown groups or if there have been few and vague reports of any contacts with elements of the national community;

II - In the process of integration - When in intermittent or permanent contact with foreigners, groups which retain a smaller or larger part of the conditions of their native life, but accept certain practices and modes of existence common to other sectors of the national community, which will change their behaviour more towards their own sustenance;

III - Integrated - When incorporated into the national community and recognized in the full exercise of civil rights, yet they retain customs and traditions characteristic of their culture."<sup>125</sup>

As a rule of thumb, it follows that more an Indigenous community conforms to the behaviour of the dominant society, the more rights its members enjoy. Under such conditions, FPIC as a process with different partners becomes significantly more difficult. The concept of equality does not take effect here. If Indigenous individuals are not accepted as equals, it appears reasonable to assume that the authorities will overrule attempts at self-determination by Indigenous communities, especially if decisions made by Indigenous communities conflict with ideas of representatives of authorities who might consider other options to be better for the Indigenous peoples in question. The relationship between the state and Indigenous peoples is already characterised by a dramatic imbalance of power. Consultation, however, is not truly free if the authorities do not even accept the premise that Indigenous peoples have a right to determine their own fate and that they have meaningful contributions to make to the state's decision-making process. At the same time, though, the importance of the work of the *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI) can hardly be overestimated as the work of FUNAI contributes to the survival of Indigenous communities.

Brazil's approach to somewhat integrated Indigenous communities is relatively low key and it appears likely that in the long run the implicit and practical pressure to integrate or the incentives for integration will be irresistible. With regard to uncontacted communities, the approach is by default protective and paternalistic. Either approach is hardly compatible with ILO 169, let alone with today's customary international law and FPIC standards. The *Estatuto do Índio* considers Indigenous persons to be "integrated" when they are incorporated into the national community, even though they retain the habits, customs and traditions, characteristics of their culture. In this case, they cease to be members of the so-called forest communities. Among the not (yet) integrated Indigenous peoples. On the other hand does Article 2 of the *Estatuto do Índio* provide for certain land rights (although Indigenous home areas are practically all owned by the state in one way or another, unlike in the cases of Norway and Finland, where the state retains a large degree of control over Indigenous home areas and indirect ownership, the state's title in Brazil is essentially complete) and protects Indigenous communities against exploitation for touristic purposes (which does not protect against the self-exploitation which is rampant *e.g.* in South-East Peru), the practical implementation of Brazil's Indian Law is based on the fundamental assumption that Indigenous persons are not equal before the law.

---

124 Law 6,001 of 1973 (Brazil).

125 Article 4 Indian Law / *Estatuto do Índio* (Brazil), approximate translation by Kirchner, S.

## 4.7. Interim Conclusions

The identification of indigenous peoples in Latin America has generally been carried out through a census. Usually, in the censuses a question is directed at each individual member of the community. Many countries today use Indigenous self-identification to determine how many Indigenous persons live within their borders. Language remains a dominant factor, even though Spanish and Portuguese are widely spoken and the interest in Indigenous languages is deteriorating rapidly.

Censuses have been instrumental in obtaining more complementary information on indigenous peoples and in designing government policies and programs with regard to the Indigenous communities. Nevertheless, there are a number of problems associated with this approach.

The point of departure of the census is the individual rather than the community. Because Indigenousness requires membership in an Indigenous people, it is (in light of the high levels of discrimination against Indigenous persons) often implicitly assumed that nobody would claim to be a member of a specific Indigenous community without actually enjoying the acceptance of the group. The system as it exists in many Latin America states, though, is open to abuse in this regard as the group acceptance is usually not examined on a case by case basis.

The census approach used across Latin America requires the participation of the (potential) Indigenous persons in the government-organised census.<sup>126</sup> The validity of the census depends on the public participation in the census. This means that it is necessary to enable participation in the census on the local level. In practice this requires a focus on the areas where many Indigenous persons are living.<sup>127</sup> For example in Chile and Costa Rica, meetings to organise the census are held in different locations in predominantly Indigenous areas, involving representatives of the state and of Indigenous organisations;<sup>128</sup> in Paraguay, a similar approach is used in the initial phase of a census, involving (traditional) Indigenous leaders.<sup>129</sup> This cooperation with Indigenous institutions and leaders and this focus on predominantly Indigenous areas, while aimed at maximising Indigenous participation, has serious shortcomings. There no participation in areas which have been designated as off-limits to everybody except the local Indigenous populations in voluntary isolation, e.g. in Brazil. Also, concentrating on traditional home areas of Indigenous communities means that urban Indigenous persons might be ignored. This increases the risk that urban Indigenous persons are not considered by the state to be Indigenous — which in turn increases the likelihood of assimilation.

Here we see a shortcoming of the use of self-identification in the identification of Indigenous persons in Latin America. The close connection between the land, the local community and the individual is constitutive for the individual's Indigenous identity, in particular from the perspective of group acceptance. Ignoring urban Indigenous individuals in the conduct of a census by placing exclusive focus on traditional home areas means that the state takes away Indigenous rights in two directions: it would take away the possibility of a city resident to self-identify as Indigenous and it would replace the community's decision regarding the group membership of individuals who do not reside (permanently) in the local community with its own decision. Neither would be acceptable under international Indigenous rights law. Any census therefore has to include all citizens (to include national citizens who reside abroad) as well as all non-citizen residents (to include Indigenous residents who are not citizens).

---

<sup>126</sup> Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Los pueblos indígenas en América Latina - Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago de Chile: CEPAL 2014), <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521\\_es.pdf?sequence](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence)>, 91.

<sup>127</sup> Cf. *ibid.* 91.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid.*

The quality of a census also depends on the way in which census questions are phrased and which additional information is provided to persons participating in the census.<sup>130</sup> In addition, it has to be noted that being Indigenous means being a member of an Indigenous community. In Peru, the authorities have in the past asked not only individuals but also communities as part of a census; specifically, communities are asked whether they identify as Indigenous.<sup>131</sup> While often the answer to the question if a community is Indigenous (or tribal) is fairly obvious from a local context, this approach led to a result which rendered the entire census almost meaningless: in a 2012 census in Peru (which will introduce a language criterion only in the 2017 context), of about 5,000 communities which have been approached, only four identified themselves as a “*pueblo indigena*”.<sup>132</sup> The problem here is that the Spanish term *pueblo* can mean not only ‘village’ or ‘location’ but also a ‘people’ (in the sense of a ‘nation’). Local communities which do not self-identify as an entirely distinct nation but also a village of residents who are members of a larger Indigenous group might then answer this question in the negative — based not on not considering themselves to be *Indigenous* but based on not considering themselves a distinct *people*.<sup>133</sup> As a result, it is likely none of the residents would be considered Indigenous, because their community is not considered Indigenous by the authorities, based on the unclear way in which the census question aimed at the community was phrased.

ILO 169 also protects tribal populations, yet the focus is often only on Indigenous peoples. In Argentina, Costa Rica, Paraguay and Venezuela, as well as in Panama, tribal communities of African descent can also be identified based on census questions.<sup>134</sup> Especially when the focus is on language as an identifying criterion, tribal communities which speak the dominant language of the country in question might not be identified by a census. This does not mean that tribal non-indigenous communities would be without right. For example, in Colombia, Afro-Colombian communities are consulted similar to Indigenous communities.

While there are shortcomings, the 2010 census in Brazil shows that conducting a census in place, by direct interaction with the individuals and communities concerned, can provide additional information and help identify Indigenous lands: in the 2010 census, “questionnaires on paper were replaced by electronic devices [...] which allowed the inclusion of 220 Indigenous peoples and approx. 180 languages”<sup>135</sup> as well as of cartographical data.<sup>136</sup> This form of census allows the Brazilian authorities to identify the areas which are currently used by Indigenous communities and “which do not always correspond with political-administrative borders”.<sup>137</sup>

## 5. Land Rights

### 5.1. Origins

Land rights of indigenous peoples follow from the original connection between the people and the land are not dependent on being granted by the state.<sup>138</sup> Land rights go beyond consultation and include different levels of usage rights, up to and including collective ownership and even autonomy. In recent years, the right to be consulted in matters which affect them has taken a prominent place in Indigenous rights discourse as well as the practice of Indigenous rights law. This is the case in particular in Latin America where — in contrast to Sápmi — the presence of a large number of distinct Indigenous peoples and their association with specific land areas

---

130 *Ibid.*, 93 *et seq.*

131 *Ibid.*, 94.

132 *Ibid.*

133 See *ibid.*

134 *Ibid.*, 95.

135 *Ibid.*, translation Kirchner, S.

136 *Ibid.*

137 *Ibid.*, translation Kirchner, S.

138 Kuppe, R., ‘Indianische Rechte und Partizipation im Rahmen der Verwirklichung eines plurikulturellen und multiethnischen Staates’, 17-18 *Indiana* (2001) 105, 113.

necessitates in many cases that several Indigenous peoples have to be consulted in the context of a single local or regional project.

## 5.2. Different Types of Land Rights

The key obligations of states with regard to Indigenous land rights outside ILO 169 and prior to the emergence of free, prior and informed consent as the legal standard it is today, have been explained by the Inter-American Court of Human Rights in the 2001 case of *Awás Tingni v. Nicaragua* in that states must conduct “the delimitation, demarcation and titling”<sup>139</sup> of Indigenous lands. This obligation does not follow from the wording of the right to property under Article 21 ACHR but describes the customary international law (as it was in 2001), in light of which the Court interpreted Article 21 ACHR back then. These obligations are also found in ILO 169, which also influenced the development of customary international law in this regard. Since then, customary international law has been developed further, most notably through UNDRIP. Both under current customary international law as well as under ILO 169 and under the ACHR as interpreted in *Awás Tingni* in the context of Article 21 ACHR, Indigenous land rights require “the *delimitation, demarcation, and titling* of indigenous lands with full *participation* of the community involved and taking into account its *customary law* and *decision-making systems*.”<sup>140</sup>

While co-management<sup>141</sup> in the strict sense of the term is not common in Latin America, there are some forms of land governance in which the state and indigenous communities both play a role but which are separate management schemes rather than co-management because the activities of the authorities and of the indigenous communities happen side by side and not in a coordinated manner. In a sense, there is a devolution of powers from the state (back) to the indigenous community rather than eye-to-eye cooperation. These examples concern different levels of indigenous autonomy enjoyed in areas which have been designated by the state.

In most areas, there are no Indigenous land rights and the state has full control. There the loss of Indigenous sovereignty is practically complete. This is the norm rather than the exception across Latin America.

Some countries, like Bolivia and Peru, have established reserves for indigenous peoples. These areas are essentially parks, like national parks for nature, just for the protection of indigenous peoples. Often the area is protected for both purposes: the protection of nature and of indigenous peoples. This already indicates that the state assigns a specific value. Here the state limits actions by outsiders but has control over the land area. This can look good on paper but can be very problematic: the problem here is that the local indigenous communities do not have control over the area. The situation is similar to the lands administered by *Metsähallitus* in Finland: a de facto government entity rules the area and can allow its use for the extraction of natural resources.

Some states recognise communal property rights, although this is only a recent development. Even the Inter-American Court, which had hinted at communal indigenous land property rights in *Moiwana v. Suriname* (2005) and *Saramaka v. Suriname* (2007) only fully embraced the concept of Indigenous land *ownership* in *Sarayaku v. Ecuador* (2012).

The implementation on the national level, however, is often lacking. A good example is Nicaragua. In 2001, the Inter-American Court ruled in the landmark case *Awás Tingni v. Nicaragua*. This case received a lot of international attention and the likelihood that the Nicaraguan would feel

<sup>139</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 31 August 2001. IACHR Series C, No. 79, para. 153.

<sup>140</sup> Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014) 235, italics in the original.

<sup>141</sup> See below Part 5., subpart e) of this chapter.

pressured to comply with the judgment was high. What happened, however, was that Nicaragua enacted an incomplete law: the Communal Lands Law required the delimitation of indigenous lands etc. Superficially, the law on paper looked similar to the situation in Finnmark (Norway). However, the law was incomplete because the focus was only on formal aspects and no real material consequences followed: even if the lands were demarcated, it was still possible for the state to make all decisions concerning natural resources. Demarcating indigenous lands therefore is not enough, if the legal relationship between the people and the land is not clarified sufficiently.

The key question is, how much power the local Indigenous communities actually enjoy with regard to their home areas. For example Chile has so-called Indigenous development areas (*áreas de desarrollo indígena* or ADIs),<sup>142</sup> the aim of which is to ensure the continue existence of Indigenous communities. A leading role in this context is played by the National Indigenous Development Corporation, the *Corporación Nacional de Desarrollo* (CND): ADIs are not established by Indigenous peoples but by Chile's Planning and Cooperation Ministry, based on suggestions by the CND. Also the planning of development-related activities within the ADIs is not conducted by Indigenous peoples but by the CND.<sup>143</sup> This means that important decisions concerning the development of Indigenous peoples are made by the authorities and any Indigenous development activities only happens within this framework provided by the state.

In contrast in Colombia, indigenous institutions, so called *cabildos*, exercise a range of local powers. They are colonial-era institutions which are roughly based on local pre-invasion institutions.

In parts of Colombia, for example in Cauca, indigenous communities have the right to apply their indigenous law within their territory. Many indigenous areas in Colombia have been recognised as so-called *resguardos* (reserves). For all practical purposes, these *resguardos* are autonomous. This concerns not only land rights but also the right to apply indigenous law also to non-indigenous persons:

“Many Indigenous peoples’ territories in Colombia are fully recognised by the Government with the legal status of *resguardo* that grants collective land tenure to the claiming Indigenous group. *Resguardos* cover one-third of Colombia’s national territory and more than 80 percent of the forested areas with high biodiversity values [...]. In exercising self-determination, Indigenous peoples in Colombia hold the right to govern themselves regarding economic, social and cultural development inside the *resguardo*. Indigenous peoples’ autonomy and self-determination does not mean complete sovereignty but a high degree of autonomy in internal affairs. The 1991 Constitution granted both *resguardos* and national parks the status of being outside of the market. This means the land cannot be sold, prescribed or confiscated [which follows from Article 63 of the Constitution of Colombia]. However, while national parks protect subsoil minerals as well, in *resguardo* lands subsoil minerals can still be exploited as they belong to the state.”<sup>144</sup>

This partial sovereignty includes the right to create and enforce criminal law also with regard to non-indigenous persons who commit crimes on indigenous territory: In Colombia, the state is taking a step back to allow indigenous peoples to apply and enforce their own laws, even with regard to outsiders who happen to be on their territory. Colombia accepts that indigenous communities create and enforce their own laws within their territory - also with

---

142 Law No. 19.253, 1995 (Chile), Article 26.

143 *Ibid.*, Article 27.

144 Premauer, J. M. and Berkes F., 'A Pluralistic Approach to Protected Area Governance: Indigenous Peoples and Makuira National Park, Colombia', 4:4 *Ethnobiology and Conservation* (2015) 1, 3.



regard to non-indigenous persons. For example, in 2013 the Indigenous Regional Council in the province of Cauca (IRCC) sentenced several FARC terrorists to 40 years in prison.<sup>145</sup> The IRCC runs a prison in the provincial capital of Popayan where the perpetrators are serving their sentence. Here, indigenous communities have been given far-reaching powers by the state which amount de facto to autonomy. These powers are granted by the state and are not an expression of indigenous sovereignty and they only function within the framework set by the state, but they are considerable and an example of devoluted powers (given from the larger political unit to the smaller, local, unit, similar to the localization of political power in the UK and Italy in recent years) which work within an existing system of governance and therefore distinct from the co-governance schemes outlined earlier. In Colombia, about a third of the national territory is covered by such areas, there is also a similar scheme in Costa Rica. (Costa Rican law is considered to go beyond what is required by ILO 169<sup>146</sup>) Despite the apparently generous legal situation in Colombia, the law has one serious shortcoming in that it discriminates between settled Indigenous communities on one hand and nomadic or semi-nomadic Indigenous communities on the other hand. The lands of nomadic or semi-nomadic Indigenous communities can only be declared reserves (*resguardos*). The classification of the lands of nomadic or semi-nomadic peoples as *resguardos* is only possible within the limits set by the Ministry of the Environment, in particular when it comes to natural resources. As a result, nomadic and semi-nomadic Indigenous peoples in Colombia enjoy less legal protection against the effects of the extraction of natural resources than is enjoyed by settled Indigenous communities. This is also emphasized by the village-like structure of the *cabildos*, which are essentially territorial units and which are recognised as legal persons with the capacity to own property *etc.*<sup>147</sup>

Also Bolivian law provides not only for the protection of isolated Indigenous peoples but also for collective land ownership.<sup>148</sup> In addition, Bolivia allows for Indigenous self-administration of Indigenous territories<sup>149</sup> to a level which amounts to autonomy, based on Articles 289 *et seq.* of the Bolivian Constitution. The situation is similar to that in Colombia and Costa Rica. Article 289 of the Bolivian Constitution declares that “[r]ural native indigenous autonomy consists in self-government as an exercise of free determination of the nations and rural native indigenous peoples, the population of which shares territory, culture, history, languages, and their own juridical, political, social and economic organization or institutions”<sup>150</sup> and according to Article 290 I. of the Bolivian Constitution, “[t]he formation of rural native indigenous autonomy is based on ancestral territories, currently inhabited by those peoples and nations, and pursuant to the will of their population as expressed through consultation, in accordance with the Constitution and the law.”<sup>151</sup> That this level of freedom amounts to real autonomy in the classical public law sense of the term becomes evident from Article 290 II.: “The self-governance of the rural native indigenous autonomies is exercised according to their norms, institutions, authorities and procedures, in accordance with their authority and competences, and in harmony with the Constitution and the law.”<sup>152</sup>

This is the closest which indigenous communities which engage in some form of cooperation with the state can come to autonomy. The term is usually avoided in Latin America for political reasons (because the local mestizo population often finds itself in similar social circumstances and there is often opposition to anything which looks like special rights for specific groups, albeit

145 Kearns, R., 'Indigenous Colombian Authorities Arrest and Sentence FARC Guerrillas', *Indian Country*, 7 May 2013,

<<http://indiancountrytodaymedianetwork.com/2013/05/07/indigenous-colombian-authorities-arrest-and-sentence-farc-guerrillas-149228>>.

146 Grote, R., 'The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America', in: 59 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law* (1999) 497, 508.

147 See also Section 60 of the Law 160 of 1994 (Colombia).

148 Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Los pueblos indígenas en América Latina - Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago de Chile: CEPAL 2014), <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence=1)>, 125.

149 *Ibid.*; Supreme Decree No. 727/2010 (Bolivia).

150 Constitution (Bolivia), Translation: Max Planck Institute, <[https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf)>, Article 289.

151 *Ibid.*, Article 290 I.

152 *Ibid.*, Article 290 II.

against a background of inequality, unlike Finland, which, from a Latin American perspective, is an extremely egalitarian state).

In addition, there is what might be considered state-protected *de facto* internal sovereignty for indigenous tribes in voluntary isolation. Some states, like Brazil, have designated areas which are home to indigenous communities in voluntary isolation, these areas are off limits to any external use. In a sense, the state protects indigenous communities by cutting them off from the outside world, trying to block access by outsiders and in all other matters let the indigenous communities run their own affairs.

### 5.3. Impact of International Law

The widespread inequality in Latin America also translates to land rights, at least on the local level. Land rights are essential for Indigenous peoples.<sup>153</sup> This is particularly the case when it comes to access to land and water, food security and a healthy environment.<sup>154</sup> When it comes to property rights over land, states have a large degree of freedom to limit rights of individuals and communities.<sup>155</sup> This makes the *vida digna* approach, which links land rights not only to property rights but to the right to a dignified life (which includes the ability to enjoy one's culture), so important from the perspective of Indigenous communities and individuals, because it no longer connects land rights issues to property rights.<sup>156</sup> Accepting *vida digna* as a valid legal concept means that "presumptions would be reversed",<sup>157</sup> meaning that "[p]etitioners would escape the domain of property rights, where restrictions are routine and states are granted wide latitude. The state would be held to a rigorous standard, and when violations would occur, reparations would be maintained at a high level."<sup>158</sup> The key difference here is between negative and positive obligations of the state. While affirmative action is often the object of politically controversial debate, the duty of the state to take positive action to protect the right to life (e.g. by operating hospitals) is generally accepted. Seriously moving away from the property rights approach found in the old case law of the Inter-American Court of Human Rights and towards the concept of *vida digna* "could require effective participation, impact assessments and mutually-acceptable - not merely 'reasonable' - benefits for *all* participants to proceed on indigenous territories. Effective participation, furthermore, must require the free, prior, and informed consent of the communities concerned."<sup>159</sup>

In the last years, however, the Inter-American Court of Human Rights has opened the door to stronger Indigenous land rights by recognising the level value of the long-term possession of lands by Indigenous communities. In the case of the *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*,<sup>160</sup> the Inter-American Court drew clear conclusions:

"1) traditional possession of their lands by indigenous people has equivalent effects to those of a state-granted full property title; 2) traditional possession entitles indigenous people to demand official recognition and registration of property title; 3) the members of indigenous peoples who have unwillingly left their traditional lands, or lost possession thereof, maintain property rights thereto, even though they lack legal title, unless the lands have been lawfully transferred to third parties in good faith; and 4) the members

153 See Smith, R. K. M., *Textbook on International Human Rights* (Oxford: OUP 2014) 366.

154 See, e.g., Joyner, C. C., *International Law in the 21st Century - Rules for Global Governance* (Lanham: Rowman & Littlefield 2005) 219: "Modern legal rules affirm that a fundamental human right is the right to live in a clean environment." See also Redgwell, C., 'International Environmental Law', Evans, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 687, 717.

155 See also Koivurova, T., *Introduction to International Environmental Law* (Abingdon: Routledge 2014) 92.

156 Antkowiak, T. M., 'Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court', 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013) 113, 172 *et seq.*

157 *Ibid.*, 185.

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*, italics in the original.

160 Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146.

of indigenous peoples who have unwillingly lost possession of their lands, when those lands have been lawfully transferred to innocent third parties, are entitled to possession thereof or to obtain other lands of equal extension and quality.”<sup>161</sup>

Most importantly, it held that “possession is not a requisite conditioning the existence of indigenous land restitution rights.”<sup>162</sup>

Aspect number 3) in the aforementioned quote refers not to peoples but to “the members of indigenous peoples”, hence thereby limiting the claim to the persons who are actually affected, thereby ruling out claims by future generations; it also takes into account the general legal principle of good faith. But according to 4), also future generations are entitled to compensation in such cases. The Inter-American Court’s findings in *Sawhoyamaya* are based on Article 21 ACHR. While the Inter-American Court in this case took note of ILO 169, the question remains open in how far its conclusions are based on a kind of autonomous interpretation (to borrow a term from European human rights law) of Article 21 ACHR or on ILO 169 or even customary international law. The latter possibility, that the duty to compensate mentioned in *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* reflects customary international law, is not to be discarded easily, given the wording of Articles 10 and 28 UNDRIP (which had not yet been adopted by the time the Inter-American Court ruled on *Sawhoyamaya*) as well as the practice of states, for example in the situation leading up to the case of the *Hingitaaq 53 v. Denmark*<sup>163</sup> at the European Court of Human Rights. But the Court did not stop there: it also outlined to Paraguay the actions it had to take in order to comply with its obligations.<sup>164</sup> According to the Inter-American Court’s judgment in *Sawhoyamaya v. Paraguay*, having long possessed land “has equivalent effects to those of a state-granted full property title”.<sup>165</sup> It remains to be seen whether a norm of global customary international law emerges which will confirm this view. However, the impact of the Inter-American Court’s jurisprudence should not be underestimated. At the very least, the *Sawhoyamaya* precedent<sup>166</sup> creates legitimate expectations on the part of Indigenous communities around the world, which have long looked to the Inter-American Court for guidance and definitions. The *Sawhoyamaya* solution<sup>167</sup> can at least apply in situations where there are no clear records of land ownership. Also, as has happened already in European cases such as *Handölsdalen*,<sup>168</sup> use of land is accepted as evidence of ownership or at least of a right to use. It is only a small step from factual possession without documentation to actual legal recognition of title within property rights of the regional human rights conventions.

But even though the Inter-American Court has often been the first to deal with specific issues of Indigenous rights law, the experience of the Inter-American Court in Indigenous rights matters does not mean that it is biased towards Indigenous communities. Far from being biased, the Court’s views are reflecting customary international law: according to the Inter-American Court of Human Rights, “only those lands and resources [‘]essential for the survival of their way of life[‘] are protected under Article 21”.<sup>169</sup> As has been clarified by the Court, this does not merely mean “physical survival”.<sup>170</sup> The simple existence of the people is already protected under general norms, including the *jus cogens* prohibition of genocide and the corresponding duty to prevent genocide. But this finding shows, just like the Human Rights Committee’s decision

---

<sup>161</sup> *Ibid.*, para. 128.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> European Court of Human Rights, *Hingitaaq 53 v. Denmark*, Application No. 18584/04, Decision of 12 January 2006.

<sup>164</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146, paras. 135 *et seq.*

<sup>165</sup> *Ibid.*, para. 120.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village v. Sweden*, Application No. 39013/04, Judgment of 30 March 2010.

<sup>169</sup> Antkowiak, T. M., ‘Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court’, 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013) 113, 154, emphasis in the original.

<sup>170</sup> *Ibid.*, there fn. 192, citing the Inter-American Court’s *Saramaka* Judgment of 12 August 2008, para. 37.

in *I. Länsman et al. v. Finland*,<sup>171</sup> to which the Inter-American Court actually referred,<sup>172</sup> that the protection offered to Indigenous peoples is far from complete. Essentially, “Articles 13 and 14 of ILO Convention No. 169 must be read in conjunction with Articles 2(1) and 6, which respectively require that the state, in participation with the affected indigenous peoples, develop coordinated and systematic action to respect their rights and guarantee their integrity.”<sup>173</sup> Also the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations (CEACR) “considers it appropriate to recommend that — especially in the case of large-scale exploitations such as those affecting large tracts of land — the Governing Body request the government to consider the possibility of establishing, environmental, cultural, social and spiritual impact studies. These would be jointly conducted with the peoples concerned, prior to authorizing the exploration and exploitation of natural resources in areas that have traditionally been occupied by indigenous peoples.”<sup>174</sup> This already hints at the need to look for solutions on the local level and on a case by case-basis.

In democratic countries which are committed to the protection of human rights, including collective land ownership rights, and where human rights can be enforced through an independent judiciary and procedural mechanisms which allow for complaints about human rights violations, such as constitutional complaints or *amparo* procedures found in many Latin American states, implementing ILO 169 actually might only require few legislative changes, if the rights of Indigenous peoples to self-determination, land and to maintaining their ways of life are sufficiently protected:

“When drafting [ILO 169], the International Labour Conference concluded that in some circumstances the right to possession and use of the land would satisfy the [...] conditions [of Article 14 ILO 169] as long as there was a firm assurance that these rights would continue.”<sup>175</sup>

#### 5.4. Practical Realisation

Consultation not only has its roots in ILO 169<sup>176</sup> but this right is thought to be the cornerstone of indigenous land rights in ILO 169.<sup>177</sup> ILO 169 aims at securing indigenous rights by engaging indigenous peoples in dialogue and participation in the decision-making processes of the state.<sup>178</sup> Even though, from the perspective of legal theory, Indigenous land rights do not depend on the state, in practice Indigenous land rights need to be realised within the legal framework provided by states in order to be effective. This requires Indigenous peoples to rephrase their relationship to land in terms used by the state (which is a direct consequence of the factual loss of Indigenous sovereignty). Therefore the starting point for the discussion of Indigenous land rights is the right to property. Article 21 (2) of the American Convention on Human Rights has a general compensation clause within the context of property rights: “No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.”<sup>179</sup> This cannot really be compared to Article 15 ILO 169 because the state would retain the property

171 Human Rights Committee, *I. Länsman et al. v. Finland* [Länsman 1], Communication No. 511/1992.

172 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007, para. 126, see also Antkowiak, T. M., ‘Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court’, 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013) 113, 154 *et seq.*

173 Joona, T., *ILO Convention No. 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, (Rovaniemi: Lapland University Press 2012) 126.

174 *Ibid.*, 129.

175 Joona, T., ‘The Political Recognition and Ratification of ILO Convention No. 169 in Finland, with Some Comparison to Sweden and Norway’, 23 *Nordic Journal of Human Rights* (2005) 245, reprinted in: Joona, T., *ILO Convention No. 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, (Rovaniemi: Lapland University Press 2012) 172, 176.

176 Cf. Rodríguez-Garavito, C., ‘Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields’, 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2011) 263, 268.

177 ILO, *El Convenio 169 de la OIT: pueblos indígenas e inclusión social*, 11 September 2011, <[http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/directorio/C3%B3n-regional/WCMS\\_178820/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/directorio/C3%B3n-regional/WCMS_178820/lang-es/index.htm)>.

178 *Ibid.*

179 Article 21 (1) ACHR.

of the land. Because many indigenous Groups in Latin America do not have formal property, the Inter-American Court of Human Rights had been generous with regard to the definition of property rights in cases in which legal title is not documented on paper, but in practice this still does not help many indigenous Groups. For this reason there has been a shift away from Article 21 ACHR towards to concept of *vida digna*, combining human dignity and the rights to live in a healthy environment, to maintain one's cultural traditions *etc.* The good thing about the new *vida digna* approach is that legal protection becomes more accessible, but the downside is that there is practically no compensation aspect there. In practice, benefit sharing<sup>180</sup> does not play much of a role in Latin America, except on a case by case Basis when some form of compensation can be part of an agreement to get indigenous consent. Very often, Indigenous land rights are not fully realised in Latin America.

## 5.5. Co-Management

Land conflicts remain a major problem in the region.<sup>181</sup> Co-management schemes are one way to reduce this tension. Co-management schemes which involve Indigenous communities include for example the extraction of fallen timber in Costa Rica, in cooperation with the wood industry.<sup>182</sup> In practice, Indigenous and government co-management of land plays a very limited role in Latin America. This is not to say that it is completely irrelevant, but it remains an exception rather than the norm for a number of reasons. In the following we will look at examples for co-management as well as for the related concept of co-governance ("*cogobierno*").

A good example for co-management is the Alto-Fragua Indiwasi National Park in Makuira on Colombia's Guajira peninsula.<sup>183</sup> Here, traditional decision-making structures have been incorporated into the administrative processes for the National Park:

"As part of a joint decision-making strategy, a so-called [']wise men council['] was created composed of 54 Wayúu chiefs of independent customary family territories and the Park manager. The strategy consisted of four meetings conducted on consecutive days, each covering a quarter of the Park area. This enabled meeting Wayúu authorities as close as possible to their own territories to spare them long distance travel. It also meant having smaller groups of approximately 13 authorities at a time, and preventing enemy clans from meeting, with possible violent outcomes. Meetings were held entirely in Wayúu language and translated by the bilingual Wayúu Park staff. This participation format proved to be useful and appropriate, and as of 2013 was still in use. The first joint decisions were about the Park's conservation objectives involving both biodiversity and culture. Biodiversity objectives included protection of mountain peaks, the dwarf cloud forest, and hydrologic resources. Cultural objectives included the protection of Wayúu territorial rights".<sup>184</sup>

Like other projects in Colombia, this is more strictly speaking an example for *cogobierno*, which is better translated as co-governance instead of co-management. It also appears more appropriate because what is actually happening is more about the people who live in a specific area (or visit it) and not just about the land, natural resources *etc.* *Cogobierno* is used in particular in areas in which two specific land regimes overlap: natural parks and areas designated for indigenous communities.

<sup>180</sup> On benefit sharing see Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People. v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172, paras. 138 *et seq.*

<sup>181</sup> Cf. Govan, H., *Co-management of natural resources in Central America: The road to "equitable distribution of the benefits of biodiversity" or another empty discourse of the technical elite?*, <[cmsdata.iucn.org/downloads/cca\\_hgovan.pdf](https://cmsdata.iucn.org/downloads/cca_hgovan.pdf)> (2003), 4.

<sup>182</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>183</sup> For an in-depth analysis of this particular co-management scheme see the doctoral dissertation by Rights, Premauer, J. M., *Conservation, and Governance: Indigenous Peoples - National*

*Parks Collaboration in Makuira, Colombia* (Winnipeg: University of Manitoba 2013), <[https://umanitoba.ca/institutes/natural\\_resources/canadaresearchchair/thesis/PhD%20Thesis%20Premauer%202012.pdf](https://umanitoba.ca/institutes/natural_resources/canadaresearchchair/thesis/PhD%20Thesis%20Premauer%202012.pdf)>.

<sup>184</sup> 6 *et seq.*

But while significant results can be achieved through co-management, it is essential that this method is truly used for the purpose of eye-to-eye cooperation rather than as a tool for the authorities to create the appearance of Indigenous involvement. Most importantly, successful co-management requires mutual understanding and respect. While this might sound superficial, the practical experience in Latin America shows that significant efforts can be necessary to overcome a number of challenges of very different origins:

“Co-management in [protected areas]s with Indigenous peoples is framed by the [International Union for Conservation of Nature] with an eye towards conservation as co-management should enhance conservation through both compliance to agreed-upon rules and the exercise of conservation responsibilities by communities [...]. The [academic] literature does not always distinguish between kinds of rights, often framing Indigenous peoples as just stakeholders. The kinds of power-sharing are also important, in that increased sharing of power over decision-making processes should better align decisions with local realities and needs [...]. Conflict will never be completely eliminated, but the potential of restructuring established relationships may open possibilities for new forms of constructive engagement [...]. Co-management describes a range of relationships [...]; for the critics, co-management is often a subtle way for governments to remain in control of decisionmaking [...]. In many cases, the state holds control over the definition of management objectives, procedures, and most final decisions, reducing collaboration to advice [...]. Power inequality in co-management is a persistent problem [...]. One major barrier leading to Indigenous disempowerment in cross-cultural co-management is the epistemological challenge of achieving an equal dialogue between science and Indigenous ways of knowing [...]. A second barrier is the structural challenge of dealing with bureaucratic pre-existing contexts that effectively marginalise Indigenous peoples’ voices in management [...]. Co-management often treats [“community[”] as one homogeneous group and fails to take into account the internal ethnic, class or other divisions and interests inside the communities, missing a layer of social complexity in conservation management [...]. [The r]ecognition of rights to autonomy, self-determination, and rights to territory are fundamental for successful co-management with Indigenous peoples [...].”<sup>185</sup>

Overall, however, given the large number of Indigenous groups, there have been relatively few attempts at establishing co-management land regimes in Latin America. This is a practical rather than a legal problem and can be explained by a number of factors:

On a local level, it is usually clear which land belongs (in the sense of usage rights, not necessarily in terms of land registers) to a specific indigenous community.<sup>186</sup> Membership in the community is often contingent on living in the community. In this sense, a village or a few villages form a community with a (often small) but clear territory. This has to be seen against the background that most Latin American states are home to many small indigenous communities. Even if they share languages, the communities usually understand themselves first and foremost as local communities. Even single indigenous peoples, with a few exceptions — such as the Quechua (approx. 10-11 million persons), Maya (approx. 7 million) or Ayamara (approx. 1 million) peoples, are relatively small. For example, Brazil is home to 734.127 indigenous individuals who belong to no less than 241 distinct peoples.<sup>187</sup> One consequence is that a single project can require the consultation of dozens of different indigenous communities. In any case it is necessary that not only the overall indigenous people but in particular the local indigenous community which would actually be affected by a measure is taken into account.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, 2 et seq., references omitted.

<sup>186</sup> See Griffiths, T., 'Indigenous peoples, land tenure and land policy in Latin America', *Land Reform* 2004/1, 46, <<http://www.fao.org/docrep/007/y5407/y540710a.htm>>.

<sup>187</sup> UNICEF, *Los pueblos indígenas en América Latina*, <[https://www.unicef.org/lac/pueblos\\_indigenas.pdf](https://www.unicef.org/lac/pueblos_indigenas.pdf)>.

Another factor which makes greater Indigenous involvement unlikely is the weak negotiating power of local indigenous communities: a lot of the interaction between the authorities and indigenous communities happens on the local level. The focus on small communities and the relative political weakness or absence means that the local communities will often find it difficult, if not impossible, to interact on *par* even with local authorities. While there are certainly attempts to engage in co-management on the local level, their practical role appears to be limited and, due to a lack of data, it is impossible at this time to draw meaningful conclusions. Also, representatives of local authorities are often unwilling to discuss the issue publicly because of the fear that giving any rights to indigenous persons would be perceived as unjust unequal treatment by the dominant population, many members of which find themselves in similar economic situations as the local indigenous persons and communities.

The limited acceptance of a greater role for Indigenous communities in governing land together with the state is also caused by a longstanding focus on Land Reform in many Latin American countries. Rather than understanding greater Indigenous involvement as a form of Land Reform, the predominant approach has been to understand Land Reform in terms of distribution: since the 1970s, land reform has played an important role in many Latin American countries, but this land reform approach was usually directed at taking land out of the hands of large-scale land owners and giving it to the peasant population. Land was therefore seen as a national resource. Similar to the focus on equality inherent in Finnish (constitutional) law, this particular focus left little space for indigenous land claims. This is closely connected to the problem that the fact that the overwhelming majority of the population is of mixed Native-European-African genetic heritage (*mestizaje*) is perceived as a political-legal argument. Claims for special rights by indigenous communities are easily seen with suspicion.<sup>188</sup>

Overall, it can be said that co-management is a tool which can provide significant contributions to the protection of Indigenous land rights. Its successful application, however, is not without challenges.

## 5.6. Interim Conclusions

In no part of the world has the impact of ILO 169 on domestic legal orders and been as significant as in Latin America.<sup>189</sup> There are different levels of land rights, ranging from the recognition of some rights of Indigenous peoples, from, *e.g.*, consultation and possession to collective ownership and even autonomy. There are, however, significant differences between different states in the region. ILO 169 can be implemented in many different ways taken into account the special circumstances of each country. In addition, a distinction has to be made between the law on paper and the practical implementation of existing legal norms: all too often the domestic implementation remains law on paper which is not actually implemented sufficiently. Often the implementation of existing laws requires legal action in order to force authorities to actually respect indigenous rights and obligations undertaken by the states. This is particularly the case when it comes to land rights issues, such as collective land ownership, demarcation and consultation: in Suriname, indigenous land rights are still being ignored despite the rulings in *Saramaka*, *Moiwana* and in *Kaliña and Lokono*.<sup>190</sup> In states in which the courts enjoy the respect of the executive and where access to justice and rule of law are guaranteed, Indigenous persons and communities have at least the possibility to fight for their

188 Poole, D., 'Mestizaje as ethical disposition: indigenous rights in the neoliberal state', 11 *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* (2016) 287.

189 Aylwin, J., 'Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT', Aylwin, J. and Tamburini, L. (eds.), *Convenio 169 de la OIT - Los Desafíos de su Implementación en América Latina a 25 Años de su Aprobación* (Copenhagen: IWGIA (no year provided)), <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0701\\_convenio169OIT2014.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0701_convenio169OIT2014.pdf)>, 46, 47.

190 The Association of Indigenous Village Leaders in Suriname, The Association of Saramaka Authorities and the Forest Peoples Programme, *A Report on the Situation of Indigenous and Tribal Peoples in Suriname and Comments on Suriname's 13th - 15th Periodic Reports* (CERD/C/SUR/13-15), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 87th Session (2015), <<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2015/07/suriname-shadow-2015-final.pdf>>, 31 et seq.

rights in court. As a general rule, they still have to do so if they want the executive to respect their rights.

While some countries, such as Colombia and Costa Rica, have long recognised forms Indigenous territorial autonomy, Indigenous land rights featured prominently in political debates especially in Bolivia and Ecuador.<sup>191</sup> Very broadly, it can be said that

“Bolivia, Brazil, Colombia, Costa Rica, Panama, Paraguay, and Peru [...] have high-level judicial instruments (constitutions or international agreements) recognizing indigenous land rights, as well as some national legal and regulatory framework operationalizing the high-level instruments. These countries provide the best practice models for land legalization, despite their shortcomings.”<sup>192</sup>

In the case of Bolivia this will become evident later in the context of free, prior and informed consent.<sup>193</sup> Today, many areas in Bolivia are recognised (at least on paper) as Indigenous territory.<sup>194</sup> This legal status does not necessarily mean effective legal protection of Indigenous land rights. Also, even in Colombia, where emphasis is placed on the territorial autonomy of Indigenous peoples, and where the Law 715 of 2001<sup>195</sup> even ensures state-funding for Indigenous territories,<sup>196</sup> many Indigenous lands are still not registered<sup>197</sup> or properly demarcated. Across Latin America, though, such an autonomy, which at this time forms the highest level of Indigenous land rights under domestic law, is still the exception rather than the norm. In Brazil, 672 areas are marked as Indigenous territories.<sup>198</sup> On paper, Brazil’s “demarcation and recognition of indigenous lands has been truly impressive. In total, some 103.7 million hectares, or more than 12% of the national territory of Brazil, have been recognized as indigenous lands, possessed by indigenous groups representing only 2% of the national population. Serious problems remain, however. Many indigenous lands continue to be invaded by landless campesinos or miners, and some of the lands that have been recognized are tied up in court with legal challenges from third parties. Another issue of concern is that 15 years after the passage of the new Constitution, the Indian Statute, which is in clear contradiction to the Constitution, remains in force.”<sup>199</sup>

While Indigenous communities enjoy far-reaching protection, they do not own these lands as the legal title to the land is held by the state.<sup>200</sup> In particular Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua and Venezuela still have general problems when it comes to protecting Indigenous rights in practice, despite legislative attempts to improve the situation.<sup>201</sup>

---

191 *Ibid.*, 48.

192 Roldán Ortega, R., *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America* (Washington: The World Bank 2004) 5.

193 See below Part 6., subpart b) of this chapter.

194 Roldán Ortega, R., *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America* (Washington: The World Bank 2004), 50.

195 Law 715 of 2001 (Colombia).

196 Roldán Ortega, R., *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America* (Washington: The World Bank 2004) 7.

197 Aylwin, J., ‘Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT’, Aylwin, J. and Tamburini, L. (eds.), *Convenio 169 de la OIT - Los Desafíos de su Implementación en América Latina a 25 Años de su Aprobación* (Copenhagen: IWGIA (no year provided)), <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0701\\_convenio169OIT2014.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0701_convenio169OIT2014.pdf)>, 46, 54.

198 *Ibid.*, 52.

199 Roldán Ortega, R., *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America* (Washington: The World Bank 2004) 6.

200 *Ibid.*

201 *Ibid.*, 9.



## 6. The Duty to Consult

### 6.1. ILO 169

The duty to consult under Articles 6 and 7 have been dealt separately in chapters 5 and 6. Additionally, under Article 15 (2) ILO 169, the state has a duty to consult the local Indigenous population if it claims ownership over subsoil resources. The consultation is to be undertaken “with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced”<sup>202</sup> by the proposed project. The aim also has to be to share benefits from the use of such resources. But Article 15 (2) ILO 169, which dates back to the 1980s, does not require the level of FPIC which is required under today’s customary international law. Merely consulting the affected Indigenous communities in order to determine the scope of their interests, as Article 15 (2) s. 1 ILO 169 requires, is not enough under customary international law which required Free, Prior and Informed Consent. Rather, the state has the duty to engage in a good faith attempt to obtain the actual consent of the Indigenous community concerned. The question of when a consultation requirement turns into a consent requirement can be very difficult to answer. Indeed, it is said that “[t]he most difficult legal and political question is the consequence of the refusal to consent.”<sup>203</sup> Within FPIC, there is no universal right of Indigenous peoples to veto proposed projects. However, the right to self-determination and the right to subsistence can shift the right to be consulted to a veto right and turn the obligation of the state to seek consent to an obligation of the state to refrain for example from issuing a permit for a project — because any other action would cause a violation of the rights of Indigenous peoples. Even absent a general veto right, it is therefore possible that, depending on the specific circumstances of the case, the only option available to the state is to obtain the consent of the Indigenous community because every possible course of action would impact their rights.

Even though ILO 169 marked a significant step forward from the perspective of ILO 107,<sup>204</sup> ILO 169 in itself is no longer reflecting customary international law. Especially in Latin America, the state practice, which is based on solid *opinio juris*, not least due to UNDRIP, goes far beyond the requirements of Article 15 (2) sentence 1 ILO 169. Merely complying with the wording of Article 15 (2) ILO 169 when it comes to FPIC in the context of natural resources projects might therefore not sufficient in order to comply with obligations under customary international law. Assuming that the duty to engage in a consultation process which adheres to current FPIC standards (without a right to veto) is part of current customary international law, a state would still violate customary international law, even if it were to ratify ILO 169 and comply only with the text of Article 15 (2) ILO 169, without taking customary international law into account.

The development of norms of customary international law requires state practice and *opinio juris*. This state practice based on the assumption that it is legally required can include the case law of domestic courts. As will be shown on the following pages, there is a strong trend across Latin America to the effect that the FPIC standards described in UNDRIP are already customary international law. The driving force behind this development are courts on the national level, many of which also consider key Indigenous rights provisions of ILO 169 to be self-executing, *i.e.*, applicable domestically without the need for the state to take further action to implement them on the national level through its own legislation.

---

202 Article 15 (2) s. 1 ILO 169.

203 McGee, B., ‘The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development’, 27 *Berkeley Journal of International Law* (2009) 570, 634.

204 On ILO 107 see Berman, H. R., ‘The International Labour Organization and Indigenous Peoples: Revision of ILO Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988’, 41 *The Review (International Commission of Jurists)* (1988) 48.

## 6.1. The Situation in different Latin American Countries

### 6.1.1. Peru

#### a) Legislation<sup>205</sup>

Since 1995, the Peruvian state has the obligation to engage in consultation of Indigenous peoples.<sup>206</sup> This is a consequence of the ratification by Peru of ILO 169<sup>207</sup> and the constitutional reforms in the first years of this millennium. In the case of Peru, a series of protests in particular by Indigenous Awajún between 2007 and 2010 led to reconsideration of the government's approach to Indigenous peoples. These events, including the Baguazo events in 2009, which included the deaths of several dozen persons, including police officers, Indigenous and non-Indigenous civilians<sup>208</sup> and a major political crisis leading to the forced resignation of the then-Prime Minister *Yehude Simon Munaro*, were essentially triggered by the publication of a text by then President *Alan García* in October of 2007,<sup>209</sup> in which he accused Indigenous peoples of failing to use the land more productively.<sup>210</sup>

Peru's Law on Prior Consultation contains a range of requirements for consultation processes. According to both academia<sup>211</sup> and legal practice,<sup>212</sup> Article 8 of this law can be understood to provide a step-by-step explanation of the consultation process. During each step, questions are to be answered or measures are to be taken:

Step 1: Which proposed legislative or administrative measures is concerned?

Step 2: Which Indigenous communities have to be consulted?

Step 3: The proposed legislative or administrative measure has to be made public.

Step 4: Information about the proposed legislative or administrative measure has to be provided.

Step 5: The Indigenous institutions and organisations have to evaluate the legislative or administrative measures which affect them directly.

205 For an overview over the key law in Peru, the 2011 *Ley de Consulta Previa* (Law on Prior Consultation, Law No. 29785, 7 September 2011 (Peru)), see Diez, A., *La consulta previa y su aplicación en el Perú*, <<http://propuestaciudadana.org.pe/red/red/La%20Consulta%20Previa%20y%20su%20aplicaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA.pdf>>, 37 et seq.; an in-depth analysis is provided by Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú - Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del reglamento* (Lima: DAR 2012); for more information on norms below the level of laws, such as ministerial resolutions, directives etc. see also Alva Arévalo, A., 'El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú', XIV *Encuentro de Latinomaericanistas Españoles* (2010) 2600, <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00532576/document>>, 2610 et seq.; for a comment by the then UN Special Rapporteur on Indigenous Rights see Anaya, S. J., *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú 7 de julio de 2010* (2010) <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>>.

206 La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

207 Ibid.; for a Peruvian view at FPIC and ILO 169 see, Rivadeneyr, A. A., *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas: Apuntes sobre su Tratamiento en el Derecho Comparado y Nacional* (2010), <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/taest2010/Articulos\\_estudiantiles/12-2010\\_articulo\\_derecho\\_a\\_la\\_consulta\\_previa\\_26\\_12\\_10.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/taest2010/Articulos_estudiantiles/12-2010_articulo_derecho_a_la_consulta_previa_26_12_10.pdf)>.

208 See Survival International, *La Muerte en la Curva del Diablo el relato de testigos presenciales* <[http://assets.survival-international.org/documents/44/Informe\\_Bagua.pdf](http://assets.survival-international.org/documents/44/Informe_Bagua.pdf)>.

209 García Pérez, A., *El síndrome del perro del hortelano* (2007), <<http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/26539211-Alan-Garcia-Perez-y-el-perro-del-hortelano.pdf>>.

210 Páez, A., 'Los orígenes del conflicto con los indígenas amazónicos - La ley de la selva y el perro del hortelano', *Clarín*, 12 June 2009, <<http://edant.clarin.com/diario/2009/06/12/elmundo/i-01937331.htm>>.

211 La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

212 Note (Informe) N° 001-2014-DP/AMASPPI-PPI of 30 April 2013 from the Defensoría del Pueblo (N° 0188-2014-DP) to the Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

Step 6: A dialogue process has to be conducted between representatives of the state and representatives of the Indigenous peoples.

Step 7: The decision is taken by the relevant authorities.<sup>213</sup>

The Peruvian parliament uses this approach to confirm that legislative measures which affect Indigenous communities are in compliance with FPIC standards under Peruvian law and under ILO 169.<sup>214</sup> One issue which appears to have been much discussed in Peru from the perspective of the leadership of Indigenous communities is the timing of the required consultation process.<sup>215</sup> With regard to the consultation process in the context of proposed legislative measures, it has been suggested that the best time would be after the first reading of the proposed law in the parliament but prior to a final vote of the parliament.<sup>216</sup> This approach would have the benefit of ensuring that the text of the proposed law in question would already be publicly known, which would provide a certain degree of legal certainty for the Indigenous communities which are called upon to make a decision. The result of the consultation process would then have to be taken into account in the final vote of the parliament. In this context, it has to be kept in mind that the members of the Congress, Peru's national parliament, are free and may not be ordered to vote in one way or another.<sup>217</sup> As a consequence, the results of the consultation process cannot be binding on the parliament as a matter of Peruvian constitutional law. The members of parliament, however, have to take into account international treaties ratified by Peru.<sup>218</sup> The respect for fundamental rights and international law is an inherent aspect of Peruvian constitutional law and there is a valid expectation on the part of Peruvians that the parliament will act in accordance with human rights and international law. The practical implementation, however, is at times significantly more problematic.

The 1993 Constitution of Peru does not contain a specific norm on the right to FPIC<sup>219</sup> but a number of norms on Indigenous peoples, such as the right to cultural identity,<sup>220</sup> the right to autonomy<sup>221</sup> and to communal property,<sup>222</sup> the judicial autonomy of Indigenous peoples<sup>223</sup> but also the right to political participation.<sup>224</sup>

Under the Peruvian Constitution, international treaties which have been ratified by Peru are considered part of Peruvian law.<sup>225</sup> In so far Peru can be said to pursue a rather monist approach when it comes to the implementation of international law. While this has the benefit of giving domestic legal force to international law, it can also make it more difficult for individuals to actually bring adequate claims since not all rights follow directly from the wording of the domestic law. In practice, though, ratification still matters. Peru, for example, signed ILO 169 in 1993 but it only entered into force in 1995, indicating that the executive relies on a dualist (*i.e.*, ratification) approach when it comes to transferring international law to the domestic level.

---

213 Perú, Ministerio de Cultura, *Procedimiento para la Consulta Previa*, <<http://bdpi.cultura.gob.pe/procedimiento-para-la-consulta-previa>>; Perú, Ministerio del Ambiente, *Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios*, <[http://legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=827:derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-u-originarios&catid=32:cap-2&Itemid=5322](http://legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=827:derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-u-originarios&catid=32:cap-2&Itemid=5322)>; La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

214 *Ibid.*

215 *Cf. Ibid.*

216 *Ibid.*

217 Article 93, sentence 2, first half sentence Constitution (Peru).

218 La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

219 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 34.

220 *E.g.* Article 2 (19) Constitution (Peru).

221 *Ibid.*, Article 89.

222 *Ibid.*, Articles 88 and 89.

223 *Ibid.*, Article 149.

224 *Ibid.*, Article 191.

225 *Ibid.*, Article 55.

In any case does the Constitutional Court of Peru consider ILO 169 to complement domestic law and it fully applies the Convention.<sup>226</sup> However, in practice, FPIC rarely happens in Peru. A number of factors are to blame. Chief among them are ignorance of the law and of the situation of Indigenous peoples caused by a dramatic emotional distance between urban national elites and rural Indigenous communities, which lead to a failure to respect Indigenous rights. As a result of centuries of discrimination, Indigenous communities are not perceived as actors with whom the representatives of the state feel that they can (or should) interact on an equal level. There is a fundamental inequality in Peru (and other Latin American states), which leads to a gap between those who hold executive office and the Indigenous communities. Being Indigenous is widely perceived as negative even by many Indigenous persons themselves. In so far the situation of many Indigenous persons and communities in Peru (and elsewhere in Latin America) is somewhat (taken with a large grain of salt) similar to that of the Sámi in Finland several generations ago. It took widespread protests in the years 2007 to 2010 to achieved some change. This change includes for example the Law on Prior Consultation from the year 2011 and related norms, such as Supreme Decree 001-2012-MC, which was approved on 3 April 2012. Just like in the case of the development of international law concerning the rights of Indigenous peoples, the Law on Prior Consultation in Peru finally reflects contributions made by organisations which actually represent Indigenous peoples. While this has been normal on the international level since the 1990s or at least early 2000s, this is revolutionary for Peru. Despite many struggles, the organisation of Indigenous activism in Peru had long been lagging behind the development already achieved decades earlier elsewhere in Latin America. The law itself has been subjected to some degree of consultation but has been the subject of criticism from the aforementioned organisations because the agreements reached with state representatives were not respected. The Parliament, while of course free in its decisions, ended up approving a text which only partially reflected the consensus which had been established together with Indigenous organisations.

In addition, a regulatory standard has been set up by the Directive regulating the operation of the official database of Indigenous or Native Peoples<sup>227</sup> in which objective and subjective criteria are established for the purpose of determining which communities are Indigenous. Today, 54 Indigenous peoples are recognised in Peru. There are, however, a number of uncontacted and voluntarily isolated Indigenous communities, in particular in the Peruvian Amazon. They are threatened by extractive industries and other activities which encroach on their lands.

Other relevant norms concerning FPIC in Peru include a Ministerial Resolution, which approves the policy to promote and ensure respect for ethnic and cultural identity of Indigenous peoples, peasant and native communities,<sup>228</sup> a Supreme Decree on the regulation of the Law of Natural Protected Areas,<sup>229</sup> a Ministerial Resolution on the Consultation and Public Participation in the Approval Procedure of Environmental Studies in the Energy and Mines Sector,<sup>230</sup> which was then repealed by a later Supreme Decree which established the Consultation and Public Participation in the Approval Procedure of Environmental Studies in the Energy and Mining Sector.<sup>231</sup> An earlier Supreme Decree had established prior commitment as a prerequisite for the development of mining activities and complementary rules.<sup>232</sup> Supreme Decree No. 012-2008-EM of 20 February 2008 regulates citizens' (i.e. not just Indigenous) participation in the realisation of hydrocarbon-related activities.<sup>233</sup> Supreme Decree No. 028-2008-EM of 26 June 2008 has the same function for mining<sup>234</sup> and is accompanied by Ministerial Resolution No.

---

226 Constitutional Court of Peru, *Jaime Hans Bustamante Johnson v. Occidental Petrolera del Perú*, Case No. 03343-2007-PA/TC, Judgment of 19 February 2009, para. 31.

227 Directive No. 003-2012-MC (Peru).

228 Ministerial Resolution 159-2000-PROMUDEH, 21 June 2000 (Peru).

229 Supreme Decree No. 038-2001-AG 22/06/2001 (Peru).

230 Ministerial Resolution No. 596-2002-EM-DM, 20 December 2002 (Peru).

231 Supreme Decree No. 028-2008-EM, 26 June 2008 (Peru).

232 Supreme Decree No. 042-2003-EM, 12 December 2003 (Peru).

233 Supreme Decree No. 012-2008-EM, 20 February 2008 (Peru).

234 Supreme Decree No. 028-2008-EM, 26 June 2008 (Peru).

304-2008-MEM-DM of the same day.<sup>235</sup> What has long been absent from this picture are laws enacted by Parliament rather than decrees which are only dependent on the government of the day.

Peru's 2011 Law on Prior Consultation was a response to the violence in Bagua<sup>236</sup> and the Law was actually promulgated there.<sup>237</sup> The Law and Decree are results of the 2009 conflicts in Bagua and their adoption are widely seen as positive achievements on the part of Indigenous activists. It has to be understood that the driving force behind the adoption of Peru's Law on Prior Consultation was not so much a desire on the part of lawmakers or the government to improve the situation of Indigenous communities but rather to allow for the extraction of natural resources without the threat of more, potentially violent, protests.<sup>238</sup> Actually improving the situation of Indigenous peoples was only a secondary consideration.<sup>239</sup> This comes against the background of a history of conflict, Indigenous demands for change<sup>240</sup> and the absence of dialogue prior to the adoption of the Law on Prior Consultation.<sup>241</sup> The Law on Prior Consultation was approved in 2011 and is supported by regulations contained in a Supreme Decree from 2012.<sup>242</sup> In addition, there have been guidelines issued by different ministries on FPIC as well as a number of proposals in the national Parliament concerning the regulation of FPIC. So far, the issue of consultation of Indigenous peoples in Peru is regulated through a large number of — at time overlapping — rules and regulations which are often highly sector-specific and which are not necessarily easily obtained by the communities which would actually be affected by proposed measures. FPIC is recognised as an issue in Peru but the legislative response to this issue has been chaotic. The Law on Prior Consultation is a step in the right direction, but it came very late and suffers the problem that the courts had already, at least to some degree, stepped into the breach and had taken over the role of law-makers. More importantly, though, the 2011 Law suffers from a lack of implementation, which in turn is based on a basic lack of respect for Indigenous peoples across Peru.

### **b) Jurisprudence<sup>243</sup>**

This legislative chaos has led to a significant case load in Peruvian courts and only a few cases can be described here in order to indicate some of the issues the courts had to deal with. The key instrument, from the perspective of human rights litigation, in this context are *amparo* proceedings, *i.e.*, court proceedings concerning complaints about violations of rights.<sup>244</sup> There has already been a legal system of FPIC rules prior to the 2011 law - but these rules had not been laid down by parliament but had been identified by the courts, in particular the Constitutional Court.

While the Constitutional Court of Peru is applying ILO 169 directly, it has to be noted that the existing case law is still limited in scope. The protection offered by the courts is - of course - only happening on a case by case basis. The biggest drawback to handling such matters of human rights protection through national courts is the absence of a complete and comprehensive protection for Indigenous communities and individuals.

---

235 Ministerial Resolution No. 304-2008-MEM-DM, 26 June 2008 (Peru).

236 Salmon G., E., 'The Struggle for Laws of Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples', 22 *Pacific Rim Law & Policy Journal* (2013) 353, 354.

237 *Ibid.*

238 *Ibid.*

239 *Ibid.*

240 *Ibid.*, 355

241 *Ibid.*

242 Supreme Decree No. 001-2012-MC, 3 April 2012 (Peru).

243 See also La Rosa Calle, J., 'El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Peru según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional', 39 *Derecho & Sociedad* (2012) 196.

244 See *e.g.* the Constitutional Court of Peru, cases 03343-2007-AA, 03343-2007-PA, 06316-2008-PA and 0022-2009-PI to 0028-2009-PI, which deal with the constitutionality of specific norms and the failure to effectively implement ILO 169.

In as far as the Constitutional Court treats ILO 169 like domestic law, it can be argued that, notwithstanding domestic legislative developments, ILO 169 is the law of the land in Peru when it comes to FPIC processes.

### **c) FPIC and Self-Determination in Practice<sup>245</sup>**

The reality on the ground, however, looks very different. Consultation rights exist more on paper than in practice. The first ever FPIC consultation process in the context of a land rights project in Peru was organised only in 2013<sup>246</sup> — but this delay was not for a lack of a legal basis: according to *Javier La Rosa Calle*, a law professor who served as the main assessor of the Constitutional Commission and Parliamentary Assessor of the Peruvian Congress, the national parliament from 2011 to 2016, the theoretical foundation to secure the right to FPIC already exists in Peru.<sup>247</sup> What is missing, however, is the political will to make this possibility also a reality.<sup>248</sup> *La Rosa Calle* sees the distance between the political elites and the general population as a key reason for this lack of political will.<sup>249</sup> This conclusion is not only valid for Peru but for many other Latin American countries as well. The discrepancy between law on paper and law in practice in several Latin American states is not only significant but at times so large that it amounts to a denial of justice.

Indigenous peoples have the right to determine their own development.<sup>250</sup> Issuing permits for projects in Indigenous areas which make traditional ways of life impossible is a classical example for land use conflicts.<sup>251</sup> But what if the state prefers to leave an Indigenous area as it is, while the local Indigenous community prefers an infrastructure project? This is the issue which has been debated for some time in the area of the Manú national park in Peru. Located a day or so by car and then by boat from the city of Cusco, which attracts many tourists, Manú national park is a planetary biodiversity hotspot and accordingly an important destination for tourists. While the absolute number of tourists who actually make it to remote Manú, might pale in comparison to the large numbers of tourists who visit Peru's sacred valley, tourism is an important factor for the regional economy. Together with a longstanding tradition of declaring certain areas off limits for development in the form of reservations (*resguardos*) or of nature reserves, the state has a relatively easy way to turn the nature into a profit — *i.e.*, by not doing anything and not allowing any infrastructure projects. For the local Indigenous community, this poses a huge challenge. While it might appear adventurous to have to travel for hours by boat in order to get to sites within Manu, a once-in-a-lifetime holiday experience is different from the everyday reality of the local population, because in the same way, every school, doctor *etc.* is hours away by boat. For Indigenous youths in the area this means very limited access to education, for many locals of all ages, it means sickness without medical care and increased risk of premature death. This is why many Indigenous locals demand the construction of a road in Manú. Linking the isolated communities in Manú to cities like Cusco within hours rather than days could save many lives in case of emergency. Here the current international law still has a bit of a gap since it assumes that the state takes some action and the Indigenous people must be protected against the state. This is the negative dimension of human rights, preventing the state from doing something. But like practically all human rights, Indigenous rights norms, too, can have a positive dimension. The state can be required to take certain action. Now it could be argued that the Indigenous people could construct their own road in the land, but as long as they lack the legal, economic and factual possibility to do so, the state remains under a positive obligation to take action on their behalf. Especially if domestic legal systems do not have a

245 An up to date (June 2016) overview over consultation cases with short descriptions of the different situations and processes is provided by O'Diana Rocca, R. and Vega Diaz, I., *¿Cómo va la Aplicación de la Consulta Previa en el Perú?: Avances y Retos* (Lima: CAAP 2014) 43 *et seq.*

246 Milagros Salazar, M., 'Entre vaivenes avanza primera consulta a los indígenas de Perú', *IPS Noticias*, 9 February 2013, <<http://www.ipsnoticias.net/2013/02/entre-vaivenes-avanza-primer-consulta-a-los-indigenas-de-peru/>>.

247 La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

248 *Ibid.*

249 *Ibid.*

250 Bederman, D. J., *Globalization and International Law* (New York: Palgrave Macmillan 2008) 125.

251 See, e.g., also Human Rights Committee, *I. Länsman et al. v. Finland [Länsman 1]*, Communication No. 511/1992.

procedure under which groups or individuals can obtain a judgment forcing the government or its agencies to take a specific action, the self-determination of Indigenous peoples is not complete. If seen through the lens of FPIC, it can be argued that the decision by the state not to take any action also has to be based on an appropriate procedure which takes into account the interests of Indigenous peoples to a sufficient degree.

### 6.1.2. Bolivia

Despite the relatively high percentage of Indigenous persons among the overall population in Bolivia, discrimination and marginalisation continue to this day.<sup>252</sup>

On paper, the situation of Indigenous peoples in Bolivia appears to be very good, which is most notable in the official name of the state: The Plurinational State of Bolivia. But as will be seen, there is a very large discrepancy between the situation on paper and the actual conditions in which Indigenous communities in Bolivia struggle to defend their ancestral lands.

#### a) Legislation

Indigenous peoples, which in Bolivia are termed *Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos* are provided a range of human rights under the 2009 Bolivian Constitution<sup>253</sup> and even the right to exercise their own jurisdiction.<sup>254</sup> The 2009 Constitution also established the concept of the *Territorio Indígena Campesino Originario* (TIOC),<sup>255</sup> which supposedly was meant to provide more rights in terms of collective Indigenous land ownership. One of the key ideas behind the 2009 reforms was to transfer more competencies and also more funding from the national to the local level, which also includes Indigenous communities making decisions according to their own rules<sup>256</sup> as well as the Aymara and Quechua *ayllu*,<sup>257</sup> i.e., a local Indigenous organisational unit, which is structured differently from a municipality in Finland, a *siida* in Sápmi or an *iwi* in Aotearoa (New Zealand) but which fulfils a similar social and political function and which is characterised by different layers of *ayllus*<sup>258</sup> as well as by self-government.<sup>259</sup> Already in the late 1990s<sup>260</sup> and early 2000s, efforts had been made by the legislature in Bolivia to protect traditional Indigenous forms of organisation, in particular when an Indigenous group lived in several political municipalities.<sup>261</sup> The idea was that, while political municipalities were important, their practical importance should not dissolve Indigenous institutions. However, lack of adequate financing and widespread corruption rendered this system rather ineffective.<sup>262</sup>

The Constitution of Bolivia of 2009 is considered one of the most progressive in the region, in contains a chapter on the rights of Indigenous and rural communities, including autonomy, self-government and land rights. On paper, Bolivian law has practically everything necessary to comply with contemporary international legal norms concerning the protection of Indigenous rights, including the recognition of collective land ownership.<sup>263</sup> A more in depth analysis of Bolivian law, however, appears meaningless because in practice, Indigenous land rights are widely ignored and for all practical purposes, the right to FPIC is continuously violated. Instead,

252 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 299.

253 Article 30 (2) Constitution (Bolivia).

254 *Ibid.*, Articles 190 et seq.

255 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 304.

256 Article 3 Popular Participation Law (Bolivia), see also Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 304 et seq.

257 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 305.

258 *Ibid.*, there fn. 1305, see also Jilamita Murillo, L. J. and Soto Quiroz, V. G., *Los ayllus en el actual departamento de Potosí: Una aproximación a la comprensión de su historia y situación contemporánea*, (Potosí: Soluciones Prácticas 2005).

259 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 305.

260 Cf. the 1999 Municipalities Law (Bolivia).

261 Article 23 Supreme Decree No. 26142/2001 (Bolivia).

262 Cf. Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 306.

263 Article 393 Constitution (Bolivia).

norms like Article 4 (1) of the Forestry Law<sup>264</sup> of 1996 and Article 16 of the 2005 Hydrocarbons Law<sup>265</sup> give the state not only the competence to govern land and natural resources but also give the state ownership over forest land and hydrocarbon resources. This essentially allows the state to take drastic measures which can severely affect Indigenous communities.

### **b) FPIC in Practice**

With regard to FPIC, Bolivian law promises a lot but delivers very little. The Constitution of Bolivia codifies the rights to prior and informed consultation and to benefit sharing.<sup>266</sup> Also the aforementioned 2005 Hydrocarbons Law and a 2007 Decree<sup>267</sup> require a consultation of Indigenous peoples by the Ministry of Hydrocarbons and Energy.<sup>268</sup> According to Article 9 of the Hydrocarbons Law, this consultation is supposed to consist “of four phases: Coordination and information; organisation and planning; execution; and agreement.”<sup>269</sup>

In practice, there have long been problems with the implementation of the consultation procedure required by the Hydrocarbons Law<sup>270</sup> and already in 2006, the Constitutional Court had found that the consultation requirement in the Hydrocarbons Law was not legally binding.<sup>271</sup> The situation was dramatically worsened in 2015 when a new decree<sup>272</sup> led to changes in the law. These “amendments [...] legitimize a narrower scope and a lowering of standards of the right to consultation of indigenous peoples”.<sup>273</sup> In 2014 and 2015, also a new Law on Mining and Metallurgy<sup>274</sup> and a two additional Supreme Decrees<sup>275</sup> were introduced, which further restrict the right to FPIC.<sup>276</sup> The Law on Mining and Metallurgy does not apply to projects which had been approved before the law entered into force<sup>277</sup> and the consultation process must not consist of more than three meetings.<sup>278</sup> The latter norm in practice means that the Indigenous community might be informed about a proposed project in the first meeting, might be able to ask questions in the second meeting and might actually only really learn about the potential impact of the project on their lives in the last meeting. Such a limited interaction between the authorities of the state and Indigenous communities is entirely incompatible with the spirit of ILO 169. Supreme Decree No. 2366/2015 de facto removes the protection enjoyed by Indigenous lands by allowing for hydrocarbon extraction also in all protected areas, including in Indigenous home areas.<sup>279</sup> No. 2298/2015 also mocks the concept of benefit sharing and aims at excluding Indigenous communities from monetary compensation altogether:

“the monetary compensation [is set] based on percentages between 0.3 and 1.5% for those socio-economic impacts caused by hydrocarbon activities that are taking place [in] indigenous territories [...] and [which] were identified during the consultation [...]. Hence, for those indigenous peoples that would not insist on these aspects, such monetary compensation could be denied”.<sup>280</sup>

264 Forestry Law / *Ley Forestal*, Law No. 1700/1996 (Bolivia).

265 Hydrocarbons Law / *Ley de Hidrocarburos*, Law No. 3058/2005 (Bolivia).

266 *Ibid.*, Article 403 (1).

267 Supreme Decree No. 29033 (Bolivia), the *Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas*.

268 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 333 *et seq.*

269 *Ibid.*, 335.

270 *Ibid.*, 336.

271 Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2005-12440-25-RDI, Decision No. 0045/2006 of 2 June 2006.

272 Supreme Decree No. 2298/2015 (Bolivia).

273 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 336.

274 Law No. 535/14, Law on Mining and Metallurgy (Bolivia).

275 Supreme Decree No. 2298/2015 (Bolivia) and Supreme Decree No. 2195/2014 (Bolivia).

276 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 337.

277 Art. 207 Law on Mining and Metallurgy (Bolivia).

278 *Ibid.*, Art. 211 (2).

279 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 337.

280 *Ibid.*



Today, the right to consultation of is not recognised by the Bolivian legislature — neither in the Constitution nor in other laws.<sup>281</sup> Government-created decrees on the other hand are used to limit the rights of Indigenous peoples in an almost Orwellian manner. Overall, the existing legal framework in Bolivia can no longer be considered to be compatible with ILO 169 — not even on paper.

### c) Jurisprudence

In addition to the already mentioned decision of the Constitutional Court, a 2010 decision deserves to be mentioned.<sup>282</sup> This decision, which predates the last executive decrees just mentioned, was the result of an *amparo* case (in essence a constitutional complaint over the alleged violation of rights of the applicant) by the *Servicio Departamental de Caminos* (SEDECA).<sup>283</sup> While a lower court had held that acts of resistance by Indigenous groups actually amounted to a violation of rights of the Director of the SEDECA,<sup>284</sup> the Constitutional Court<sup>285</sup> used the opportunity to define FPIC standards, relying on *Saramaka v. Suriname*<sup>286</sup> and emphasising

“that prior consultation is a duty of the State at all levels and, therefore, must be carried out through representative institutions of indigenous peoples. Additionally, the consultation must be performed in good faith and in appropriate ways in the following cases: before applying laws and measures that may directly affect indigenous peoples; prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources; before undertaking any exploration or exploitation project of natural resources on indigenous lands; and before using the lands or territories of indigenous peoples for military activities.”<sup>287</sup>

One case illustrates the lack of political will regarding FPIC in Bolivia more than any other: the case concerning the *Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secura* (TIPNIS), a National Park and Indigenous Territory with a population of about 4,000 Indigenous persons in 60-70 communities.<sup>288</sup> In 2006, the government announced plans to construct a highway between the towns of Villa Tunari and San Ignacio de Moxos, which would have connected the rural region of Beni in the North of Bolivia, which suffers from a lack of road infrastructure, with the city of Cochabamba in the centre of Bolivia.<sup>289</sup> The highway, which was given the final green light in 2015,<sup>290</sup> will cut through the middle of TIPNIS. Despite widespread protests by the Indigenous population in the region during several years, there was no ILO 169-compliant FPIC procedure in connection with the construction of the proposed highway.<sup>291</sup> The case is not only noteworthy for the absence of FPIC consultations<sup>292</sup> but also for the falsification of official records: While the government claimed that 58 communities had been consulted and 55 had agreed to the construction of the highway,<sup>293</sup> it eventually emerged that there was indeed

281 *Ibid.*, 338.

282 Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2008-17547-36-RAC, Decision No. 2003/2010 of 25 October 2010, on this case see Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 338 *et seq.*

283 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 338.

284 Jueza Técnica del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior de Distrito Judicial de Tarija (Bolivia), Resolution No. 1/08 of 29 February 2008, paras. 268 *et seq.*, see also Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 338.

285 Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2008-17547-36-RAC, Decision No. 2003/2010 of 25 October 2010.

286 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172; *cf.* also Alcalá, D., *Indigenous Peoples Right to Property in International Law: A Look at Saramaka People v. Suriname*, *The Inter-American Court of Human Rights*, Selected Works (2009).

287 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 339, referring to Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2008-17547-36-RAC, Decision No. 2003/2010 of 25 October 2010, Part “Por tanto”, No. 2.

288 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 342.

289 *Ibid.*

290 Achtenberg, E., ‘Morales Greenlights TIPNIS Road, Oil and Gas Extraction in Bolivia’s National Parks’, *NACLA*, 15 June 2015, <<https://nacla.org/blog/2015/06/15/morales-greenlights-tipnis-road-oil-and-gas-extraction-bolivia%E2%80%99s-national-parks>>.

291 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 343, see also *ibid.*, 343 *et seq.* for an overview over the history of government attempts at forcing the construction of the highway against the express wishes of the local Indigenous population.

292 *Ibid.*, 343.

293 *Ibid.*, 347, with further references.

widespread opposition to the plan when a commission consisting of representatives of the Bolivian Permanent Human Rights Assembly, the International Human Rights Federation and a representative of the Catholic Church (the original plan had been for the UN Special Rapporteur on the rights of Indigenous peoples to visit the region upon invitation by Indigenous communities, a plan which failed when the Bolivian government denied a visa to the UN Special Rapporteur, making the visit to Bolivia impossible<sup>294</sup>) were able to visit 35 of the 58 communities<sup>295</sup> and it became known that only three communities actually agreed to the project<sup>296</sup> and that the local communities had been told “that the highway would have been an [“]ecological[“] project”.<sup>297</sup>

### 6.1.3. Chile

#### a) Legislation

Chile has ratified a range of international human rights treaties and has endorsed UNDRIP. It joined ILO 169 fairly late, only in 2008 (and after having initially abstained from the vote on UNDRIP), and ILO 169 entered into force for Chile on 15 September 2009.<sup>298</sup> After the ratification of ILO 169, though, the process of implementing ILO 169 domestically has been slowed down. Articles 32 (15) and 54 (1) of the Constitution require the transposition of ILO 169 into domestic law.<sup>299</sup> Lawmakers in Chile however have been slow to do so. At the same time has there been an expectation on the part of Indigenous persons with regard to their rights which Chile had undertaken to protect when it ratified ILO 169.

The text of the Constitution of Chile does not provide for on Indigenous rights outright.<sup>300</sup> This is not surprising because the self-image of Chilean society as being organised in an inherently democratic state is important in today’s Chile because of the experience of non-democratic rule in the second half of the 20th century. This emphasis on democracy requires an emphasis on equality — which in turn makes it more difficult to accept special treatment of some parts of society as being codified in law. However, the Constitutional Court of Chile accepts a *de facto* doctrine of *bloque de constitucionalidad*, as an exception from its general treatment of this issue, which deviates from the less textual approach in other Latin American states,<sup>301</sup> when it comes to the rights of Indigenous peoples. In practice, the Chilean Constitutional Court not only allows for international treaty law to be understood as part of the law of the land but also general norms of international law and implied rights,<sup>302</sup> including the right to FPIC, as a consequence of Article 27 ICCPR and Article 21 ADHR.<sup>303</sup> Likewise, it has recognised a right to identity, which has no legal basis in the written constitution but which follows from international human rights law.<sup>304</sup>

While many states favour a dualist approach to international law (*i.e.*, international norms do not have direct effect on the local level but have to be implemented in national law first), the Constitutional Court of Chile has *de facto* begun to ignore this particular aspect of the Constitution and applies ILO 169 directly, for example in *recursos de protección* (the Chilean equivalent of *amparo* proceedings in other Latin American states).<sup>305</sup> Specifically, the Constitutional Court declared Articles 6 (1) and 7 (1) of ILO 169 to be self-executing, *i.e.*, directly applicable in Chile

294 *Ibid.*, 348.

295 *Ibid.*

296 *Ibid.*, 349.

297 *Ibid.*, 348, there fn. 1512. See also FIDH and APDHB, *Consulta en el TIPNIS no se adecuó a estándares internacionales*, <<http://www.cambioclimatico.org.bo/leves/052013/020513.pdf>>; FIDH and APDHB, *Bolivia: Informe de Verificación de la Consulta Realizada en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure* (2013) <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/bolivia609esp2013.pdf>>.

298 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 432.

299 *Ibid.*, 433.

300 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 6.

301 *Cf. ibid.*, 10 *et seq.*

302 *Ibid.*, 11.

303 *Ibid.*

304 Constitutional Court of Chile, Case No. 1340, Decision of 29 November 2009.

305 *Ibid.*

without the need for the legislature creating specific laws on the national level.<sup>306</sup> In addition, the norms are considered to have the same status as the Constitution of Chile.<sup>307</sup>

In addition, there have been a number of ILO 169 cases at the CEACR.<sup>308</sup> This has had a direct impact on the application of ILO 169 in Chile because of the absence of specific norms in regular laws, let alone the Constitution. The relative absence of Indigenous rights when compared to other Latin American states becomes less surprising if one looks at other aspects of human rights law, for example the practical abolishment of Indigenous water rights through the protection of property rights of (non-Indigenous) registered water users under Article 24 of the Chilean Constitution.<sup>309</sup> In 1993, however, the *Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas*<sup>310</sup> (commonly referred to as the Indigenous Law) was adopted.<sup>311</sup> The inclusion of the aim of state-designed development (*desarrollo*) already indicates that this law is still rooted in the pre-ILO 169 understanding of Indigenous peoples. Indeed, it goes so far as to give the state (in this case through a public agency, the *Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* or CONADI) the possibility to define which groups are Indigenous.<sup>312</sup> Here we can see a parallel to the situation in the Nordic countries where the state sponsored Sámi parliaments (in the case of Sweden also a state agency) have the right to determine who is a Sámi. In Chile, the CONADI even has the right to regulate if an entire community is Indigenous or not.

But the disregard for Indigenous rights does not end there. Unlike in Finland, there is practically no education for children in Indigenous languages,<sup>313</sup> despite the right of every child to education under the Convention on the Rights of the Child, to which Chile is also a party. Also Indigenous fishing rights exist on paper but are subject to limitations, for example for the purpose of industrial use of the same waters.<sup>314</sup> In addition, discrimination against Indigenous peoples continues,<sup>315</sup> although there is a Discrimination Law in force since 2012.<sup>316</sup> Under the aforementioned Indigenous Law, the executive has the obligation to hear Indigenous community before taking measures dealing with the reorganisation of territory or measures which affect Indigenous issues.<sup>317</sup> In 2009 a decree<sup>318</sup> had been issued by the government to regulate this consultation process in more detail. It was overturned in 2014<sup>319</sup> after lots of criticism.<sup>320</sup> However, the new decree is also incompatible with ILO 169<sup>321</sup> because it regulates that consultation is only obligatory if “a legislative [or] administrative measure [would] cause a [‘]significant and specific impact[’] on indigenous peoples.”<sup>322</sup> The requirement of a significant impact, however, has not basis in international law. The purpose of consultation is to let Indigenous communities make their own assessment of the potential impact of a proposed project. It is not up to the state to determine the severity of an impact. Only the Indigenous community which would be affected by a project is in a meaningful position to determine its impact on their lives and to make decisions based on this information.

---

306 Constitutional Court of Chile, Rol 309, Decision of 4 August 2000.

307 *Ibid.*; Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 467.

308 For an overview see *ibid.*, 434 *et seq.*

309 *Ibid.*, 440.

310 Indigenous Law / *Ley de los Indígenas*, Law No. 19.253 (Chile).

311 For an overview see Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 443 *et seq.*

312 *Ibid.*, 444.

313 *Ibid.*

314 *Ibid.*, 445.

315 *Ibid.*, 446.

316 Anti-Discrimination Law / *Ley Antidiscriminación*, Law No. 20.609 (Chile).

317 Article 34 Indigenous Law (Chile)

318 Decree No. 124 of 2009 (Chile).

319 Decree No. 66 of 2014 (Chile).

320 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 467 *et seq.*

321 *Ibid.*, 469 *et seq.*

322 *Ibid.*, 470.

## **b) Jurisprudence and FPIC in Practice**

But while the legislation in Chile is less than sufficient when it comes to FPIC, the courts have sided with Indigenous applicants in a number of *amparo* proceedings in recent years and have applied ILO 169 directly. Since a decision in 2000 the Constitutional Court of Chile considers the right of indigenous peoples to be consulted to be self-executive,<sup>323</sup> meaning that there is no need for national implementing legislation.<sup>324</sup> This enables indigenous litigants to refer directly to ILO 169 and obliges the state to take action immediately upon ratification of ILO 169. These cases<sup>325</sup> concern mainly environmental rights cases, such as the right to live in a healthy environment<sup>326</sup> and consultation rights.<sup>327</sup>

The case concerning the El Morro mining project<sup>328</sup> deserves to be mentioned in particular as it unites a number of issues and has also received attention outside of Chile. In this case it was emphasised that the consultation procedure in question has to be specifically the consultation procedure required in Article 6 (2) ILO 169 — not an alternative under domestic law which might not be fully compliant with ILO 169.<sup>329</sup> This view was maintained by the Supreme Court of Chile.<sup>330</sup> In a later decision concerning the same mining project, the Supreme Court also dealt with the specifics of the procedure, in this case, the time made available for Indigenous communities, which has to be sufficient in order to comply with the concept of good faith.<sup>331</sup> The Constitutional Court has confirmed not only the constitutionality of the norms implementing ILO 169 as well as domestic norms concerning the applicability of Indigenous customary law, as well as Articles over land and natural resources, including FPIC under Article 6 (1) ILO 169. As a result of such *amparo* proceedings, FPIC has become a commonly used tool in Chile, despite a relative lack of written guarantees. Today there is a clear expectation that consultation processes will be used and that they will indeed be effective tools for the protection of Indigenous land rights.

### **6.1.4. Colombia**

#### **a) Legislation**

Decree 1320 of 1998 regulates prior consultation with Indigenous and Afro-Colombian<sup>332</sup> communities in the context of the exploitation of natural resources. This is a dramatic step forward from Law 89 of 1980, which had the purpose to ‘civilise’ the native population. The idea behind the old law was complete assimilation and effectively the end of Indigenous cultures. The 1998 decree was made possible due to the new 1991 Constitution of Colombia, the ratification of ILO 169 and Law 21 of 1991 on the rights of Indigenous peoples, by which the state recognises and protects ethnic and cultural diversity, the collective and ancestral relationship of the people with its territory and the different visions of development in the world. The Constitution of 1991 takes into account the nature of Colombian nationality, recognised as an ethnic and cultural diversity, and at the same time as a state duty to protect this diversity. This protection of diversity includes Indigenous judicial autonomy as one aspect of self-determination: “The authorities of

<sup>323</sup> Constitutional Court of Chile, Rol 309-2000, Judgment of 4 August 2000, 23.

<sup>324</sup> See also Cobo Romani, N., *Desafíos de implementación del Convenio 169 para los Estados: el caso de Chile*, <<http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%2012%20Cobo%20Roman%C3%AD.pdf>> (no year provided), 8.

<sup>325</sup> For an overview see Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 480 *et seq.*

<sup>326</sup> Article 19 (8) Constitution (Chile), on the importance of environmental rights for Indigenous peoples see Westra, L., *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples - International and Domestic Legal Perspectives* (Abingdon: Earthscan 2008) 233.

<sup>327</sup> Articles 6 and 7 ILO 169.

<sup>328</sup> Court of Appeal of Antofagasta, Rol No. 618/2011, Decision of 17 February 2012 (Chile), see also Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 486 *et seq.*

<sup>329</sup> Court of Appeal of Antofagasta, Rol No. 618/2011, Decision of 17 February 2012, Considerando No. 1.3 (Chile).

<sup>330</sup> Supreme Court, Rol. No. 2211/2012, Decision of 27 April 2012 (Chile).

<sup>331</sup> Supreme Court, Rol No. 11,299/2014, Decision of 7 October 2014 (Chile).

<sup>332</sup> Indigenous and Afro-Latin-American communities are often given a similar legal status in domestic legal systems in Latin America because they both form minorities which have experienced – and continue to experience – significant levels of discrimination. Researchers outside international human rights law, for example in anthropology, while aware of differences, often use similar methodologies when approaching both types of communities, e.g. in anthropology (cf. Hale, C. R., ‘Activist Research v. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology’, 21 *Cultural Anthropology* (2006) 96).

indigenous peoples may exercise jurisdictional functions within their territory, in accordance with its own rules and procedures, provided they are not contrary to the Constitution and laws of the Republic. The law establishes the forms of coordination of this special jurisdiction with the national judicial system.”<sup>333</sup> In addition to the Constitution, a wide range of laws and decrees deal with different aspects of Indigenous life. The recognition of Colombia as a multi-ethnic state<sup>334</sup> which respects different cultures<sup>335</sup> is an important aspect of the national laws. Nevertheless, had Colombia abstained<sup>336</sup> from the vote on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). This political decision can be contrasted with the approach of Colombian courts which understand international human rights obligations to be part of the law which is to be applied domestically.<sup>337</sup> In Colombia, international human rights law (including Indigenous rights<sup>338</sup>) is part of the *bloque de constitucionalidad* because it has been integrated into Colombian constitutional law.<sup>339</sup>

In terms of organisation, Indigenous councils, which have been created by the Spanish in the colonial era, continue to exist and to function as representatives of Indigenous communities. Indigenous Councils help maintain community principles and collective decision-making processes. As an organisational form of the native population, the Councils were officially adopted already by Law 89 of 1890,<sup>340</sup> as a compromise between the government and Indigenous self-administrative autonomy, and the unitary political and legal system of the Colombian state. The members of the council are elected locally for one year and do not receive remuneration. The emphasis here is on functioning local representation. Article 246 of the Constitution states that the authorities of Indigenous peoples may exercise jurisdictional functions within their territory, in accordance with its own rules and procedures, provided they do not contravene the Constitution and laws of the Republic. This means that they have some degree of autonomy and can solve the various problems. This allows them to try members of their own community and thus take into account their values. Here, too, an emphasis on the local community can be identified. Article 6 of Law 21 of 1991 states that governments shall consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions when providing legislative mediated or administrative provisions which affect it directly and establish the mechanisms by which these peoples can freely participate at least to the same extent as other sectors of the population. Similarly, Article 7 (3) of Law 21 of 1991 requires environmental, social, cultural and spiritual impact assessments in cooperation with the Indigenous peoples concerned.

Since 1993 a few basic consultation provisions were included in domestic laws, such as Article 76 of the General Environmental Law.<sup>341</sup> According to this norm exploitation of natural resources shall occur only after consultation with representatives of the local Indigenous and / or Afro-Colombian communities. In line with the Constitution, the General Environmental Law, ordered that the exploitation of natural resources should be done without impairing the cultural, social and economic identity of Indigenous and black communities and for this case, Article 76 stipulates that decisions are made after consultation with the representatives of those communities, taking into account that have developed social, cultural and economic relations with natural resources. In this sense the General Environmental Law develops the constitutional

---

333 Article 246 Constitution (Colombia).

334 *Ibid.*, Article 1.

335 *Ibid.*, Article 7.

336 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 7.

337 Constitutional Court of Colombia, Cases C-225 of 1995 and SU-1150 of 2000.

338 On Indigenous peoples rights as a subset of international human rights law see Haas, M., *International Human Rights - A Comprehensive Introduction* (Abingdon: Routledge 2009) 123 *et seq.*; cf. also Patton, P., 'Philosophical justifications for Indigenous rights', Lennox, C. and Short, D. (eds.), *Handbook of Indigenous Peoples' Rights* (London: Routledge 2016) 13, 13; Watson, I., 'One Indigenous Perspective on Human Rights', Garhawe, S., Kelle, L. and Fisher, W. (eds.), *Indigenous Human Rights* (Sydney: Sydney Institute of Criminology 2001) 21; Boven, T., 'Human Rights and Rights of Peoples', 6 *European Journal of International Law* (1995) 461.

339 Constitutional Court of Colombia, Case C-225, para. 12.

340 Law 89 of 1890 (Colombia).

341 Law 99 of 1993 [General Environmental Law] (Colombia).

mandate and specific role of the state in the recognition of participation and special protection of the rights, integrity, ethnic and cultural diversity, in the context of environmental projects.

### **b) Jurisprudence**

While the space available is not sufficient to provide a sufficient overview over the extensive and wide-ranging case law of the Constitutional Court of Colombia, which also uses UNDRIP in defining the rights of Indigenous peoples,<sup>342</sup> it is to be noted that *amparo* proceedings at the Constitutional Court play an enormous role in shaping the rights and duties of all actors involved. The Constitutional Court has declared legal provisions, which conflicted with Indigenous rights, in particular consultation rights, to be unconstitutional.<sup>343</sup> The Constitutional Court has found ILO 169 to take precedence over normal laws made by parliament as part of the *bloque de constitucionalidad*<sup>344</sup> and it has protected the rights of Indigenous communities which would be affected by a project for which an application had been requested by the (non-Indigenous) actual land owner,<sup>345</sup> to give just two examples. Legal title to territory does not free one of the obligation to seek the consent of local Indigenous communities. Since a 1997 landmark decision,<sup>346</sup> the Constitutional Court has defined FPIC and it has been the driving force behind implementing FPIC in Colombian law. In many ways, the judiciary has defined legal obligations which do not exist in the written law.

### **c) Legal Reform?**

This creates a challenging institutional situation for the Colombian parliament. There are no parallel norms for other measures but there is currently an ongoing political debate as to whether there should be a more comprehensive FPIC law or at least FPIC regulations and the Ministry of the Interior has already created a draft law. There have been media reports about a lack of Indigenous participation being foreseen in alternative draft regulations and the debate concerns both the form (law or regulation) and the content, *i.e.*, the extent of consultation requirements. While the latter follows from ILO 169, the question whether a law made by the parliament is required is substantial in the current discourse in Colombia. While the effect on human rights is significant, which would make a law rather than an executive regulation more desirable, it is felt by some Indigenous communities that a law enacted by parliament might be too rigid. It appears that many Indigenous communities have adopted to a working relationship with local authorities based on the legal status quo, which has been achieved after litigation for example at the Colombian Constitutional Court. But a law made by parliament would provide far more legal certainty. In large parts of Colombia, this legal certainty is highly necessary because of the danger that local authorities might not be fully aware of the existing case law of Colombian courts and because the absence of clear information, combined with centuries of discrimination, has led to many false ideas about the true meaning of FPIC. In a country which has suffered from decades of war, such issues can quickly become ideological, which in turn can make it nearly impossible to ensure a meaningful implementation of FPIC standards.

Part of the opposition against a comprehensive FPIC law comes from Indigenous communities, due to the criticism that in the creation of these drafts, Indigenous communities had not yet been consulted. Also, the material scope of FPIC obligations continues to be limited mainly to the extractive industries,<sup>347</sup> thus ignoring many aspects of Indigenous life which benefit from the protection by FPIC under ILO 169.

---

342 Constitutional Court of Colombia, Case T-376, para. 16.

343 Constitutional Court of Colombia, Case C-030/08.

344 *Ibid.*

345 Constitutional Court of Colombia, Case T-698.

346 Constitutional Court of Colombia, Case SU-039.

347 See also Anaya, S. J., 'Indigenous Peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issues of what rights Indigenous Peoples have in lands and resources', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 7.

#### **d) FPIC in Practice**

On paper, Colombia has one of the most advanced systems in the world for the protection of the human rights of Indigenous peoples. However, the reality is different. The abundance of natural resources on Indigenous lands goes hand in hand with the violation of their fundamental rights both by the state and illegal armed groups and private companies looking for profit. The overview over the legal framework of the rights of Indigenous peoples in Colombia shows the mutual influence between politics and the law and how both become instruments of opposing interests. On the one hand, the 1991 Constitution provides an excellent basis for the development of the rights of Indigenous peoples, a trend that was reinforced with the ratification of ILO Convention No. 169.

To this day, Colombia does not have a comprehensive law on consultation of Indigenous peoples but has a legal basis for consultation in the constitution. However, the right to consultation is not limited to Indigenous peoples. Instead, this is a right of all *comunidades etnicas*, which also includes local Afro-Colombian communities. While this can be explained from an international law perspective by the applicability of ILO 169 to non-Indigenous tribal peoples and from a domestic perspective by attempts to protect different minorities which find themselves in discriminatory situations, the importance of the local element is not to be underestimated either. In order to be meaningful, consultation has to involve the local communities which would be affected by a proposed project. Therefore, the inclusion of non-Indigenous minorities in the personal scope of the right to FPIC can be understood not as taking something away from Indigenous peoples but rather as an emphasis on the rights of *local* communities.

In practice, though, it seems reasonable to assume that by far not all environment-related permits which relate to Indigenous rights are the result of a consultation process. According to conversations with local political scientists in the province of Cauca, while more than a quarter of the territory of Colombia is home to Indigenous peoples, the percentage of environment-related permits which required consultation of Indigenous peoples is less than 7 %. Even if taking into account permits relating to projects at sea or near major cities, there is a significant discrepancy between the real number of consultations and what one would expect from the number of Indigenous inhabitants of Colombia and their geographical distribution. One reason for this could be a lack of awareness when it comes to environmental human rights of Indigenous communities in general and of consultation rights in particular.

One aspect which is important in the Colombian context is the location of consultation rights in the Colombian constitution. Constitutional rights can be protected through the judicial system thanks to the possibility of *amparo* proceedings. What is necessary in order to ensure that the existing law on paper is made relevant for local communities, both Indigenous and other minority communities, is meaningful and effective access to courts. So far, lack of funding is often a practical hurdle preventing effective litigation.

#### **6.1.5 Ecuador**

##### **a) Background**

Since Ecuador 2008 is recognised as a state of intercultural and plurinational law, which recognises the presence of a range of Indigenous and other communities, peoples and nationalities. According to the 2014 census, only 7 % of the population is Indigenous,<sup>348</sup> while the real percentage of adherents of Indigenous cultures seems to be significantly larger, possibly almost comparable to the situation in countries such as Bolivia, Peru and Guatemala. Similarly,

348 AFP, 'El 7% de la población de Ecuador es indígena, según Cepal', *El Universo*, 22 September 2014, <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/22/nota/4019821/7-poblacion-ecuador-es-indigena-segun-cepal>>.

it can be said that Ecuadorian Indigenous movements<sup>349</sup> are among the best-organised in South America. The Indigenous population has been considered by the various governments of Ecuador as a minority. This has meant that the Indigenous movement has come a long way of struggle to vindicate their right to land, water, education, collective rights, identity. As a result of these struggles they have won recognition and presence as political, social, cultural and economic actor through its Peoples and Nationalities. Ecuador is rich in both natural resources and biodiversity and like in many other countries, there is a large degree of overlap between biodiversity, natural resources and the home areas of Indigenous peoples.

### **b) Legislation**

According to Article 261 (7) of the Constitution of Ecuador, the natural protected areas and the natural resources are under the full jurisdiction of the state, but Article 57 of the Constitution of Ecuador ensures a right to consultation for Indigenous and other minority communities. The norm is fairly precise in that it provides for “prior, free and informed consultation, within a reasonable time, on plans and programs of exploration, exploitation and marketing of non-renewable resources found on their lands and that could affect them environmentally or culturally [and the right to] participate in the benefits that these projects report and receive compensation for the social, cultural and environmental damages caused to them.”<sup>350</sup>

Article 57 of the Constitution of Ecuador also clarifies that FPIC does not require a veto right — but also that the absence of an agreement does not give the state carte blanc but rather that in any case the provisions, including all human rights provisions, of the Constitution and the domestic law apply.<sup>351</sup> In addition, the state has a constitutional obligation to create and continue programs which aim at increasing Indigenous participation in consultation.<sup>352</sup> The same norm also envisages a bigger role of local minority and Indigenous communities in the conservation of the environment and the protection of biodiversity.<sup>353</sup> Furthermore, Articles 100 *et seq.* of the Organisational Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization (COOTAD)<sup>354</sup> envisage territorial administration by ethnic minority communities. Article 57 (21) of the Constitution closes the homelands of isolated Indigenous communities to all extractive activities.

On paper, the situation of Indigenous peoples, as well as of other ethnic minorities, is excellent when it comes to land rights and FPIC. The language used is fairly modern, which is to be expected given that the text of the Constitution only dates back to 2008. Within the legal system of Ecuador, the right of Indigenous peoples to be Consulted is embedded in a wider context of environmental rights, such as the right to a dignified life (*vida digna*)<sup>355</sup> and Article 39 of the 2009 Environmental Management Act<sup>356</sup> which provides that “Any natural or legal person is entitled to be informed timely and sufficiently about any activity of the State institutions under the Rules of this Act, potential environmental impact. To do so may make requests and deduce actions individually or collectively to the competent authorities.”<sup>357</sup>

### **c) Jurisprudence**

In its aforementioned judgement in *Sarayaku v. Ecuador*,<sup>358</sup> the Inter-American Court relied heavily on ILO 169 in order to define the obligations of the state in the context of the duty to

349 Cf. Yashar, D. J., ‘Contesting Citizenship: Indigenous Movements and Democracy in Latin America’, 31 *Comparative Politics* (1998) 23; Mato, D., ‘Transnational Networking and the Social Production of Representations of Identities by Indigenous Peoples’ Organizations of Latin America’, 15 *International Sociology* (2000) 343.

350 Article 57 Constitution (Ecuador).

351 *Ibid.*

352 *Ibid.*

353 *Ibid.*

354 Organisational Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization (COOTAD) (Ecuador).

355 Article 15 Constitution (Ecuador).

356 Environmental Management Act, Act No. 37, Official Gazette 245, 30 July 2009 (Ecuador).

357 *Ibid.*, Article 39, translation by Kirchner, S.

358 Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.



consult Indigenous peoples. Essentially, the Inter-American Court of Human Rights used ILO 169 to set out the parameters of FPIC. Accordingly, it clarified that consultations have to be undertaken prior to action being taken by the state,<sup>359</sup> that the state has to act in good faith, *i.e.*, with the intent to reach an agreement,<sup>360</sup> which is a direct reference to Article 6 (2) ILO 169.<sup>361</sup> The Inter-American Court demanded that FPIC is “accessible”.<sup>362</sup> In this context the Court noted Article 6 (1) (a) ILO 169 and Article 30 (2) UNDRIP,<sup>363</sup> both of which refer to the representative bodies<sup>364</sup> of Indigenous peoples. In addition, the Court requires Environmental Impact Assessments.<sup>365</sup> In outlining the requirements for FPIC, the Inter-American Court relied almost exclusively on the wording of ILO 169, case law concerning that treaty and domestic norms from countries which have already implemented it.

Ecuador is an example for how political resistance through litigation affected changes in domestic policies.<sup>366</sup> Indigenous involvement with Indigenous rights also has led to Indigenous-made processes, such as the “*autoconsulta*”<sup>367</sup> which was employed for example in one village (Rukullacta) in order to determine whether or not to permit extractive projects on their territory.<sup>368</sup> In so far, international Indigenous rights law has even influenced Indigenous decision making systems.

#### 6.1.6. Brazil

One notable type of problem, which is exacerbated by the state’s claim to own the land are large-scale hydro-energy projects like the Belo Monte Dam:

“The Belo Monte Hydroelectric Complex, under construction since mid-2011 on the Xingu River, one of the Amazon’s major tributaries, is arguably the world’s most notorious example of a mega-dam project that involves blatant disregard for both national and international human rights and environment law. Since 2001, Belo Monte has been the object of at least twenty Civil Action Lawsuits filed by the Federal Public Prosecutors’ Office (MPF). In 2006, MPF filed a lawsuit questioning approval by Brazil’s National Congress of Legislative Decree no. 788/2005 that authorized construction of Belo Monte despite a lack of prior consultations with affected indigenous peoples, as mandated by article 231 of the Federal Constitution and ILO Convention 169. In August 2012, a federal appeals court (TRF-1) ruled on the merits of the case, suspending Decree 788 and the construction of Belo Monte. In a matter of days, outgoing Chief Justice of the Supreme Court (STF), *Carlos Ayres Britto*, upon request from the Attorney General’s Office (AGU), unilaterally suspended the court decision, via *Suspensão de Segurança*, ignoring arguments concerning the case’s merits and postponing a final judgment. Subsequently, STF has neglected to consider appeals from the Federal Public Prosecutor’s office to reconsider *Britto*’s decision. In November 2010, a coalition of Brazilian and international organizations filed a petition with the IACHR on behalf of affected indigenous communities from the Xingu, calling attention to the absence of FPIC among indigenous peoples threatened by Belo Monte, and threats to groups in voluntary isolation. In April 2011, the Commission issued precautionary measures (PM

359 *Ibid.*, paras. 180 *et seq.*

360 *Ibid.*, paras. 185 *et seq.*

361 *Ibid.*, para. 185.

362 *Ibid.*, headline prior to para. 201.

363 *Ibid.*, para. 201, *there fn.* 264.

364 This approach is both interesting and potentially problematic and raises questions, such as: What if Indigenous peoples (no longer) have representative bodies? What if the Indigenous culture is not based on the idea of representative but on the notion of direct decision-making? What if the decision-making structures are far from democratic and by design exclude large parts of the population, such as women? Are artificially created representative structures, such as the Sámi Parliaments (*cf.* Heinämäki, L., ‘The Nordic Sámi Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them’, Bankes, N. and Koivurova, T. (eds.), *The Proposed Nordic Sámi Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 125, 134) in the Nordic countries, sufficient to meet this standard? How does the actual use of state-created Indigenous representative bodies by, in relative terms, large numbers of Indigenous persons provide legitimacy to this kind of process?

365 Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245. <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf)>, paras. 204 *et seq.*

366 *Cf.* Ángel Saavedra, L., ‘¿Consulta o consentimiento previo?’, *NA Informe Especial* (June 2011) 6, 7.

367 *Ibid.*, italics added.

368 *Ibid.*

382-2010), requesting the Brazilian government, among others, to suspend licensing and construction of Belo Monte prior to conducting a process of FPIC among local indigenous peoples, while taking special actions to ensure the physical integrity of tribes in voluntary isolation. The response of the Brazilian government was an aggressive denial of any violations of indigenous rights and a refusal to implement the precautionary measures. While questioning the authority of the IACHR, the Brazilian government withheld its financial contributions to the OAS, and candidates to the Inter-American Commission in retaliation. The IACHR subsequently issued an amended version of the precautionary measures in July 2011 (still in place).<sup>369</sup>

The construction of the dam and the hydroelectric project has continued and the first generator has been running since early 2016.<sup>370</sup> The Belo Monte case is an example for a government executing a policy decision despite international protests and manifold legal concerns. National governments have to make decisions on behalf of the entire population of the state, but Indigenous peoples' interests will often suffer in the name of national development. In Brazil, hydropower is an essential source of energy. Indeed, it is so important that Brazilian governments have risked Brazil's international reputation for this purpose. Likely the most notorious example from the last years is the Belo Monte project and in this context at times the law has taken a backseat when compared to other interests. This is not always the case in Brazil and many people at FUNAI work hard to protect Indigenous peoples. What is clearly visible is a paternalistic attitude towards Indigenous peoples. About a decade ago, there was an exhibition at the Brazilian embassy in Helsinki entitled "Brazil, Our Indians, Our Art",<sup>371</sup> potentially insinuating somehow that the state is in a position of ownership with regard to Indigenous humans and / or their cultures.<sup>372</sup> Law does matter, but it does not rule - and in Brazil not even the written law is of much help to Indigenous communities. Elsewhere in Latin America, Indigenous communities and individuals experience discrimination but can have recourse to the courts in order to be able to enjoy their rights. In Brazil, Indigenous persons and communities cannot even claim that they are equal to everybody else in the eyes of the law. At least in so far, the law is evidently incompatible with ILO 169 and fundamental human rights standards.

### 6.1.7. Argentina

The Indigenous population in Argentina has long been, and continues to be, discriminated against. The theft of their lands since the nineteenth century along with the elimination of different cultural identities to impose a single identity of Indian or wild, thus contributed to the disappearance of cultural diversity. In addition, as a result of the dispossession of their lands and resources, Indigenous peoples were condemned to poverty and this led to other forms of social exclusion. In addition to longstanding *mestizo*-Indigenous conflicts, the situation in Argentina has been worsened by an emphasis on non-Hispanic migration in the 19th and 20th century and by forms of land use, such as cattle ranching, which are highly land-intensive. ILO 169 involves a substantial advancement in order to protect the collective rights of Indigenous peoples as it incorporates the direct recognition and immediate of the institutions of these peoples, their territoriality, and is an obstacle to the mere conception of the Indigenous from the standpoint of individual — rather than collective — rights.

Already the process of the transition from the adoption of the law to ratify ILO 169 in 1992 to the eventual confirmation by the executive in 2000 shows that the legislative development

369 United Nations General Assembly, Human Rights Council, *Joint written statement submitted by France Libertés: Fondation Danielle Mitterrand, American Association of Jurists, Cultural Survival, Emmaus International Association, Netherlands Centre for Indigenous Peoples (NCIV), Stichting Forest Peoples Programme, nongovernmental organizations in special consultative status, Indian Council of South America (CISA), Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples, nongovernmental organizations on the roster*, UN Doc. A/HRC/29/NGO/24, 4 June 2015, <[http://www.france-libertes.org/IMG/pdf/right\\_to\\_free\\_prior\\_and\\_informed\\_consent\\_-\\_brazilian\\_amazon.pdf](http://www.france-libertes.org/IMG/pdf/right_to_free_prior_and_informed_consent_-_brazilian_amazon.pdf)>, 3, italics added, footnotes omitted.

370 Craide, S., 'Belo Monte aciona primeira turbina, em fase de teste', EBC Agência Brasil, 17 February 2016, <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/belo-monte-aciona-primeira-turbina-em-fase-de-teste>>.

371 Sissons, J., *First Peoples: Indigenous Cultures and Their Futures* (London: Reaktion Books 2005) 150.

372 *Ibid.*

in Argentina has not been easy. What is noteworthy about the legal situation in Argentina, however, is that Indigenous rights laws have existed on the provincial level already since the 1980s. The provinces, rather than the nation state, therefore have been the driving forces behind the codification of Indigenous rights in Argentina. This is relevant especially because provincial law-making can rely on local knowledge. The combination of local knowledge and provincial competencies to enact laws makes it easier to deal with locally relevant issues. The province of Formosa enacted its first Indigenous rights law in 1984 — ten years before the nation state even recognised the presence of Indigenous peoples on the territory prior to the Spanish occupation. Argentina's 1994 Constitution was a landmark event in this regard, but Article 75 (17) of the 1994 Constitution, which dealt with a range of issues concerning Indigenous peoples does not mention consultation but at least participation in decision-making. The norm does, however, “recognize the legal personality of their communities and community possession and ownership of the lands they traditionally occupy; and regulate the granting of other lands adequate and sufficient for human development; none of them shall be sold, transmitted or subject to liens or attachments.”<sup>373</sup> International human rights treaties are considered to be part of the *bloque constitucional federal* under the 1994 Constitution.<sup>374</sup>

The constitutional reform of 1994, which recognised the ethnic and cultural pre-existence of Indigenous peoples, the ratification of ILO 169 and the incorporation of international law of human rights into domestic law, including ILO 169 and UNDRIP, are indicators of a fundamental shift in the positive law that has barely been assimilated by the doctrine and jurisprudence. Such abrupt, incompatible change of ideological positions have collided with longstanding discriminatory attitudes among decision-makers in the executive and judiciary. While elsewhere, for example in neighbouring Chile, the courts have been a driving force in the development of Indigenous rights, in Argentina's political climate Indigenous rights have become just one piece of the political puzzle. While this means that Indigenous rights have been given some attention by lawmakers, this, sadly, has not been translated into an effective protection of Indigenous rights. While some efforts have been made in terms of social justice in recent years, the success has been limited and in any case have such efforts hardly targeted the Indigenous population specifically. The use of Indigenous issues as a political issue is also indicated by the fact that many norms in this area in Argentina are not laws but lower-level regulations etc., many of which can be created by the executive. This means less certainty for Indigenous peoples — even if such rules aim at implementing the Constitution and ILO 169. A notable exception is the 2006 Land Survey Law,<sup>375</sup> which protected Indigenous rights and which provided for three years (later extended until 2013) during which a technical-legal cadastral survey of the ownership status of the Indigenous community land was supposed to be undertaken as one aspect of implementing ILO 169.

### 6.1.8. Mexico

Unlike some other countries, Mexico does not have a specific ethnic group which is seen as the nationwide Indigenous group because many areas have an ethnic majority and minority.<sup>376</sup> Article 2 of the Constitution of the United Mexican States<sup>377</sup> includes a range of Indigenous rights, including the right to consultation and a status for local communities as parts of Indigenous peoples. However, the consultation mechanism required by Article 2 of the Mexican Constitution appears to refer to the more general consultation requirement under Article 26 of the Mexican Constitution rather than to the right of Indigenous peoples to FPIC. In any case, though, is Article 2 of the Mexican Constitution an important step towards the recognition of the multi-ethnic nature of modern Mexico.

373 Article 75 (17) Constitution (Argentina).

374 *Ibid.*, Article 75 (22).

375 Land Survey Law, Law 26.160 (2006) (Argentina).

376 On Indigenous rights in Mexico see Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007, paperback edition 2010) 86 *et seq.*

377 Constitution (Mexico).

In terms of FPIC, however, it appears that there is hardly an effort made to recognise a wider procedural role for Indigenous peoples. This can be explained by an egalitarian aspect of Mexican culture. While highly unequal in financial terms, there is a persistent self-image of Mexico as the most *mestizo* Latin American state. In a sense, the idea that Indigenous peoples essentially merge into the body of society at large is, even if unspoken, still very real in Mexico. As a consequence, Indigenous peoples find themselves at the margins of society but also at the margins of the country in geographic terms. While in Peru there is the idea that only Indigenous peoples living in the forest are really Indigenous peoples, a similar line of thought can be found in Mexico, albeit it is not as explicit — in fact, it can be said that it is so obvious in Mexican society that it is hardly necessary to be put in words. As a consequence, Indigenous peoples in this narrow sense are today mainly found in the far south and north of the country. At the same time, discrimination, poverty, violence and lack of access to health care continue to dominate the experience of such groups.

### 6.1.9. Guatemala

#### a) Legislation

Despite a high percentage of Indigenous persons among the general population, Guatemala's constitution does not contain a norm securing FPIC as a constitutional right.<sup>378</sup> Rather, Guatemalan constitutional law continues to appear rather patriarchal in that it emphasises the positive obligation of the state to protect Indigenous communities<sup>379</sup> and their lands and agricultural cooperatives.<sup>380</sup> This can be explained first by the fact that the constitution dates back to 1985 and was reformed in 1993 after the end of the rule of *Jorge Antonio Serrano Elias*, i.e., at a time when the focus in Indigenous rights discourse was just shifting from patriarchal protection to self-determination. More importantly, though, the constitution of Guatemala has to be seen against the backdrop of the genocide against the Maya population which lasted during the entire time of the Civil War in Guatemala (1960-1996) but which had reached particular levels of severity in the first half of the 1980s. Seen against this historical background, the emphasis on protection is a noteworthy achievement of the Guatemalan Constitution and today it can be understood as a clear political signal against the violence which was still ongoing at the time the text currently in force was drafted.

While this also means that not too much can be expected in terms of express norms in Guatemalan constitutional law when it comes to FPIC, this, however, does not mean that Indigenous rights do not matter in Guatemala. Indeed, litigation has become an important tool for the protection of Indigenous rights in Guatemala and the Constitutional Court of Guatemala has accepted the right to FPIC as part of the *bloque de constitucionalidad* in an Advisory Opinion which was rendered as early as 1995.<sup>381</sup> In the same Advisory Opinion, the Constitutional Court of Guatemala clarified that ILO 169 has a specific role in the hierarchy of human rights in Guatemalan law in that the norms of the Guatemalan constitution which refer to Indigenous peoples have to be understood as being developed further through ILO 169. It also used UNDRIP in the identification of obligations of the state towards Indigenous peoples.<sup>382</sup> ILO 169 is thought to actually matter for the Guatemalan government,<sup>383</sup> but the development beyond the text of the law is also necessary as an adequate legal framework which would provide more detailed regulation is still lacking in Guatemala. For example, the 1997 Mining Act<sup>384</sup> is still silent on the entire issue of consultation, while the 2007 Environmental

378 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 6.

379 Article 66 Constitution (Guatemala).

380 *Ibid.*, Article 67.

381 Constitutional Court of Guatemala, Case No. 199-95, Advisory Opinion of 18 May 1995.

382 Constitutional Court of Guatemala, Case No. 3878-2007, Judgment of 21 December 2009, IV, d.

383 McGee, B., 'The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development', 27 *Berkeley Journal of International Law* (2009) 570, 624.

384 Mining Act (1997) (Guatemala).

Monitoring Regulation<sup>385</sup> only contains a basic public participation clause which falls far short of the requirements of ILO 169. For all practical purposes, Guatemalan legislation itself hardly requires FPIC standards when consulting Indigenous peoples.

### **b) Jurisprudence**

The courts, however, have taken the opportunity and rule in favour of applicants in a number of *amparo* proceedings concerning the right of Indigenous communities to be consulted (for example in a 2009 expedited *amparo* procedure concerning the communities of San Juan Sacatepequez which had not been consulted in connection with a mining project which would affect them<sup>386</sup>). In doing so, the courts have brought international legal standards to the domestic legal forum. These victories in the courtroom provide a stark contrast to the continued violence against and murders of Indigenous rights activists in Guatemala. But there seems to be a silver lining in that Indigenous consultations have become the object of litigation. In 2016 it was revealed that in 2011 the Canadian mining company Tahoe Resources Inc., which effectively is owned by Goldcorp, the company which is also behind the project in Sipacapa,<sup>387</sup> had filed four lawsuits in Guatemalan courts with the aim of preventing a consultation of an Indigenous community concerning a planned mining project.<sup>388</sup> In all cases the lawsuits failed and the local Indigenous population rejected the mining project with 98% of all votes cast.<sup>389</sup> Nearby Tegucigalpa, Tahoe is operating the Escobal mine through its subsidiary Minera San Rafael since 2014,<sup>390</sup> for which no consultation was held as no Indigenous people have been affected so far.<sup>391</sup> Now, the planned expansion of that mine threatens Indigenous livelihoods.<sup>392</sup> In 2013 there had been protests against that mining project, the Guatemalan government deployed 8,500 police officers, injured eight and arrested 26 protesters.<sup>393</sup> In 2015, the Government Pension Fund of Norway ended its investment in Tahoe<sup>394</sup> and the Escobal mining permit has been revoked.<sup>395</sup> At the time of writing it cannot be assumed that this conflict is settled because of the size of the silver, gold, zinc and lead thought to be in the area.<sup>396</sup> The threat to the Indigenous Xinca people who live in an area to which the Escobal mine is supposed to be expanded is still very real. That Tahoe Resources Inc. is resorting to the Guatemalan legal system is not surprising and actually a good sign because it implies a certain respect for the legal process. On the other hand does the right to a fair trial require at least somewhat of a level playing field. That the courts in Guatemala have been deciding in favour of Indigenous peoples is an indicator for the independence of Guatemalan courts, but it must not be underestimated that litigation will bind financial resources and that Indigenous communities usually will not be able to sustain legal battles with multinational corporations over many years. In the *Handölsdalen* case,<sup>397</sup> the European Court of Human Rights was facing a similar issue but rejected claims that the right to a fair trial had been violated because of a lack of funding on the part of Indigenous litigants. This is not a problem which can be solved with money alone. Ensuring fair trials despite dramatic imbalances of financial resources between parties and the actual implementation of judgments will provide challenges for the legal system in Guatemala for some time to come but the trend is positive.

385 Environmental Monitoring Regulation (2007) (Guatemala).

386 Constitutional Court of Guatemala, Case No. 3878-2007, Judgment of 21 December 2009.

387 Goldcorp, *Goldcorp announces closing of secondary offering of shares of Tahoe Resources*, 30 June 2015, <<http://www.goldcorp.com/English/Investor-Resources/News/News-Details/2015/Goldcorp-announces-closing-of-secondary-offering-of-shares-of-Tahoe-Resources/default.aspx>>.

388 Chown Oved, M., 'Canadian company tried to stop referendum on mine in Guatemala', *The Star*, 11 August 2016, <<https://www.thestar.com/news/world/2016/08/11/canadian-company-tried-to-stop-referendum-on-mine-in-guatemala.html>>.

389 *Ibid.*

390 *Ibid.*

391 *Ibid.*

392 *Ibid.*

393 *Ibid.*

394 *Ibid.*

395 Environmental Justice Atlas, *Proyecto Minero El Escobal, Guatemala*, 19 November 2015, <<https://ejatlas.org/conflict/el-escobal>>.

396 *Cf. ibid.*

397 European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village v. Sweden*, Application No. 39013/04, Judgment of 30 March 2010.

### 6.1.10. Venezuela

The Organisational Law of Indigenous Peoples and Communities<sup>398</sup> in Venezuela is meant to regulate all matters relating to the rights of Indigenous peoples. Its content covers many topics and is considered one of the most complex laws in Venezuelan legal history. In practical terms, it has been impossible to assess its implementation due to the current situation in Venezuela, which is characterised by massive human rights violations and starvation, potentially even including famine crimes.<sup>399</sup> After careful consideration and after intensive contacts with a number of Indigenous and non-Indigenous persons from Venezuela and nearby areas in Colombia, the conclusion had to be drawn that the current human rights situation in Venezuela is so negative and the absence of rule of law so complete as to preclude any utility of Venezuelan law and its application in practice for the purposes for drawing conclusions which might assist Finland in the implementation of ILO 169 on the domestic level.

### 6.1.11. Costa Rica

Costa Rica's constitution is relatively exceptional in that it (like in Chile) does not include any provision on Indigenous rights, let alone on FPIC.<sup>400</sup> However, Costa Rican law includes a very large number of executive decrees which deal with Indigenous issues as well as the 1977 Indian Act.<sup>401</sup> The latter law and regulations associated with it give a distinct legal status to Indigenous territories.

A noteworthy feature of the 1977 law is the creation of Community Development Associations. Essentially the law forces a non-traditional form of organisation on Indigenous peoples. This is somewhat similar to the establishment of *samebyar* in Sweden. Given that this law predates ILO 169 this approach is hardly surprising. Today, it is considered controversial but their status has been maintained by courts and lawmakers for decades. One aspect of the law which has not been realised fully even four decades later is the transfer of control over Indigenous lands to Indigenous community. The original idea was that the Indigenous communities should have exclusive rights to Indigenous lands and enjoy self-administration. Non-Indigenous land use, though, continues to this day.

These examples already show that the law in Costa Rica is far from perfect. While not as openly discriminatory as in many other states, this situation reflects another aspect of the everyday reality of Indigenous life: a lack of interest on the part of those who are in power and reliance on the continuation of the way things have been done for many years. Discussions on legislative reforms have been going on since at least 1998 but without much in terms of tangible results so far. While the need for better laws is evident, there appears to be not enough political will to achieve anything more than the muddling through which has been going on for decades.

### 6.1.12. Honduras

No meaningful research has been possible with regard to the situation in Honduras due to the ongoing failure of the authorities of said states to provide any form of effective protection of human rights in light of the ongoing violence in the country.<sup>402</sup>

398 *Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*, 2005 (Venezuela).

399 On the situation in Venezuela see e.g. Casey, N., 'Venezuelans Ransack Stores as Hunger Grips the Nation', *New York Times* 19 June 2016, <<http://www.nytimes.com/2016/06/20/world/americas/venezuelans-ransack-stores-as-hunger-stalks-crumbling-nation.html>>; on famine crimes see Marcus, D., 'Famine Crimes in International Law', 97 *American Journal of International Law* (2003) 245.

400 DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>, 6.

401 Indian Act, Law 6172 (1977) (Costa Rica).

402 The situation in El Salvador and Guatemala is similar but while El Salvador has not ratified ILO 169 the recent case law in Guatemala has influenced the decision to include Guatemala in this research.

### 6.1.13. Paraguay

Paraguay has not been researched in more detail because of the systematic violation of Indigenous rights which has been found by the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, *Victoria Tauli-Corpuz*, to be continuing.<sup>403</sup> While Paraguay has included Indigenous rights in its constitutional law, Indigenous rights are not implemented in practice.<sup>404</sup> In so far, the situation in Paraguay is similar to the experiences of Indigenous peoples elsewhere in Latin America.<sup>405</sup> Noteworthy are in particular the cases brought against Paraguay at the Inter-American Court of Human Rights.

### 6.1.14. Nicaragua

The situation in Nicaragua hardly provides additional insights into improving FPIC processes and Indigenous land rights. This is especially because the construction of the proposed Inter-Oceanic Channel is apparently to take place without meaningful prior consultation of Indigenous peoples living in the affected area: the Environmental and Social Impact Assessment conducted in connection with that project has been criticised by outside experts “as scientifically weak and technically inadequate”<sup>406</sup> and as “scientifically indefensible”.<sup>407</sup> For these reasons a more in depth look at the implementation of ILO 169 in Nicaragua did not promise to provide any meaningful results at this time.

## 7. Concluding Remarks

While there are significant cultural (not to mention political) differences between the Rio Grande and Tierra del Fuego, there is a certain undercurrent of a shared understanding about what law is and how law should function. Therefore, it seems justified to be relatively optimistic about the approach taken by the Inter-American Court, even though there will be setbacks and it won't become all perfect overnight.

Latin American countries, which usually are home to a large number of different Indigenous communities, approach the issue of group membership from a different point of departure as is the case in Finland, Norway and Sweden.

As a rule of thumb, it can be said that until the 1950s and during the colonial era, racial rather than cultural aspects played the key role in determining who is Indigenous in Latin America.<sup>408</sup> Today, in a shift away from racial definitions,<sup>409</sup> which have “no possible scientific justification” (“*no obedece a ninguna justificación científica posible*”<sup>410</sup>), those persons are generally considered Indigenous who represent Indigenous cultures.<sup>411</sup>

Language remains an important factor in determining who is Indigenous and language skills and the practical use of Indigenous languages has been used in national censuses. For example in a 1990 census in Mexico it was sufficient that the “head of the family” (“*jefe de familia*”<sup>412</sup>) spoke an Indigenous language in order to consider every child under the age of 5 in this family

403 United Nations, General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Victoria Tauli-Corpuz. Addendum. The situation of indigenous peoples in Paraguay*, UN Doc. A/HRC/30/41/Add.1, 13 August 2015 <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/documents/country-reports/84-report-paraguay>>.

404 *Ibid.*

405 For an in depth look at the current situation in Paraguay see *ibid.*

406 IWGIA, Nicaragua <[http://www.iwgia.org/images/stories/sections/regions/latin-america/documents/IW2016/Nicaragua\\_IW2016\\_web\\_redu.pdf](http://www.iwgia.org/images/stories/sections/regions/latin-america/documents/IW2016/Nicaragua_IW2016_web_redu.pdf)>, 92.

407 Schneider, K., 'Nicaragua Canal Environmental Assessment Criticized As Scientifically Weak, Technically Inadequate', *Circle of Blue Water News*, 5 June 2015, <<http://www.circleofblue.org/2015/world/nicaragua-canal-environmental-assessment-criticized-as-scientifically-weak-technically-inadequate/>>.

408 Cf. Lavaud, J.-P. and Lestage, F., 'Les redéfinitions de l'indianité - Historique, réseaux, discours, effets pervers', *Esprit* (2006/1) 42.

409 *Ibid.*

410 *Ibid.*, 53.

411 *Ibid.*, 43.

412 *Ibid.*, 47.

to be Indigenous.<sup>413</sup> In Bolivia, the 2001 census referred to the first language spoken during childhood, *i.e.*, “the language in which one learned to speak”.<sup>414</sup> This attempt at introducing a clear objective element does not take into account the interest of many Indigenous parents to have their children grow up bilingually, speaking both Spanish and the family’s Indigenous language. Also, it can lead to apparently unjust results. Imagine for example an Indigenous family which moves from the countryside to the city. If the parents start to speak exclusively Spanish in order to give their children a solid grounding in the dominant language (which is a very common behaviour in many Indigenous families as assimilation into the dominant society has long been seen as an inevitable necessity in order to succeed in the city, although the pressure might be less acute in Bolivia, which has a relatively large Indigenous population, as opposed to *e.g.* Peru or Mexico), a child who started to speak prior to such a shift in languages would still be considered Indigenous, while a younger sibling born and raised in the city and having Spanish as the first language would not be Indigenous under the definition used in the 2001 Bolivian census. That census also contained a subjective element, asking if one considers oneself a member of an Indigenous people.<sup>415</sup>

It has to be noted that the definition of Indigenous individuals through means of a census is problematic in so far as the terms and definitions as well as the questions asked of individuals can change. In Mexico, the questions have been changed during every single census since 1980.<sup>416</sup> Often there is no clear domestic legal basis for the questions asked in a census. Therefore, it is entirely possible that somebody who might be Indigenous within the meaning of questions asked in one census might no longer be considered Indigenous after the next census, even though there was no change in the actual situation of the person concerned. In this way, it is possible for the authorities to phrase census questions in order to get a result which is politically desired, *e.g.* reaching a small number of Indigenous persons by imposing strict demands on the actual use of Indigenous languages in everyday conversation and combining this requirement with other elements, such as living in a predominantly Indigenous community. There is a significant risk that such an approach violates the spirit of ILO 169 as the criteria for Indigenous group membership are imposed by the state rather than set by the Indigenous community in question. Individual self-identification, in particular in a framework provided by the state, for example in the form of a census, therefore raises suspicions as to the validity of the results.<sup>417</sup>

But this emphasis on self-identification, can become problematic if there is no group acceptance. While it was long considered relatively unproblematic that individuals considered themselves Indigenous without formal group acceptance as long as being Indigenous was seen primarily as negative and without any tangible benefits (which is still the case in many parts of Latin America today), changing attitudes in recent years now mean that some governments will engage in forms of affirmative action, opening the door to the possibility that individuals will identify themselves as Indigenous for ulterior motives.

In practice, group acceptance will be guaranteed at least in rural settings because the Indigenous communities are normally also local communities, meaning that Indigenous communities form their own villages. In so far, it is clear to the members of an Indigenous community who is a member (and hence Indigenous) and who is not. The situation becomes more difficult in urban settings where this community element no longer exists in the same way. In such cases it appears likely that individual self-identification based on criteria set by the state can actually be meaningful: there are often no clear lines between Indigenous and non-Indigenous cultures. In some cases, the distinction is clear and made obvious by different languages and cultural

---

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> *Ibid.*, 59.

<sup>415</sup> *Ibid.*

<sup>416</sup> *Ibid.*, 46.

<sup>417</sup> *Ibid.*, 51; Teitelbaum, M. S., and Winter, J., *Une bombe à retardement ? Migrations, fécondité, identité national à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle* (Paris: Calman-Levy 2001) 228.



practices - in many cases, the lines are blurred and identity changes within families and within the lifespan of a person. Often, cultural practices are lost with migration to cities or other forms of assimilation. Today, it is not uncommon for persons who moved from the countryside to the cities, e.g. from South-East Peru to Lima, as well as the following generation, young adults who grew up in the cities to spend extended amounts of time in the ancestral home areas in order to reconnect to families and cultures. Therefore, there is a significant number of persons who are urban, recently assimilated, and who would not consider themselves Indigenous but who still have strong connections to Indigenous cultures. Against this background, and given the many hundreds of different Indigenous peoples across Latin America and many generations of interaction with other peoples and the dominant society, it becomes problematic to impose strict categories from the outside.<sup>418</sup>

Land rights conflicts may play out on the local level but are fed by an undercurrent of diverging views over economic development. However, many fears by regional and national governments over consequences of Indigenous land rights for national development projects are unfounded because ILO 169 does not require the transfer of all previously Indigenous lands back to the descendants of the original population. If this were the case, many states would no longer be sustainable in their existence as states. The implementation of ILO 169 happens within the framework of the nation state. What Indigenous land rights and FPIC require is a truly effective participation of Indigenous peoples in decisions which affect them. The aforementioned mining laws in Guatemala and Chile, are good examples for how this could look like. As the example of the Manú Road shows, these procedures have to be embedded in a wider framework of legal procedures which also allow Indigenous peoples to take the initiative and which establish an active cooperation between Indigenous stakeholders and the state; and as we have seen in the Brazilian example, there have to be clear guarantees that court judgments are actually enforced and that the government cannot create loopholes to escape its obligations.

Often what is missing is awareness of Indigenous rights on the part of decision-makers, a lack of institutions and processes and a lack of access. Indigenous communities are at the very bottom of the social ladder in Latin America. The separation between the ruling elites and Indigenous communities has very real effects on the latter. Their living conditions in the rural areas, especially in the Andes mountains, are often not understood properly. This leads to extreme suffering, including for example increased levels of child mortality which could easily be prevented even with the material and human resources available in states such as Peru or Bolivia. When it comes to FPIC and the cooperation between Indigenous peoples and authorities in particular on the local level, human resources of the local authorities are still limited. While there are training efforts underway (e.g. in Colombia), all too often decision-makers even on the local level, who might be expected to have a better understanding of Indigenous living situations in their areas than decision-makers in far-away capitols, are lacking awareness of Indigenous rights. Frequently, the state still has to create the institutional conditions which would make effective forms of consultation possible in the first place. At this time, though, there are still marked discrepancies between laws on paper and law in practice.

A key obstacle on the way to full realisation of FPIC as a human right in the Inter-American system exists not so much on the international but on the domestic level. Here, too, the Inter-American system has made real contributions.<sup>419</sup>

Under international law as it is today, Indigenous people have consultation rights but no longer full sovereignty over their lands. Today, Indigenous peoples can use both domestic and international law to defend and promote their interests vis-à-vis the state they live in. Human

418 Lavaud, J.-P. and Lestage, F., 'Les redéfinitions de l'indianité - Historique, réseaux, discours, effets pervers', *Esprit* (2006/1) 42, 66.

419 Colombia for example amended its domestic consultation procedures as part of a friendly settlement process which came about as the result of a request by the U'wa Indigenous Community for Precautionary Measures over what the applicants perceived to be insufficient consultation mechanisms: Inter-American Commission on Human Rights, *U'wa Indigenous Community*, Precautionary Measures. Case N° 11.754, <<https://www.escri-net.org/caselaw/2006/uwa-indigenous-community-precautionary-measures-case-no-11754-eng>>.

Rights play an important role in this context but Indigenous rights as a part of Public International Law goes beyond human rights and can help provide at least some level of compensation for past injustices by making sure that Indigenous voices can be heard and by protecting the Indigenous right to self-determination within the framework of the state in question.

Indigenous rights are not just human rights but they are also not just special rights. Rights have a subjective function. In addition to a subjective function, be it claimed by individuals or groups, Indigenous rights also have an objective element: by giving special attention to the needs of Indigenous peoples, at least some kind of compensation might be provided for the injustices of the past.

In practice, however, there remain significant problems with the implementation of consultation requirements. For example, in the last two decades, Bolivia has emerged as a leader in the protection of Indigenous rights. This is not a surprise given the significant percentage of Indigenous persons among the overall population. Indeed, the situation in Bolivia can hardly be compared to the situation in Finland or many other countries which have Indigenous populations because of the absence of a minority situation of Indigenous peoples in Bolivia. On paper, Bolivian law provides for consultation proceedings e.g. by the Ministry of Hydrocarbon and Energy.<sup>420</sup> Arguably the most controversial example in recent years was the TIPNIS case.<sup>421</sup> The government of Bolivia plans the construction of a highway to connect the remote department of Beni to the city of Cochabamba.<sup>422</sup> In 2012, a law was created specifically to govern the consultation process for this project<sup>423</sup> and the Bolivian Constitutional Court later the same year demanded that there should be pre-consultation procedures<sup>424</sup> to agree on the key issues of the consultation of the 69<sup>425</sup> Indigenous groups living in TIPNIS. The latter appears not to have happened and the government claimed to have followed the law and have consulted 58 of 69<sup>426</sup> Indigenous communities in TIPNIS and to have obtained the consent of 55 Indigenous communities.<sup>427</sup> This turned out not to have been true: only 36 communities had been consulted and only 3 communities had actually consented to the construction of the highway.<sup>428</sup> Also, some communities had not been informed correctly about the project, e.g. they “were told that the highway would have been an [“]ecological[“] project”.<sup>429</sup> Not surprisingly, this led to condemnation of the project as incompatible with current legal standards: “In sum, the TIPNIS case resulted in the clearest misapplication of the right to consultation of indigenous peoples in one of the countries that was used to have the best legal framework protecting these specific and other rights.”<sup>430</sup>

Another obstacle to real consultation is the existing of overriding political goals. Often, law does matter, but it does not always rule. In other words: the rule of law is far from complete. While authorities might adhere to the text of the law, the spirit of the law is often ignored. Such a reluctance to adhere to FPIC standards makes it necessary for Indigenous communities to defend their legal rights in court. Here the aforementioned right to access to justice becomes relevant. Interestingly, in many Latin American countries the courts, based on the *amparo* proceedings available in many domestic legal systems, have upheld consultation rights of Indigenous peoples. Unlike classical land rights, which are often seen as political, FPIC standards might be perceived as being more easily accessible from a legal perspective because they provide rules on how the administration should behave in specific circumstances. Essentially, FPIC standards can be understood by judges as part of the domestic administrative law.

---

420 Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016) 339 *et seq.*

421 *Ibid.*, 342 *et seq.*

422 *Ibid.*, 342.

423 *Ibid.*, 347.

424 *Ibid.*, 346.

425 *Ibid.*, 347.

426 *Ibid.*

427 *Ibid.*

428 *Ibid.*, 349.

429 *Ibid.*, 348, see also there fn. 1512.

430 *Ibid.*, 351.

These examples only show a small part of the reality faced by Indigenous peoples across Latin America. There are many important issues beyond land rights and FPIC in the narrow sense of the term, from the violence in Mexico to Indigenous children freezing to death in the Peruvian Andes every winter to the violence by miners against previously uncontacted Indigenous peoples in Peru and Brazil and the Mapuche insurrection in Chile. What these examples show is that it is not enough to have rules on paper but that these rules have to be implemented effectively. Truly protecting Indigenous rights requires the political will of the executive to enforce them and, lacking that will, an effective and independent judiciary to ensure the rule of law.

The recognition of Indigenous land rights independent of legal ownership under national law by the Inter-American Court of Human Rights has been an important step towards a fuller realisation of Indigenous rights. These rights include, among others, the right of a people to determine its own fate, including its own development, rights to land, water and a healthy environment, as well as consultation rights. Courts rather than governments or legislatures are the driving force behind the implementation of international Indigenous rights standards on the domestic level. This includes the direct application of ILO 169 on the national level even in the absence of domestic laws implementing the convention. In so far, courts can somewhat compensate for a lack of political will to actually implement ILO 169. While this highlights the utility of litigation for Indigenous communities, this approach is likely to leave many Indigenous communities without sufficient legal protection due to the lack of access to justice, which is a continuing effect of the (ongoing) discrimination experienced by Indigenous communities and individuals.

## 8. Summary<sup>431</sup>

Latin America is home to about 42 million Indigenous persons, about 8 % of the overall population. About half of them live in cities. They are considered Indigenous based on different national standards applicable.

International law plays an important role for the protection of Indigenous rights, but in order to ensure an effective protection, international legal standards have to be implemented on the national level. The effect of Indigenous rights has to be realised on the local level. This is particularly the case when it comes to issues which directly affect Indigenous communities, such as the issue of Free, Prior and Informed Consent. But Latin American states have faced great challenges in the implementation of ILO 169, a treaty which covers a wide range of issues. Problematic topics include, *i.a.*, land rights, access to natural resources, health, education, vocational training, conditions of employment and contacts across borders. ILO 169 has been ratified by a large number of Latin American countries (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Peru and Venezuela). Latin America is particularly important from the perspective of Indigenous rights law not only because of the relatively large Indigenous presence in Latin American countries but also because of the continued discrimination experienced by Indigenous groups and individuals in many parts of Latin America. This discrimination is the key feature of Indigenous reality in contemporary Latin America. Even in areas in which Indigenous groups are not in the minority, discrimination is a daily reality and there is a significant pressure to assimilate and to become part of mainstream society. This pressure is particularly palpable in the cities.

Across Latin America poverty rates among Indigenous persons are significantly higher than among non-Indigenous persons. It has been found that the inequality between Indigenous and non-Indigenous individuals and communities is still growing. In rural and urban areas (albeit somewhat less so in urban areas), Indigenous communities, families and individuals continue

---

431 Footnotes omitted. For sources see the main text.

to lack access to not only to economic opportunities, *i.e.* jobs (and often experience workplace discrimination), but also to education or electricity. In particular access to health care remains a key issue not only in remote regions. This is an issue which particularly affects Indigenous women and children. This relative absence of services is exacerbated by an absence of security. Indigenous communities in remote areas are under threat from illegal mining and logging, increased crime and violence by non-state actors as well as by the police.

\*

Because of Article 29 lit. b) of the American Convention on Human Rights (ACHR), the Inter-American Court of Human Rights is allowed, and obliged, to take into account other international treaties which have been ratified by states which are parties to proceedings before the court. The Inter-American Court of Human Rights has referred to ILO 169 in a number of cases and it can be concluded that especially in the field of land rights and FPIC, there is a significant influence of ILO 169 when it comes to the interpretation of the American Convention. Today, the Inter-American Court of Human Rights is the leading international judicial institution in the field of Indigenous rights. One of the most important contributions of the Inter-American Court of Human Rights is the development of the legal concept of *vida digna*. The notion of *vida digna*, a dignified life, which is closely related to the idea of human dignity, is becoming more and more important. This shows that the Inter-American Court is not just thinking about abstract concepts but has the welfare and rights of individuals in mind.

In the 2015 case of the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* the Court made it clear that consultation alone is not enough under Article 21 ACHR and that specific and effective protection of Indigenous land rights is required already independently of ILO 169. This obligation includes the establishment of processes for the identification of Indigenous lands and for consultations, aimed at obtaining the Free, Prior and Informed Consent of Indigenous peoples with regard to all activities which would affect their lands. Consultation is required prior to taking any legislative or executive measure which could affect Indigenous peoples. Even though consultation on the executive level in Peru is less than perfect, the process established for Indigenous consultation on the legislative level in Peru can provide a good overview over the essential elements of consultation. This process includes seven steps: Step 1: Which proposed legislative or administrative measures is concerned? Step 2: Which Indigenous communities have to be consulted? Step 3: The proposed legislative or administrative measure has to be made public. Step 4: Information about the proposed legislative or administrative measure has to be provided. Step 5: The Indigenous institutions and organisations have to evaluate the legislative or administrative measures which affect them directly. Step 6: A dialogue process has to be conducted between representatives of the state and representatives of the Indigenous peoples. Step 7: The decision is taken by the relevant authorities. Undertaken with the aim to secure the consent of the Indigenous communities concerned in particular steps four to six play key roles in adhering to FPIC standards under current customary international law (which is influenced by UNDRIP and ILO 169).

Within ILO 169, consultation is the cornerstone of Indigenous land rights but land rights go beyond consultation: Latin American countries have implemented ILO 169 through laws and decrees which allow for land rights including for example collective ownership, (which in practice comes close to possession), consultation, impact assessments, compensation and co-management. Like consultation, also impact assessments and compensation (which can take the form of benefit sharing) are seen as integral parts of the process necessary prior to engaging in activities which are potentially harmful for Indigenous communities. The different approaches chosen by Latin American states reach from mere consultation rights to collective land ownership and even factual autonomy, including the application and enforcement of Indigenous laws. As indicated in the ILO 169 analysis of this report, the Convention has to be

implemented flexibly taking into account the specific situation of each country. ILO 169 does not require in all situations collective ownership, but rather possession and wide usage rights.

\*

With regard to the question as to who is Indigenous, Article 1 (2) ILO 169 concerns the self-identification of peoples as Indigenous or tribal, which is understood to be a cornerstone norm of the Convention. The self-identification of individuals as members of an Indigenous community is not based directly on this norm but is a derivative of the self-identification of communities as Indigenous or tribal: the self-identification of communities is based on the question whether the community is Indigenous or tribal; the self-identification of individuals is based on the question whether the individual is a member of such a community which considers itself to be Indigenous or tribal. Individual self-definition as a member of an Indigenous community therefore necessarily requires the prior self-identification of the community in question as Indigenous.

As a general rule, there are no universally accepted legal definitions as to who is Indigenous in the individual level. Based on ILO 169, States across Latin America rely on self-identification and group acceptance: membership in Indigenous communities is usually defined locally while governments collect data on Indigenous individuals in the form of a census. Usually speaking an Indigenous language in everyday family life is a key factor for determining who is Indigenous. Practically all Latin American States require the use of Indigenous languages (or in the case of children living with their parents the use of the language by a parent) in order to allow claims for Indigenous identity. In most cases this will be simultaneous to living in a local Indigenous community, which ensures that group acceptance is also taken into account. While about half of the Indigenous persons in Latin America live in cities, the connection between the community and the location remains a key factor for many Indigenous persons in the region. The loss of language (usually cause by the geographical separation from the community due to migration to the cities), however, is usually identical to a loss of Indigenous culture and the legal status as Indigenous.

Across Latin America, it is not beneficial to be considered Indigenous. Any potential benefits are outweighed by far by the general level of discrimination experienced by Indigenous persons and communities in most countries in the region. This is reflected in the census results. Practically everywhere in Latin America, censuses are used to find out who consider him- or herself Indigenous. Key factors are the use of Indigenous languages and the personal connection to Indigenous cultures as well as family names. Because they only aim at gathering information from individuals, the use of census questions risks ignoring the right of Indigenous communities to determine their own membership. While group acceptance remains important on the local level, it does not feature in the statistical surveys conducted by the states.

Latin American countries, which usually are home to a large number of different Indigenous communities, approach the issue of group membership from a different point of departure as is the case in Finland, Norway and Sweden. Language remains an important factor in determining who is Indigenous and language skills and the practical use of Indigenous languages has been used in national censuses. This attempt at introducing a clear objective element does not take into account the interest of many Indigenous parents to have their children grow up bilingually, speaking both Spanish and the family's Indigenous language. Also, it can lead to apparently unjust results. It has to be noted that the definition of Indigenous individuals through means of a census is problematic in so far as the terms and definitions as well as the questions asked of individuals can change. In Mexico, the questions have been changed during every single census since 1980. Often there is no clear domestic legal basis for the questions asked in a census. It is possible that somebody who might be Indigenous within the meaning of questions asked

in one census might no longer be considered Indigenous after the next census, even though there was no change in the actual situation of the person concerned. In this way, it is possible for the authorities to phrase census questions in order to get a result which is politically desired, e.g. reaching a small number of Indigenous persons by imposing strict demands on the actual use of Indigenous languages in everyday conversation and combining this requirement with other elements, such as living in a predominantly Indigenous community. There is a significant risk that such an approach violates the spirit of ILO 169 as the criteria for Indigenous group membership are imposed by the state rather than set by the Indigenous community in question. Individual self-identification, in particular in a framework provided by the state, for example in the form of a census, therefore raises suspicions as to the validity of the results.

\*

The key problem when it comes to implementing Indigenous rights on the domestic level in Latin America is the absence of a political will to actually enforce the law. This becomes obvious when interests of the state and Indigenous communities clash, especially in the context of land rights. Often, the national courts have had to step in and have ensured that Indigenous rights were actually protected. A key tool in this context are the *amparo* proceedings, complaint mechanisms which allow plaintiffs to sue the state over violations of their rights.

In material terms, the recognition of Indigenous land rights independent of legal ownership under national law by the Inter-American Court of Human Rights has been an important step towards a fuller realisation of Indigenous rights. These rights include, among others, the right of a people to determine its own fate, including its own development, rights to land, water and a healthy environment, as well as consultation rights. Courts rather than governments or legislatures are the driving force behind the implementation of international Indigenous rights standards on the domestic level. This includes the direct application of ILO 169 on the national level even in the absence of domestic laws implementing the convention. In so far, courts can somewhat compensate for a lack of political will to actually implement ILO 169. While this highlights the utility of litigation for Indigenous communities, this approach is likely to leave many Indigenous communities without sufficient legal protection due to the lack of access to justice, which is a continuing effect of the (ongoing) discrimination experienced by Indigenous communities and individuals.

Land rights conflicts may play out on the local level but are fed by an undercurrent of diverging views over economic development. However, many fears by regional and national governments over consequences of Indigenous land rights for national development projects are unfounded because ILO 169 does not require the transfer of all previously Indigenous lands back to the descendants of the original population. If this were the case, many states would no longer be sustainable in their existence as states. The implementation of ILO 169 happens within the framework of the nation state. What Indigenous land rights and FPIC require is a truly effective participation of Indigenous peoples in decisions which affect them. The aforementioned mining laws in Guatemala and Chile, are good examples for how this could look like. These procedures have to be embedded in a wider framework of legal procedures which also allow Indigenous peoples to take the initiative and which establish an active cooperation between Indigenous stakeholders and the state; and as we have seen in the Brazilian example, there have to be clear guarantees that court judgments are actually enforced and that the government cannot create loopholes to escape its obligations.

What is still missing is awareness of Indigenous rights on the part of decision-makers, a lack of institutions and processes and a lack of access. Indigenous communities are at the very bottom of the social ladder in Latin America. The gap between the ruling elites and Indigenous communities has very real effects on the latter. Their living conditions in the rural areas,

especially in the Andes mountains, are often not understood properly. This leads to extreme suffering, including e.g. increased levels of child mortality which could easily be prevented even with the material and human resources available in states such as Peru or Bolivia. When it comes to FPIC and the cooperation between Indigenous peoples and authorities in particular on the local level, human resources of the local authorities are still limited. While there are training efforts underway (for example in Colombia), all too often decision-makers even on the local level, who might be expected to have a better understanding of Indigenous living situations in their areas than decision-makers in far-away capitols, are lacking awareness of Indigenous rights. Frequently, the state still has to create the institutional conditions which would make effective forms of consultation possible in the first place. At this time, though, there are still marked discrepancies between laws on paper and law in practice.

## 9. Latalalaisen Amerikan pääpiirteiden tiivistelmä

Kääntäjä: Henri Wiman

Noin 8% Latalalaisen Amerikan väestöstä, eli noin 42 miljoonaa ihmistä, kuuluu alkuperäiskansoihin. Noin puolet heistä asuvat kaupungeissa. Alkuperäiskansajäsenyys perustuu eri maissa eri määritelmiin.

Tärkeä alkuperäiskansojen oikeuksien turvan lähde on kansainvälinen alkuperäiskansaoikeus, jota tosin täytyy soveltaa kansallisella tasolla, jotta sillä olisi konkreettista vaikutusta. Alkuperäiskansaoikeuksien vaikutusten tulee olla konkreettisia paikallisella tasolla, erityisesti kysymyksissä, jotka vaikuttavat suoraan alkuperäiskansayhteisöihin, kuten vapaan ennakkosuostumuksen periaatteen (*principle of free, informed, and prior consent*) soveltamisessa. ILO sopimus No. 169:n täytäntöönpano on kuitenkin ollut Latalalaisen Amerikan valtioille hyvin haastavaa. Sopimus on hyvin laaja-alainen, ja ongelmakohtia sen soveltamisessa ovat esim. maaoikeudet, luonnonresurssien käyttö, terveys, peruskoulutus, ammatillinen koulutus, työ-olosuhteet ja valtioiden rajat ylittävien alkuperäiskansakontaktien helpottaminen. Suuri osa Latalalaisen Amerikan maista on ratifioinut ILO sopimus No. 169:n. (Argentiina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Peru and Venezuela).

Latalalainen Amerikka on erityisen tärkeä alkuperäiskansaoikeuden näkökulmasta osaksi suuren alkuperäiskansaväestönsä vuoksi mutta myös siksi, että alkuperäiskansaryhmät ja niihin kuuluvat yksilöt kohtaavat yhä syrjintää useissa alueen maissa. Jopa alueilla, joissa alkuperäiskansat eivät ole vähemmistöinä, syrjintä on jokapäiväistä ja assimilaation paine on suuri. Paine sulautua valtaväestöön on erityisen suuri kaupungeissa.

Köyhyysaste on kautta Latalalaisen Amerikan merkittävästi korkeampi alkuperäiskansaväestön kuin muun väestön keskuudessa. Epätasa-arvo alkuperäiskansojen ja muun väestön välillä kasvaa yhä. Maaseudulla, ja hieman vähemmässä määrin kaupungeissa, alkuperäiskansayhteisöjen ja -perheiden työllistymis- ja koulutusmahdollisuudet ovat edelleen huonot (ja lisäksi heitä syrjitään työpaikoilla). Lisäksi heillä ei ehkä ole pääsyä sähkönjakeluun. Terveyspalveluihin on myös vaikea päästä, vaikka ei asuisi syrjäisillä seuduilla. Terveystenhoito-ongelmat koskevat erityisesti alkuperäiskansojen naisia ja lapsia. Syrjäisillä seuduilla erityisiä uhkia alkuperäiskansoille ovat laitton hakkuu ja kaivostoiminta, nouseva rikollisuus sekä poliisin ja muiden ei-julkisten tahojen kohdistama väkivalta.

\*

Amerikan Ihmisoikeussopimuksen (*American Convention on Human Rights*) artiklan 29(b):n nojalla Amerikan ihmisoikeustuomioistuin on veloitettu ottamaan huomioon kansainväliset so-

pimukset, jotka käsiteltävän tapauksen osapuolivaltio on ratifioinut. Amerikan ihmisoikeustuomioistuin on viitannut ILO sopimus No. 169:ään useassa tapauksessa, ja voidaankin päätellä, että ILO-sopimuksella on erityisen suuri vaikutus tuomioistuimen tulkintoihin maaoikeuksien ja vapaan ennakkosuostumuksen (FPIC) saralla. Tänä päivänä Amerikan ihmisoikeustuomioistuin on johtava oikeusinstituutio alkuperäiskansaoikeudessa. *Vida digna*, arvokas elämä (dignified life), on tärkeimpiä Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen kehittämiä käsitteitä, jonka merkitys kasvaa yhä. Se liittyy läheisesti ihmisarvon käsitteeseen (human dignity). *Vida digna* osoittaa, että Amerikan ihmisoikeustuomioistuin ei keskity pelkästään abstrakteihin oikeuskäsitteisiin, vaan pyrkii pitämään yksilöiden hyvinvoinnin ja oikeudet toimintansa keskiössä.

Vuoden 2015 tapauksessa *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* Amerikan ihmisoikeustuomioistuin selvensi, että pelkkä ylimalkainen konsultaatio ei riitä Amerikan ihmisoikeussopimuksen artiklan 21:n vaatimusten täyttämiseksi, ja että alkuperäiskansoja tulee suojella tietyin ja tehokkain tavoin, vaikka ILO sopimus No. 169:ä ei olisi implementoitu. Vaatimukseen sisältyy alkuperäiskansojen alueiden identifioiminen ja alkuperäiskansojen vapaan ennakkosuostumuksen saaminen kaikkiin niiden maihin vaikuttaviin toimiin. Konsultaation tulee tapahtua jo ennen alkuperäiskansoihin vaikuttavan lainsäädön tai lain toimeenpanon aloittamista. Perun konsultaatiomenettely lakien toimeenpanon yhteydessä jättää paljon toivomisen varaa, mutta sen alkuperäiskansojen konsultaatio lainsäädön yhteydessä toimii esimerkkinä hyvästä menettelystä. Menettelyyn sisältyy seitsemän vaihetta. 1: Selvitetään, mistä lakialoitteesta tai hallinnollisesta toimesta on kyse. 2: Selvitetään, mitä alkuperäiskansayhteisöjä on konsultoitava 3: Lakialoite tai ehdotettu hallinnollinen toimi tulee julkistaa. 4: Lakialoitteesta tai ehdotetusta hallinnollisesta toimesta tulee tehdä saatavaksi tietoa. 5: Alkuperäiskansojen omat instituutiot ja organisaatiot arvioivat, mitkä lakimuutokset tai hallinnolliset toimet suoraan vaikuttavat heihin. 6: Valtion ja alkuperäiskansojen edustajien välille avataan dialogi. 7: Asianmukainen viranomainen tekee päätöksen asiasta. Kun vaiheilla 4-6 pyritään saamaan alkuperäiskansayhteisön suostumus hankkeelle, ne keskeisesti toteuttavat vapaan ennakkosuostumuksen periaatetta (johon itsessään vaikuttavat YK:n alkuperäiskansajulistus ja ILO sopimus No. 169).

Konsultaatio on alkuperäiskansojen maaoikeuksien kulmakivi ILO sopimus No. 169:ssä, mutta niihin sisältyy muitakin elementtejä. Latinalaisen Amerikan maat ovat implementoineet ILO-sopimuksen maaoikeuksia laein ja asetuksin, jotka valtiosta riippuen antavat alkuperäiskansoille oikeudet esim. kollektiiviseen omistusoikeuteen (joka käytännössä kuitenkin vastaa pikemminkin hallintaoikeutta) konsultaatioon, vaikutusarviointiin, haitallisten vaikutusten hyvitykseen ja maiden yhteishallintaan. Vaikutusarviointia ja haitallisten vaikutusten hyvityksiä (tai hyödynjakosopimuksia) pidetään konsultaation tavoin erottamattomina osina sellaisten hankkeiden valmistelua, joilla voi olla haitallisia vaikutuksia alkuperäiskansoihin. Eri Latinalaisen Amerikan mailla on merkittäviä eroavaisuuksia maaoikeuksien toteuttamisen suhteen. Jotkin turvaavat vain konsultaatio-oikeuden, toiset antavat alkuperäiskansoille kollektiivisia maanomistusoikeuksia tai jopa tosiasiallisen autonomian, johon sisältyy alkuperäiskansojen omien lakien soveltaminen ja valvominen. Kuten tämän raportin ILO sopimus No. 169:n analyysi osoittaa, ILO-sopimusta tulee soveltaa joustavasti kunkin maan yksilölliset olosuhteet huomioiden. ILO-sopimus ei vaadi kollektiivisen omistusoikeuden tunnustamista kaikissa tapauksissa, vaan hallinta- ja laajat käyttöoikeudet katsotaan riittäviksi.

\*

ILO sopimus No. 169:n artikla 1(2) käsittelee kansojen itseidentifikaatiota alkuperäis- tai heimokansoiksi. Yksilöiden itseidentifikaatio alkuperäiskansan jäseneksi juontaa juurensa tästä säännöstä mutta ei suoraan perustu siihen. Yhteisön itseidentifikaatio liittyy siihen, onko se alkuperäis- tai heimokansa; sen sijaan yksilön itseidentifikaation liittyy siihen, onko yksilö alkuperäis- tai heimokansana itseään pitävän yhteisön jäsen. Yksilön itseidentifikaatio alkuperäiskansan jäseneksi siis vaatii ensin yhteisön itseidentifikaatiota alkuperäiskansaksi.



Yleisesti ottaen ei ole olemassa universaalia lakisääteistä yksilötasoista alkuperäiskansamääritelmää. ILO sopimus No. 169:ään perustuen Latinalaisen Amerikan valtiot nojaavat itseidentifikaatioon ja ryhmän hyväksyntään: yksilön jäsenyys alkuperäiskansayhteisöön määritellään yleensä paikallisesti ryhmän tasolla, mutta valtioiden hallitukset keräävät kuitenkin tietoja alkuperäiskansojen yksilöistä suoraan väestönlaskennan kautta. Perinteisen kielen puhuminen jokapäiväisessä perhe-elämässä on tyypillisesti avainkriteeri alkuperäiskansajäsenyyden määrittämisessä. Käytännössä kaikki Latinalaisen Amerikan valtiot vaativat alkuperäiskansasidentiteetin omaavilta henkilöiltä kansan oman kielen käyttöä (tai vanhemman huostassa asuvan lapsen tapauksessa, että vanhempi käyttää alkuperäiskansan kieltä). Useimmissa tapauksissa kieltä käyttävät henkilöt myös asuvat paikallisessa alkuperäiskansayhteisössä, mikä takaa yhteisön hyväksynnän huomioimisen. Vaikka noin puolet Latinalaisen Amerikan alkuperäiskansojen jäsenistä asuvat kaupungeissa, yhteisön ja sen asuma-alueen yhteys on yhä tärkeää monille alkuperäiskansojen jäsenille. Kielen menettäminen (johtuen yleensä muutosta kaupunkiin kauas perinteiseltä asuinalueelta) kuitenkin yleensä tarkoittaa alkuperäiskansakulttuurin ja oikeudellisen alkuperäiskansajäsenyyden menettämistä.

Alkuperäiskansajäsenyys ei ole haluttu identiteetti Latinalaisessa Amerikassa. Mahdolliset edut alkuperäiskansan jäseneksi tunnistamisesta jäävät helposti haittojen varjoon, sillä alkuperäiskansojen jäseniä syrjitään merkittävästi useimmissa Latinalaisen Amerikan maissa. Tämä ilmenee esimerkiksi väestönlaskennan tuloksissa. Väestönlaskennat selvittävät käytännössä kaikkialla Latinalaisessa Amerikassa, kuinka moni pitää itseään alkuperäiskansan jäsenenä. Tyypillisiä tärkeitä kriteerejä ovat alkuperäiskansan kielen käyttö, henkilökohtainen yhteys alkuperäiskansakulttuuriin ja sukunimi. Koska väestönlaskennat keräävät vain yksilötason tietoja, kysymysten muoto voi jättää huomiotta alkuperäiskansayhteisöjen oikeuden määrittellä omat jäsenensä. Vaikka ryhmähyväksyntä on tärkeää paikallisella tasolla, sille ei ole sijaa valtioiden toteuttamissa koko maan kattavissa tilastotutkimuksissa.

Latinalaisen Amerikan maissa on useita eri alkuperäiskansayhteisöjä, ja siksi ne käsittelevätkin ryhmähyväksyntää eri tavoin kuin Suomi, Norja ja Ruotsi. Kielitaito ja kielen käyttö ovat edelleen tärkeitä alkuperäiskansajäsenyyden kriteerejä, joita käytetään väestönlaskennoissa. Kielikriteerien käyttö objektiivisina kriteereinä ei kuitenkaan huomioi, että monissa alkuperäiskansojen perheissä vanhemmat haluavat kasvattaa lapsensa kaksikielisinä. He siis puhuvat sekä espanjaa että perheen perinteistä kieltä. Kielikriteerien käyttö voi johtaa epäoikeudenmukaisuuksiin. Väestönlaskennan kautta määritelty alkuperäiskansajäsenyys on lisäksi ongelmallista siksi, että sen termistö ja määritelmät sekä kysymystenasettelu ovat muuttuvaista eri laskentojen välillä. Meksikon väestönlaskennan kysymyksiä on vuoden 1980 jälkeen muutettu joka vuosi. Usein kysymysten asettelulle ei ole selvää pohjaa kansallisessa lainsäädännössä. Henkilö voi yhden kyselytutkimuksen perusteella kuulua alkuperäiskansaan, ja toisen perusteella jäädä sen ulkopuolelle, vaikka henkilön omassa tilanteessa ja elämässä ei olisi muutosta. Viranomaiset voivat siis muokata kyselytutkimuksien muotoa siten, että ne tuottavat poliittisesti halutun tuloksen. Väestönlaskennassa voidaan todeta pienempi lukumäärä alkuperäiskansojen jäseniä asettamalla jäsenyyden ehdot hyvin tiukoiksi, esim. jokapäiväinen perinteisen kielen käyttö yhdistettynä perinteisellä alueella asumiseen. Tämä käytäntö hyvin todennäköisesti rikkoo ILO sopimus 169:n kriteereitä, koska alkuperäiskansajäsenyyden kriteerit määrittää valtio eikä alkuperäiskansa itse. Itseidentifikaatioon tulee siis suhtautua varauksella, kun se perustuu valtion määritelmiin esimerkiksi väestönlaskennassa.

\*

Latinalaisessa Amerikassa poliittinen haluttomuus valvoa lakeja tehokkaasti muodostaa merkittävän esteen alkuperäiskansaoikeuksien soveltamiselle. Tämä on ilmeistä erityisesti, kun valtion ja alkuperäiskansojen intressit ovat ristiriidassa esimerkiksi maaoikeuskysymyksissä. Alkuperäiskansaoikeuksia puolustetaan usein vasta, kun kansalliset tuomioistuimet puuttuvat

ristiriitaan. *Amparo*- proseduuri on tässä suhteessa tärkeä muutoksenhakumekanismi, jonka kautta asianomainen voi nostaa kanteen valtiota vastaan oikeuksiensa rikkomisesta.

Amerikan ihmisoikeustuomioistuin otti askeleen alkuperäiskansaoikeuksien paremman sisällöllisen toteutumisen suuntaan, kun se tunnusti alkuperäiskansojen maa-oikeudet riippumatta kansallisesta omistusoikeudesta. Maa-oikeuksiin kuuluu mm. kansan oikeus määrätä omasta kohtalostaan. Tähän sisältyy kansan oikeus päättää omasta kehityksestään, oikeudet maihin, vesiin ja terveeseen ympäristöön sekä konsultaatio-oikeus. Kansallisella tasolla alkuperäiskansaoikeuksien standardeja implementoivat pääosin tuomioistuimet eivätkä hallitukset tai lainsäätäjät. Täten mm. ILO sopimus 169:ä sovelletaan kansallisella tasolla, vaikka kansallisen tason lainsäädäntöä ILO-sopimuksen vaatimusten toteuttamisesta ei olisi. Tuomioistuimet voivat siis jossain määrin paikata poliittisen tahdon puutetta ILO-sopimuksen implementoinnissa. Tässä kontekstissa oikeudenkäynnin merkitys alkuperäiskansayhteisöille korostuu. Tilanne kuitenkin todennäköisesti jättää useat alkuperäiskansayhteisöt riittävän oikeusturvan ulkopuolelle, jos ne eivät kykene hyödyntämään oikeusmekanismeja esimerkiksi syrjinnän vuoksi.

Riidat maa-oikeuksista tapahtuvat yleensä paikallisella tasolla, mutta niiden perimmäiset syyt ovat eriävissä näkökulmissa laajemmasta talouskehityksestä. Alueelliset ja kansalliset hallitukset pelkäävät, että alkuperäiskansojen maa-oikeuksilla on haittavaikutuksia kansallisiin kehityssuunnitelmiin. Monet peloista ovat kuitenkin vailla pohjaa, sillä ILO sopimus No. 169 ei vaadi perinteisten maiden siirtämistä sen alkuperäisten asuttajien nykyisille jälkeläisille, ja sopimusta sovelletaan ylipäätään joustavasti kansallisessa kontekstissa. Alkuperäiskansojen maa-oikeudet ja vapaan ennakkosuostumuksen periaate vaativat tehokasta alkuperäiskansojen osallistumista heihin vaikuttaviin päätöksiin. Aiemmin mainitut Guatemalan ja Chilen kaivoslait ovat esimerkkejä tällaisista järjestelmistä. Osallistumis- ja ennakkosuostumusmenettelyt tulee tehdä osaksi muita oikeudellisia menettelyjä, jotka antavat alkuperäiskansojen toimia aloitteellisesti, ja jotka luovat aktiivisen yhteistoiminnan edellytykset alkuperäiskansaryhmien ja valtion välille. Kuten esimerkki Brasiliasta osoittaa, on tärkeää taata, että tuomioistuinten päätöksiä valvotaan ja että hallitus ei voi luoda porsaanreikiä välttääkseen velvoitteitaan.

Latinalaisen Amerikan instituutiot, oikeudelliset menettelyt, päättäjien tietoisuus alkuperäiskansaoikeuksista ja asianomaisten pääsy oikeusmekanismeihin ovat yhä puutteellisia. Alkuperäiskansayhteisöt ovat yhteiskunnan sosiaalisen hierarkian pohjalla Latinalaisessa Amerikassa. Johtavan eliitin ja alkuperäiskansayhteisöjen välisellä kuilulla on todellisia vaikutuksia alkuperäiskansoihin. Erityisesti Andien vuoriston elinolosuhteita ei usein ymmärretä hyvin. Tällainen ymmärtämättömyys johtaa äärimmäiseen kärsimykseen, mm. nousevaan lapsikuolleisuuteen, joka voitaisiin hyvin välttää Perun ja Bolivian valtionresursseilla. Henkilöstö alkuperäiskansojen vapaan ennakkosuostumuksen ja viranomaisyhteistyön toteuttamiseen on edelleen vajavaista erityisesti paikallisella tasolla. Vaikka koulutusohjelmia on myös olemassa (esim. Kolumbiasa), päättäjät eri tasoilla ovat yhä usein tietämättömiä alkuperäiskansojen oikeuksista. Edes paikallisen tason päättäjät eivät välttämättä ole korkeampien tasojen päättäjiä paremmin tietoisia alkuperäiskansojen elinolosuhteista. Tyypillinen este tehokkaalle konsultaatiolle on instituutioiden puute. Tänä päivänä kirjattujen lakien ja toteutettujen oikeuksien välinen ero on edelleen suuri.

## References

### Legislation, Conventions etc.

American Convention on Human Rights, <[https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf)>.

Anti-Discrimination Law / *Ley Antidiscriminación*, Law No. 20.609 (Chile).

Communal Lands Law (Nicaragua).

Constitution (Argentina)

Constitution (Bolivia).

Constitution (Chile).

Constitution (Colombia).

Constitution (Ecuador).

Constitution (Guatemala).

Constitution (Mexico).

Constitution (Peru).

Convention on the Rights of the Child, <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>.

Decree No. 66 of 2014 (Chile).

Decree No. 124 of 2009 (Chile).

Directive No. 003-2012-MC (Peru).

Environmental Management Act, Act No. 37, Official Gazette 245, 30 July 2009 (Ecuador).

Environmental Monitoring Regulation (2007) (Guatemala).

Forestry Law / *Ley Forestal*, Law No. 1700/1996 (Bolivia).

Hydrocarbon Law / *Ley de Hidrocarburos*, Law No. 3058/2005 (Bolivia).

Indian Act, Law 6172 (1977) (Costa Rica).

Indigenous and Tribal Peoples Convention 1989 (ILO 169), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NO\\_RMLEXPUB:12100:0::NO::p12100\\_ilo\\_code:c169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NO_RMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_ilo_code:c169)>.

Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (ILO 107), <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107)>.

Indigenous Law / *Ley do los Indígenas*, Law No. 19.253 (Chile).

Indigenous Rights Law, 1984 (Formosa Province, Argentina).

International Covenant on Civil and Political Rights, <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>.

Land Survey Law, Law 26.160 (2006) (Argentina).

Law 21 of 1991 (Colombia).

Law 89 of 1890 (Colombia).

Law 99 of 1993 [General Environmental Law] (Colombia).

Law 160 of 1994 (Colombia).

Law 715 of 2001 (Colombia).

Law 6,001 of 1973 (Indian Law / *Estatuto do Índio*) (Brazil).

Law No. 19.253, 1995 (Chile)

Law 23.302, 1985 (Argentina).

Law 29785, Law on Prior Consultation / *Ley de Consulta Previa* (Peru).

Law No. 535/14, Law on Mining and Metallurgy (Bolivia).

Law No. 29785, 7 September 2011 (Peru).

*Ley Orgánica para la Identificación de los Indígenas*, 2003 (Venezuela).

*Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*, 2005 (Venezuela).

Mining Act (1997) (Guatemala).

Ministerial Resolution 159-2000-PROMUDEH, 21 June 2000 (Peru).

Ministerial Resolution No. 596-2002-EM-DM, 20 December 2002 (Peru).

Ministerial Resolution No. 304-2008-MEM-DM, 26 June 2008 (Peru).

Municipalities Law (Bolivia).

Organisational Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization (COOTAD) (Ecuador).

Popular Participation Law (Bolivia).

Supreme Decree No. 727/2010 (Bolivia).

Supreme Decree No. 2195/2014 (Bolivia).

Supreme Decree No. 2298/2015 (Bolivia).

Supreme Decree No. 2366/2015 (Bolivia).

Supreme Decree No. 26142/2001 (Bolivia).

Supreme Decree No. 29033 (Bolivia).

Supreme Decree No. 001-2012-MC, 3 April 2012 (Peru).

Supreme Decree No. 012-2008-EM, 20 February 2008 (Peru).

Supreme Decree No. 028-2008-EM, 26 June 2008 (Peru).

Supreme Decree No. 038-2001-AG 22/06/2001 (Peru).

Supreme Decree No. 042-2003-EM, 12 December 2003 (Peru).

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf)>.

Vienna Convention on the Law of Treaties, <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>.

## Jurisprudence

Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2005-12440-25-RDI, Decision No. 0045/2006 of 2 June 2006.

Constitutional Court of Bolivia, Case No. 2008-17547-36-RAC, Decision No. 2003/2010 of 25 October 2010.

Constitutional Court of Chile, Case No. 1340, Decision of 29 November 2009.

Constitutional Court of Chile, Rol 309, Decision of 4 August 2000.

Constitutional Court of Colombia, Case C-030/08.

Constitutional Court of Colombia, Case C-225.

Constitutional Court of Colombia, Case SU-039.

Constitutional Court of Colombia, Case SU-1150.

Constitutional Court of Colombia, Case T-376.

Constitutional Court of Colombia, Case T-698.

Constitutional Court of Guatemala, Case No. 199-95, Advisory Opinion of 18 May 1995.

Constitutional Court of Guatemala, Case No. 3878-2007, Judgment of 21 December 2009.

Constitutional Court of Peru, Case 0022-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0023-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0024-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0025-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0026-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0027-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 0028-2009-PI.

Constitutional Court of Peru, Case 03343-2007-AA.

Constitutional Court of Peru, Case 03343-2007-PA.

Constitutional Court of Peru, Case 06316-2008-PA.

Constitutional Court of Peru, *Jaime Hans Bustamante Johnson v. Occidental Petrolera del Perú*, Case No. 03343-2007-PA/TC, Judgment of 19 February 2009.

Court of Appeal of Antofagasta, Rol No. 618/2011, Decision of 17 February 2012 (Chile).

European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village v. Sweden*, Application No. 39013/04, Judgment of 30 March 2010.

European Court of Human Rights, *Hingitq 53 v. Denmark*, Application No. 18584/04, Decision of 12 January 2006.

Human Rights Committee, *I. Länsman et al. v. Finland [Länsman 1]*, Communication No. 511/1992.

Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, Decision of 30 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

Inter-American Commission on Human Rights, *U'wa Indigenous Community*, Precautionary Measures. Case N° 11.754, <<https://www.escri-net.org/caselaw/2006/uwa-indigenous-community-precautionary-measures-case-no-11754-eng>>.

Inter-American Court of Human Rights, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 25 November 2015. IACHR Series C, No. 309.

Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. Judgment of 27 June 2012. IACHR Series C, No. 245.

Inter-American Court of Human Rights, *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their Members v. Panama*. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of 14 October 2014. IACHR Series C, No. 284.

Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 31 August 2001. IACHR Series C, No. 79.

Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 15 June 2005. IACHR Series C, No. 124.

Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 28 November 2007. IACHR Series C, No. 172.

Inter-American Court of Human Rights, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 29 March 2006. IACHR Series C, No. 146.

Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 August 2010. IACHR Series C, No. 214.

Inter-American Court of Human Rights, *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of 6 February 2006. IACHR Series C, No. 142.

Jueza Técnica del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior de Distrito Judicial de Tarija (Bolivia), Resolution No. 1/08 of 29 February 2008.

Supreme Court, Rol. No. 2211/2012, Decision of 27 April 2012 (Chile).

Supreme Court, Rol No. 11,299/2014, Decision of 7 October 2014 (Chile).

## Literature

Achtenberg, E., 'Morales Greenlights TIPNIS Road, Oil and Gas Extraction in Bolivia's National Parks', *NACLA*, 15 June 2015, <<https://nacla.org/blog/2015/06/15/morales-greenlights-tipnis-road-oil-and-gas-extraction-bolivia%E2%80%99s-national-parks>>.

AFP, 'El 7% de la población de Ecuador es indígena, según Cepal', *El Universo*, 22 September 2014, <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/22/nota/40198217-poblacion-ecuador-es-indigena-segun-cepal>>.

Alcala, D., *Indigenous Peoples Right to Property in International Law: A Look at Saramaka People v. Suriname*, *The Inter-American Court of Human Rights*, Selected Works (2009).

Alva Arévalo, A., 'El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú', *XIV Encuentro de Latinomaericanistas Españoles* (2010) 2600, <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00532576/document>>.

Alvarado, L. J., 'Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples's Human Rights in International Law: Lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua', 24 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2007) 609.

Ameller, V., Chávez, D., Fernando, A., Padilla, G., Mayén, G., Aparicio, L., Panay, J., and Aranda, M., *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*, (La Paz: Konrad Adenauer Stiftung Bolivia 2012).

Amiott, J. A., 'Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua', 32 *Environmental Law* (2002) 872.

Anaya, S. J., *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú 7 de julio de 2010* (2010) <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>>.

Anaya, S. J., 'Divergent Discourses About International Law, Indigenous Peoples, and Land Rights over Lands and Natural Resources: Towards a Realist Trend', 16 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (2005) 237.

Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: OUP 2004).

Anaya, S. J., 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issues of what Rights Indigenous Peoples have in Lands and Resources', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 7.

- Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York: Aspen 2009).
- Anaya, S. J. and Grossman, C., 'The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples', 19 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2001) 1.
- Anaya, S. J. and Williams, R. A., 'The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System', 14 *Harvard Human Rights Journal* (2001) 33.
- Anderson, P., *Free, Prior, and Informed Consent: Principles and Approaches for Policy and Project Development* (Bangkok: RECOFTC - The Center for People and Forests, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Sector Network Natural Resources and Rural Development - Asia, 2011).
- Ángel Saavedra, L., '¿Consulta o consentimiento previo?', *NA Informe Especial* (June 2011) 6.
- Antkowiak, T., 'A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples', 25 *Duke Journal of International and Comparative Law* (2014) 1.
- Antkowiak, T. M., 'Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court', 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2013) 113.
- Arango Olaya, M., *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, <<http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>>.
- Aylwin, J., 'Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT', Aylwin, J. and Tamburini, L. (eds.), *Convenio 169 de la OIT - Los Desafíos de su Implementación en América Latina a 25 Años de su Aprobación* (Copenhagen: IWGIA (no year provided)), <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0701\\_convenio169OIT2014.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0701_convenio169OIT2014.pdf)>, 46.
- Baluarte, D. V., 'Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America: The Inter-American Rights Regime and ILO Convention No. 169', 4 *Sustainable Development Law and Policy* (2004) 9.
- Bankes, N., 'International Human Rights Law and Natural Resources Projects within the Traditional Territories of Indigenous Peoples', 47 *Alberta Law Review* (2010) 457.
- Bederman, D. J., *Globalization and International Law* (New York: Palgrave Macmillan 2008).
- Berman, H. R., 'The International Labour Organization and Indigenous Peoples: Revision of ILO Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988', 41 *The Review (International Commission of Jurists)* (1988) 48.
- Boven, T., 'Human Rights and Rights of Peoples', 6 *European Journal of International Law* (1995) 461.
- Broadbent, N. D., *Lapps and Labyrinths: Saami Prehistory, Colonization and Cultural Resilience* (Washington D.C.: Smithsonian Institution Scholarly Press 2010).
- Burke, S., 'Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights', 20 *Minnesota Journal of International Law* (2011) 123.
- Cançado Trindade, A. A., *The Access of Individuals to International Justice* (Oxford: OUP 2011).
- Casey, N., 'Venezuelans Ransack Stores as Hunger Grips the Nation', *New York Times* 19 June 2016, <<http://www.nytimes.com/2016/06/20/world/americas/venezuelans-ransack-stores-as-hunger-stalks-crumbling-nation.html>>
- 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.
- Carozza, P. G., 'From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of Human Rights', 25 *Human Rights Quarterly* (2003) 281.
- Castagnino, V., *Minería de metales y derechos humanos en Guatemala: La mina Marlin en San Marcos* (Santander: Brigades de Paz Internacional 2006).
- Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la Comisión

Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Los pueblos indígenas en América Latina - Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago de Chile: CEPAL 2014), <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521\\_es.pdf?sequence](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence)>

Chown Oved, M., 'Canadian company tried to stop referendum on mine in Guatemala', *The Star*, 11 August 2016, <<https://www.thestar.com/news/world/2016/08/11/canadian-company-tried-to-stop-referendum-on-mine-in-guatemala.html>>.

Citroni, G. and Quintana Osuna, K. I., 'Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court', Lenzerini, F. (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives* (Oxford: OUP 2008) 317.

Clavero, B., 'The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies', *22 Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 41.

Colchester, M., *Free, Prior and Informed Consent: Making FPIC work for forests and peoples* (New Haven: The Forest Dialogue 2010).

Colchester, M. and Cariño, J., 'From Dams to Development Justice, Progress with 'Free, Prior and Informed Consent' since the World Commission on Dams', *3 Water Alternatives* (2010) 423.

Colchester, M. and Ferrari, M. F., *Making FPIC Work: Challenges and Prospects for Indigenous Peoples* (Moreton-in-Marsh: Forest Peoples Programme 2007).

Comisión Económica para América Latina, *La Discriminación Étnica y Racial en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: Cepal 2000) <<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/0/5550/P5550.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl>>.

Concejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Documento Informativo sobre Discriminación Racial en México* (Concejo Nacional para Prevenir la Discriminación: Mexico D. F. 2011).

Corntassel, J. J. and Primeau, T. H., 'Indigenous Sovereignty and International Law: Revised Strategies for Pursuing Self-Determination', *17 Human Rights Quarterly* (1995) 342.

Coyle, M., 'Power and the Recognition of Indigenous Land Rights', Engel, J. R., Westra, L. and Bosselmann, K. (eds.), *Democracy, Ecological Integrity and International Law* (Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2010) 141.

Cubillos, J. I. N., 'Los Derechos Humanos en las Etnias Indígenas en Colombia', *8 Prolegómenos. Derechos y Valores* (2005) 133, <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87616808.pdf>>.

Craide, S., '*Belo Monte aciona primeira turbina, em fase de teste*', *EBC Agência Brasil*, 17 February 2016, <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/belo-monte-aciona-primeira-turbina-em-fase-de-teste>>.

de Costa, R., 'Self-Determination and State Definitions of Indigenous Peoples', Woons, M. (ed.), *Restoring Indigenous Self-Determination - Theoretical and Practical Approaches* (Bristol: E-International Relations 2014) 18.

de la Peña, G., 'Social and Cultural Policies Toward Indigenous Peoples: Perspectives from Latin America', *34 Annual Review of Anthropology* (2005) 717.

de Vitoria, F., 'De indis', Brown Scott, J. (ed.), *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (Oxford: Clarendon Press 1934, reprint 2008).

Diez, A., *La consulta previa y su aplicación en el Perú*, <<http://propuestaciudadana.org.pe/red/red/La%20Consulta%20Previa%20y%20su%20aplicaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA.pdf>>.

DPLf Due Process of Law Foundation / Oxfam, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington D.C.: DPLf / Oxfam 2015), <[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)>.

Douglas, R. B. and Douglas, E. T. K., 'The Rights of the Indigenous Child: Reconciling the United Nations Convention on the Rights of the Child and the (Draft) Declaration on the Rights of Indigenous People with Early Education Policies for Indigenous Children', *3 International Journal of Children's Rights* (1995) 197.



Doyle, C., 'Indigenous peoples and the Millennium Development Goals - 'sacrificial lambs' or equal beneficiaries?', 13 *International Journal of Human Rights* (2009) 44.

Eide, A., 'International Cooperation for Group Accommodation through Minority Protection: A Review of Standard Setting and Institution Building at Regional and Global Levels', 13 *International Journal on Minority and Group Rights* (2006) 153.

Eide, A., 'Legal and normative bases for Saami claims to land in the Nordic', 8 *International Journal on Minority and Group Rights* (2001) 127.

Environmental Justice Atlas, *Proyecto Minero El Escobal, Guatemala*, 19 November 2015, <<https://ejatlas.org/conflict/el-escobal>>.

Erueti, A., 'The Demarcation of Indigenous Peoples' Traditional Lands: Comparing Domestic Principles of Demarcation with Emerging Principles of International Law', 23 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005-2006) 543.

FIDH and APDHB, *Bolivia: Informe de Verificación de la Consulta Realizada en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure* (2013) <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/bolivia609esp2013.pdf>>.

FIDH and APDHB, *Consulta en el TIPNIS no se adecuó a estándares internacionales*, <<http://www.cambioclimatico.org.bo/leyes/052013/020513.pdf>>.

Gamboa Montejano, C. and Gutiérrez Sánchez, M., "*Derechos Indígenas*" - *Estudio de Derecho Comparado a Nivel Interno y Externo, Datos Estadísticos y Opiniones Especializadas. (Segunda Parte)*, (Mexico D.F.: Camara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior 2008), <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-15-08.pdf>>.

Garcia Perez, A., *El síndrome del perro del hortelano* (2007), <<http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/26539211-Alan-Garcia-Perez-y-el-perro-del-hortelano.pdf>>.

Garcia-Sayán, D., 'The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America', 89 *Texas Law Review* (2011) 1835.

Gill, S., 'Colombia peasant protests shut down roads, spur violent police response', *Colombia Reports*, 1 June 2016, <<http://colombiareports.com/colombia-peasant-protests-shut-roads-spur-violent-police-response/>>.

Goldcorp, *Goldcorp announces closing of secondary offering of shares of Tahoe Resources*, 30 June 2015, <<http://www.goldcorp.com/English/Investor-Resources/News/News-Details/2015/Goldcorp-announces-closing-of-secondary-offering-of-shares-of-Tahoe-Resources/default.aspx>>.

Govan, H., *Co-management of natural resources in Central America: The road to "equitable distribution of the benefits of biodiversity" or another empty discourse of the technical elite?*, <[cmsdata.iucn.org/downloads/cca\\_hgovan.pdf](https://cmsdata.iucn.org/downloads/cca_hgovan.pdf)> (2003).

Greer, M. A., 'Foreigners in their own Land: Cultural Land and Transnational Corporations - Emergent International Rights and Wrongs', 38 *Virginia Journal of International Law* (1998) 359.

Griffiths, T., 'Indigenous peoples, land tenure and land policy in Latin America', *Land Reform* 2004/1, 46, <<http://www.fao.org/docrep/007/y5407t/y5407t0a.htm>>.

Grote, R., 'The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America', in: 59 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law* (1999) 497.

Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú - Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del reglamento* (Lima: DAR 2012)

Haas, M., *International Human Rights - A Comprehensive Introduction* (Abingdon: Routledge 2009).

Hale, C. R., 'Activist Research v. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology', 21 *Cultural Anthropology* (2006) 96.

Hall, G. and Patrinos, H. A., *Indigenous Peoples, Poverty and Human Development in Latin America: 1994-2004* (Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012).

Hannum, H., 'The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System', Harris, D. J. and Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* (Oxford: Clarendon Press 1998) 323.

Heinämäki, L., 'The Nordic Saami Convention: The Right of a People to Control Issues of Importance to Them', Bankes, N. and Koivurova, T. (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention - National and International Dimensions of Indigenous Property Rights* (Oxford: Hart 2013) 125.

Hopenhayn, M. and Bello, A., *Tendencias generales, prioridades y obstáculos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. América latina y el caribe* (Santiago de Chile: Representante de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2000).

Hopkins, J., 'The Inter-American System and the Rights of Indigenous Peoples: Human Rights and the Realist Model', Richardson, B. J., Imai, S. and McNeil, K., (ed.), *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives* (Oxford: Hart 2009) 135.

Ibáñez Sánchez, M., 'La legislación internacional sobre pueblos indígenas en el ordenamiento territorial y planes de desarrollo económico', 19 *Investigaciones Sociales* (2015) 63.

International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, *Indigenous Latin-America in the Twenty-First Century - The First Decade* (Washington: The World Bank 2015).

International Labour Organization, *ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169): A Manual* (Geneva: ILO 2003).

Jorns, C. J., 'Indigenous Peoples and Self-Determination: Challenging State Sovereignty', 24 *Case Western Journal of International Law* (1992) 199.

ILO, *El Convenio 169 de la OIT: pueblos indígenas e inclusión social*, 11 September 2011, <[http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/direcci%C3%B3n-regional/WCMS\\_178820/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/direcci%C3%B3n-regional/WCMS_178820/lang--es/index.htm)>.

Jpsen, K., *Völkerrecht* (Munich: C.H. Beck 2004).

Isbell, B. J., *Para defendernos - Ecología y ritual en un pueblo andino* (Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas 2005).

IWGIA, *Nicaragua* <[http://www.iwgia.org/images/stories/sections/regions/latin-america/documents/IW2016/Nicaragua\\_IW2016\\_web\\_redu.pdf](http://www.iwgia.org/images/stories/sections/regions/latin-america/documents/IW2016/Nicaragua_IW2016_web_redu.pdf)>.

Jilamita Murillo, L. J. and Soto Quiroz, V. G., *Los ayllus en el actual departamento de Potosí: Una aproximación a la comprensión de su historia y situación contemporánea*, (Potosí: Soluciones Prácticas 2005).

Joonas, T., *ILO Convention No. 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, (Rovaniemi: Lapland University Press 2012).

Joonas, T., 'The Political Recognition and Ratification of ILO Convention No. 169 in Finland, with Some Comparison to Sweden and Norway', 23 *Nordic Journal of Human Rights* (2005) 245.

Joyner, C. C., *International Law in the 21st Century - Rules for Global Governance* (Lanham: Rowman & Littlefield 2005).

Kearns, R., 'Indigenous Colombian Authorities Arrest and Sentence FARC Guerrillas', *Indian Country*, 7 May 2013, <<http://indiancountrytodaymedianetwork.com/2013/05/07/indigenous-colombian-authorities-arrest-and-sentence-farc-guerrillas-149228>>.

Kirchner, S., 'Crimea's Declaration of Independence and the Subsequent Annexation by Russia Under International Law', *Gonzaga Journal of International Law* (2015), <<https://www.law.gonzaga.edu/gjil/2015/01/crimea-declaration-of-independence-and-the-subsequent-annexation-by-russia-under-international-law/>>.

Koivurova, T., *Introduction to International Environmental Law* (Abingdon: Routledge 2014).

Kuppe, R., 'Indianische Rechte und Partizipation im Rahmen der Verwirklichung eines plurikulturellen und multiethnischen Staates', 17-18 *Indiana* (2001) 105.

Lanegra, I., '¿Cómo decide el Gobierno quién es indígena y quién no?', *OjoPúblico*, 15 April 2015, <<https://ojo-publico.com/46/como-decide-el-gobierno-quien-es-indigena-y-quien-no>>.

La Rosa Calle, J., 'El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Perú según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional', 39 *Derecho & Sociedad* (2012) 196.

La Rosa Calle, J., *La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo*, 29 June 2016, <<https://www.servindi.org/actualidad-opinion/29/06/2016/y-como-estamos-en-consulta-previa-legislativa>>.

Lavaud, J.-P. and Lestage, F., 'Les redéfinitions de l'indianité - Historique, réseaux, discours, effets pervers', *Esprit* (2006/1) 42.

Madariaga Cuneo, I., 'The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 53.

Marcus, D., 'Famine Crimes in International Law', 97 *American Journal of International Law* (2003) 245.

Mato, D., 'Transnational Networking and the Social Production of Representations of Identities by Indigenous Peoples' Organizations of Latin America', 15 *International Sociology* (2000) 343.

Mayen, G., Erazo, D. and Lanegra, I., *El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental 2014).

McGee, B., 'The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development', 27 *Berkeley Journal of International Law* (2009) 570.

Milagros Salazar, M., 'Entre vaivenes avanza primera consulta a los indígenas de Perú', *IPS Noticias*, 9 February 2013, <<http://www.ipsnoticias.net/2013/02/entre-vaivenes-avanza-primer-consulta-a-los-indigenas-de-peru/>>.

O'Diana Rocca, R. and Vega Diaz, I., *¿Cómo va la Aplicación de la Consulta Previa en el Perú?: Avances y Retos* (Lima: CAAP 2014).

Oliart, P., *El Estado peruano y las políticas sociales dirigidas a los pueblos indígenas en la década de los 90* (no year provided), <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/clarpo/overviews/perusocpolpuebbind.pdf>>.

Organización Internacional del Trabajo (ILO), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio Núm 169 de la OIT*, Programa Para Promover El Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169) (Geneva: ILO 2009).

Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú, *Estado peruano debe incluir preguntas de autoidentificación en el Censo del 2017*, 23 June 2015, <<http://www.onamiap.org/2015/06/estado-peruano-debe-incluir-preguntas.html>>.

Páez, A., 'Los orígenes del conflicto con los indígenas amazónicos - La ley de la selva y el perro del hortelano', *Clarín*, 12 June 2009, <<http://edant.clarin.com/diario/2009/06/12/elmundo/i-01937331.htm>>.

Pahuja, S., 'The Postcoloniality of International Law', Silverburg, S. R. (ed.), *International Law - Contemporary Issues and Future Developments* (Boulder: Westview Press 2011) 553.

Pasqualucci, J. M., 'International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 27 *Wisconsin International Law Journal* (2009) 51.

Patton, P., 'Philosophical justifications for Indigenous rights', Lennox, C. and Short, D. (eds.), *Handbook of Indigenous Peoples' Rights* (London: Routledge 2016) 13.

Pichunman Cortés, M., *Discriminación laboral por condición Étnica: una revisión de la literatura* (Santiago de Chile: Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad 2007).

Poole, D., 'Mestizaje as ethical disposition: indigenous rights in the neoliberal state', 11 *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* (2016) 287.

- Portalewska, A., 'Free, Prior and Informed Consent: Protecting Indigenous Peoples' rights to self-determination, participation, and decision-making', 36 *Cultural Survival Quarterly* (2012), <<http://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/free-prior-and-informed-consent-protecting-indigenous>>.
- Post, C., 'Harsh winter kills over 100 throughout southern Peru', *Peru Reports*, 22 July 2016, <<http://perureports.com/2016/07/22/harsh-winter-kills-100-throughout-southern-peru/>>.
- Premauer, J. M., *Conservation, and Governance: Indigenous Peoples - National Parks Collaboration in Makuira, Colombia* (Winnipeg: University of Manitoba 2013), <[https://umanitoba.ca/institutes/natural\\_resources/canadaresearchchair/thesis/PhD%20Thesis%20Premauer%202012.pdf](https://umanitoba.ca/institutes/natural_resources/canadaresearchchair/thesis/PhD%20Thesis%20Premauer%202012.pdf)>.
- Premauer, J. M. and Berkes F., 'A Pluralistic Approach to Protected Area Governance: Indigenous Peoples and Makuira National Park, Colombia', 4:4 *Ethnobiology and Conservation* (2015) 1.
- Redgwell, C., 'International Environmental Law', Evans, M. D. (ed.), *International Law* (Oxford: OUP 2010) 687.
- Reuters, 'Peruvian tribe takes government officials hostage over oil spill', *The Guardian*, 7 March 2016, <<https://www.theguardian.com/world/2016/mar/07/peruvian-tribe-takes-government-officials-hostage-over-oil-spill>>.
- Rivadeneyr, A. A., *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas: Apuntes sobre su Tratamiento en el Derecho Comparado y Nacional* (2010), <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2010/Articulos\\_estudiantiles/12-2010\\_articulo\\_derecho\\_a\\_la\\_consulta\\_previa\\_26.12.10.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2010/Articulos_estudiantiles/12-2010_articulo_derecho_a_la_consulta_previa_26.12.10.pdf)>.
- Rodríguez-Garavito, C., 'Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields', 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2011) 263.
- Roldán Ortega, R., *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America* (Washington: The World Bank 2004).
- Rombouts, S. J., *Having a Say - Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent* (Oisterwijk: Wolf 2014).
- Salmon G., E., 'The Struggle for Laws of Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples', 22 *Pacific Rim Law & Policy Journal* (2013) 353.
- Schneider, K., 'Nicaragua Canal Environmental Assessment Criticized As Scientifically Weak, Technically Inadequate', *Circle of Blue Water News*, 5 June 2015, <<http://www.circleofblue.org/2015/world/nicaragua-canal-environmental-assessment-criticized-as-scientifically-weak-technically-inadequate/>>.
- Sissons, J., *First Peoples: Indigenous Cultures and Their Futures* (London: Reaktion Books 2005).
- Smith, R. K. M., *Textbook on International Human Rights* (Oxford: OUP 2014).
- Spiry, E., 'From "Self-Determination" to a Right to "Self-Development" for Indigenous Groups', 38 *German Yearbook of International Law* (1995) 129.
- Stephens, C., 'Indigenous peoples' health—why are they behind everyone, everywhere?', 366 *The Lancet* (2005) 10.
- Survival International, *La Muerte en la Curva del Diablo el relato de testigos presenciales* <[http://assets.survival-international.org/documents/44/Informe\\_Bagua.pdf](http://assets.survival-international.org/documents/44/Informe_Bagua.pdf)>.
- Teitelbaum, M. S., and Winter, J., *Une bombe à retardement ? Migrations, fécondité, identité nationale à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle* (Paris: Calman-Levy 2001).
- Thornberry, P., 'Who is Indigenous?', Horn, F. (ed.), *Economic, Social and Cultural rights of the Sámi, International and National Aspects* (Rovaniemi: Northern Institute for Environmental and Minority Law 1988) 1.
- Trejo, K., 'Indígenas sin derecho a la consulta', *NA Informe Especial* (June 2011) 15.
- Tomaselli, A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation - International Law Standards and their Application in Latin America* (Baden-Baden: Nomos 2016).

United Nations, *Cuadro Comparativo entre el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas*, (Panamá: United Nations 2008) <<http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/CUADRO-COMPARATIVO-ENTRE-en-el-convenio-169.pdf>>.

van Genugten, W. J. M. and Perez-Bustillo, C., 'The Emerging International Architecture of Indigenous Rights: The Interaction Between Global, Regional and National Dimensions', 11 *International Journal on Minority and Group Rights* (2004) 379.

Watson, I., 'One Indigenous Perspective on Human Rights', Garhawe, S., Kelle, L. and Fisher, W. (eds.), *Indigenous Human Rights* (Sydney: Sydney Institute of Criminology 2001) 21.

Westra, L., *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples - International and Domestic Legal Perspectives* (Abingdon: Earthscan 2008).

Willem, L., *Mining and Indigenous Peoples in Guatemala: The Local Relevance of Human Rights* (Gent: University of Gent 2010).

Xanthaki, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards - Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge: CUP 2007, paperback edition 2010).

Yashar, D. J., 'Contesting Citizenship: Indigenous Movements and Democracy in Latin America', 31 *Comparative Politics* (1998) 23.

## Other Sources

VII Encuentro Internacional de Estadísticas de Género en el Marco de las Metas del Milenio Aguascalientes, México, 19 al 21 de Septiembre del 2006, <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/eventos/VIIgenero/default.asp?c=1745>>.

Badinter Arbitration Committee, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples, Appendix: Opinions of the Arbitration Committee* <<http://www.federalismi.it/document/27062006034112.pdf>>.

Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 11*, UN Doc. CRC/C/GC/11, 12 February 2009.

Convention on Biological Diversity, Ad hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and related Provisions of the Convention on biological Diversity, Fourth meeting, Grenada, 23-27 January 2006, UN Doc. UNEP/CBD/WG8J/4/2, 1 December 2005, <<https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-04/official/wg8j-04-02-en.doc>>.

*Declaration of principles adopted at the Fourth General Assembly of the World Council of Indigenous Peoples in Panama*, September 1984.

Human Rights Council, *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage*, Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 19 August 2015, U.N. Doc. A/HRC/30/53

ILO, *Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*, <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)>.

Note (Informe) N° 001-2014-DP/AMASPPI-PPI of 30 April 2013 from the Defensoría del Pueblo (N° 0188-2014-DP) to the Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

Perú, Ministerio del Ambiente, *Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios*, <[http://legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=827:derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-u-originarios&catid=32:cap-2&Itemid=5322](http://legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=827:derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-u-originarios&catid=32:cap-2&Itemid=5322)>.

Perú, Ministerio de Cultura, *Procedimiento para la Consulta Previa*, <<http://bdpi.cultura.gob.pe/procedimiento-para-la-consulta-previa>>.

The Association of Indigenous Village Leaders in Suriname, The Association of Saramaka Authorities and the Forest Peoples Programme, *A Report on the Situation of Indigenous and Tribal Peoples in Suriname and Comments on Suriname's 13th - 15th Periodic Reports (CERD/C/SUR/13-15)*, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 87th Session (2015), <<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2015/07/suriname-shadow-2015-final.pdf>>.

UNICEF, *Los pueblos indígenas en América Latina*, <[https://www.unicef.org/lac/pueblos\\_indigenas.pdf](https://www.unicef.org/lac/pueblos_indigenas.pdf)>.

United Nations General Assembly, Human Rights Council, *Joint written statement submitted by France Libertés: Fondation Danielle Mitterrand, American Association of Jurists, Cultural Survival, Emmaus International Association, Netherlands Centre for Indigenous Peoples (NCIV), Stichting Forest Peoples Programme, nongovernmental organizations in special consultative status, Indian Council of South America (CISA), Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples, nongovernmental organizations on the roster*, UN Doc. A/HRC/29/NGO/24, 4 June 2015, <[http://www.france-libertes.org/IMG/pdf/right\\_to\\_free\\_prior\\_and\\_informed\\_consent\\_-\\_brazilian\\_amazon.pdf](http://www.france-libertes.org/IMG/pdf/right_to_free_prior_and_informed_consent_-_brazilian_amazon.pdf)>.

United Nations General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Addendum. Measures needed to secure indigenous and tribal peoples' land and related rights in Suriname*, UN Doc. A/HRC/18/35/Add.7, 18 August 2011, <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add7\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add7_en.pdf)>.

United Nations, General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Victoria Tauli-Corpuz. Addendum. The situation of indigenous peoples in Paraguay*, UN Doc. A/HRC/30/41/Add.1, 13 August 2015.

# 14. CONCLUSIONS FROM THE COMPARATIVE PART – Lessons to Be Learned

Christina Allard, Leena Heinämäki and Stefan Kirchner

## 1. General comments

This chapter is addressing both general comparative comments and important points from each jurisdiction that we find relevant for Finland. In the end, there is a condensed summary of main points or lessons to be learned.

First of all, there is ‘no size fits all’-solution when it comes to the recognition of Indigenous rights. One always has to be mindful of the state-specific context. Through the comparative text above we have revealed the multitude of ways that a country may address and solve Indigenous issues legally. Each state has its own way of dealing and solving past and present conflicts over territorial rights, power and autonomy between the Indigenous groups and the state, owing to a certain path dependency in law.<sup>1</sup> Comparatively speaking, the national laws related to Indigenous peoples are diverse and cause several internal problems given the unique context of each legal system and legal culture. The level of ambition for each state is also a crucial fact to take into consideration when contrasting the countries.

Then again, a legal system does not exist in a vacuum and there are always, to a greater or lesser extent, transnational and international influences on the law and the legal system. Today, there is a transparency especially between the supreme courts in states with respect to the recognition of Indigenous rights, particularly visible among the modern common law countries such as Canada, Aotearoa New Zealand and Australia where they refer to each other’s landmark cases in reaching their decisions. A similar trend might develop in the Nordic countries. In solving the Swedish Nordmaling case (NJA 2011 s. 109) concerning the right to reindeer herding, the courts were inspired by the Norwegian Selbu case (Rt. 2001 s. 769). Although only the Court of Appeal explicitly referred to the Selbu case, the Swedish Supreme Court clearly was inspired by the Norwegian case in its reasoning and conclusions. We might see more of that in the future while increasingly Sámi rights claims are being pursued through national and international courts.

In the Latin American countries courts are also a driving force for solving grievances. A central procedural instrument on the national level is the ‘*amparo* proceedings’, a complaint mechanism which allow a plaintiff to sue the state over violations of their rights. The international human rights’ influence is in particular evident via the Inter-American Court of Human Rights, which through its case law strive for fuller realisation of Indigenous rights. Essential here is the acknowledgment of the legal concept *vida digna*, a dignified life, revealing that the the Inter-American Court also has the welfare and rights of individuals in mind. However, a key problem concerning Indigenous rights on the domestic level is the absence of a political will to actually enforce the law, especially evident with respect to land rights. Hence, there is an extensive gap between laws on paper and law in practice among the Latin American countries. This gap is not an accentuated problem among the Nordic countries or the modern common law jurisdictions studied here.

---

<sup>1</sup> ‘New’ legal solutions are seldom totally new since they commonly are built on the existing ones. One example of this is the establishment of a commission and special court in Finnmark, under the Finnmark Act 2005 in Norway, to solve rights’ claims to the land. This is how unclear rights to lands have been solved traditionally in Norway.

A common denominator for the common law based jurisdictions with respect to solving Indigenous rights issues is, first of all, that the courts play a significant role in recognising and upholding Indigenous rights and interests. It is not surprising though that case law plays a much more central role given the structure of such legal systems. In matters where legislature fails to recognise or enforce Indigenous rights there is an easier access to have the matter solved by courts, which also have a larger autonomy vis-à-vis the legislative and executive powers. Especially the supreme courts have a strong law-making function that we don't generally see among the Nordic countries, with the exception of the Norwegian Supreme Court. In general the constitutions are also stronger, especially so in Canada.

A second common denominator is that the common law based jurisdictions use negotiation processes resulting in so called modern treaties between the Crown and Indigenous groups. Commonly a settlement includes a public excuse and cultural and financial redress. Later those agreements (deeds of settlement) are turned into binding legislation to put effect behind what has been settled. Such treaty negotiations are not an instrument that Finland and the other Nordic countries have experience of, but may be well worth considering. Historical treaties have been used as a tool to shape the relationship between the original inhabitants and the newcomers, and are thus part of the path dependency of these common law countries.

With respect to treaty negotiations, consultations and other interaction with Indigenous communities there is a strong notion of partnership. This is a third general denominator for the common law countries. The Indigenous people are not viewed as merely a minority in this sense but as an autonomous partner, as a people, although fiduciary obligations<sup>2</sup> for the state apply with respect to dealings with the Indigenous peoples. Extensive consultations and the notion of partnership have led new, sometimes unique, legal inventions to solve contentious issues relating to land rights and management of areas and natural resources. This notion of partnership has some resonance in the Norwegian Sámi policy, emphasising that Norway is founded on the territory of two peoples: the Norwegians and the Sámi as well as the aim with the consultation agreements in reaching consensus and the development of a partnership like relationship.

A fourth common denominator is the fact that, so far, the development of Indigenous rights has evolved internally. Canada and Aotearoa New Zealand (and Australia) have not relied on International legal standards to a large extent,<sup>3</sup> although especially Canadian courts increasingly seem to emphasise articles in the UNDRIP as part of their reasoning. With the adoption of the Declaration is likely that the standards enunciate as universally accepted and will increasingly influence Indigenous rights worldwide and further internationalisation of such rights. For the Nordic countries, international law, especially in the field of human rights, are essential for the development of the domestic laws on Sámi issues. For instance, the state's consultation duty has in Norway been related to the ILO Convention No 169 in particular but also to other international standards; in Canada this duty is a basic constitutional right, and in Aotearoa New Zealand it flows from the Waitangi Treaty of 1840. In Latin American countries international law plays also an important role for the protection of Indigenous rights, and the Inter-American Court of Human Right helps to clarify the interpretation of the ILO Convention No. 169, particularly related to land-use and consultation.

Here the concept of free, prior and informed consent (FPIC) is particularly evolved in the practice of the Inter-American Court, reflected also in many national laws of Latin American countries. Embedded in the consultation rights, the Inter-American Court endorses cultural and environmental impact assessment and benefit-sharing and compensation in order to safeguard

---

<sup>2</sup> The concept emphasise that the state need to hold a high standard of honour and respect when dealing with the Indigenous peoples.

<sup>3</sup> Note that Aotearoa New Zealand, Australia, Canada and USA voted against the UNDRIP, but later endorsed it.



Indigenous peoples land rights. The way the Inter-American Court protects the rights of Indigenous peoples has some similarities to recent suggestions of the government of Finland to include a cultural impact assessment and a prohibition to weaken Sámi culture in the Metsähallitus Act.<sup>4</sup>

## 2. Defining Indigenousness

The question of who is to be regarded as Indigenous is one of the trickiest questions within the Indigenous rights' discourse. It is evident also with respect to our comparative study here, perhaps with the general exception of Aotearoa New Zealand. Māori themselves have a very broad take on who is to be regarded as Māori, i.e. any children with Māori ancestry are 'grandchildren' of the tribe. The statutory definition in the Electoral Act is also reflective of this. Hence, it is the Māori's own decision to include all those who can prove a link to a specific tribe (*iwi*), not the government that decides this against the will of the Māori.

In Canada, Indigenous identity is still a problematic and contentious issue. The state's statutory definition of 'Indians', and amendments of that definition, have caused longstanding controversy and non-foreseeable effects on the local level. The fact that there has been no definition of Métis has caused other problems which are far from solved in contemporary Canada. In particular two cases from the Supreme Court of Canada have caused uproar related to how wide the definition of Métis should be. There is no consensus and newer Métis organisations claim that self-identification (without group-acceptance and a connection to a historical land area) should be enough, whereas traditional Métis groups emphasise also the right of the Indigenous groups to define its membership rules. The Supreme Court of Canada endorses both self-identification and group acceptance with respect to exercising Métis territorial rights, such as hunting.

In Latin American countries, the issue of Indigenous identity is somewhat different, where discrimination is the key feature of Indigenous reality and there is a significant pressure to assimilate and to become part of mainstream society, especially in urban regions. Practically everywhere in Latin America, states use censuses to determine who consider themselves Indigenous. In many of the Latin American countries, the self-identification has been drawn from the ILO Convention No 169. With regard to the question as to who is Indigenous, Article 1(2) of the Convention concerns the self-identification of communities as Indigenous or tribal. The self-identification of individuals as members of an Indigenous community is not based directly on this norm but is a derivative of the self-identification of communities as Indigenous or tribal. Individual self-definition as a member of an Indigenous community therefore necessarily requires the prior self-identification of the community in question as Indigenous. On practical level, Indigenous groups have their own internal membership rules. Since being Indigenous does not usually establish special rights on the individual level, the issue of individual self-identification vs. group acceptance has not become any major issue in Latin America.

Among the Nordic countries the Sámi definition is tied to the right to vote to the Sámi parliament. In Norway and Sweden the provision is very similar, based on self-identification and *domestic* language (not first language), and so is the interpretation and application of the provision. In essence, the Sámi parliaments trust the personal statements in the applications, and later the Sámi electoral register is publicly displayed before each election and is open for appeal. The courts are, however, not involved in determining who is Sámi. Moreover, this statutory definition does not exclude other persons of being considered Sámi by the Norwegian or Swedish states or other Sámi groups, even if that number is uncertain.

---

<sup>4</sup> The removal of these provisions from the Act has caused several human rights monitoring bodies to criticize Finland for its failure to guarantee Sámi rights on appropriate level.

What we could conclude with is that, generally speaking, there should be accord between the Indigenous and state's view of who is Indigenous, and in case of inconsistency the former should prevail as part of the self-determination of the Indigenous people. The matter is of course complicated if there is conflicting opinions, for instance within the Sámi society, of who is regarded as Sámi. With respect to the Sámi and being one people across four states, it is desirable to have a common understanding, at least with respect to the criteria of eligibility to vote in Sámi parliament elections. Using the current Norwegian definition, being the widest, as a common ground would be desirable.<sup>5</sup> However, it is not just the legal text that is crucial, but also its application.

### 3. Territorial rights

Land and resources are the material resource base for Indigenous cultures and thus essential to indigenous peoples throughout the world. Indigenous peoples commonly reside in remote areas rich of resources, and therefore territorial rights, i.e. rights to own or to use land and natural resources, are complicated for states, as seen also from all countries included into this comparative study. States use however different strategies to solve these (longstanding) issues. These strategies range from total neglect, normal court proceedings to the establishment of specific procedures, such as negotiation processes with specific Indigenous communities in the common law jurisdictions and the establishment of the Finnmark Commission and the Uncultivated Land Tribunal for Finnmark in northern Norway. In Latin America, several cases on land rights have been brought before the Inter-American Court of Human Rights, which has interpreted also the ILO Convention No 169.

The recognition of ownership to lands is rarely accepted by domestic courts. Both the Canadian *Tsilhqot'in* case (2014) and Norwegian Svartskogen case (2001) are milestones in this respect upholding communal ownership. But through negotiated (land claims) agreement between (common law) states and Indigenous communities, a way forward has been settled, maybe not perfect but at least a solution both parties can live with. What has been an important aspect from the part of Indigenous communities is to secure the tribe's future assets, its access to and control of certain traditional lands and resources, commonly also forming co-management arrangements with conservation agencies.

The recognition and protection of territorial rights cannot be viewed in isolation but coincide with strong consultation requirements and the protection of Indigenous culture. Ideally there should be established special processes, which are fair, open and accessible in terms of costs, where Sámi (and local) claims on territorial rights can be solved. Aotearoa New Zealand has its Waitangi Tribunal and Norway the rights' clarification system established under the Finnmark Act, which is suggested to be extended to Troms and Nordland counties by the Sámi Rights Commission II.

### 4. Participatory rights (State's duty to consult)

Consultation and participation are understood to form the cornerstone of the ILO Convention No. 169, and the basis for applying other articles. Participatory rights are also strongly promoted in the UNDRIP,<sup>6</sup> including the right to self-determination. Also other human rights treaties establish strong participatory rights for Indigenous peoples, as has been shown in

<sup>5</sup> In the process of writing the draft Nordic Sámi Convention the question of the Sámi definition was one of the most discussed issues (cf. personal statements from members of the committee, e.g. Kirsti Strøm Bull, Malin Brännström and Susann F Skogvang).

<sup>6</sup> The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

this report. For the Nordic countries, these international standards are important with respect to consultation with the Sámi/Sámi parliaments. Within common law states the state's duty to consult is understood as part of internal law, as explained above. Yet, both Canada and Aotearoa New Zealand has recognised strong consultation rights that come close to or may sometimes even go beyond the requirement of FPIC, as interpreted by the majority of states.

In Canada, there is also a correlation between land rights and the obligation to consult Indigenous communities. It could be summarised as the stronger the claim to land, the broader consultation required.<sup>7</sup> This duty entails also to accommodating the interests of the tribe where there is a potentially adverse effect upon the right or title claimed. In Aotearoa New Zealand consultations with Māori and Māori communities are seen as an integral part in the way decision-making is construed.

Hence, we understand strong consultation rights as crucial, and are one of the major aspects of what could be understood as self-determination. Since the traditional Sámi territory overlap with the majority of each state's protected areas, such as national parks, consultation concerning conservation aims is equally crucial. Prominent examples of new ways to manage such areas are the Laponian area in Sweden and the Te Urewera in Aotearoa New Zealand. Both innovative management systems were owing to longstanding consultations and appreciation of Indigenous culture and knowledge. Norway has in 2010 implemented an entirely new management structure for sizable protected areas, with emphasis on local participation and Sámi representation in traditional Sámi areas. Like Aotearoa New Zealand, Canada has a long tradition of establishing co-management arrangement with Indigenous communities, commonly as a result of modern land claims agreements. One example example of best practices for co-management is the World Heritage site SGang Gwaay in British Columbia, home to the Haida Nation. In Latin America, co-management schemes, like in the Alto-Fragua Indiwasi National Park in Colombia, are built on the recognition of limited territorial self-governance of Indigenous peoples by the state.

These management and co-management regimes show that it is possible to find a coherent solution to protect the territorial rights of Indigenous peoples in contemporary states where Indigenous peoples are not exclusively using or owning their traditional lands. Finland has been the first state to implement the voluntary Akwé:Kon Guidelines related to the biodiversity convention. These guidelines could be used as a basis to create a more systematic co-management model where all parties could benefit from increased co-operation and co-production of knowledge.

## 5. Concluding comments – lessons to learn

With respect to our comparative research, a few things stand out as 'success tools'. First, the notion of a *true partnership* between the state and its Indigenous people is vital and in fact 'spill over' on all other areas where Indigenous interests and rights are at stake. Without the perception of partnership with the Sámi (esp. the Sámi parliaments) consultation cannot become meaningful. This applies generally, to conservation areas and industrial development within traditional Sámi areas, i.e. mining, wind mills, forestry, etc. So, secondly, through *recurrent consultations*, with the aim of reaching consensus, much can be earned for both partners. An indirect gain from consultations is that Sámi world-views, customs and traditional knowledge become more explicit for the state party. Increased knowledge of Sámi culture and worldviews by the state officials helps to solve many challenging issues, such as cultural impact assessment related to land-use projects in Sápmi.

---

<sup>7</sup> Includes also a *prima facie* right, i.e. claims not yet fully tested before courts.

Thirdly, a *specific system* set in place for solving land rights issues is beneficial and just for the Indigenous people, since the problems are the result of historical decisions, policies and scientific trends, e.g. ideas that Sámi was an inferior race and could not acquire land rights through nomadic or semi-nomadic uses. In one way or another, all countries studied here have established some means to specifically address claims on territorial rights (with the exception of Sweden)<sup>8</sup> whether it be via treaty negotiations (Canada/New Zealand), a quasi-judicial tribunal (New Zealand), an investigating commission (Norway) or via the Inter-American Court of Human Rights (Latin America). Finland could consider establishing a mechanism to solve similar kinds of claims, including territorial rights' claims. At minimum, judges should be educated on the culture and rights of the Sámi, including the current interpretation of old property law doctrines in Norway and Sweden in Sámi cases and a proper interpretation of international treaties such as the ILO Convention No 169.

Lastly, even if a ratification of the ILO Convention No 169 does not mean that a state cannot have a progressive development with respect to Indigenous rights, a ratification of Indigenous rights treaties (ILO 169 and/or the Nordic Sámi Convention) is important in a Nordic setting. In the Nordic countries international law generally, and international human rights law in particular, are important. However, Finland usually requires comprehensive changes in domestic law prior to the adoption of an international treaty in order to ensure complete compliance the moment the treaty enters into force for Finland. As the Norwegian example shows, the implementation of the ILO Convention No 169 is a step-by-step process involving complex issues. In Norway, too, this process has not yet been concluded and is ongoing.

While writing this report, the Nordic states have just completed the negotiations of the Nordic Sámi Convention. The current draft is not available to the public so it can not be commented here. However, what is crucially important in this instrument is the recognition of Sámi as one Indigenous people despite the national borders of the Nordic states. Hence, this instrument has not only practical but also symbolical value in strengthening Sámi culture in the Nordic countries. It also has the potential to substantially improve the relationship of Sámi people and the states with the idea of equality and partnership built in the Convention, including a potential harmonisation of the national Sámi laws in the three countries.

---

<sup>8</sup> The European Court of Human Rights has not so far substantially addressed Sámi territorial rights.

# 15. KESKEISIMMÄT JOHTOPÄÄTÖKSET JA SUOSITUKSET

Leena Heinämäki, Christina Allard & Stefan Kirchner

## 1. Saamelaisten maankäyttöön ja -hallintaan liittyvät oikeudet

Julkisen vallan, eli lainsäätäjän ja viranomaisten, on perustuslain 22 §:n mukaan turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Saamelaiset ovat Suomen perustuslain 17.3 §:ssä määritelty alkuperäiskansaksi. Tämä tarkoittaa, että heidän oikeutensa on myös turvattava nimenomaan alkuperäiskansana eikä pelkästään esimerkiksi kielivähemmistönä tai yksilöinä. Perustuslain 121.4 §:n mukainen saamelaisten kielellinen ja kulttuurinen itsehallinto on luettava yhdessä kansainvälisistä ihmis- ja alkuperäiskansaoikeuksista kumpuavien oikeuksien ja periaatteiden kanssa.

Kuten aiemmin on jo todettu, perustuslakivaliokunta on korostanut yhtenäisen perus- ja ihmisoikeusajattelun merkitystä ja pitänyt tärkeänä, että Suomen kansainvälinen ihmisoikeuspolitiikka ja kansallinen perus- ja ihmisoikeuspolitiikka tukevat toisiaan ja että Suomen kansainvälisen ihmisoikeuspolitiikan painopisteisiin liittyvien toimien toteutumisesta myös kotimaassa huolehditaan. Tämän tulee tapahtua myös saamelaisten oikeuksien kohdalla.

Kansainvälinen oikeus turvaa saamelaisille oikeuden kulttuuriin ja perinteisten elinkeinojen mukaiseen oikeudellisesti suojattuun maankäyttöön sekä oikeuden tehokkaasti ja tosiasiallisesti osallistua kaikkeen heitä koskevaan päätöksentekoon. Tehokas osallistumisoikeus koskee sekä saamelaisia henkilöitä että heitä edustavaa itsehallintoelintä, Saamelaiskäräjiä. Hallituksen esitys 167/2014:n mukainen saamelaiskäräjälain 9 §:n neuvotteluelvoitteen laajentaminen yhteistoimintavelvoitteeksi on tämän hetkistä lain pykälää paremmin linjassa kansainvälisen oikeuden sekä saamelaisten perustuslaillisen aseman kanssa ja se tulisi toteuttaa saamelaiskäräjälain uudistuksen yhteydessä.

Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuteen ja osallistumisoikeuksiin liittyvä ennakkosuostumuksen periaate (FPIC) on tullut hyväksytyksi kansainvälisessä oikeudessa ja sitä tulkitsevilla oikeudellisilla ja poliittisilla toimielimillä, jotka tulkitsevat sen tarkoittavan sitä, että alkuperäiskansojen kanssa on neuvoteltava kaikissa heitä koskevissa kysymyksissä. Laaja-alaisissa kysymyksissä, joilla on huomattavia vahingollisia vaikutuksia alkuperäiskansojen kulttuuriin, alkuperäiskansoilta on saatava ennakkosuostumus. YK:n alkuperäiskansojen julistuksen mukaan alkuperäiskansoja edustavien instituutioiden kanssa on neuvoteltava pyrkimyksenä ennakkosuostumus. Ennakkosuostumuksen periaate tulisi kirjata sisään yhteistoimintavelvoitteeseen. Se ei tarkoittaisi uutta veto-oikeutta Saamelaiskäräjille, koska jo nyt kansalais- ja poliittisia yleisoikeuksia koskevan sopimuksen artikla 27 kieltää aiheuttamasta huomattavaa haittaa saamelaisen kulttuurin mukaiselle maankäytölle. Ennakkosuostumuksen periaate korostaisi kuitenkin tasa-arvoisempaa neuvotteluasetelmaa, jossa tosiasiallisena lähtökohtana on pyrkimys päästä yhteisymmärrykseen.

Saamelaisen alkuperäiskansan itsemääräämisoikeus tarkoittaa ennen kaikkea tosiasiallista mahdollisuutta määrätä tai hallita heidän kulttuurinsa keskeisimpiä kysymyksiä, joihin maankäyttökysymykset likeisesti liittyvät. Kuten todettu, saamelaisten kulttuuri perusoikeutena sekä ihmisoikeutena pitää sisällään myös oikeuden turvautusti harjoittaa perinteisiä elinkeinoja. Minimissään itsemääräämisoikeus tarkoittaa saamen kansan oikeutta tehokkaasti vaikuttaa saamelaisia koskeviin asioihin osallistumalla keskeisesti heitä koskevaan päätöksentekoon suunnitteluvaiheesta toteutukseen niin että heillä on päätöksiin todellinen – ei vain muodollinen

– vaikutusmahdollisuus. Kuten tässä tutkimuksessa on tuotu esille, saamelaisten perustuslaillisen itsehallinto-oikeuden lainvalmisteluasiakirjojen mukaisesti tarkoitettiin olemaan dynaamista ja sellaista, jonka kehittämiseen saamelaiset saisivat itse keskeisesti osallistua. Tämän lainsäätäjän tarkoituksen ei voida katsoa vielä toteutuvan Suomessa. Itsemääräämisoikeuden mukainen osallistuminen ei saa olla pelkästään muodollista kuulemistä, lausuntojen pyytämistä tai työryhmiin osallistumista, vaan se edellyttää aktiivista ja nykyistä tasa-arvoisempaa yhteistyötä saamelaisten ja viranomaisten välillä. Saamelaiskäräjät on myös tuonut esille, että saamelaisten perustuslaillisen kulttuuri-itsehallinnon turvaaminen edellyttäisi Saamelaiskäräjien resurssitason pysyvää korotusta.<sup>1</sup> Saamelaiskäräjien valtiolta saamat taloudelliset resurssit ovat alhaisempia kuin muissa Pohjoismaissa ja ne tulisi saattaa asianmukaiselle tasolle.

Yhteistyön perustana tulisi olla kumppanuus viranomaisten ja saamen kansaa saamelaiskäräjälain mukaisesti edustavan Saamelaiskäräjien välillä. Tämän tutkimushankkeen vertailumaista Kanada, Uusi-Seelanti ja Norja käyttävät aktiivisesti kumppanuus-ajattelua pohjana alkuperäiskansa-asioiden hoitamisessa. Tällä on paitsi oikeudellinen myös poliittinen ja yhteiskunnallinen vaikutus siihen, miten saamelaisten ja valtion tai myös kuntien ja saamelaisten keskinäiset suhteet ja neuvottelujen lähtökohdat mielletään. Neuvottelut eivät saa olla ”pakollista kuulemistä” vaan pyrkimyksenä tulee olla yhteisymmärrykseen pääseminen ja molemmin puolinen kompromissihakuisuus. Kompromissiratkaisu ei voi kuitenkaan johtaa saamelaisille jo turvattujen oikeuksien loukkaamiseen tai heikentämiskiellon rikkomiseen.

Tästä syystä neuvottelu/yhteistyövelvoitteen lisäksi saamelaiskulttuuria koskeva heikennyskielto ja kulttuuristen vaikutusten arviointi sekä saamelaisten maankäyttöön liittyvän perintetiedon huomiointi tulisi kirjata kaikkeen saamelaisten oikeuksiin suoraan liittyvään erityisesti ympäristöä ja maankäyttöä koskevaan alempaan lainsäädäntöön, metsähallituslaki keskeisimpänä muttei ainoana esimerkkinä. Keskeisiä lakeja ovat myös poronhoitoon ja kalastukseen liittyvät säännökset, joissa kuitenkin pitää varmistaa myös se, ettei muiden kuin saamelaisten elinkeinonharjoittajien oikeuksia perusteettomasti heikennetä. Niin ikään mahdollinen hyötyjen jakaminen tai haittoihin liittyvä kompensatiovelvoite tulisi sisällyttää osaksi maankäyttöön liittyviä ratkaisuja.

Saamelaisten itsehallinnosta/itsemääräämisoikeudesta kumpuavan oikeuden hallita kulttuurin kannalta keskeisimpiä kysymyksiä, kuten maiden (joihin kuuluu myös vedet) käyttöä, tulisi merkitä myös tehokasta ja valtion resurssein tuettua osallistumista maankäytön suunnitteluun, joka niin ikään tulisi kirjata osaksi heikennyskieltoa ja kulttuuristen vaikutusten arviointia. Suunnitteluun tulisi Saamelaiskäräjien lisäksi ottaa mukaan Kolttien kyläkokous, paliskunnat, siidat sekä perinteisten elinkeinojen harjoittajia. Suunnittelun piiriin tulisi kuulua myös kalastuskysymykset ja sitä edustavat tahot. Tämänhetkisen metsähallituslain mukaisia neuvottelukuntia ei voida pitää riittävinä toimenpiteinä saamelaisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseksi. Saamelaiskäräjien ei tulisi luopua vaateesta täydentää metsähallituslakia aiemman esityksen mukaiseksi.

Heikennyskieltoon liittyvään kulttuuristen vaikutusten arvioimiseen olisi luotava hyvä malli. Kuten tässä raportissa tuodaan esille, nykyisen kaivoslain mukainen kulttuurivaikutusten arviointi ei ole vielä toiminut asiaan kuuluvalla tavalla. Erityisesti kumulatiiviset vaikutukset pitäisi ottaa huomioon vaikutusten arvioinnissa. Olennaista olisi myös kouluttaa viranomaisia saamelaiskulttuuriin liittyvissä kysymyksissä.

Nämä toimenpiteet itsessään loisivat oikeudelliset vähimmäisvaatimukset jo olemassa olevan lainsäädännön lisäksi myös mahdolliselle ILO sopimus No. 169:n ratifioimiselle, jonka keskeisenä tehtävänä olisi selkeyttää ja siten vahvistaa saamelaisten oikeusasemaa. Niin ikään kyseiset toimenpiteet olisivat keskeisiä myös Pohjoismaisen saamelaisopimuksen täytäntöönpanon kannalta. Molempien edellä mainittujen sopimusten ratifiointi on täysin realistista,

mikäli poliittista tahtoa riittää. Pohjoismaisella saamelais sopimuksella ei ole tarkoitus muuttaa maa- ja vesioikeuksia. Myöskään ILO sopimus No. 169:n ratifiointi ei edellytä, eteenkään Suomen kaltaisissa olosuhteissa, joissa saamelaiset ovat pääasiallisesti vähemmistönä perinteisillä alueillaan, että saamelaisille turvattaisiin omistusoikeudet maihin. Sopimus voidaan laittaa täytäntöön turvaamalla suojatut käyttö- ja hallintaoikeudet. Hallinta liittyy keskeisimmin siihen, että saamelaiset pystyvät päättämään tai ainakin vahvasti vaikuttamaan valtion omistuksessa olevien perinteisiin elinkeinoiniin käyttämiensä alueiden suunnitteluun ja päätöksentekoon siltä osin, kun aluetta käytetään muihin tarkoituksiin, esimerkiksi Metsähallituksen toimesta. Niin ikään saamelaisilla on oltava myös vahva mahdollisuus vaikuttaa sellaisiin muihin toimiin, joilla voi olla haitallinen vaikutus saamelaiselle kulttuurille, esimerkkinä juuri kaivostoiminta.

Tällä hetkellä saamelaiset osallistuvat maankäytön suunnitteluun Metsähallituksen kanssa myös luonnon monimuotoisuussopimukseen perustuvien vapaaehtoisten Akwé:Kon-ohjeiden puitteissa. Ohjeiden heikkoutena on se, etteivät ne ole oikeudellisesti sitovat. Toisaalta tämä tarjoaa myös mahdollisuuden kehittää ja laajentaa ohjeiden soveltamista. Ohjeista voitaisiin luoda kattavampi ja toimivampi yhteishallintamalli, jossa Saamelaiskäräjien ja Akwé:Kon-työryhmään kuuluvien saamelaisten elinkeinon- ja perinnetiedon haltijoiden rooli olisi useissa valtioissa käytettyihin yhteishallintamalleihin pohjautuva alueiden "vartija", jolla olisi aktiivinen ja säännöllinen dialogi Metsähallituksen kanssa alueella meneillään olevista toimista.

Akwé:Kon vapaaehtoisten ohjeiden keskeisenä tarkoituksena on alkuperäiskansojen perinteisen tiedon hyödyntäminen ja sisällyttäminen alueiden käytön suunnittelussa, hoidossa, hallinnassa ja suojelussa. Perinnetieto liittyy läheisesti alkuperäiskansojen tapa-oikeuksiin ja perinteisiin instituutioihin, kuten siitoihin, jotka myös tulisi huomioida alueiden hallinnassa, siellä missä ne yhä ovat toiminnassa.

Saamelaisille olisi keskeistä antaa aktiivisempi rooli ja taloudellista tukea tehdä innovatiivisia aloitteita perinnetiedon hyödyntämiseksi alueiden hoidossa. Tässä raportissa esiin tuotu kolttien kalastuksen hoitoon liittyvä Näätämojoen yhteishallintasuunnitelma on esimerkki perinnetiedon ja tieteen välisestä vuoropuhelusta kalastuksen suojeluun ja hoitoon liittyen. Valtion ja viranomaisen tulisi tukea saamelaisten omaa aktiivista roolia luonnon moninaisuuden säilyttämisessä.

Tämän tutkimuksen vertailumaissa on lähdetty Suomea rohkeammin laittamaan täytäntöön erilaisia ja eri oikeudellisiin perusteisiin pohjautuvia maankäyttöön liittyviä yhteishallintamalleja. Esimerkiksi Ruotsin Lapissa sijaitsevaan UNESCO:n maailmanperintökohde Laponiaan, joka on myös keskeinen alue saamelaiselle poronhoidolle, on luotu kattava yhteishallintamalli. "Laponiatjuottjudus"-hallintaelimessä on saamelaisenemmistö, mutta myös muita paikallisia tahoja. Uudessa-Seelannissa on myös perustettu kattavia yhteishallintamalleja, joihin liittyy myös vahvat konsultaatiovelvoitteet suhteessa alueen alkuperäiskansaan, mäoreihin. Niin ikään Norjassa on otettu käyttöön luonnonsuojelualueiden hoitojärjestelmä, joka tunnustaa saamelaisedustuksen perinteisillä saamelaisalueilla. Tämän tutkimusraportin Norjaa koskevassa kappaleessa on myös esitelty ILO sopimus No. 169:n ratifiointin myötä perustettua Finnmarkin alueellista yhteishallintajärjestelmää, jossa valtion omistus korvattiin uudella oikeussubjektilla FeFo:lla, joka omistaa ja hoitaa maita. FeFo:n valtuustolla on päätöksentekovoimaa ja siihen kuuluu kuusi jäsentä, joista puolet on Saamelaiskäräjien ja puolet Finnmarkin lääninvaltuuston valitsemia. Myös Kanadassa on useita pitkälle meneviä alkuperäiskansojen itsehallinto- ja yhteishallinta-ratkaisuja. Vaikka ILO sopimus No. 169 ei edellytäkään erillisen hallintamallin luomista, Suomessa tulisi rohkeasti ainakin pohtia maankäyttöön liittyvien yhteishallintamallien luomista, joissa otettaisiin huomioon niin saamelaisten kuin muidenkin perinteisten elinkeinonharjoittajien maankäyttöön liittyvät oikeudet. Yhteishallinta pitäisi luoda sellaiseksi, joka voitaisiin nähdä kaikkia osapuolia hyödyttävänä yhteistyömuotona. Tässä yhteydessä tulisi muistaa, että kuten tässäkin tutkimusraportissa kerrotaan, Suomessa on aikaisemmin ehdotettu kattaviakin yhteishallintamalleja, joilla olisi turvattu maahan liittyvät oikeudet saamelaisille ja muille perinteisten elinkeinojen harjoittajille.

Pohjoismaat, Suomi mukaan lukien voisivat myös ottaa oppia Uuden-Seelannin ja Kanadan kaltaisten valtioiden tavasta neuvotella pitkään ja kattavasti alkuperäiskansojen kanssa erilaisista ja eriasteisista itsehallinto- ja yhteishallintamalleista, joissa yleensä lopulta päästään jonkinlaiseen tyydyttävään kompromissiratkaisuun. Tämä menettely heijastaa aiemmin mainittua kumppanuus-ajattelua, jolla valtio pyrkii myös korjaamaan historiallisia vääryyksiä ja luomaan rakentavan ja aiempaa tasa-arvoisemman suhteen alkuperäiskansojen kanssa.

Keskeinen kysymys saamelaiden oikeuksien toteutumisen kannalta olisikin myös viranomais-  
ten, mukaan lukien tuomioistuinten, tietotaidon lisääminen saamelaiskulttuuriin liittyvissä ky-  
symyksissä. Useissa valtioissa, mukaan lukien tämän tutkimuksen piiriin lukeutuissa maissa kuten Norjassa ja Uudessa-Seelannissa on olemassa erillisiä tuomioistuimia tai muita oikeudellisia elimiä, joissa voidaan ratkoa alkuperäiskansaoikeuteen liittyviä erityiskysymyksiä. Norjassa Finnmarkin alueella voidaan vaatia maoikeuksien selvittämistä ja ratkaisemista Finnmarkin lain perustaman selvityskomission ja tuomioistuimen kautta. Saamelaisoikeuskomissio II on ehdottanut samanlaisen mallin luomista myös Tromssan ja Nordlandin lääneihin. Uudessa-Seelannissa Waitangi Tribunal ratkoo laajasti mäorien maoikeuksia omistusoikeuksista käyttöoikeuksiin. Tribunalin päätökset johtavat usein lainsäädännöllisiin parannuksiin.

ILO sopimus No. 169:n 14 artiklan 3 kohdan mukaan kansalliseen oikeusjärjestelmään on sisällytettävä tarkoituksenmukainen menettely kyseessä olevien kansojen maahan liittyvien vaatimusten ratkaisemiseksi. Hallituksen esitys (HE 264/2014) lähtee siitä, ettei määräys edellytä sitä, että Suomessa luotaisiin uusi riidanratkaisumenetelmä. Riittävänä pidetään sitä, että valtion voimassa olevaan oikeusjärjestykseen sisältyy tarkoituksenmukainen menettely riitojen ratkaisemiseksi täydennettynä kiinteistönmuodostamislain mukaisilla toimitus- ja lainkäyttömenettelyllä.<sup>2</sup> ILO sopimus No. 169 ei edellytä kokonaan uutta riidanratkaisumenetelmää, mutta Suomessa olisi silti syytä pohtia vähintäänkin sitä, miten tuomareiden tietotaitoa saamelaiden oikeuskysymyksiin liittyvissä kysymyksissä tulisi parantaa. Erityisesti mikäli ILO sopimus No. 169 ratifioidaan, tulisi varmistaa, että tuomarit ovat riittävän perehtyneitä kansainväliseen alkuperäiskansaoikeuteen ja erityisesti ILO sopimus No. 169:n tulkintaan. Suomen oikeuslaitoksissa ei myöskään ole ratkottu maoikeudellisia kysymyksiä samalla tavoin kuin esimerkiksi Kanadassa, Uudessa-Seelannissa, Norjassa, Ruotsissa tai Latalalaisen Amerikan maissa, joten kynnys kyseisten valitusten nostamiseen tai läpimenoon voi myös olla korkea. Mikäli maoikeuskanteita vietäisiin Suomessa tuomioistuihin, ne ratkaistaisiin asiakirjanäytön pohjalta. Kysymyksessä ei tällöin olisi varsinaisesti ILO sopimus No. 169:n mukainen menettely, vaan asiat ratkaistaisiin olemassa olevan kansalliseen oikeusjärjestelmään perustuen. Tällöin ei merkityksellistä olisi se, lukeutuuko henkilö Saamelaiskäräjien vaaliluetteloon.

Tässä tutkimuksessa laajasti analysoitu Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntö, jolla on ollut merkittävä vaikutus Latalalaisen Amerikan alkuperäiskansojen oikeuksien kehittymiselle, antaa mielenkiintoisen näkökulman siihen, miten kyseinen tuomioistuin soveltaa Amerikan ihmisoikeussopimuksen 21 artiklaa (oikeus omaisuuteen) alkuperäiskansojen maoikeuksiin. Tuomioistuin ottaa tapauskäytännössä huomioon niin ILO sopimus No. 169:n kuin YK:n alkuperäiskansajulistuksenkin, käyttäen niitä apuna tulkitessaan artiklan 21 soveltamista alkuperäiskansoja koskeviin kysymyksiin, jossa yksilön oikeutta omaisuuteen sovelletaankin alkuperäiskansojen kollektiivisiin maoikeuksiin.<sup>3</sup> Tämän lisäksi tuomioistuin ottaa huomioon myös muun kansainvälisen oikeuden normiston, esimerkiksi KP-sopimuksen 27 ja 1 artiklan (kansojen itsemääräämisoikeus).<sup>4</sup> Peruslähdekohta Amerikan tuomioistuimen artiklan 21 tulkinnassa on se, että valtion tulee turvata alkuperäiskansojen perinteiset elinkeinot, kulttuuri, sosiaaliset ja taloudelliset järjestelmät kunnioittaen alkuperäiskansojen omia tapoja.<sup>5</sup> Näitä oikeuksia, joita tuomioistuin käsittelee ”omistusoikeutena” vaikkei muodollista omistusoikeutta yleensä turvatakaan kiinteistö-oikeudellisessa merkityksessä, vaan käytännössä kyse on pikemminkin käytö- tai hallinto-oikeudesta, voidaan rajoittaa, mikäli a) rajoitus esiintyy lainsäädännössä, b) se on välttämätöntä, c) kohtuullista ja d) tarkoituksena on saavuttaa jokin demokraattisen yhteiskun-



nan kannalta legitiimi tarkoitus.<sup>6</sup> Mikäli näitä maa- oikeuksia rajoitetaan, täytyy varmistaa, ettei sillä vaaranneta kulttuurin ja elinkeinojen elinkelpoisuutta.<sup>7</sup> Luonnonvarat luetaan kuuluvaksi tähän ”omistusoikeuteen”.

Keskiössä Amerikan tuomioistuimen alkuperäiskansojen maa- oikeuksien soveltamisessa on velvollisuus neuvotella alkuperäiskansojen kanssa, mikäli maa- oikeuksia rajoitetaan. Konsultaatio/neuvotteluelvoitteeseen kytkeytyy likeisesti myös hyötyjen jako ja haittojen ”kohtuullinen” kompensatio, joista on neuvoteltava kyseisen alkuperäiskansan kanssa.<sup>8</sup> Neuvottelut on käytävä ensinnäkin ottaen huomioon alkuperäiskansojen omat perinteet ja tavat.<sup>9</sup> Alkuperäiskansan tulee itse päättää, kuka heitä edustaa neuvotteluissa.<sup>10</sup> Neuvottelut on käytävä tavoitteena päästä sopimukseen. Laaja- alaisissa kysymyksissä, kuten erilaisissa taloudellisissa alkuperäiskansojen perinteillä alueilla tapahtuvissa projekteissa, joilla on laaja- alaisia vaikutuksia alueelle ja alkuperäiskansoille, pelkkä konsultaatio ei riitä vaan alkuperäiskansoilta on saatava projekteille ennakkosuostumus (FPIC), ottaen huomioon heidän omat tavat ja perinteet.<sup>11</sup> Tämän lisäksi keskeisessä roolissa on myös sosiaalisten ja ympäristövaikutusten arviointi, joka tulee suorittaa ”riippumattoman ja teknisesti osaavan” tahon toimesta valtion johdolla.<sup>12</sup> Alkuperäiskansojen tulee saada osallistua vaikutusten arviointiin.<sup>13</sup> Arvioinnissa on otettava huomioon eri toimenpiteiden kumulatiiviset yhteisvaikutukset nykyisyydessä tai lähitulevaisuudessa.<sup>14</sup>

Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen tapauskäytännöstä voidaan ammentaa elementtejä myös Suomen tilanteeseen, jossa on lähdetty siitä, että maanomistusoikeuksiin ei tehdä muutoksia. Vahvasti turvatut käyttöoikeudet ja osallistumisoikeus ennakkosuostumusperiaatteineen yhdistettynä kulttuuristen vaikutusten arviointiin sekä kompensatioon haitoista ovat realistisia vaihtoehtoja silloin kun maahan ei turvata muuta käyttöä poissulkevia oikeuksia. Valtion ja Saamelaiskäräjien välisessä sopimuksessa, nk. selityksessä, Suomi sitoutuu kuitenkin turvaamaan saamelaisille oikeuden osallistua ja vaikuttaa saamelaisten kotiseutualueella olevien valtion maa- ja vesialueiden käyttöä koskevaan suunnitteluun ja päätöksentekoon samoin kun tukemaan alueiden käyttöä perinteisiin elinkeinoinhin. Suomen hallitus sitoutuu arvioimaan yhteisymmärryksessä Saamelaiskäräjien kanssa säännöllisesti ILO sopimus No. 169:n määräysten ja velvoitteiden täytäntöönpanoa, sekä sitoutuu kehittämään lainsäädäntöä ja hallintoa yhteisymmärryksessä Saamelaiskäräjien kanssa (HE 264/2014). Kyse on pikemminkin valtion ja Saamelaiskäräjien välisestä sopimuksesta, jota ei kenties tulisi kutsua selitykseksi. Sopimukseen ei voi tehdä varauksia. Kuten ILO sopimus No. 169:ää tulkitsevassa kappaleessa todetaan, tällainen sopimus on linjassa sopimuksen kanssa, jos se noudattaa alkuperäiskansaa virallisesti edustavan instituution ilmaisemaa vapaata tahtoa.

Kuten tutkimuksesta käy ilmi, Latinalaisen Amerikan maissa konsultaatio- oikeudet, aina ennakkosuostumukseen saakka, on saatettu turvata oikeusjärjestelmässä, mutta käytännössä niitä ei kuitenkaan välttämättä toteuteta. Sen sijaan esimerkiksi Kanadassa, Uudessa-Seelannissa ja Norjassa neuvotteluelvoite toteutuu käytännön tasolla ainakin osittain ja joidenkin alkuperäiskansojen kohdalla paremmin kuin Suomessa, kun otetaan huomioon, että kyseisissä maissa on myös perinteisiä maita koskevia itsehallinto- tai yhteishallintajärjestelmiä. Huomionarvoista on esimerkiksi, että Norjassa konsultaatiosopimukset eivät rajoitu pelkästään Finnmarkin alueelle.

Jokaisen valtion käytänteissä näyttäisi olevan jotakin toimivaa ja jotakin ei niin toimivaa. Ideaalimallia ei varmasti ole olemassakaan. Suomen hallituksen ei kuitenkaan ole syytä vedota siihen, että muissakin maissa on ongelmia alkuperäiskansojen oikeuksien toteutumisen suhteen, vaan pyrkiä toimimaan ihmisoikeuksien toteutumisen kannalta yhtenä esimerkkipaikkana. Jos vain poliittista tahtoa riittää, Suomessa on mahdollista päästä optimaaliseen ratkaisuun, joka huomioi saamelaisten oikeudet riittävän kattavasti kuitenkin heikentämättä muiden perinteisten elinkeinonharjoittajien oikeuksia.

## 2. Saamelaismääritelmä

Suomessa saamelaisuus on määritelty saamelaiskäräjälain 3 §:ssä. 3 §:n 2 kohdasta vallitsee kuitenkin perustavanlaatuinen näkemys ero yhtäältä lainsäätäjän tarkoituksen ja Saamelaiskäräjien sekä toisaalta vaaliluetteloon pyrkivien, lappalaiseksi maakirjoihin merkityn esivanheman omaavien henkilöiden välillä. KHO on aluksi ollut hyvin pitkälle lainsäätäjän tarkoituksen sekä Saamelaiskäräjien tulkinnan kannalla, mutta laajentanut sitten tulkintaansa kokonaisharkinnan kautta. Edelleenkin KHO ei ole hyväksynyt ketään pelkästään sillä perusteella, että hänellä on esi-isä saamelaiskäräjälain 3 §:n 2 tarkoittamissa maa- veronkanto- tai henkikirjoissa, vaan polveutumisen ja usein useamman sukupolven päähän menevän kieliyhteyden lisäksi sillä perusteella, että henkilö on kyennyt vakuuttamaan KHO:n saamelaisuudestaan. Kuten tämän raportin laaja tapausanalyysi kuitenkin osoittaa, KHO:n käyttämä kokonaisharkinta on osoittautunut ongelmalliseksi sekä Saamelaiskäräjien että vaaliluetteloon pyrkivien näkökulmasta. KHO on usein samankaltaisissa tapauksissa päätenyt erilaiseen lopputulokseen eikä päätöksistä ole löydettävissä selkeää logiikkaa. Tämä on ongelma sekä saamelaisten itsehallinnon että yksilöiden oikeusturvan kannalta. Tämä seikka puoltaa saamelaismääritelmän täsmenämistä siten, ettei se anna liikaa tulkinnanvaraisuutta Saamelaiskäräjille eikä korkeimmalle hallinto-oikeudelle. Eihän voi olla tarkoituksenmukaista, että Suomessa on voimassa saamelaiskäräjälaki, jota ei ole tarkoitettukaan tulkittavaksi sanamuodon mukaisesti. Asiaan olisi syytä löytää ratkaisu.

Kuten tässä tutkimuksessa käy ilmi, alkuperäiskansamäärittelyyn kansainvälisen oikeuden mukaan kuuluu erottamattomasti yhtäältä ryhmien ja yksilöiden identifikaatio alkuperäiskansaan ja toisaalta ryhmän oikeus päättää jäsenyydestä. Kansainvälisen oikeuden alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta koskevien säännösten lisäksi myös akateemisessa keskustelussa laajasti esiin tuotu näkemys on se, että jäsenyydestä päättäminen on alkuperäiskansojen itsemääräämisen yksi keskeisimpiä osa-alueita.<sup>15</sup> Tämän oikeuden tunnustaminen on ratkaisevaa paitsi alkuperäiskansojen poliittisten järjestelmien vakaudelle, myös alkuperäiskansojen säilymiselle ja kehitymiselle omina erityisinä kansoina.<sup>16</sup> Saamelaisten kohdalla kyse on ennen kaikkea itsehallinnon ylläpitämisestä ja kehittämisestä. Kuitenkin, kuten kansainvälisen oikeuden analyysissä on tuotu esille, alkuperäiskansamääritelmä ei voi olla keinotekoinen, vaan sen on pohjaututtava alkuperäiskansojen omien käytänteiden lisäksi objektiivisiin kriteereihin, joita sovelletaan samalla tavoin kaikkia jäseneksi tahtovia kohtaan.

Vaikka Suomessa ratkaistavan saamelaismääritelmän tulee perustua kansainvälisen oikeuden asettamiin puitteisiin, muiden valtioiden toimivia käytänteitä voidaan kartoittaa. Luonnollisinta on kääntyä Pohjoismaiden suuntaan, koska kyseessä on nimenomaisesti sama, eri valtioiden alueella asuva alkuperäiskansa. Ruotsissa ja Norjassa sovelletaan kieliperustetta kolmanteen ja neljanteen sukupolven eikä kyseessä tarvitse olla ensiksi opittu kieli vaan kotikieli. Kyseisten valtioiden Saamelaiskäräjät on noudattanut huomattavasti liberaalimpaa linjaa vaaliluetteloon pääsemisessä. Koska vaaliluettelossa oleminen ei takaa sinällään mitään erityisoikeuksia, paitsi oikeuden äänestää, ei toisaalta huomattava osa saamelaisista Norjassa ja Ruotsissa ole edes hakeutunut kyseiseen luetteloon. Luettelolla ei ole samanlaista poliittista painoarvoa kuin Suomessa. Ruotsissa ja Norjassa myöskin poronhoito on saamelaisten yksinoikeus. Saamelaiskäräjien vaaliluetteloa ei Norjassa ja Ruotsissa nähdä etnisenä luettelona saamelaisista.

Myös Uudessa-Seelannissa mäorien määritelmä on avoin. Se perustuu kuitenkin mäorien omaan maailmankuvaan. Henkilön tulee myös lähtökohtaisesti kuulua johonkin heimoon (*iwi*), että häntä voidaan pitää mäorina. Uudessa-Seelannissa määritelmä ei ole aiheuttanut sisäisiä konflikteja. Mäori ei ole yksi kansa, vaan koostuu useista heimoista. Latalaisessa Amerikassa itseidentifikaatiokriteeri, joka useissa valtiossa johdetaan ILO sopimus No. 169:stä, tarkoittaa ensisijaisesti eri alkuperäiskansaryhmien identifioitumista alkuperäiskansaksi. Yksilön itse-

identifikaatio on siis johdannainen tästä ryhmä-identifikaatiosta. Lähtökohtainen idea on, ettei ketään myöskään voida vasten tahtoaan nähdä kuuluvaksi alkuperäiskansaansa. Paikallisella tasolla ryhmillä on omia käytänteitä jäsenyydestä päättämiseen. Asia ei ole Latinalaisessa Amerikassa kiistanalainen kuten Suomessa, koska alkuperäiskansaisuus ei ole haluttu vaan pikemminkin jopa hävetty identiteetti. Suuri osa alkuperäiskansojen jäsenistä asuu kaupungeissa eivätkä he yleensä halua korostaa alkuperäiskansaisuuttaan. Valtio käyttää itseidentifikaatiota tilastoja varten myöskin yksilötasolla, joten erilaisissa tilastollisissa selvityksissä henkilöltä kysytään, kuuluuko hän johonkin alkuperäiskansaansa. Keskeisenä kriteerinä alkuperäiskansaansa kuulumiseen on alkuperäiskansakielen käyttäminen päivittäisessä elämässä.

Toisin kuin Latinalaisessa Amerikassa, Kanadassa alkuperäiskansaisuus on myös halutumpi identiteetti, koska se merkitsee oikeuksia, joten ristiriitoja esiintyy hieman samantapaisesti kuin Suomessa. Identiteetikysymys liittyy alkuperäiskansojen maa- ja luonnonvaraoikeuksien perustuslailliseen suojaan kohdan 35 mukaan, sillä se nostaa kysymyksen siitä, ketkä yksilöt määrittellään tiettyjen heimojen tai yhteisöjen jäseniksi. Se liittyy metsästys-, kalastus- ja ansapyyntioikeuksien toteuttamiseen sekä tiettyjen etuuksien ja varojen jakoon joillekin yhteisöille.

Erittymisen haasteellista Kanadassa on ollut métisien tilanne, joille ei ole olemassa liittovaltiotasoisia laillista määritelmää. Kanadan korkein oikeus on kahdessa tapauksessa määritellyt métisit, eri perustuslaillisia tavoitteita silmällä pitäen, kuten on myös Kanadan tilastokeskus väestönlaskentaansa varten. Tilastokeskuksen määritelmä nojaa métisien itseidentifikaatioon ainoana kriteerinä. Korkein oikeus päätti *Powley*:n tapauksessa kolmesta kriteeristä métisien määritelmäksi perustuslain kohtaa 35 varten: i) itseidentifikaatio métisiksi, ii) historiallinen yhteys métis-yhteisöön esi-isien kautta, sekä iii) nykyisen métis-yhteisön ryhmähyväksyntä. Tuoreessa *Daniels*:n tapauksessa, jossa punnittiin perustuslain kohtaa 91(24), korkein oikeus osittain hylkäsi aiemman *Powley*:n tapauksen kapean määritelmän, tunnustaen métis-yhteisöjen monimuotoisuuden ympäri maata. Tuomioistuimien ei kuitenkaan määritellyt sitä, ketä kuuluu métis henkilöihin. Kanadassa on keskusteltu siitä, että mahdollisen määritelmän uudistamisen tulee tapahtua niin, että se on sopusoinnussa ja tukee alkuperäiskansojen kulttuuria ja perinteitä, mikä olisi myös näiden kansojen itsemääräämisoikeuden mukaista. Kanadan hallitus on sitoutunut yhteistyössä alkuperäiskansojen kanssa työhön *Indian Act* -lain korvaamiseksi.

Oikeusministeriön 21.12.2016 tiedotteen mukaan Pohjoismaisesta saamelais sopimuksesta on saatu neuvottelutulos, jonka pohjalta Suomessa lähdetään edistämään sopimuksen ratifiointia. Sopimuksen pohjalta on myös tarkoitus ratkaista, kuka saa äänestää Saamelaiskäräjien vaaleissa. Norjan mallin mukaisesti kysymys ei olisikaan siten saamelaisuuden etnisestä määrittelystä. Määritelmä perustuisi kielikriteeriin, joka ylittäisi neljänteen sukupolveen. Mikäli päädyttäisiin yhteispohjoismaiseen määritelmään, olisi kielikriteerin laajentaminen neljänteen sukupolveen varmasti perusteltua. Tämä vastaa käytännössä jo nyt KHO:n tulkintaa saamelaiskäräjälain 3 §:n 3 kohdasta. Esimerkiksi jotkut inarinsaamelaiset ovat tuoneet esille tarpeen laajentaa kielikriteeriä, koska ainakin osa heistä on kadottanut kielen jo sukupolvea aikaisemmin. Kieliperuste tukisi keskeisesti saamelaisten kielellistä ja kulttuurista itsehallintoa. Myös KHO on todennut, että alkuperäiskansan tärkeä tunnusmerkki on oma kieli. Ennen saamelaiskäräjälakia kieli oli ainoa niin sanottu objektiivinen peruste Saamelaiskäräjien edeltäjän saamelaisvaltuuskunnan vaaleissa. Ruotsissa ja Norjassa kieli on vastaavissa säännöksissä keskeinen saamelaismäärittelyn peruste, ja näiden maiden saamelaiset kuuluvat samaan alkuperäiskansaansa kuin Suomen saamelaiset.

Kuten on tullut esille, Suomessa on ihmisiä, jotka mieltävät itsensä saamelaiseksi, mutta eivät täytä tämänhetkisen saamelaiskäräjälain tulkin mukaisia kriteereitä. Mikäli laissa ei enää määriteltäisi saamelaisuutta, antaisi tämä enemmän tilaa kokea saamelaisuutta myös vaaliluettelon ulkopuolella, kuten muissakin Pohjoismaissa. Mikäli saamelaisille kuitenkin vahviste-

taan erityisiä oikeuksia, tällöin edelleen avoimeksi jäisi kysymys siitä, miten näiden oikeuksien subjektit määräytyisivät. Pelkkä itseidentifikaatio ei voisi olla riittävä peruste saamelaisuudelle, sillä tällöinhän kuka tahansa henkilö voisi päättää alkaa saamelaiseksi erityisoikeuksien toivossa. Mahdolliset erityisoikeudet voisivat kenties koskea esimerkiksi kielellisten oikeuksien lisäksi maankäyttöön liittyvistä asioista päättämiseen osallistumista erilaisissa yhteistyöryhmissä. Maankäyttökysymyksissä objektiivisena kriteerinä voisi kenties edelleen toimia historialliset maa- ja kantokirjat itseidentifikaation ja perinteisen elämäntavan lisäksi.

### 3. Neuvottelukulttuurin parantaminen

Saamelaiskäräjät on myös ehdottanut totuus- ja sovintokomission perustamista Ruotsissa käytävän keskustelun myötä. Myös esimerkiksi Kanadassa on perustettu totuuskomissioita käsittelemään historiassa koettuja vääryyksiä. Suomessakin ihmisillä on rankkoja kokemuksia esimerkiksi asuntoloista, jossa saamelaislapsia pakkosuomalaitettiin. Pyrkimyksenä olisi parantaa saamelaisten ja valtion välisiä suhteita sekä auttaa ihmisiä käymään läpi monenlaisia pakkosulattamispyrkimyksistä johtuvia traumoja. Monissa maissa valtio on pyytänyt anteeksi alkuperäiskansoilta heihin valtion taholta kohdistuvia vääryyksiä. Ei ole nähtävää syytä sille, miksei Suomen valtio voisi toimia samoin. Saamelaismääritelmää koskeva kiista on saanut aikaan myös tulehtunutta ilmapiiriä pohjoisessa. Komissio voisi toimia ilmapiirin puhdistajana ja auttaa dialogin rakentamisessa. Saamelaiskäräjät ovat ehdottaneet, että komissioon osallistuisivat myös paikalliset suomalaiset.

Eräs pohdittava seikka olisi myös Saamelaiskäräjien ja saamelaisalueen kuntien suhteen vahvistaminen. Tämän tutkimusprojektin kuntakuulemisissa eräs keskeisin ja mielestämme rakentava ehdotus on ”neuvottelukulttuurin parantaminen” Saamelaiskäräjien ja kuntien hallinnon välillä. Hyvä neuvottelukulttuuri edellyttää kasvokkain tapaamisia ja aitoa halua vuoropuheluun tämänhetkisten pääasiallisten kirjallisten lausuntojen sijaan. Kansainvälisestä oikeudesta rantaunut FPIC ainakin periaatteena voisi toimia myös ohjenuorana Saamelaiskäräjien ja kuntien välisessä vuoropuhelussa siten, että neuvottelut ovat todellisia ja niissä lähtökohtaisesti haetaan yhteisymmärrystä ja molemmin puolin hyväksyttävää kompromissia ja lopputulosta. Neuvottelukulttuuri poistaisi myös turhia huolia ja pelkoja puolin ja toisin. Kaikki saamelaisten kotiseutualueen kunnat Utsjoen kuntaa lukuun ottamatta suhtautuivat kriittisesti hallituksen esitykseen saamelaismääritelmän kaventamisesta.<sup>17</sup> Myös tämän tutkimuksen yhteydessä tehdyssä kuntien kuulemisessa tuli esille huoli saamelaismääritelmän rajaamisesta. Niin ikään ILO sopimus No. 169:ään suhtauduttiin kielteisesti tai varauksella, paitsi saamelaisennemmissä Utsjoen kunnassa. Kielteinen suhtautuminen johtui siitä, että maa-oikeuksien pelätään antavan saamelaisille erilaisia elinkeino-oikeuksia kuin muille kuntalaisille.

Saamelaiskäräjät on myös esittänyt huolensa, ettei maakuntahallintouudistuksen valmistelussa ole otettu huomioon saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa, vaikka molemmat saavat oikeusperusteensa samasta perustuslain pykälästä (121.4 §). Esitetty maakuntalaki näyttää tunnistavan vain saamen kielen aseman, eikä sitäkään Saamelaiskäräjien mielestä riittävästi. Saamelaiskäräjät painottaa, ettei saamelaisten alkuperäiskansan kulttuuri-itsehallintoa saa heikentää muulla lainsäädännöllä, kuten käsillä olevalla maakuntauudistuksella. Kulttuuri-itsehallintoa tulee päinvastoin vahvistaa ja kehittää perustuslain ja saamelaisten kulttuuri-itsehallintoa koskevan lainsäädännön ja niiden esitöiden mukaisesti ja tämän suuntauksen tulee ilmetä selvästi myös maakuntahallintouudistuksessa.<sup>18</sup>

Saamelaisten kielellisen ja kulttuurisen itsehallinnon turvaaminen olisikin syytä varmistaa maakuntahallintouudistuksessa esimerkiksi erilaisissa yhteistyöryhmissä, samoin kuin erityisesti saamenkieliset palvelut tulisi järjestää lain edellyttämällä tavalla sosiaali- ja terveyshuollon

uudistuksessa. Saamelaiskäräjien lausunnossa ehdotetaan, että saamenkielisiä palveluja järjestettäessä tulee saamelaisille taata tosiasiallinen mahdollisuus osallistua palveluja koskevaan suunnitteluun, valmisteluun ja päätöksentekoon.<sup>19</sup>

Neuvottelukulttuurin parantamista voidaan pitää yhtenä keskeisimmistä kysymyksistä myös saamelaiskysymyksissä. Saamelaisten oikeuksia koskevat keskustelut ovat siirtyneet kasvokkain käytävästä dialogista yhä enemmän sosiaaliseen mediaan, jossa se on saanut jopa vihapuheen kaltaisia äänensävyjä. Kun ihmiset tuotaisiin samaan tilaan keskustelemaan, ääni voisi aluksi olla hyvinkin eripurainen, mutta sovinnollisiakin puheenvuoroja varmasti pidettäisiin. Suurin osa saamelaisista ja muista pohjoisen ihmisistä haluaa varmasti kiistelyn sijaan keskittyä yhteiskunnan positiiviseen rakentamiseen, jossa saamelaiset ja muut voisivat elää rauhanomaista rinnakkaiseloä, toinen toisiaan kunnioittaen. Tämän tutkimuksen alussa tehty sidosryhmien kuuleminen paljasti sen, että saamelaismääritelmää koskevat kiistat ovat vaikuttaneet esimerkiksi saamelaisalueen koulujen ilmapiiriin ja erilaisten ryhmien dynamiikkaan ja henkilösuhteisiin. Myös kielellisistä oikeuksista ja niiden opetuksesta on tullut erimielisyyksiä, jotka heijastuvat koulujen arjessa ahdistavana ilmapiirinä. Jonkunlainen yhteistyöryhmä - totuus, sovinto tai sovittelukomissio - olisi varmasti paikallaan. Ulkopuolisen puolueettoman sovittelijan käyttämisen etu olisi siinä, että kaikki osalliset tuntisivat saavansa tasapuolista kohtelua. Suomessa on jo olemassa vapaaehtoinen sovittelujärjestelmä, jota voidaan käyttää kaikenlaisiin riidanratkaisuihin. Sovittelijan avulla tuskin saamelaismääritelmää ratkaistaan, mutta se voisi auttaa erilaisten näkemysten lähentymistä ja uusien näkökulmien löytämistä sekä yhteistyön edellytyksiä erilaisissa ryhmissä ja ryhmien välillä.

## 4. Suositukset pähkinäkuoressa

- Saamelaisten perustuslaillinen ja kansainvälisoikeudellinen asema edellyttää itsehallinnon kehittämistä ja toteuttamista lainsäädännössä asianmukaisella tavalla. Hallituksen esitys 167/2014 saamelaiskäräjälain muuttamiseksi pitää sisällään paljon hyviä elementtejä ja esitystä tulisi viedä eteenpäin. Keskeisin esitykseen liittyvä kohta on saamelaiskäräjälain 9 §:n mukaisen neuvotteluelvoitteen laajentaminen yhteistoimintavelvoitteeksi, joka tulisi kirjata kansainvälisestä oikeudesta kumpuavan ennakkosuostumusperiaatteen mukaiseksi. Yhteistoimintavelvoitteista ja neuvottelukäytänteistä olisi luotava selkeät ohjeet viranomaisille.
- Itsehallinnon turvaamiseksi myös Saamelaiskäräjien taloudellisia resursseja tulisi korottaa asianmukaiselle tasolle.
- Valtion ja saamelaisen kansan välinen yhteistyö tulisi pohjautua kumppanuus-ajatteluun, joka pitää sisällään lähtökohdan tasavertaisuudesta ja molemmin puolisesta kunnioituksesta ja luottamuksesta. Yhteistoiminta tulisi nähdä mahdollisuutena eikä taakkana. Tätä kumppanuus-ajattelua tulisi kehittää myös Saamelaiskäräjien ja kuntien välille ottaen huomioon niin kuntien kuin Saamelaiskäräjienkin itsehallinto. Neuvottelukulttuurin parantaminen tulisi olla yksi keskeisin teema erilaisten elinten ja työryhmien välillä.
- Saamelaisten asemaan, erityisesti maiden tai vesien käyttöön keskeisesti liittyvään lainsäädäntöön tulisi johdonmukaisesti sisällyttää saamelaisten osallistuminen maan ja vesien käyttöön liittyvään suunnitteluun ja päätöksentekoon. Saamelaiskäräjien lisäksi osallistuminen tulisi turvata Kolttien kyläkokoukselle sekä poronhoidon ja kalastuksen kannalta keskeisille ryhmille. Saamelaisten perinnetieto ja perinteiset tavat ja hallintamallit tulisi myös huomioida päätöksenteossa.

- Edellä mainitun lisäksi kaikkiin keskeisiin säädöksiin tulisi lisätä saamelaiskulttuurin heikennyksielto ja kulttuurivaikutusten arviointi sekä tarvittaessa muutoksenhakuoikeus. Myös haitoista johtuvan kompensaaation tulisi olla olennainen osa maankäyttöoikeuksien turvaamista. Metsähallituslakia tulisi täydentää alkuperäisen ehdotuksen mukaiseksi, lisäten saamelaisten perinnetiedon huomioiminen maankäyttöä koskevassa suunnittelussa. Voimassa olevan metsähallituslain neuvottelukunnat eivät ole riittävä toimenpide saamelaisten itsehallinnon turvaamiseksi. Samoin keskeisiä saamelaisten perustuslaillisiin oikeuksiin liittyviä lakeja ovat poronhoitoa ja kalastusta koskeva lainsäädäntö, joita tulisi täydentää näiltä osin. Nämä toimenpiteet tulisi tehdä perustuslain edellyttämän suojan sekä Suomea sitovien kansainvälisen oikeuden asettamien vaatimusten mukaisesti, riippumatta ILO sopimus No. 169:n tai Pohjoismaisen saamelaissopimuksen ratifiointista. Kuitenkin näillä toimenpiteillä luodaan myös hyvät edellytykset edellä mainittujen sopimusten täytäntöönpanolle.
- Kulttuurivaikutusten arviointiin tulisi luoda toimiva malli, jossa lupaviranomaisten tietotaito saamelaiskulttuuriin liittyvissä kysymyksissä on keskeinen. Hyvien käytänteiden luominen keskeisten tahojen yhteistyössä vähentäisi oikeusvalitusten tarvetta. Erityistä huomiota tulisi suunnata kumulatiivisten vaikutusten arviointiin.
- Oikeus- ja muita viranomaisia tulisi kattavasti kouluttaa saamelaiskulttuuriin ja saamelaisten oikeuksiin liittyvissä kysymyksissä, mukaan lukien alkuperäiskansojen oikeuksiin liittyvien instrumenttien tulkinta.
- Akwé:Kon vapaaehtoisia ohjeita tulisi kehittää toimivammaksi ja kattavammaksi yhteistyön muodoksi, jossa saamelaisilla olisi keskeisempi rooli myös alueiden hallinnassa. Suomen tulisi rohkeammin kehittää alueiden yhteishallintaratkaisuja muiden maiden esimerkkejä seuraten. Osallistuminen tulisi turvata Saamelaiskäräjien lisäksi Kolttien kyläkokoukselle sekä perinteisten elinkeinojen harjoittajille ja niitä edustaville elimille, mukaan lukien perinteiset hallintaelimet kuten siidat. Mikäli päädyttäisiin luomaan kattava rakenteellinen yhteishallintamalli, siinä olisi syytä turvata myös muiden kuin saamelaisten perinteisten elinkeinojen harjoittajien osallistuminen.
- Saamelaismääritelmää tulisi korjata niin, että nykyinen laajasta tulkintamarginaalista johtuva epävarmuus poistuisi ja oikeusvarmuus lisääntyisi. Saamelaismääritelmän muuttamisessa on välttämätöntä huomioida Saamelaiskäräjien näkemys saamelaisten itsehallintoa ja itsemääräämisoikeutta edustavana virallisena instituutiona perustuslain ja kansainvälisen oikeuden mukaisesti. Saamelaiskäräjät on johdonmukaisesti kannattanut kieliperusteista määritelmää. Kieliperusteinen määritelmä tukisi saamelaisten kulttuurista ja kielellistä itsehallintoa. Ehdotus yhteispohjoismaisesta saamelaismääritelmästä, jolla ei kuitenkaan määriteltäisi saamelaista etnisyyttä, vaan sitä kuka saa äänestää Saamelaiskäräjien vaaleissa, saattaisi olla luontevin määritelmä ottaen huomioon, että kyseessä on yksi valtioiden rajat ylittävä kansa. Norjan mallin mukainen määritelmä, joka ulottuu neljänteen polveen, ja jossa riittää kotikieli ensimmäisen kielen sijaan, tekisi kieliperusteisesta määritelmästä tämänhetkistä kattavamman myös Suomessa, poistaen samalla epävarmuutta. Olennaista olisi myös, että vaikka valitusmahdollisuus säilyisikin korkeimpaan hallinto-oikeuteen, tuomioistuimen tehtävänä olisi pelkästään valvoa päätösten lain- ja yhdenmukaisuutta. Huomioon on kuitenkin otettava, että tämänhetkinen saamelaiskäräjälaki on mahdollistanut sellaisten ihmisten itsensä saamelaiseksi identifioimisen, joiden kielikriteeri ulottuu useiden sukupolvien päähän. Osa näistä ihmisistä harjoittaa perinteisiä saamelaiselinkeinoja. Näiden ihmisten asema ja tasapuolinen osallistuminen voitaisiin turvata erikseen maankäyttöön liittyvissä ratkaisuissa. Mikäli laki ei enää määrittäisi etnistä saamelaisuutta, voisivat yksilöt ja ryhmät vaalia identiteettiään ja perinteitään myös Saamelaiskäräjien vaaliluettelon ulkopuolella, kuten Norjassa ja Ruotsissa.

- Valtion olisi syytä edistää Saamelaiskäräjien ehdottamaa totuus- ja sovintokomission perustamista valtion ja saamelaisten suhteiden selkeyttämiseksi sekä erilaisten pohjoisen ilmapiiriä heikentävien kysymysten ratkaisemiseksi. Tarvittaessa valtiojohtoisella työryhmällä voisi olla ulkopuolinen neutraali sovittelija, joka takaisi, että kaikki osapuolet saavat tasapuolisesti ilmaista näkemyksensä.
- Pohjoismaisen saamelaissopimuksen ratifioinnin valmisteluja olisi perusteltua jatkaa. Sopimus vahvistaisi saamelaisten asemaa yhtenä kansana valtioiden rajoista riippumatta ja loisi tärkeitä oikeudelliset puitteet pohjoismaisen yhteistyön tiivistämiselle saamelaisia koskevilla asioilla. Myöskään ILO sopimus No. 169:n ratifioinnille ei ole estettä, mikäli saamelaisten oikeudet vahvistetaan perustuslain ja kansainvälisen oikeuden velvoitteita vastaaviksi vahvistamalla saamelaisten oikeutta osallistua maiden ja vesien hallintaan, sekä turvaamalla perinteisten elinkeinojen suoja heikennyskiellolla ja siihen liittyvällä kulttuuristen vaikutusten arvioinnilla. ILO sopimus No. 169:n ratifiointi selkeyttäisi saamelais-ten oikeusasemaa ja Suomi osoittaisi tekevänsä kaikki tarvittavat toimet ihmisoikeuksien edistämiseksi myös kotimaassa. Mikäli ILO sopimus No. 169:ää ei pikaisesti ratifioida, ratifioinnista tulisi kokonaan luopua, jotta kaikkalainen epävarmuus sopimukseen liittyen loppuisi.

## Loppuviitteet

- 1 Saamelaiskäräjien toimintaohjelma ja taloussuunnitelma 2016–2019, s. 9.
- 2 HE 264/2014 artiklan 14 analyysin kohdasta.
- 3 Kts. tämän raportin kappale kuusi ILO sopimus No. 169:n soveltamisesta Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen tapauskäytännössä.
- 4 Ibid. Katso esimerkiksi Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Preparation, and Costs, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_185\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_ing.pdf)
- 5 Ibid. para 32, para 121 of the actual decision Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/surinameiachrsaramakajudgmentnov07eng.pdf>
- 6 Ibid, para 34. Tuomioistuin viittaa myös muuhun aiempaan käytäntönsä, Cf. Case of the Saramaka People, paras. 127 and 137; *Case of the Yakey Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 17, 2005. Series C No. 125, paras. 144- 145, citing (mutatis mutandi) *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, para. 96; *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 127, and *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74. para. 155.
- 7 Ibid., Para 35-39.
- 8 Ibid., Paras 23-27.
- 9 Ibid., Para 15.
- 10 Ibid., Para 18.
- 11 Inter-American Court of Human Rights Case of the *Saramaka People v. Suriname* Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Para 134 ja 137.
- 12 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Preparation, and Costs, Para 41.
- 13 Ibid.
- 14 Ibid. Katso myös samantapainen tapaus, Inter-American Court of Human Rights case of the *Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf):
- 15 Katso kappale kolme. Ks. esim. Imai, Shin and Kate Gunn: The individual and the Group, Selection of Membership, Duties to the Community. In Oxford Commentaries on International Law: A Commentary on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Oxford: Oxford University Press, 2017 forthcoming); Simpson, Audra: The Mohawk Interruptus. Political Life across the Borders of Settler states (Durham and London: Duke University Press 2014), 178; Palmater, Pamela: Beyond Blood: Rethinking Indigenous Identity (Saskatoon: Purich Publishing Ltd 2011); Andersen, Chris: Metis. Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood. (UBC Press 2014); Gaudry, Adam and Chris Andersen: Daniels v. Canada: Racialized Legacies, Settler Self-Indigenization and the Denial of Indigenous Peoplehood. Topia 36. Canadian Journal of Cultural Studies 2016.
- 16 Imai, Shin and Gunn, Kate referring to Sharon Venne: Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous People (Penticton: Theytus Books 1998), 116-199.
- 17 Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotivistelmä, Mietintöjä ja lausuntoja 22/2014, s. 10-11.
- 18 Saamelaiskäräjät lausunto 9.11.2016, Dnro:501/D.a.2/2016, Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä maakuntauudistukseksi ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisuudistukseksi sekä niihin liittyviksi laeiksi, s. 2.
- 19 Ibid.

## 15. Guovddáš loahppaárvalusat ja ávžžuhusat

Leena Heinämäki, Christina Allard ja Stefan Kirchner

Jorgalus: Outi Länsman

### 1. Sámiid eanageavaheapmái ja -hálddašeapmái laktáseaddji rievttit

Vuođđolága 22 § mielde almmolaš váldi, nappo lahkaásaheaddji ja virgeoapmahaččat galget dorvvastit dan, ahte vuođđorievttit ja olmmošvuoigatvuođat ollašuvvet. Sápmelaččat leat Suoma vuođđolága 17.3 §:s meroštallojuvvon eamiálbmot. Dát dárkkuha dan, ahte sin vuoigatvuođaid galgá maid dorvvastit namalassii eamiálbmogiin, iige dušše fal ovdamearkka dihte giellavehádahkan dahje ovttaskas olmmožin. Sápmelaččaid gielalaš ja kultuvrralaš iešstivrejumi, mii čuovvu vuođđolága 121.4 §, galgá lohkat ovttas daiguin rivttiiguin ja vuođđoprinsihpaiguin, mat bohtet riikkaidgaskasaš olmmoš- ja eamiálbmotvuoigatvuođain.

Dego ovdalis lea juo gávnnahuvvon, de vuođđoláhkaválgagoddi lea deattuhan oktilaš vuođđo- ja olmmošvuoigatvuođajurddašeami mearkkašumi. Vuođđoláhkaválgagoddi lea atnán dehálažžan, ahte Suoma riikkaidgaskasaš olmmošvuoigatvuođapolitiikka ja álbmotlaš vuođđo- ja olmmošvuoigatvuođapolitiikka dorjot nubbi nuppi ja ahte maiddái Suomas fuolahit daid doaimmaid ollašuvvamis, mat laktásit Suoma riikkaidgaskasaš olmmošvuoigatvuođapolitiikka deattuhusaide. Dát galgá dáhpáhuvvat maid sámiid rivttiid buohta.

Riikkaidgaskasaš riekti dorvvasta sápmelaččaide rievtti kultuvrii ja dakkár eanageavaheapmái, mii čuovvu árbevirolaš ealáhusaid ja mii lea vuoigatvuođalaččat suddjejuvvon. Riikkaidgaskasaš riekti dorvvasta sápmelaččaide maid rievtti leat beaktitil ja albma láhkai mielde mearrideamen dain áššiin mat gusket sin. Beaktilis oassálastinvuoigatvuohta guoská sihke sápmelaš olbmuid ja dan iešstivrenorgána, mii ovddasta sámiid, nappo Sámedikki. Ráđđehusa evttohusas 167/2014 evttohuvo, ahte sámediggelága 9 § ráđđádallangeatnegasvuohta viiddiduvvo ovttasdoaimbangeatnegasvuohtan. Dát lea buorebut linnjás riikkaidgaskasaš rivttiin ja sápmelaččaide vuođđolágalaš sajádagain go dálá lága paragrafa. Ráđđádallangeatnegasvuođa viiddideami ovttasdoaimbangeatnegasvuohtan galggašii ollašuhttit sámediggelága ođasmahttima oktavuodas.

Ovdamiehtama prinsihppa (FPIC), mii laktása eamiálbmogiid iešmearridanriektái ja oassálastinvivttiide, lea dohkkehuvvon riikkaidgaskasaš rievttis ja dain vuoigatvuođalaš ja politiikkalaš doaimbmaorgánain, mat dulkojit riikkaidgaskasaš rievtti. Doaimbmaorgánat dulkojit ovdamiehtama prinsihpa dárkkuhit dan, ahte eamiálbmogiiguin galgá ráđđádallat buot sin guoski áššiin. Eamiálbmogiin galgá oazžut ovdamiehtama dakkár viiddis áššiin, main leat mearkkašahtti vahátlaš váikkuhusat eamiálbmogiid kultuvrii. ON eamiálbmogiid julggaštusa mielde institušuvnnaiguin, mat ovddastit eamiálbmogiid, galgá ráđđádallat ja ráđđádallamiid viggamuššan galgá leat ovdamiehtan. Ovdamiehtama prinsihpa galggašii čállit sisa ovttasdoaimbangeatnegasvuhtii. Dat ii dárkkuhivčče ođđa veto-vuoigatvuođa Sámediggái, dasgo juo dál riikkavulošvuoigatvuođa ja politiikkalaš almmolašvuoigatvuođa guoski soahpamuša artiikkal 27 gielá dan, ahte ii leat lohpi dagahit mearkkašahtti hehttehusa dakkár eanageavaheapmái, mii vuođđuduvvá sámiid kultuvrii. Ovdamiehtama prinsihppa deattuhivččii goittotge dakkár ráđđádallandili, mii lea eanet dásseárvosaš ja mas eakti vuolggasadjin lea oktasaš oaivillii beassan.

Sápmelaš eamiálbmoga iešmearridanriekti dárkkuha ovdasajis albma vejolašvuođa mearridit dahje hálddašit sin kultuvrra guovddáš áššiid, maidda eanageavahangažaldagat lahka



laktásit. Dego lea gávnnavuvvon, de sápmelaččaid kultuvra vuodđovuoigatvuohtan sihke olmmošvuoigatvuohtan sisttisoallá maiddá rievtti dorvvastuvvon láhkai hárbjeit árbevirolaš ealáhusaid. Unnimus hámis iešmearridanriekti dárkkuha dan, ahte sámi álbmogis lea riekti váikkuhit beaktilit sámiide guoski áššiide nu, ahte sámit leat ieža mielde, plánemuttus gitta mearrádusa duohtan dahkama muddui, mearrideamen dain áššiin mat guovddázis gusket sin. Unnimusat iešmearridanriekti dárkkuha maid dan, ahte sámiin lea maid albma – ii dušše fal formála – vejolašvuohta váikkuhit mearrádusaide. Dego dán dutkamušas lea buktojuvvon ovdan, de sápmelaččaid vuodđoláhkii vuodđuduvvi iešstivrenvuoigatvuohta galggai láhkaválmmaštallanáššegirjjiid mielde leat dynámalaš ja dakkár, man ovddideapmái sápmelaččat iežas oaččošedje leat guovddázis váldimin oasi. Dán láhkaásaheaddji ulbmila ii sáhte oaidnit vel ollašuvvat Suomas. Oassálastin, mii čuovvu iešmearridanrievtti, ii oaččo leat dušše formála gullan, cealkámušaid bivdin dahje bargojoavkkuide oassálastin, muhto dat baicce gáibida aktiivvalaš ja dálázis eanet dásseárvosaš ovttasbarggu sápmelaččaid ja virgeoapmahaččaid gaskka. Sámediggi lea maid buktán ovdan, ahte sápmelaččaid vuodđoláhkii vuodđuduvvi kulturiešstivrejumi dorvvasteapmi gáibidivččii Sámedikki resursadási bissovaš bajideami.<sup>1</sup> Ekonomalaš resurssat, maid Sámediggi oažžu stáhtas, leat unnibut go eará Davviriikkain ja daid galggašii lasihit áššáigullevaš dássái.

Virgeoapmahaččaid ja Sámedikki, mii sámediggelága mielde ovddasta sámi álbmoga, ovttasbarggu vuodđun galggašii leat verddevuotta. Dán dutkanfitnu veardádallanriikkain Kanada, Ođđa-Selándaja Norga geavahit verddevuotta-jurdaga aktiivvalaččateami álbmotáššiid dikšuma vuodđun. Dás lea baicce vuoigatvuođalaš muhto maiddá politihkalaš ja servodatlaš váikkuhus dasa, makkáražžan oidnet sápmelaččaid ja stáhta dahje maiddá gielddaid ja sápmelaččaid gaskasaš oktavuodaid ja ráđđádallamiid vuodu. Ráđđádallamat eai oaččo leat “bákkolaš gullamat” muhto baicce galgá figgat beassat oktasaš oaivili ja goabbáge oassebealli galgá ohat kompromissaid. Kompromissaid ohcan ii goittotge sáhte doalvut dasa, ahte sámiide juo dorvvastuvvon rivttiid dahje geanohuhttingildosa rihkkot.

Dán sivas ráđđádallan/ovttasbargogeatnegasvuoda lassin sámiid kultuvrra guoski geanohuhttingildosa, kultuvrralaš váikkuhusaid árvvoštallama ja sápmelaččaid eanageavaheapmái laktáseaddji árbedieđu vuhtiiváldima galggašii čállit siva buot dakkár láhkaásaheapmái, mii laktása njuolga sápmelaččaid rivttiide. Earenomážit daid galggašii čállit siva birrasii ja eanageavaheapmái guoski vuolit láhkaásaheapmái, meahciráđđehusláhka guovddázis muhto ii áidna ovdamearkan. Guovddáš lágat leat maiddá boazodollui ja guolásteapmái laktáseaddji mearrádusat, main goittotge galgá sihkkarastit maiddá dan, ahte earáid go sápmelaš ealáhusárjehedjiid rivttiid eai vuoduheamit geanohuhte. Maiddá vejolaš ávkkiiid juohkima dahje hehttehusaide laktáseaddji kompensašuvdnageatnegasvuoda galggašii bidjat oassin daid čovdosiid, mat laktásit eanageavaheapmái.

Sámiid iešstivrejumis/iešmearridanrievttis boahtá riekti hálldašit kultuvrra geahččanguovllus guovddáš áššiid, degomat eatnamiid (maidda gullet maid čázit) geavaheami. Dát riekti galggašii mearkkašit maid beaktilis oassálastima eanageavaheami plánemii ja stáhta galggašii dán oassálastima resurssaiguin doarjut. Dáid maid galggašii čállit oassin geanohuhttingildosa ja kultuvrralaš váikkuhusaid árvvoštallama. Plánemii galggašii Sámedikki lassin váldit mielde Nuortalaččaid siidsobbara, bálgosiid, siiddaid ja árbevirolaš ealáhusaid hárbjeheaddjiid. Plánemii galggašedje gullat maid guolástangažaldagat ja dat oassebealit, mat ovddastit guolásteami. Ráđđádallangottiid, mat čuvvot dálá meahciráđđehuslága, ii sáhte oaidnit leat doarvá buorit doaimabijut sápmelaččaid vuodđo- ja olmmošvuoigatvuođaid ollašuttimii. Sámediggi ii galggaše luohpat gáibádusas dievasmahtit meahciráđđehuslága ovddit evttohusa láganin.

Geanohuhttingildosii laktása kultuvrralaš váikkuhusaid árvvoštallan, masa galggašii hukset buori málle. Dego dán raporttas bukto ovdan, de kulturváikkuhusaid árvvoštallan, mii čuovvu dálá ruvkelága, ii leat vel doaimman áššáigullevaččat. Earenomážit kumulatiivvalaš

váikkuhusaid galggašii váldit vuhtii váikkuhusaid árvvoštallamis. Dehálaš livččii maid skuvlet virgeoapmahaččaid sámiid kultuvrii guoski áššiin.

Dát doaibmabijut okto juo huksešedje unnimus vejolaš vuoigatvuođalaš gáibádusaid dálá láhkaásaheami lassin maiddái vejolaš ILO soahpamuš 169 ratifiserema várás. Soahpamuša guovddáš bargun livččii čielggasmahttit ja nu nannet sámiid riektesajádaga. Ovddabealde máinnašuvvon doaibmabijut livčče guovddážis maiddái Davviriikalaš sámesoahpamuša ollašuhttima geahččanguovllus. Goappáge ovddabealde máinnašuvvon soahpamuša ratifiseren lea ollásit realisttalaš, jos lea doarvái politihkalaš dáhttu. Davviriikalaš sámesoahpamušain ii leat ulbmilin rievdadit eana- ja čáhcerivttiid. lige ILO soahpamuš 169 ratifiserenge gáibit, earenoamážit Suoma lágan dilis, gos sápmelaččat leat váldoáššis vehádahkan árbevirolaš guovlluineaset, ahte sápmelaččaide dorvvastuvvošedje oamastanvuoigatvuođaid eatnamiidda. Soahpamuša sáhtá ollašuhttit go suddjejuvvon geavahan- ja hálddašanrivttiid dorvvastuvvojit. Hálddašeapmi laktása buot eanemus dasa, ahte sápmelaččat bastet mearridit dahje ankke nannosit váikkuhit daid guovlluid plánemii, mat leat stáhta oamastusas ja maid sámit geavahit árbevirolaš ealáhusaide. Hálddašeapmi laktása buot eanemus maid dasa, ahte sápmelaččat bastet leat mielde mearrideamen dán guovlluin, go guovlu geavahuvvo eará dárkkuhusaide, ovdamearkka dihte Meahciráđđehus geavaha guovllu eará dárkkuhussii. Sápmelaččain galgá leat maiddái nana vejolašvuohta váikkuhit dakkár eará doaimmaide, main sáhtá leat vahátlaš váikkuhus sámiid kultuvrii, ovdamearkan justa ruvkedoaibma.

Dál sámit oassálastet eanageavaheami plánemii Meahciráđđehusain maiddái luondu mánggahámatsoahpamuššii vuođđuduvvi eaktodáhtolaš Akwé:Ko rávvagiid olis. Rávvagiid headjuvuohtan lea dat, ahte dat eai čana vuoigatvuođalaččat. Nuppi dáfus dát fállá maid vejolašvuođa ovddidit ja viiddidit dan mo rávvagiid heivehit. Rávvagiin sáhtášii hukset oktasaš hálddašeami málle, mii livččii viiddit ja doaimmašii buorebut. Oktasaš hálddašeami málles Sámedikki ja Akwé:Ko bargojovkui gullelaš sámiid ealáhus- ja árbedieđu hálddašedjjiid rolla livččii leat guovlluid “gohccin”, mat gulahalašedje aktiivvalaččat ja jeavddalaččat Meahciráđđehusain daid doaimmaid birra mat leat guovllus jođus. Dákkár gohcci-rollat leat anus mánggain riikkain ja dat vuođđuduvvet oktasaš hálddašeami málliide.

Akwé:Ko eaktodáhtolaš rávvagiid váldoulbmilin lea ávkástallat eamiálbmogiid árbedieđu ja čáhkadit dán árbedieđu guovlluid geavaheami plánemii, dikšumii, hálddašeapmái ja suodjaleapmái. Árbediehtu laktása lahka eamiálbmogiid vieruiduvvan vuoigatvuođaide ja árbevirolaš institušuvnnaide, degomat siidaide, maid galggašii maid váldit vuhtii guovlluid hálddašeamis doppe gos ain lea siidaortnet.

Guovddážis livččii addit sámiide eanet aktiivva rolla ja ekonomalaš doarjaga, vai sii sáhttet dahkat eanet innovatiivvalaš álgagiid das, mo ávkástallat árbedieđu guovllu dikšumis. Dán raporttas ovdanbukton Njávđánjoga oktasaš hálddašeami plána, mii laktása nuortalaččaid guolásteami dikšumii, lea ovdamearka árbedieđu ja diehtaga gaskasaš gulahallamis go lea sáhka guolásteami suodjaleamis ja dikšumis. Stáhta ja virgeoapmahaččat galggašedje doarjut sámiid iežaset aktiivvalaš rolla luondu mánggabecalatvuođa gáhttemis.

Dán dutkamusa veardádallanriikkain leat vuolgán, roahkkadabbot go Suomas, ollašuhttit iešguđetlágan ja iešguđet vuoigatvuođalaš vuođušusaide vuođđuduvvi oktasaš hálddašeami málliid, mat laktásit eanageavaheapmái. Ovdamearkka dihte Ruota Sámis lea UNESCO máilmmiárbebeáiki Laponia, gosa lea huksejuvvon viiddis oktasaš hálddašeami málle. Dát guovlu lea seammás maid guovddáš guovlu sámi boazodollui. ”Laponiatjuottjudus”-stivrenorgánas leat sámit eanetlogus, muhto das leat maid eará báikkálaš ovddasteaddjit. Ođđa-Selánddas leat maid vuođđudan viiddis oktasaš hálddašeami málliid, main leat nana konsultašuvdnageatnegasvuođat guovllu eamiálbmoga, määriid ektui. Maiddái Norggas leat váldán atnui luonddusuodjalanguovlluid dikšunortnega, mii dovddasta sápmelaš ovddastusa

árbevirolaš sámequivuovlluin. Dán dutkanraportta Norgga guoski oasis lea maid muituvvon ILO soahpamuš 169 ratifiserema manjá vuodduvuvvon Finnmárkku guovllu oktasaš hálddašeami vuogádaga birra. Das stáhta oamastus buhtejuvvui ođđa riektesubjeavttain FeFo:in, mii oamasta ja dikšu eatnamiid. FeFo stivrras lea mearridanváldi ja dasa gullet guhitta lahtu. Sámediggi lea válljen lahtuin beali ja nuppi beali fas Finnmárkku leanastivrra. Maiddái Kanadas leat mánggat guhkás ovdánan eamiálbmogiid iešstivren- ja oktasaš hálddašeami čovdosat. Vaikko ILO soahpamuš 169 ii eaktutge hukset sierra hálddašanmálla, de Suomas galggašii roahkkadit ankke guorahallat eanageavaheapmái laktáseaddji oktasaš hálddašeami málliid huksema, main válddášedje vuhtii nu sámiid go earáge árbevirolaš ealáhusaid hárjeheddiid vuoigatvuodaid, mat laktásit eanageavaheapmái. Oktasaš hálddašeami galggašii hukset dakkáražžan, ahte dan oainnášii ávkkuhit buot oassebelliid. Dán oktavuodas galggašii muitit, dego dänge dutkanraporttas muituvvo, de Suomas leat ovdal evttohan viiddisge oktasaš hálddašeami málliid, maiguin livčče dorvvastan eatnamii laktáseaddji vuoigatvuodaid sámiide ja earáide, geat hárjehit árbevirolaš ealáhusaid.

Davviriikkat, maiddái Suopma, sáhtášedje maid váldit oahpu Ođđa-Selánda ja Kanada lágan stáhtaid vuogis ráđđádallat guhket ja viidát eamiálbmogiiguin iešguđetlágan ja iešguđet dási iešstivren- ja oktasaš hálddašeami málliin. Ráđđádallamiin dábálaččat loahpas besset muhtin lágan dohkálaš kompromissačovdosii. Dát meannudanvuohki muittuha ovdalis máinnašuvvon verddevuohka-jurddašeami, mainna stáhta geahččala divvut historjjálaš boasttuvuodaid ja hukset konstruktiivvalaš ja ovdežis eanet dásseárvosaš gaskavuoda eamiálbmogiiguin.

Guovddáš gažaldat sápmelaččaid rivttiid ollašuvvama geahččanguovllus livččiige maid virgeopmahaččaid, maiddái duopmostuoluid, diehtodáiddu lasiheapmi dain áššiin mat laktásit sámekultuvrii. Mánggain riikkain, maiddái dán dutkamuššii gullelaš riikkain degomat Norggas ja Ođđa-Selánda, leat sierra duopmostuolut dahje eará vuoigatvuodalaš orgánat, main sáhtá čovdit eamiálbmotriektái laktáseaddji earenoamášgažaldagaid. Norggas Finnmárkku guovllus sáhttet gáibidit eanarivttiid čielggadeami ja čovdima čielggadankomišuvna ja duopmostuolu bokte, maid Finnmárkku lánka lea vuodudan. Sámeriektekomišuvdna II lea evttohan seammalágan málla huksema maid Tromssa ja Nordlánda leanaide. Ođđa-Selánda Waitangi Tribunal čovdá viidát máoriid eanarivttiid oamastanrivttiin gitta geavahanrivttiide. Tribunal mearrádusat dolvot dávjá dasa ahte lánkaásaheami buoridit.

ILO soahpamuš 169 14 artihkkala 3 muttu mielde álbmotlaš riektivuogádahkii galgá čahkadit heivvolaš meannudeami, mainna čovdit daid gáibádusaid, mat riikka álbmogiin leat eatnama ektui. Ráđdehusa evttohus (HE 264/2014) vuolga das, ahte mearrádus ii gáibit dan, ahte Suomas galggašii hukset ođđa riidduidčovdinvuogi. Dan lágan vuohki lea doarvá, ahte stáhta gustojeaddji lánkaortnegis lea siste heivvolaš meannudeapmi riidduid čovdima várás ja dát meannudeapmi dievasmahttojuvvo doaimmahan- ja lánkageavahanmeannudemii, mat leat giddodathábmenlága mielde.<sup>2</sup> ILO soahpamuš 169 ii gáibit oalát ođđa riidduidčovdinvuogi, muhto Suomas livččii goittotge buorre suokkardallat unnimustá das, mo duopmáriid diehtodáiddu sámiid riektegažaldagaide laktáseaddji áššiin sáhtášii buoridit. Earenomážit juos ILO soahpamuš 169 ratifiserejuvvo, de galggašii sihkarastit, ahte duopmárat leat doarvá vudjon riikkaidgaskasaš eamiálbmotriektái ja earenomážit ILO soahpamuš 169 dulkomii. Suoma riektelágádusain eai maid leat čovdán eanavuogitvuodalaš gažaldagaid seamma lánkai go ovdamearkka dihte Kanadas, Ođđa-Selánda, Norggas, Ruotas dahje Latiinnalaš Amerihká riikkain, nu ahte šielbmá duon lágan váidagiid loktemii dahje čađa mannamii sáhtá maid leat allat. Jos eanariekteváidagat dolvojuvvošedje Suomas duopmostuoluide, de dat čovdojuvvošedje áššegirječájeheami vuodul. Gažaldagas ii ná livčče iešalldes ILO soahpamuš 169 čuovvu meannudeapmi, muhto áššit baicce čovdojuvvošedje gustojeaddji álbmotlaš riektivuogádaga mielde. Ná ii livčče mearkkašupmi das, gullágo olmmoš Sámedikki válgalogahallamii.

Dán dutkamušas lea viidát analyserejuvvon Amerihká olmmošvuoigatvuođaduopmostuolu geavat, mas leamaš mearkkašahhti váikkuhus Latiinnalaš Amerihká eamiálbmogiid rivttiid ovdáneapmái. Geavat addá miellagiddevaš geahččanguovllu dasa, mo doppe leahkki duopmostuollu heiveha Amerihká olmmošvuoigatvuođasoahpamuša artihkkala 21 (riekti opmodahkii) eamiálbmogiid eanavuoigatvuođaide. Duopmostuollu váldá riektegeavadis vuhtii nu ILO soahpamuš 169 go maid ON eamiálbmotjulggaštusage ja geavaha dáid veahkkin go dulko artihkkala 21 heiveheami eamiálbmogiid guoski gažaldagaide, mas oktagasa riekti opmodahkii heivehuvvoge eamiálbmogiid kollektiivvalaš eananvuoigatvuođaide.<sup>3</sup> Dán lassin duopmostuollu váldá vuhtii eará riikkaidgaskasaš rievtti norbmavuoigadaga, ovdamearkka dihte KP-soahpamuša 27 ja 1 artihkkala (álbmogiid iešmearridanriekti).<sup>4</sup> Vuodđovuolggasadjin Amerihká duopmostuolu artihkkala 21 dulkomis lea dat, ahte stáhta galgá dorvvastit eamiálbmogiid árbevirolaš ealáhusaid, kultuvrra, sosiála ja ekonomalaš vuogádagaid ja seammás gudnejahttit eamiálbmogiid iežaset vieruid.<sup>5</sup> Duopmostuollu gieđahallá dáid vuoigatvuođaid “oamastanvuoigatvuohtan” vaikko formála oamastanvuoigatvuohta ii dábálaččat dorrvastuvvoge giddodatvuoigatvuođalaš mearkkašumis. Geavadis sáhka lea eanetge geavahan- ja dahje hálddašanrievttis. Dáid vuoigatvuođaid, maid duopmostuollu nappo gieđahallá “oamastanvuoigatvuohtan”, sáhhtá ráddjet, juos a) ráddjen lea lahkaásaheamis, b) dat lea vealtameahtun, c) govttolaš ja d) ulbmilin lea olahit muhtin demokrátalaš servodaga geahččanguovllus legitiimma ulbmila.<sup>6</sup> Jos dát eanavuoigatvuođat ráddjejuvvojit, de ferte sihkkarastit dan, ahte ráddjemiin eai biddjo vára vuollái kultuvrra ja ealáhusaid eallinvejolašvuođat.<sup>7</sup> Luondduriggodagat lohkkajuovvojit gullat dán “oamastanriektái”.

Guovddážiš Amerihká duopmostuolu eamiálbmogiid eanavuoigatvuođaid heiveheamis lea geatnegasvuohta ráđđádallat eamiálbmogiiguin, jos eanavuoigatvuođat ráddjejuvvojit. Konsultašuvdna/ráđđádallangeatnegasvuhtii čatnasa lahka maid ávkkiid juohkin ja hehttehusaid “govttolaš” kompensašuvdna, maid birra galgá ráđđádallat dainna eamiálbmogiin, man ášši guoská.<sup>8</sup> Ráđđádallamiid galgá ordnet nu, ahte vuosttažettiin galgá váldit vuhtii eamiálbmogiid iežaset árbevieruid ja dábiid.<sup>9</sup> Eamiálbmot galgá ieš mearridit, gii sin ovddasta ráđđádallamiin.<sup>10</sup> Ráđđádallamiid ulbmilin galgá leat soahpamuš. Viiddis áššegažaldagaid oktavuodas, main leat viiddis váikkuhusat guvlui ja eamiálbmogiidda, de dušše konsultašuvdna ii leat doarvá muhto baicce eamiálbmogiin galgá oažžut prošeavttaide ovdamiehtama (FPIC) ja váldit vuhtii eamiálbmogiid dábiid ja árbevieruid. Viiddis áššegažaldagat leat omd. iešguđetlágan ekonomalaš prošeavttat, mat dáhphuvvet eamiálbmogiid eatnamiin.<sup>11</sup> Guovddážiš lea maid sosiála- ja birasváikkuhusaid árvvoštallan, man galgá dahkat muhtin “sorjjasmeahtun ja teknihkalaččat čeahpes” oassebealli. Árvvoštallama jodiha stáhta.<sup>12</sup> Eamiálbmogat galget beassat váldit oasi váikkuhusaid árvvoštallamii.<sup>13</sup> Árvvoštallamis galgá váldit vuhtii iešguđet doaimbajuid dálá dili dahje boahhtevuođa kumulatiivvalaš oktasašváikkuhusaid.<sup>14</sup>

Amerihká olmmošvuoigatvuođaduopmostuolu riektegeavadis sáhhtá váldit elemeanttaid maiddái Suoma dillái. Suomas leat vuolgán das, ahte eanaoamasteapmái eai dahkko rievdadusat. Nannosit dorrvastuvvon geavahanrievttit ja oassálastinriekti oktan ovdamiehtama prinsihpain ja dáid lassin vel kultuvrralaš váikkuhusaid árvvoštallan ja kompensašuvdna hehttehusain leat realisttalaš molssaeavttut dalle, go eatnamii eai dorrvastuvvo dakkár rievttit, mat ráddjejit eret eará geavaheami. Stáhta ja Sámedikki gaskasaš soahpamušas, ng. čilgehusas, Suopma čatnasa goittotge dorrvastit sápmelaččaide rievtti oassálastit ja váikkuhit go plánejuvvo ja mearriduvvo das, mo geavahit stáhta oamastan eana- ja čáhceguovlluid sámiid ruovttuguovllus. Suopma čatnasa maid doarjut guovlluid geavaheami árbevirolaš ealáhusaide. Suoma ráđđehus čatnasa árvvoštallat searvágaid Sámedikkiin jeavddalaččat ILO soahpamuš 169 mearrádusaid ja geatnegasvuođaid ollašuhttima, ja čatnasa ovddidit lánkaásaheami ja hálddahusa searvágaid Sámedikkiin (HE 264/2014). Sáhka lea eanetge stáhta ja Sámedikki gaskasaš soahpamušas, man ii várra galggaše gohčodit čilgehussan. Soahpamušii ii sáhte dahkat várreimiid. Dego ILO soahpamuš 169 dulkojeaddji kapihttalis

daddjo, de dákkár soahpamuš lea linnjás soahpamušain, jos dat čuovvu dan institušuvnna friddja dáhtu, mii ovddasta eamiálbmoga virggálaččat.

Dego dutkamušas bohtá ovdan, de Latiinnalaš Amerihká riikkain konsultašuvdnarivttiid, gitta ovdamiehtama rádjái, leat sáhttán dorvvastit riektevuogádagas, muhto geavadis dat eai goittotge vealttakeahtá ollašuva. Dan sajis ovdamearkka dihte Kanadas, Ođđa-Selánda ja Norggas ráđđádallangeatnegasvuohta ollašuvvá geavada dásis ankke muhtin oassái ja muhtin eamiálbmogiid buohta buorebut go Suomas, go váldá vuhtii, ahte duoin riikkain lea maid árbevirolaš eatnamiid guoski iešstivrejupme- dahje oktasaš hálddašeami vuogádagat. Fuopmášahtti veara lea ovdamearkka dihte dat, ahte Norggas konsultašuvdnasoahpamušat eai rádjášuva dušše Finnmárkku guvlui.

Juohke stáhta geavadiin orošii leamen mii nu mii doaibmá ja mii nu mii ii doaimma. Ideálamálla ii sihkkarit oba leatge. Suoma ráđđehus ii goittotge sáhte doarjalit dasa, ahte earáge riikkain leat váttisvuođat eamiálbmogiid rivttiid ollašuvvamis, muhto baicce geahččalit doaibmat olmmošvuoigatvuođaid geahččanguovllus oktan ovdamearkariikan. Jos fal lea doarvá ollu politihkalaš dáhttu, de Suomas lea vejolaš beassat optimála čovdosii, mii váldá vuhtii sápmelaččaid rivttiid doarvá viidát geanohuhtekeahhtá goittotge eará árbevirolaš ealáhusaid hájeheddjiid rivttiid.

## 2. Sápmelašmeroštallan

Suomas sápmelašvuohta lea meroštallojuvvon sámediggelága 3 §:s. 3 § 2 čuoggá buohta lea goittotge fundamentála sierramielalašvuohta nuppe dáfus láhkaásaheaddji ulbmila ja Sámedikki ja nuppe dáfus fas daid gaskka, geat vigget beassat válgalogahallamii ja geain lea dakkár máttarvánhen, gii lea eanagirjjiide merkejuvvon lappalažžan. AHR lea álggos guoradan hui guhkás lahkaásaheaddji ulbmila ja Sámedikki dulkojumi, muhto viiddidan dasto dulkojumis ollislaš árvoštallama bokte. AHR ii leat velge dohkkehan geange dušše beare dan vuođul, ahte ohccis lea máttar sámediggelága 3 § 2 čuoggás oaivvilduvvon eana- vearro- dahje heaggagirjjiin, muhto baicce nállašuvvama ja dájvá mánggaid sohka buolvvaid duohkái manni giellaoktavuođa lassin dan vuođul, ahte olmmoš lea bastán jáhkkih AHR:i iežas sápmelašvuođa. Dego dan raportta viiddis dáhpáhusanalysa goittotge čájeha, de ollislaš árvoštallan, man AHR lea geavahan, lea čájehan iežas problemáhtalašvuođa sihke Sámedikki ja válgalogahallamii viggiid geahččanguovllus. AHR lea dájvá seammasullasaš dáhpáhusain bohtán earálágan loahppabohtosii iige mearrádusain leat vuohttimis čielga logihkka. Dát lea váttisvuohtan sihke sámii iešstivrejumi ja oktagasaid riektesuoji geahččanguovllus. Dát ášši muitala das, ahte sápmelašmeroštallama galgá dárkkánuhttit nu, ahte dat ii atte liiggás saji dulkomii Sámediggái iige alimus hálldahusriektái. lihan sáhte leat heivvolaš, ahte Suomas lea fámus sámediggeláhka, mii ii leat oaivvilduvvonge dulkojuvvot sátnehámi mielde. Áššái galggašii gávdnat čovdosa.

Dego dego dán dutkamušas bohtá ovdan, de riikkaidgaskasaš rievtti mielde eamiálbmotmeroštallamii gullá hui čavga ja bissovaččat nuppe dáfus joavkkuid ja oktagasaid identifikašuvdna eamiálbmogii ja nuppe dáfus joavkku riekti mearridit lahttuvuođastis. Riikkaidgaskasaš rievtti njuolggadusaid, mat gusket eamiálbmogiid iešmearridanrievtti, lassin maiddái akademalaš ságastallamis viidát ovdanbukton oaidnu lea dat, ahte lahttuvuođas mearrideapmi lea eamiálbmogiid iešmearrideami okta válldoosiin.<sup>15</sup> Dán rievtti dovddasteapmi lea mearrideaddji baicce dan ektui, ahte eamiálbmogiid politihkalaš vuogádagat bissot stádisin, muhto maiddái dan ektui, ahte eamiálbmogat seailot ja ovdánit iežaset lágan earenomáš álbmogin.<sup>16</sup> Sápmelaččaid buohta sáhka lea ovdasajis iešstivrejumi doalaheamis ja ovddideamis. Goittotge, dego riikkaidgaskasaš rievtti analysas lea bukton ovdan, de

eamiálbmotmeroštallan ii sáhte leat dahkumeroštallan, muhto dat galgá vuodđuduvvat eamiálbmogiid iežaset vuogádagaid lassin objektiivlaš kritearaide, mat heivehuvvojit seamma láhkai buohkaide daidda geat dáhttot lahttun.

Vaikko dat meroštallan, mii čovdojuvvo Suomas, galgá vuodđuduvvat riikkaidgaskasaš rievtti ásahan rámmaid sisa, de eará riikkain doaibmi vuogádagaid sáhtttá kártet. Lunddoleamos lea geahččat Davviriikkaid guovlluid, dasgo sáhka lea namalassii seamma, sierra riikkain ássi eamiálbmogis. Ruoŋas ja Norggas heivehuvvo giellaágga goalmmát ja njealját bulvii, iige sáhka dárbbas leat vuosttažin ohppojuvvon gielas muhto baicce ruovttugielas. Duoid riikkaid Sámedikkit leat čuvvon válgalogahallamii beassamis dakkár linjá mii lea mearkašahtti veardde eanet liberála. Dasgo válgalogahallamii gullan ii dáhkit daninassii máŋge lágan erenomášrivttiid, baicce rievtti jienastit, de nuppi dáfus stuorra oassi sámiin Norggas ja Ruoŋas eai leat oba ohcange duon logahallamii. Logahallamis ii leat seammalágan politihkalaš deaddu dego Suomas. Ruoŋas ja Norggas maiddá boazodoallu lea sámiid oktovoigatvuohta. Norggas ja Ruoŋas eai oainne, ahte Sámedikki válgalogahallan lea etnalaš logahallan sámiin.

Maiddá Ođđa-Selánda máoriid meroštallan lea rabas. Dat vuodđuduvvá goittotge máoriid iežaset máilmmigovvii. Olmmoš galgá vuolggašjís gullat man nu čerdii (*iwi*), vai su sáhtttá gohčodit máorin. Ođđa-Selánda meroštallan ii leat dagahan siskkáldas konflikttaid. Máori ii leat okta álbmot, muhto das leat máŋggat čearddat. Latiinnalaš Amerihkás iešidentifikašuvdnakriteara, mii máŋggain riikkain boahá ILO soahpamuš 169:žis, dárkkuha ovdasajis dan, ahte sierra eamiálbmotjoavkkut identifiserejit iežaset eamiálbmogin. Ovttaskas olbmo iešidentifikašuvdna boahá nappo dán joavkoidentifikašuvnnas. Jurdaga vuolggašdjín lea, ahte geange ii sáhte maiddá su dáhtu vuostá oaidnit gullat eamiálbmogii. Báikkálaš dásiin joavkkuin leat iežaset vierut lahttuvuođa mearrideapmái. Ášši ii leat Latiinnalaš Amerihkás riiddu vuolde dego Suomas, dasgo eamiálbmotvuohta ii leat dakkár identitehta man olbmot háliidit, muhto baicce dakkár mas olbmot heahpanit. Stuorra oassi eamiálbmogii gullevaš olbmui ássat gávpogiin eaige sii dábálaččat hálit deattuhit eamiálbmotvuođaset. Stáhta geavaha iešidentifikašuvnna statistihkaid várte maiddá ovttaskas olbmo dásis, nu ahte iešguđetlágan statistihkalaš čielggademiin olbmot jerro gullágo son man nu eamiálbmogii. Guovddáš kritearan eamiálbmogii gullamis lea eamiálbmotgiela geavaheapmi beaivválaš eallimis.

Kanadas fas eamiálbmotvuohta lea dakkár identitehta mii geasuha, nuppe láhkai go Latiinnalaš Amerihkás, dasgo dat mearkaša rivttiid, nu ahte ruossalasvuođat leat sullii seammassullasaččat go Suomas. Identitehtagažaldat laktása eamiálbmogiid eana- ja luondduriggodatrivttiid vuodđolágalaš suodjái čuoggá 35 mielde, dasgo dat lokte bajás gažaldaga das, geat meroštallojuvvojit gullat dihto čearddaid dahje servoša lahttun. Dat laktása meahcástan-, guolástan- ja giellanrivttiid ollašuttimii ja dihto ovdduid ja riggodagaid juohkimii dihto servošiidda.

Earenoamáš hástaleaddji Kanadas leamaš métisaid dilli, geaidda ii leat federašuvdnadási lágalaš meroštallan. Kanada alimus riekti lea guovtti dáhpáhusas meroštallan métisaid nu, ahte lea váldán vuhtii sierra vuodđolágalaš ulbmiliid, dego maiddá Kanada statistihkkaguovddáš lea dahkan álbmotrehkenastima várás. Statistihkkaguovddáša meroštallamis métisaid iešidentifikašuvdna lea áidna kritearan. *Powley* dáhpáhusas alimus riekti mearridii golmma kritearas go meroštalai métisaid vuodđolága čuoggá 35 várte: i) iešidentifikašuvdna métisan, ii) historjjálaš oktavohta métis-servošii máttuid bokte, ja iii) dálá métis-servoša joavkodohkkeheapmi. Varas *Daniels* dáhpáhusas, mas guorahalle vuodđolága čuoggá 91 (24), alimus riekti oassái hilggui árat *Powley* dáhpáhusa gáržžes meroštallama, ja dovddastii métis-servošiid máŋggahámatvuođa miehtá riikka. Duopmostuollu ii goittotge meroštallan dan, geat gullet métis olbmuide. Kanadas leat ságastallan das, ahte vejolaš meroštallama ođasmahttin galgá dáhpáhuvvat nu, ahte dat lea harmoniijas ja doarju eamiálbmogiid kultuvrra ja árbevieruid. Dát livččii maid dáid álbmogiid iešmearridanrievtti mielde. Kanada ráđđehus lea čatnasan, ovttasbarggus eamiálbmogiiguin, buhttet *Indian Act* -lága.

Riekteministeriija 21.12.2016 dieđáhusa mielde Davviriikalaš sámesoahpamušas leat ožžon ráđđádallanbohtosa, man vuodul Suomas vulget ovddidit soahpamuša ratifiserema. Soahpamuša vuodul lea maid ulbmilin čoavdit dan, gii oažžu jienastit Sámedikki válggain. Norgga málle mielde gažaldat ii livččege ná sápmelašvuoda etnalaš meroštallamis. Meroštallan vuodduvašii giellakriterii, mii olášii njealját sohka bulvii. Jos davviriikkaid oktasaš meroštallan válđošii atnui, de livččii sihkkarit vuoddu giellakriteara viiddideapmái njealját bulvii. Dát vástida geavadis juo dál AHR dulkojumi sámediggelága 3 § 3 čuoggás. Ovdamearkka dihte muhtin anáraččat leat buktán ovdan dárbbu viiddidit giellakriteara, dasgo ankke oassi sis lea massán giela juo ovttá sohka buolvva árabut. Giellaágga dorjjošii guovdilit sámiiid gielalaš ja kultuvrralaš iešstivrejumi. Maiddái AHR lea gávnahan, ahte eamiálbmoga dehálaš dovdomearka lea iežas giella. Ovdal sámediggelága giella lei áidna nu gohčoduvvon objektiivvalaš ágga sáme parlameantta válggain. Sáme parlameanta lei ovdal Sámedikki. Ruotas ja Norggas giella lea vástideaddji njuolggadusain sápmelaš meroštallama válđoágga, ja dáid riikkaid sámiiid gullet seamma eamiálbmogii go Suoma sámiiid.

Dego lea bohtán ovdan, de Suomas leat olbmot, geat dovdet iežaset sápmelažžan, muhto eai deavdde daid kritearaid, mat čuvvot dálá sámediggelága dulkojumi. Jos lagas eai šat meroštalašii sápmelašvuoda, de dát attášii eanet saji dovdat sápmelašvuoda maiddái válgalogahallama olggobealde, dego earáge Davviriikkain. Jos sámiiide goittotge nannejuvvojit muhtin earenoamáš rievttit, de dán dáhpáhusas rabasin bázášii ain gažaldat das, mo dáid rivttiid subjeavttaid galggašii meroštallat. Iešidentifikašuvdna ii okto sáhtášii leat doarvái buorre ágga sápmelašvuotii, dasgo dalle gii beare olbmuid sáhtášii mearridit álgit sápmelažžan earenoamáš rivttiid doaivagis. Vejolaš earenoamáš rievttit sáhtášedje várra guoskat ovdamearkka dihte gielalaš rivttiid lassin dasa, ahte beassá válđit oasi eanageavaheapmái laktáseaddji áššiid mearrideapmái iešguđetlágan ovttasbargojoavkkuin. Eanageavahangažaldagaid oktavuodas objektiivvalaš kritearan sáhtášedje várra ain leat historjjálaš eana- ja guoddingirjijt iešidentifikašuvnna ja árbevirolaš eallinvuogi lassin.

### 3. Ráđđádallankultuvrra buorideapmi

Sámediggi lea maid evttohan duohtavuoda- ja soabadallankomišuvnna vuoddeami dan ságastallama vuodul mii lea jođus Ruotas. Maiddái ovdamearkka dihte Kanadas leat vuodduvan duohtavuodakomišuvnnaid gieđahallat historjjás vásihuvvon boasttuvuodaid. Suomasge olbmui leat lossa vásáhusat ovdamearkka dihte ásodagain, gos sámemánat veagal suomaiduhttojuvvojedje. Ulbmilin livččii buoridit sámiiid ja stáhta gaskavuodaid ja veahkehit olbmuid gieđahallat bággoassimilervigamušain bohtán mánggalágan traumaid. Mánggain riikkain stáhta lea átnon ándagassii eamiálbmogiin daid boasttuvuodaid maid stáhta lea dagahan. Ii gávdno siva dasa manin Suopma ii sáhtášii doaibmat seamma láchkai. Riidu, mii guoská sápmelaš meroštallama, lea dagahan heajos gaskavuodaid ja dili davvin. Komišuvdna sáhtášii buoridit ja ovddidit gaskavuodaid ja dili ja veahkehit dialoga huksemis. Sámediggi lea evttohan, ahte maid báikkálaš suomelaččat válđášedje oasi komišuvnii.

Okta ášši man birra livččii buorre suokkardallat lea Sámedikki ja sáme guovllu gielddaid gaskavuodaid nannen. Dán dutkanprošeavtta olis finaimet gielddain gullamin oainnuid, ja okta guovddáš ja min mielas buorre evttohus lea Sámedikki ja gielddaid hálddaha gaskasaš “ráđđádallankultuvrra buorideapmi”. Buorre ráđđádallankultuvrra gáibida deaivademiiid njunnálagaid ja eakti hálu gulahallamii, dan sadjái ahte gulahallet girjjálaš cealkámušaid bokte, dego dál eanaš dáhpáhuva. Riikkaidgaskasaš rievttis bohtán FPIC ankke prinsihpan sáhtášii doaibmat maid rávan Sámedikki ja gielddaid gaskasaš gulahallamis nu, ahte sáhka lea albma ráđđádallamiin ja vuolggasadjin lea, ahte dain ohcet oktasaš ipmárdusa ja kompromissa ja loahppabohtosa, man goabbáge oassebealli sáhttiba dohkkehit. Ráđđádallankultuvra

dolvvošii eret maid daid dušši fuolaid ja baluid goappáge oassebeali geahččanguovllus. Buot sámiid ruovttuguovllu gielddain, earret Ohcejoga gielddas, lea hui kritihkalaš oaidnu ráđđehusa evttohussii gáržžidit sápmelašmeroštallama.<sup>17</sup> Maiddái dán dutkamusa oktavuodas dahkkon gielddaid gullamiin bođii ovdan fuolla sápmelašmeroštallama gáržžideamis. Gielddaid gullamiin maid oidne ILO soahpamuša No 169 negatiivvalažžan dahje dan birra ledje várrugas jurdagat, baicce Ohcejogas, gos sámit leat eanetlogus. Negatiiva doaladupmi bođii das, ahte eanavuoigatvuodaid ballet addit sámiide earálárgan ealáhusrivttiid go earáide dan gieldda ássiide.

Sámediggi lea buktán ovdan fuolas das, ahte eanagoddehálddahusa ođastusa válmmaštallama oktavuodas eai leat váldán vuhtii sámiid kulturiešstivrejumi, vaikke goabbáge oažžu riektivuoddu seamma vuodđolága paragrafas (121.4 §). Ovdanbukton eanagoddeláhka orru dovdamin dušše sámegiela sajádaga, iige dange Sámedikki mielas doarvá. Sámediggi deattuha, ahte sámiid eamiálbmoga kulturiešstivrejumi ii oaččo geanohuhttit eará láhkaásahemiin, dego eanagoddeodastusain, mii lea dál gieđahallama vuolde. Kulturiešstivrejumi galgá geanohuhttima sadjái baicce nannet ja ovddidit vuodđolága ja sámiid kulturiešstivrema guoskevaš láhkaásaheami ja daid ovdabargguid mielde. Dát viggamuš galgá vuhttot čielgasit maid eanagoddehálddahusođastusas.<sup>18</sup>

Sámiid gielalaš ja kultuvrralaš iešstivrejumi dorvvasteami livččiige buorre sihkkarastit eanagoddehálddahusođastusa oktavuodas ovdamearkka dihte iešguđetlágan ovttasbargojoavkkuin. Seamma láhkai earenoamážit sámegielat bálvalusat galggašedje ordnejuvvot lága geatnegahttin vuogi mielde sosiála- ja dearvvašvuodáfuolahusa ođastusas. Sámedikki cealkámušas evttohuvoge, ahte sámegielat bálvalusaid ordnedettiin galgá sámiide dáhkidit albma vejolašvuoda váldit oasi bálvalusaid plánemii, válmmaštallamii ja dasa go daid birra mearriduvvo.<sup>19</sup>

Ráđđádallankultuvrra buorideami sáhtá leat oktan váldogažaldahkan maid sápmelašgažaldagaid oktavuodas. Sámiid rivttiid guoski ságastallamat leat sirdásan njunnálagaid dáhpáhuvi gulahallamis ain eanet ah eanet sosiála mediai, gos dat lea ožžon juobe vaššiságaid lágan ivnniid. Go olbmuid buvttášedje seamma latnjii ságastallat, de álggos sáhttet leat sierramielalaš oainnut, muhto soabalaš sáhkavuortuge sihkkarit dollojuvvošedje. Eanáš oassi sámiin ja eará davvi guovllu olbmuin háliidit sihkkarit riidduid sadjái vuodjut servodaga positiivvalaš huksemii, gos sámit ja earát sáhtášedje eallit ráfis bálvalágaid, ja gudnejahttit guhtet guoimmiset. Dán dutkamusa álggus dahkkon čanasjoavkkuid gullan buvttii oidnosii dan, ahte sápmelašmeroštallamii guoski riiddut leat váikkuhan ovdamearkka dihte sámeguovllu skuvllaid dillái ja iešguđet joavkkuid dynamihkkii ja olmmošgaskavuodaide. Maiddá gielalaš rivttiin ja daid oahpaheamis leat buollán sierramielalašvuodát, mat oidnojit skuvlla árgabeaivvis lossa vuoigŋan. Muhtinlágan ovttasbargojoavku - duohta, soahpan dahje soabadallankomišuvdna – livččii sihkkarit vuogas. Olggobealát sorjjasmeahttun soabadalli geavaheami ovdu livččii das, ahte buot oasálaččat dovddašedje oažžut dássebealát meannudeami. Suomas lea juo leahkimin eaktodáhtolaš soabadallanvuogádat, man sáhtá geavahit buotlágan riidduidčoavdimii. Soabadalli vehkiin sápmelašmeroštallan illá čoavdása, muhto dat sáhtášii veahkehit das, ahte iešguđetlágan oainnut lahkoniit nubbi nuppi ja ođđa oainnut gávdnojit. Dat sáhtášii leat veahkkin maid huksemin ovttasbarggu vejolašvuodaid iešguđetlágan joavkkuin ja joavkkuid gaskka.

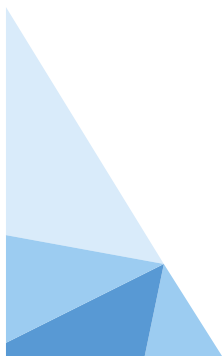


## 4. Ávžžuhusat oanehaččat

- Sámiid vuodđolágalaš ja álbmotvuoigatvuodalaš sajádat gáibida dan, ahte iešstivrejupmi ovddiduvvo ja ollašuhthtojuvvo láhkaásaheamis áššái gullevaš vuogi mielde. Ráđđehusa evttohus 167/2014, mas evttohuvvo rievdadit sámediggeláhka, sisttisoallá ollu buriid elemeanttaid ja evttohusa galggašii doalvut ovddos guovlluid. Ášši, mii evttohusas lea eanemus guovddážiis, lea sámediggelága 9 § miel ráđđádallangeatnegasvuoda viiddideapmi ovttasdoaimbangeatnegasvuohtan, man galggašii čállit ovdamiehtama prinsihpa mielde. Ovdamiehtama prinsihpa boahdá riikkaidgaskasaš rievttis. Ovttasdoaimbangeatnegasvuodaid ja ráđđádallanvieruid birra galggašii ráhkadit virgeoapmahaččaide čielga rávvagiid.
- Iešstivrejumi dorvvasteapmái maiddá Sámedikki ekonomalaš resurssaid galggašii lasihit áššái gullevaš dássái.
- Stáhta ja sámi álbmoga gaskasaš ovttasbargu galggašii vuodđiduvvat verddevuohtajurddašeapmái, mii sisttisoallá vuolggasaji ovtaveardásašvuodas ja das, ahte goabbáge oassebealli árvvusatniba nubbi nuppi ja luohhtiba goappat guoibmáseaskka. Ovttasdoaimbama galggašii oaidnit vejolašvuohtan iige noađđin. Dán verddevuohtajurddašeami galggašii ovddidit maid Sámedikki ja gielddaid gaskavuodaide nu, ahte váldo vuhtii nu gielddaid go Sámedikkige iešstivrejupmi. Ráđđádallankultuvrra buorideapmi galggašii leat oktan váldo temán iešguđetlágan orgánaid ja bargujoavkkuid gaskkas.
- Sámiid sajádahkii, earenomážit guovddáš lahkaásaheapmái, mii laktása eatnamiid dahje čáziid geavaheapmái, galggašii jearggalaččat čállit sisa dan, ahte sámit leat mielde plánemin ja mearrideamen eatnamiid ja čáziid geavaheamis. Sámedikki lassin oassálastima galggašii dorvvastit Nuortalaččaid siidsobbarii ja boazodoalu ja guolásteami geahčanguovllus guovddáš joavkkuide. Sámiid árbediehtu ja árbevirolaš vierut ja hálddašánmállet galggašedje maid váldot vuhtii mearrádusaid dahkamis.
- Ovddabealde máinnašuvvon lassin buot guovddáš seadáhusaide galggašii lasihit sámekultuvrra geanohttingildosa ja kulturváikkhusaid árvvoštallama sihke dárbbu mielde nuppástusohcanvuoigatvuoda. Maiddá hehttehusain boahtti kompensašuvdna galggašii leat dehálaš oassin eanageavahanrivttiid dorvvasteamis. Meahciráđđehuslága galggašii dievasmahttit álgoálgosaš evttohusa láganin, ja lasihit sámiid árbedieđu vuhtii váldima eanageavaheami guoski plánemin. Dat ráđđádallangottit, mat dál čuvvot dálá meahciráđđehuslága, eai leat dakkár doaimbaidju, mii dorvvasta doarvái sápmelaččaid iešstivrejumi. Seamma láhkai guovddáš lágat, mat laktásit sámiid vuodđolágalaš rivttiide, leat boazodollui ja guolásteapmái guoski lágat, maid galggašii dievasmahttit dáid oasis. Dáid doaimbajuid galggašii dahkat daid gáibádusaid mielde maid vuodđolága eaktudan suodji ja Suoma čadni riikkaidgaskasaš riekti ásaht, fuolakeahttá ILO soahpamuš 169 dahje Davviriikalaš sámesoahpamuša ratifiseremis. Goittotge dáiguin doaimmaiguin huksejuvvojit maiddá buorit vejolašvuodát ovddabealde máinnašuvvon soahpamušaid ollašuhthtimii.
- Kulturváikkhusaid árvvoštallamii galggašii hukset dakkár málle, mii doaimbá, ja mas lea guovddážiis lobi mieđiheaddji virgeoapmahaččaid diehtodáidu dain gažaldagain, mat laktásit sámekultuvrii. Buriid vieruid huksen guovddáš doibmiid ovttasbarggu várás geahpedivččii riekteváidagiid dárbbu. Earenoamáš fuopmášumi galggašii bidjat kumulatiivvalaš váikkhusaid árvvoštallamii.
- Riekte- ja eará virgeoapmahaččaid galggašii viidát skuvlet sámekultuvrii ja sámiid rivttiide laktáseaddji áššiin, maiddá eamiálbmogiid rivttiide laktáseaddji instrumeanttaid dulkomii.

- Akwé:Ko eaktodáhtolaš rávvagiid galggašii ovddidit dakkár ovttasbargohápmi, mii doaibmá ja lea gokčevaš ja mas sámii livččii dehálu rolla maid guovlluid hálddašeami. Suopma galggašii roahkkadabbot ovddidit guovlluid ovttas hálddašeami čovdosiid eará riikkaid ovdamearkkaid vuodul. Oassálastima galggašii dorvvastit Sámedikki lassin Nuortalaččaid siidsobbarii sihke árbevirolaš ealáhusaid hárbjeddjiide ja daidda orgánaide geat dáid ovddastit, maiddái árbevirolaš hálddašanorgánaide dego siiddaide. Jos mearriduvvo hukset gokči ráhkaduslaš ovttas hálddašeami málle, de das galggašii dorvvastit, ahte maid eará árbevirolaš ealáhusaid hárbjeheadjit besset oassálastit, eai dušše sámít.
- Sápmešmeroštallama galggašii divvut nu, ahte dálá eahpesihkkarvuohta, mii boahtá viiddis dulkonmarginálas, jávkkašii ja riektesihkkarvuohta lassánivččii. Sápmešmeroštallama rievdeame lea vealtameahttu váldit vuhtii Sámedikki oainnu vuodđolága ja riikkaidgaskasaš lága mielde, dasgo Sámediggi lea virggálaš institušuvdna, mii ovddasta sámii iešstivrejumi ja iešmearridanrievtti. Sámediggi lea jearggalaččat guottihan gillii vuodđuduvvi meroštallama. Gillii vuodđuduvvi meroštallan doarjjošii sámiiid kultuvrralaš ja gielalaš iešstivrejumi. Evttohus davviriikkaid oktasaš sápmelašmeroštallamis, mainna ii goittotge meroštallojuvvošii sápmelaš etnalašvuohta, muhto baicce dat, gii oazžu jienastit Sámedikki válggain, sáhtášii leat lunddoleamos meroštallan, go váldá vuhtii dan, ahte sáhka lea ovttas sierra riikkain ássi álbmogis. Norgga málle miel meroštallan, mii ollá njealljál bulvii, ja mas ruovttugiella lea doarvái vuosttas giela sajis, dagašii giellaággii vuodđuduvvi meroštallamis dálážis gokčevaččabu maiddái Suomas ja ná eahpesihkkarivuođat jávket. Dehálaš livččii maiddái, ahte vaikko váidivejolašvuohta alimus hálddahušriektái seillošiige, de duopmostuolu bargun livččii dušše gohčit mearrádusaid lágalaš- ja ovttaláganvuoda. Vuhtii galgá goittotge váldit, ahte dálá sámediggeláhka lea dahkan vejolažžan dakkár olbmuid, geaid giellakriteara ollá mánggaid sohkaolvvaid duohká, identifiseret iežaset sápmelažžan. Oassi dán olbmui hárbje árbevirolaš ealáhusaid. Dáid olbmuid sajádaga ja ovttas dásu oassálastima sáhtášii dorvvastit sierra eanageavaheapmái laktáseaddji čovdosiin. Jos lánka ii šat meroštalašii etnalaš sápmelašvuoda, sáhtášedje oktagasat ja joavkkut gáhttet iežaset identitehta ja árbevieruideaset maid Sámedikki válgalogahallama olgobealde, dego Norggas ja Ruotas.
- Stáhta berrešii ovddidit Sámedikki evttohan duohtavuoda- ja soabatkomišuvnna vuodđudeami, vai stáhta ja sámiiid gaskavuodát čielggasmuvvet ja iešguđetlágan áššit, mat heajudahttet davvi guovllu gaskavuodaid ja dili, čoavdásit. Dárbbu mielde stáhta jodihan bargujoavkkus sáhtášii leat olggobealát neutrála soabadalli, gii dáhkidivččii, ahte buot oassebealit ožžot ovttaveardásaččat muitalit oainnuideaset.
- Davviriikalaš sámesoahpamuša ratifiserema válmmaštallamiid joatkimii livčče buorit sivat. Soahpamuš nannešii sámiiid sajádaga oktan álbmogin riikkarájáin beroškeahtá ja huksešii dehálaš vuoigatvuodalaš rámmaid lagat davviriikalaš oktasašbarggu várás sámiiid guoski áššiin. ILO soahpamuš 169 ratifiseremiige ii leat eastta, jos sámiiid rievttit nannejuvvojit nu, ahte dat vástidit daid maid vuodđoláhka ja riikkaidgaskasaš riekti geatnegahttet. Dát dárkkuha dan, ahte sámiiid nannejuvvo riekti váldit oasi eatnamiid ja čáziid hálddašeapmái, ja árbevirolaš ealáhusaid suodji dorvvastuvvo geanohttingildosiin ja dasa laktáseaddji kultuvrralaš váikkuhusaid árvvoštallamiin. ILO soahpamuš 169 ratifiseren čielggasmahtášii sámiiid riektesajádaga ja Suopma čájehivččii, ahte dat dahká maid ruovtturiikkastis buot dárbbu miel doaimmaid olmmošvuoigatvuodaid ovddideami ovdi. Jos ILO soahpamuš 169 ii johtilit ratifiserejuvvo, de ratifiseremis galggašii oalát loahpat, vai buot lágan soahpamuššii laktáseaddji eahpesihkkarivuohta nogašii.

- 1 Saamelaiskäräjien toimintaohjelma ja taloussuunnitelma 2016–2019, s. 9.
- 2 HE 264/2014 artiklan 14 analyysin kohdasta.
- 3 Kts. tämän raportin kappale kuusi ILO sopimus 169:n soveltamisesta Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen tapauskäytännössä.
- 4 Ibid. Katso esimerkiksi Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Preparation, and Costs, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_185\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_ing.pdf)
- 5 Ibid. para 32, para 121 of the actual decision Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/surinameiachrsaramakajudgmentnov07eng.pdf>
- 6 Ibid., para 34. Tuomioistuin viittaa myös muuhun aiempaan käytäntönsä, Cf. Case of the Saramaka People, paras. 127 and 137; *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 17, 2005. Series C No. 125, paras. 144- 145. citing (mutatis mutandi) *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, para. 96; *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 127, and *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74. para. 155.
- 7 Ibid., Para 35-39.
- 8 Ibid., Paras 23-27.
- 9 Ibid., Para 15.
- 10 Ibid., Para 18.
- 11 Inter-American Court of Human Rights Case of the *Saramaka People v. Suriname* Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Para 134 ja 137.
- 12 Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Preparation, and Costs, Para 41.
- 13 Ibid.
- 14 Ibid. Katso myös samantapainen tapaus, Inter-American Court of Human Rights case of the *Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf):
- 15 Katso kappale kolme. Ks. esim. Imai, Shin and Kate Gunn: The individual and the Group, Selection of Membership, Duties to the Community. In Oxford Commentaries on International Law: A Commentary on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Oxford: Oxford University Press, 2017 forthcoming); Simpson, Audra: The Mohawk Interruptus. Political Life across the Borders of Settler states (Durham and London: Duke University Press 2014), 178; Palmater, Pamela: Beyond Blood: Rethinking Indigenous Identity (Saskatoon: Purich Publishing Ltd 2011); Andersen, Chris: Metis. Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood. (UBC Press 2014); Gaudry, Adam and Chris Andersen: Daniels v. Canada: Racialized Legacies, Settler Self-Indigenization and the Denial of Indigenous Peoplehood. Topia 36. Canadian Journal of Cultural Studies 2016.
- 16 Imai, Shin and Gunn, Kate referring to Sharon Venne: Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous People (Penticton: Theytus Books 1998), 116-199.
- 17 Saamelaiskäräjälakityöryhmän mietintö, lausuntotiivistelmä, Mietintöjä ja lausuntoja 22/2014, s. 10-11.
- 18 Saamelaiskäräjät lausunto 9.11.2016, Dnro:501/D.a.2/2016, Saamelaiskäräjien lausunto hallituksen esityksestä maakuntaudistukseksi ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisuudistukseksi sekä niihin liittyviksi laeiksi, s. 2.
- 19 Ibid.





LAPIN YLIOPISTO  
UNIVERSITY OF LAPLAND



ARKTINEN KESKUS  
Lapin yliopisto

LULEÅ  
TEKNISKA  
UNIVERSITET

VALTIONEUVOSTON  
SELVITYS- JA TUTKIMUSTOIMINTA

[tietokayttoon.fi](http://tietokayttoon.fi)

ISSN 2342-6799 (pdf)  
ISBN 978-952-287-330-9 (pdf)

