

Betydelsen av samiska traditioner i svensk rätt

Eivind Torp

Abstract: The Status of Sámi Customs and Traditions in Swedish Law

This article discusses the status of Sámi customs and traditions in Swedish law. With Swedish reindeer herding legislation as a point of departure, three court cases involving customary law, where appeal is made to customs, and traditions ‘from time immemorial’ are discussed. Comparisons are made with the ways in which Supreme Court of Norway treats Sámi culture and traditions. Thereafter, a court case which demonstrates the importance of Sámi traditions with reference to the content of reindeer herding rights is presented. Finally, the standing of Sámi customs and traditions to Swedish law in general is discussed. This article shows the shifting importance of Sámi customs and traditions with regard to reindeer herding rights and Swedish law.

Key words: Swedish law, reindeer herding rights, Sámi traditions, case law.

I artikeln diskuteras betydelsen av samiska sedvanor och traditioner i svensk rätt. Mot bakgrund av utformningen av rättsreglerna som skall säkra samernas rätt till vinterbetesmarker, redovisas först tre rättsfall där frågan om samiska sedvanors betydelse i förhållande till rättsinstitutet urminnes hävd aktualiseras. Därefter redovisas samiska traditioners betydelse i svensk rätt rent allmänt. Artikeln visar samiska sedvanors skiftande betydelse i förhållande till samernas renskötselrätt.

Inledning

Samernas traditionella nyttjande av landskapet och dess naturresurser är en grundläggande förutsättning för deras rättigheter i Sverige idag. Redan i den så

kallade lappkodicillen – ett tilläggsdokument till 1751 års gränstraktat mellan Sverige och Norge – stadgas att samerna «*efter gamal sedwana*» har rätt att flytta mellan de två rikena och där «få betjena sig af Land och strand till underhåld för deras djur och sig sjelfwa».¹ Den därefter följande gemensamma lagen för Sverige och Norge bekräftar samernas rättigheter till områden «vartdera rikets lappar efter gammal sedvana hitintills hava besökt».² I förarbetena till den första svenska renbeteslagen 1886 konstaterar lagstiftaren följaktligen att lagen innebär en kodifiering av en rätt samerna har enligt urminnes hävd.³

Denna principiellt sett viktiga utgångspunkt för samernas rätt till land och vatten har därefter bekräftats i nya renbeteslagar utan att frågan har ägnats någon större uppmärksamhet. I samband med 1993 års ändringar i rennäringslagen (RNL) gjordes en precisering av grunden för samernas renskötselrätt så att det numera framgår att rätten grundas på urminnes hävd.⁴ Utöver denna grundläggande förutsättning för samernas rättigheter i Sverige reglerar renbeteslagstiftningen vilka rättigheter som ingår i renskötselrätten samt vissa förutsättningar för utövande av rätten.

Frågan om *var* rätten får utövas har aldrig fullt ut fastställts i lagstiftningen. I 1886 års lag stadgas 1 § följande:

«Lapparne äro berättigade att, [...] uppehålla sig med sina renar icke allenast inom Norrbottens och Vesterbottens läns lappmarker och de för dem inom Jemtlands län avsatta land, utan även å de trakter i övrigt, hvilka de efter gammal sedvana hitintills hafva besökt, och der betjena sig af land och vatten till underhåll för sig och sina renar.»

Denna princip för att rättsligt reglera för renskötselrättens geografiska omfattning, har lagstiftaren därefter hållit fast vid. I 1928 års lag stadgas om fjällrenskötsel respektive skogsrenskötsel att fjällrenskötsel är tillåten bl. a. i de trakter som samerna «efter gammal sedvana besökt med sina renar».⁵ Vidare heter det att skogsrenskötseln bl.a. är tillåten dels i områden «där skogsrenskötsel av ålder förekommer»⁶, dels inom områden «som av ålder användes för skogsrenskötsel,

-
1. 10 § kodicill till 1751 års gränstraktat mellan Norge och Sverige.
 2. Se 3 och 6 §§i Lov angaaende Lapperne i de forenede Kongeriger Norge og Sverige av 2. juni 1883.
 3. Riksdagens protokoll 1886, första kammaren, 3 band nr 29, s. 10 samt riksdagens protokoll 1886, andra kammaren 3 band nr 40 s 18–22.
 4. 1 § rennäringslag (1971:437). Preciseringen i lagtexten var en direkt följd av Högsta Domstolens (HD) dom i skattefjällsmålet, NJA 1981 s. 1. Se även SOU 1989:41 s. 262 ff. och prop. 1992/93:32 s. 88 ff.
 5. 2 § 2 mom. lag (1928:309) om de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige.
 6. 3 § 1 mom. lag (1928:309) om de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige.

samt å de trakter utom nämnda lappmarker, vilka skogslappar från lappmarkerna efter gammal sedvana vissa tider av året besöka med sina renar».⁷ I bestämmelsen om samernas rätt till flyttning mellan olika områden regleras rätten enligt följande: «Flyttningsväg, som lapparna av ålder nyttjat [...]».⁸ I nu gällande lag har lagstiftaren tydligare preciserat skillnaden mellan det som kallas året-runt-mark och det som kallas vinterbetesmark. Principen för att reglera inom vilka områden renskötselrätten får utövas är emellertid den samma. Beträffande året-runt-markerna framgår att renskötsel får bedrivas dels inom vissa geografiskt fastställda områden, dels «på mark där skogsrenskötsel av ålder bedrivs under våren, sommaren eller hösten [...]».⁹ Vad gäller vinterbetesmarkerna framgår att renskötsel får bedrivas dels inom vissa geografiskt fastställda områden, dels «inom sådana trakter utanför lappmarkerna och renbetesfjällen där renskötsel av ålder bedrivs vissa tider av året».¹⁰

Detta innebär att samernas *sedvanliga bruk* av marken är en förutsättning för utövande av renskötselrätten inom stora delar av det område som lagstiftaren har fastställt som renskötselområde.¹¹ Renskötselrättens territoriella omfattning är således ytterst en fråga om för vilka områden det kan visas att renskötsel bedrivs av ålder. Detta leder fram till frågan om vad som krävs för att det skall anses bevisat att renskötsel bedrivs *av ålder* i ett område. Vilken typ av dokumentation är nödvändig för ett rättsligt ställningstagande om att renskötselrätt föreligger för ett visst markområde enligt ovanstående bestämmelser?

Denna fråga har flera domstolar i Sverige konfronterats med under de senaste åren eftersom privata markägare i olika delar av renbetesområdet har stämt samebyar för att få fastställt att renskötselrätt inte belastar deras fastigheter. Ovanstående fråga har således en omedelbar aktualitet för domstolssfären, men inbjuder dessutom till vissa principiella överväganden: När lagstiftaren 1886 konstaterade att samernas rätt till renskötsel var grundat på urminnes hävd, och att den då aktuella lagstiftningen var en kodifiering av en rätt samerna redan hade utarbetat, innebar detta ett erkännande av att samerna hade vissa rättigheter till det svenska territoriet. Eftersom rätten till renskötsel föreligger oberoende av lagstiftning är det av intresse hur rättsreglerna för att bevisa *var* rätten föreligger är utformade. Reglerna bör rimligen korrespondera med grunderna för rätten. Det vill säga att lagstiftarens överväganden om samernas rätt till det svenska territo-

7. 3 § 2 mom. lag (1928:309) om de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige.

8. 23 §, lag (1928:309) om de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige.

9. 3 § 1 mom. rennäringslag (1971:437).

10. 3 § 2 mom. rennäringslag (1971:437).

11. Jfr första meningen i 3 § rennäringslagen där lagstiftaren fastställer vad som är *renskötselområdet*.

riet på något sätt bör återspeglas i principerna för hur rätten till vinterbete skall ledas i bevis. Är det rimligt att samisk närvaro skall kunna bevisas med hjälp av samiskt traditionsmaterial eller samiska kulturlämningar med tanke på att det är samernas nyttjande av ett markområde som anses utgöra grunden för deras rätt till de delar av det svenska territoriet som omfattas av ovan refererade bestämmelser?

En annan viktig fråga är *hur* renskötselrätten har utövats. Det vill säga vad som ingår i den rätt som bygger på urminnes hävd. Också i förhållande till denna fråga kan samiska traditioner vara av betydelse för att avgöra rättens närmare innehåll.

Syftet med denna artikel är att försöka klargöra betydelsen av samiska traditioner i svensk rätt. Som redan har nämnts utgör samernas traditionella nyttjande av det svenska landskapet grunden för deras rätt till territoriet. I rättsliga sammanhang aktualiseras därför frågan om samiska traditioner främst i förhållande till frågor om samernas nyttjande av marken.

I det följande skall jag

1. Redovisa hur frågan om dokumentation för att bevisa samiskt nyttjande av markområden har besvarats i tre domstolsprocesser under de senaste åren. I anslutning till det skall jag diskutera domstolarnas sätt att hantera vissa av de problem de har konfronterats med i sammanhanget. Jag skall dessutom göra vissa jämförelser med norsk rätt och visa hur motsvarande fråga har besvarats av norska Høyesterett.
2. Därefter skall jag redovisa ett rättsfall där samiska traditioner har haft betydelse för att närmare precisera renskötselrättens innehåll.
3. Slutligen skall jag diskutera samiska traditioners betydelse i förhållande till andra rättsfrågor inom svensk rätt.

Det måste emellertid påpekas att domstolsmaterialet i all huvudsak (både vad gäller punkten 1 och 2 ovan) härrör från underinstanserna och därför saknar prejudikatvärde.

Härjedalsmålet

I det så kallade Härjedalsmålet, där hovrätten för Nedre Norrland avkunnade dom 2002, var frågan huruvida fyra samebyar i Jämtland och Härjedalen hade rätt att bedriva renskötsel på 571 olika fastigheter i Härjedalen.¹² Fastighetsägarna, som

12. Hovrätten för Nedre Norrland mål nr T 58-96, dom 2002-02-15. Domen överklagades till HD som 2004 beslutade att inte bevilja prövningstillstånd, mål nr T 1152-05, beslut 2004-04-29. Ett särskild yttrande från ett av justitieråden antyder att process- och utredningslägen i målet var sådant att målet inte hade så stort prejudikatvärde.

hade stämt samebyarna, hävdade att rätt till renskötsel oberoende av avtal inte förelåg.

Samebyarna gjorde gällande att man hade rätt till vinterbete på fastigheter som är belägna inom områden som anges på samebyarnas markanvändningsredovisningar¹³ enligt fyra särskilda grunder:

- *Urminnes hävd*: de aktuella områdena har använts under så lång tid att en bruksrätt avseende renbete har upparbetats oberoende av rennärlingslagens bestämmelser.
- *Lagfäst rätt genom rennärlingslagen*: Renskötsel bedrivs av ålder enligt rennärlingslagens bestämmelser i det aktuella området.
- *Sedvana*: Samebyarnas besittning av nyttjanderätten till renbete har konfirmerats genom passivitet hos berörda fastighetsägare.
- *Konventionsskyddade rättigheter*: Fastighetsägarnas yrkande strider mot de folkrättsliga förpliktelser som Sverige har att följa avseende skyddet för samernas rätt och möjligheter till att bedriva renskötsel, också i fall angrepp på rätten sker från enskild.

Hovrätten anförde följande utgångspunkter för sin rättsliga bedömning i målet:

För det första att rätten till renskötsel hittills reglerats i fyra lagar och att vinterbetesmarkernas belägenhet aldrig närmare har preciserats. Rätten till vinterbete har, enligt hovrätten, i samtliga lagstiftningsprocesser ansetts vara grundad på en sedvana som uppfyller villkoren för urminnes hävd enligt bestämmelserna i 15 kap. Gamla Jordabalken (GJB) i 1734 års lag. Hovrätten anför att lagstiftaren inte kan antas avse någon materiell skillnad mellan uttrycken *efter gammal sedvana* och *av ålder*.¹⁴

För det andra att Högsta Domstolen (HD) i det så kallade skattefällsmålet har funnit att den samiska bruksrätten är uttömmande reglerat i rennärlingslagen. Som en följd av detta skall, enligt hovrätten, prövningen om påstått sedvanerättsområde ske med utgångspunkt i 3 § i rennärlingslagen, vilket sin tur innebär en

13. Detta är ett plandokument som Lantbruksnämnden i Jämtland län har fasställt för varje sameby. Att samebyn hänvisar till detta plandokument är av intresse eftersom det belyser de problem som kan uppstå för rennärlingen i förhållande till privata markägare mot bakgrund av beslut som fattats av administrativa myndigheter vid deras tillämpning av bestämmelserna i rennärlingslagen och rennärlingsförordningen (1993:384). Problematiken har i liten grad uppmärksamats vid domstolsprocesser i Sverige. För en närmare diskussion av samma problem, men utifrån norska förhållanden se Öyvind Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindrifsområder*, Gyldendal, Oslo 2008, s. 79–89.

14. De olika begreppen klargörs ej i lagstiftningen och används ofta synonymt. Domstolarnas hantering av begreppen förtydligas under rubriken *Diskussion* nedan.

prövning av om villkoren för urminnes hävd enligt 15 kap. 1 § GJB i 1734 års lag är uppfyllda. Den aktuella bestämmelsen har följande lydelse:

«Det är urminnes hävd där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid okvald och ohindrad besutit, nyttjat och brukat haver, att ingen minnes, eller av sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först därtill komna äro.»

För det tredje att bestämmelserna om urminnes hävd har upphävts i och med att nya jordabalken trädde i kraft 1972. Enligt hovrätten innebär det att vinterbete efter utgången av 1971 inte kan grunda rättighet till följd av urminnes hävd.¹⁵

För det fjärde att frågan om rätt till vinterbete skall prövas av domstol mot bakgrund av sådan bevisning som enligt allmän lag krävs för att styrka urminnes hävd. Bevisbördan vilar enligt 15 kap. 4 § GJB på den som anser sig ha rätten. Hovrätten konstaterar således att bevisbördan i målet vilar på samebyarna.

Kvalifikationstiden för att upparbeta rätt enligt urminnes hävd var ostridigt fastställd till 90 år i tingsrätten.¹⁶ Samebyarna hade gjort gällande rätt till renbete enligt *sedvana* vilket, enligt samebyarna, skulle innebära kortare kvalifikationstid och mindre omfattande nyttjande, men tingsrätten fann att «en sådan på sedvana grundat nyttjanderätt saknar stöd i nu gällande lagstiftning».¹⁷

Samebyarna lade stor vikt vid att med hjälp av arkeologiskt material visa att det funnits en kontinuitet av samisk bosättning i området från sen medeltid fram till nutid. Hovrätten konstaterade emellertid att frågan om när samerna ursprungligen kom till Härjedalen saknar betydelse i målet. Av betydelse skulle det vara om det fanns en samisk bosättning av någon betydenhet vid den tid då tamrenskötsel i form av helnomadism tog sin början, men det kunde enligt hovrätten inte anses bevisat.

Det övriga historiska materialet som blev framlagt i målet bestod av skriftliga källor som har sin bakgrund i olika offentliga regleringar där endast en mindre del rör frågan om var samer har bedrivit renskötsel under vintertid. Den delen av materialet som rör just detta har endast till viss del samlats in i syfte att dokumentera områden med vinterbete. Med hänvisning till vissa historiska källor gjorde samebyarna gällande att större områden hade nyttjats för vinterbete än vad som framgick av delar av det material som hade lagts fram för rätten. Exempelvis skulle detta vara fallet med lappfogdeprotokollen om vinterbete. Hovrätten ansåg emellertid att det saknades skäl till att räkna med något fel i materialet från up-

15. Hovrätten delar tingsrättens bedömning som hänvisade till utredningsförslaget från Jordabalk III SOU 1960:26. Utredningsförslaget behandlar frågan om varför rättsinstitutet rent allmänt bör utmönstras ur lagen. Svegs tingsrätt mål nr T 88/90, T 70/91 och T 85/95 s. 173.

16. Svegs tingsrätt mål nr T 88/90, T 70/91 och T 85/95 s. 175.

17. Svegs tingsrätt mål nr T 88/90, T 70/91 och T 85/95 s. 178.

pgiftslämnarnas sida eftersom de årliga protokollen anges grunda sig på uppgifter från sameer om när och var vinterbete hade ägt rum. Hovrätten jämför, trots detta, materialet i förhållande till andra uppgifter om vinterbete för sin bedömning av frågan.

Hovrättens slutsats var att det inte hade förekommit vinterbete utanför åretrunmarkerna som kunde utgöra grund för rätt till vinterbete enligt urminnes hävd.

Vad gäller hovrättens bedömning av bevisen i målet kan det konstateras att samiska traditioner i liten grad åberopades som bevis i processen. Därutöver är det av intresse att samebyarna återkommande gör gällande att det historiska materialet återspeglar framväxten av olika administrativa åtgärder inom den offentliga förvaltningen och *inte* det faktiska nyttjandet i de markområden som målet rör.¹⁸ Hovrätten anser att det inte går att dra andra slutsatser än vad som följer av det arkivmaterial som har frambringats i målet. Hovrätten anför som utgångspunkt för sin bedömning att man vid en prövning av rätten till vinterbete enligt reglerna om urminnes hävd måste ta hänsyn till rennäringens speciella förhållanden, och att det mot den bakgrunden inte kan krävas att renar har betat varje år på ett bestämt område, men att betet måste vare led i ett återkommande mönster utan invändningar från berörda markägare.¹⁹

Vad slutligen gäller samebyarnas påståenden om att fastighetsägarnas krav skulle strida mot grundlagen och Sveriges folkrättsliga förpliktelser, så konstaterar hovrätten att de aktuella bestämmelserna behandlar förhållandet mellan enskilda individer och det allmänna, och inte förhållandet mellan privaträttsliga subjekt. Det är således samhällets ansvar och inte den enskilda fastighetsägarens ansvar att den samiska befolkningen ges möjlighet att behålla sin kultur och utveckla sin traditionella näring.

Rätansmålet

Liknade frågor som i Härjedalsmålet har senare prövats för ett geografiskt närbeläget område till de fastigheter som ingick i Härjedalsmålet. Målet benämns oftast Rätansmålet och gäller frågan om samerna har rätt till vinterbete på privat mark i Bergs kommun i Jämtlands län. Målet är av intresse eftersom samerna i detta mål gjorde gällande ytterligare rättsgrunder i förhållande till vad man hade gjort i Härjedalsmålet. Målet påbörjades 1998 då 44 fastighetsägare stämde Tossåsens sameby för otillåtet renbete på deras fastigheter.²⁰ Östersunds Tingsrätt

18. Hovrätten för Nedre Norrland, mål T 58–96, s. 42 och 49.

19. Hovrätten för Nedre Norrland, mål T 58–96, s. 62.

20. En av renägarna i samebyn, samepolitikern Olof T. Johansson som inte är juridiskt skolad, var samebyns ombud.

avkunnade dom i målet 2005²¹ men målet pågår för närvarande i hovrätten för Nedre Norrland.

I tingsrätten gjorde fastighetsägarna gällande att det inte förelåg någon av avtal oberoende rätt till renbete på deras fastigheter. Samebyn gjorde gällande:

- att samebyn *har rätt* till vinterbete på fastigheterna enligt reglerna om urminnes hävd,
- att rätten till renbete *inte* bygger på 90 års brukande,
- att rätten *inte* upphör efter 30 års frånvaro,
- att rätt till renbete också kan uppstå *efter* 1971.

Samebyns inställning om kvalifikationstider för urminnes hävd har sin bakgrund i att man anser att jordabalken inte är tillämplig på en nomadiserande renskötsel. Tingsrätten avvisade emellertid samebyns alla påståenden om kvalifikationstid för urminnes hävd, med hänvisning till hovrättens bedömning i Härjedalsmålet och det faktum att målet inte hade fått prövningstillstånd i HD.²²

Samebyn gjorde dessutom gällande att tillämpningen av 1 kapitel 2 § sista stycket regeringsformen (1974: 152), artikel 27 i FN:s konvention om civila och politiska rättigheter samt flera artiklar i Europakonventionen medför att käromålet skulle lämnas utan bifall. Även dessa åberopanden avvisades av tingsrätten med hänvisning till hovrättens bedömning i Härjedalsmålet.

Efter en samlad bedömning av samebyns åberopanden och rättsförhållandena i målet kom tingsrätten fram till följande slutsats:

«Av det nu anförda följer att tingsrätten har att pröva detta mål på samma sätt som domstolarna prövade renbetesmålet.²³ Tingsrätten har alltså att bedöma om samebyn med tillräcklig styrka har visat att samebyn har sedvanerätt till vinterbete med ren på kärandeparternas fastigheter i Klövsjö och Rätan.»²⁴

Den rättsliga argumentation och bedömning av vad som skall anses vara relevanta rättskällor som hovrätten kom fram till i Härjedalsmålet delades således av tingsrätten i Rätansmålet. Tingsrättens avgörande var att rätt till renskötsel inte föreligger på de fastigheter som ingår i målet.

21. Käromålet bifölls, Östersunds tingsrätt mål nr T 977-04.

22. HD mål nr T 1152-02.

23. Här har målet benämnts Härjedalsmålet.

24. Östersunds tingsrätt mål nr T 977-04, s. 352.

Nordmalingsmålet

I ytterligare ett mål har, under samma tid, samernas rätt till vinterbete på privat mark prövats i domstol.²⁵ I det så kallade Nordmalingsmålet är frågan huruvida tre samebyar i Västerbottens län har rätt till vinterbete på ett stort antal fastigheter i Nordmalings kommun.²⁶

I hovrätten gjorde fastighetsägarna gällande att rätt till vinterbete inte förelåg på fastigheterna dels eftersom området inte har nyttjats för renbete före 1900-talet, dels för att det hade varit längre uppehåll i nyttjandet än 5–10 år. Samebyarna bestred käromålet och gjorde gällande att man har en på urminnes hävd grundad rätt till renbete på de i målet aktuella fastigheterna. Samebyarna åberopade inte någon rättsgrund utöver detta. Däremot lade samebyarna ned stor kraft på att förklara begreppen *trakt*, *av ålder* och *renskötsel* vilka är centrala i rennäringslagstiftningen.

Hovrätten konstaterar att den har att ta ställning till följande:

- 1) om samerna kan bevisa att de enligt 3 § RNL har förvärvat rätt till renskötsel på de fastigheter som ingår i målet,
- 2) och i fall det är så, om fastighetsägarna kan bevisa att en sådan rätt därefter har upphört.

Som utgångspunkt för sina rättsliga bedömningar i målet anser hovrätten att det är nödvändigt att besvara ett antal frågor som dels tar sikte på *urminnes hävd* dels rör begreppet *trakt*.²⁷

Hovrätten konstaterar att *hävd* i det aktuella målet innebär att en part nyttjar naturresurser eller närmare bestämt fast egendom av en viss varighet, och att hävden kan leda till förvärv av rättigheter. Förvärv av rättigheter genom hävd anses normalt vara ett *derivativt fång* vilket innebär att förvärvet av rättigheterna härleds från fastighetens ägare eller innebär en inskränkning av dennes eller annan rättighetshavares förfoganderätt. För att hävden skall få rättsliga följder krävs att utnyttjandet är kontinuerligt eller varaktigt och synligt för den vars rättigheter har inskränkts. Det speciella för frågan om samers rätt till renskötsel på privat mark är att hävden inte är knuten till en viss fastighet utan till begreppet *trakt*. Det innebär att ett eventuellt förvärv av rättigheter inte enbart belastar den vars fastighet har nyttjats utan även belastar övriga fastigheter i närheten.

25. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155–06.

26. Prövningstillstånd har meddelats i HD mål nr T 4028–07. Nordmalingsmålet blir således första större samiska målet HD kommer att pröva sedan skattefällsmålet 1981.

27. Hovrätten säger sig även behöva reda ut begreppet *renskötsel* men hänvisar för detta främst till vad som följer av rennäringslagens bestämmelser, hovrätten för Övre Norrland, mål nr T 155–06 s. 27 och s. 34.

Mot denna bakgrund problematiserar hovrätten frågan om hävd enligt renäringslagen men tillämpar, precis som tingsrätten hade gjort i samma mål, beviskraven som följer av bestämmelserna om urminnes hävd enligt 15 kap. GJB.

I fråga om kvalifikationstid så fann hovrätten att en period på 90 år kan vara en utgångspunkt för att bedöma sedvanerätt till vinterbete med ren, men att en fixerad kvalifikationstid inte i förväg bör fastställas med hänsyn till renskötselns speciella karaktär.

Vad gäller frågan om hur lång tid det måste gå för att en upparbetad rätt till renbete upphör, tar hovrätten utgångspunkt i tidigare utredningars förslag om en upphörandetid om ca 30 år och undantagsvis uppåt 40 – 50 år, men konstaterar att uppehållets längd inte skall betraktas som ett rättsfaktum utan som bevisfaktum för samernas avsikt att avstå från en rätt som har förvärvats. Frågan om varför ett område inte nyttjas måste emellertid bedömas utifrån omständigheterna i målet.

Beträffande *trakt* menar hovrätten att det kan vara ett större eller mindre landområde och att uttrycket inte behöver å ha någon koppling till administrativa indelningar eller fastighetsindelningar, men att det i målet måste tas hänsyn till hur renskötseln utnyttjar markerna.

Frågan om rättigheter genom urminnes hävd kan upparbetas efter införande av nya jordabalken tar hovrätten inte ställning till eftersom hovrätten, i likhet med tingsrätten, fann att det var bevisat att sedvanerätt förelåg redan 1928, och att rätten till vinterbete därefter inte hade upphört.

Hovrättens överväganden kring *urminnes hävd* och *trakt* leder, så långt jag kan se, inte till att hovrätten för Övre Norrland gör någon annan bedömning i frågan om på vilka grunder målet skall avgöras än vad hovrätten för Nedre Norrland gjorde i Härjedalsmålet.

Diskussion

Det finns viktiga skillnader vad gäller domstolarnas uttalanden i respektive mål, men stora likheter vad gäller principerna för att avgöra målen. Det senare gäller dels de rättsliga utgångspunkter som domstolarna fastställer för målen, dels värderingen av bevisen i målen. Den följande diskussionen beträffande rättsliga förutsättningar i fråga om samebyars rätt till vinterbete kan därför antas ha en viss allmän relevans oberoende av mina hänvisningar till respektive domstol.

Vad först gäller utgångspunkten för domstolarna – att frågan om rätt till vinterbete skall prövas av domstol mot bakgrund av sådan bevisning som enligt allmän lag krävs för att styrka urminnes hävd – så kan det konstateras att lagstiftaren

inte anger någon närmare specificering av vad som kan utgöra bevisning i frågor enligt rennäringslagen.²⁸

Vad därnäst gäller de rättsliga utgångspunkter som hovrätten för Nedre Norrland anger som utgångspunkt för sina bedömningar, är det av intresse att hovrätten likställer uttrycken *av ålder* och *gammal sedvana* med villkoren för urminnes hävd enligt bestämmelserna i 15 kap. i GJB. Hovrätten för Övre Norrland gör samma bedömning i frågan men redovisar vissa skillnader i fråga om objektet för hävden enligt RNL respektive GJB. Stödet för domstolarnas ställningstagande i denna fråga är uttalanden som departementschefen gjorde i samband med 1928 års renbeteslag. Huruvida uttalanden i förarbeten till en lag som snart är hundra år gamla kan tillmätas sådan betydelse har diskuterats. Bl. a. menar Bengtsson att uttalandena knappast kan anses bindande vid en domstolsprövning idag.²⁹ Även utredningen om samernas sedvanemarker gör en annan bedömning än hovrätten för Nedre Norrland och anför följande:

«Urminnes hävd enligt jordabalken åberopas för att fastställa en fastighets (eller stamfastighets) omfattning i förhållande till andra eller för att konstatera ett servitutförhållande mellan härskande och tjänande fastighet. En sedvana som är knuten till en befolkningsgrupp eller yrkeskår kan inte läggas till grund för urminnes hävd enligt äldre jordabalken även om sedvanan på ett i övrigt servitutsliknande sätt belastar en viss fastighet. Urminnes hävd enligt rennäringslagstiftningen är knuten till samerna som folkslag – inte till härskande fastigheter.»³⁰

Domstolarnas ställningstagande att urminnes hävd endast kan uppfyllas enligt villkoren i GJB är också ur andra synvinklar av intresse. Flera har påpekat att reglerna som om urminnes hävd har sin bakgrund i samhällsförhållanden som avviker så pass mycket från samisk renskötsel, att de aktuella rättsreglerna inte kan anses vara lämpliga i förhållande till rennäringslagens bestämmelser. Exempelvis anför Allard:

«The provisions and the legal application of immemorial prescription were founded with the agricultural society in mind. The village is a central figure in this context, as well as the idea of investment of labor. The prerequisites developed over time, chiefly

28. Prop. 1971:51 s 158 där det hänvisas till prop. 1928:43 s. 71.

29. Se Bertil Bengtsson, *Samerätt – en översikt*, 2004, s. 81 ff. och särskilt not 9 s. 82, samt SOU 2006:14 s. 386.

30. SOU 2006:14 s. 386.

by courts and legal scholars, do not correspond very well with the specific character of the Sami customary use of land and natural resources.»³¹

Utredningen om samernas sedvanemarker sammanfattar sin inställning kring detta i följande slutsats:

«Vi menar att de särdrag som kännetecknar urminnes hävd till renskötsel i förhållande till urminnes hävd enligt äldre jordabalken motiverar att man talar om i princip skilda rättsinstitut.»³²

Vad gäller ställningstagandet från hovrätten för Nedre Norrland³³ att «förvärv av rättigheter på grund av urminnes hävd är uteslutna efter 1972»³⁴ på grund av att rättsinstitutet urminnes hävd hade utmönstrats ur jordabalken, så finns skäl till att granska detta närmare.³⁵ Mot ett sådant ställningstagande kan anföras att rättsinstitutet urminnes hävd visserligen har upphävts i jordabalken, men inte kan anses utmönstrat ur svensk rätt eftersom man i RNL har behållit uttrycken *av ålder* och *urminnes hävd*, och man enligt lagen om häradsallmänningar fortfarande kan upparbeta rättigheter genom urminnes hävd.³⁶ Även jakt- och fiskerätt kan föreligga på grund av urminnes hävd.³⁷ Bengtsson har anfört att 3 § RNL bör betraktas som en självständig regel som inte anknyter till vare sig GJB eller till JB och att det är svårt att finna några vägande sakliga skäl för att dra en gräns vid utgången av 1971.³⁸ Även utredningen om samernas sedvanerättsmarker anser att rätt till renskötsel kan uppstå efter 1971 eftersom urminnes hävd till renskötselrätt inte i alla hänseenden är det samma som urminnes hävd enligt GJB.³⁹

31. Christina Allard, *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*, Luleå tekniska universitet, 2006, s. 271.

32. SOU 2006:14 s. 386.

33. Hovrätten för Övre Norrland behövde inte ta ställning till detta.

34. Formuleringen är från tingsrätten men hovrätten har anslutit sig till de skäl tingsrätten har anfört, hovrätten för Nedre Norrland mål nr T 58–96, s. 16.

35. Hovrätten delar tingsrättens bedömning i denna del och hänvisar till de motiv som tingsrätten anförde. Tingsrätten visade till uttalanden från utredningen som lämnade förslag till ny jordabalk.

36. Jfr 2 och 6 §§ lag (1952:166) om häradsallmänning.

37. Jfr ikraftträdande- och övergångsbestämmelser för jaktlag (1987:259) punkt 4 med hänvisning till bestämmelserna om urminnes hävd enligt 8 § SFS 1938:274, respektive ikraftträdande- och övergångsbestämmelser för fiskelag (1993:787) punkt 1 med hänvisning till bestämmelserna om urminnes hävd enligt 3 § SFS 1950:596. Se även Bertil Bengtsson, *Speciell fastighetsrätt – Miljöbalken*, Iustus förlag (9 uppl.), 2007, s. 257.

38. Bengtsson, a.a. 2004, s. 86 – 87.

39. SOU2006:14 s. 392.

Stöd för en sådan uppfattning hittar man även i förarbetena: I samband med utskottsbehandlingen av lagförslaget om ny rennäringslag hade utskottet att ta ställning till en motion med förslag om ändring av lagtexten i 3 § genom ett tillägg om att kronomark under allmän disposition ovan odlingsgränsen och på renbetesfjällen var till samernas uteslutande begagnande. Förslaget motiverades utifrån att 3 § inte borde utformas så att inskränkningar skulle ske i de rättigheter samerna den gången hade eller sökte få fastlagda genom rättslig prövning. Efter redogörelse av bakgrunden för paragrafens utformning konstaterar utskottet att «den i föreliggande lagförslag använda formuleringen inte, såsom motionärerna ifrågasatt, är avsedd att inskränka de rättigheter som samerna f. n. har.»⁴⁰ Formuleringen avser visserligen inte frågan om urminnes hävd men det får anses vara osannolikt att jordbruksutskottet skulle lämna ett sådant uttalande i frågan ifall man inte var av den uppfattning att rättigheterna som paragrafen omfattade skulle bestå framgent. Det är värt att märka att utskottets uttalande gjordes efter att förslaget till ny jordabalk hade passerat riksdagen.⁴¹

Beträffande vilket typ av historiskt material som har visat sig betydelsefullt i de refererade målen kan vissa slutsatser dras. För det första är det värt att notera att de rättsregler som domstolarna tar utgångspunkt i, innebär att 1800-talet och delar av 1900-talet är en kritisk period för ett ställningstagande om huruvida rätt på grund av sedvana har uppstått eller ej. Detta motsvarar en period då vissa delar av den offentliga administrationen institutionaliserades i Sverige. Från denna period föreligger således skriftliga källor som härrör från olika administrativa åtgärder där flera dokumenterar att samer har befunnit sig i visst område, men få berör frågan om vilka områden som har nyttjats som vinterbetesmarker av samerna. Detta ställer domstolarna inför svåra avvägningar vad gäller bevisvärdet av det material som läggs fram. Det är emellertid klart att domstolarna i de tre refererade målen har gett bevisvärde åt skriftliga källor som dokumenterar faktisk renskötsel på ett visst område. Det material som tillmäts störst vikt i denna typ av mål utgörs således av de utredningar som föregick de olika renbeteslagarna.⁴² Källor som dokumenterar samisk närvaro i ett visst område anses ha mindre bevisvärde om något alls. I de refererade målen har domstolarna således ställt väsentligt högre krav beträffande vilken typ av material som kan åberopas för att bevisa urminnes hävd än vad samiskt traditionsmaterial kan tänkas uppfylla.

40. JoU 1971:31 s. 38–39.

41. Prop. 1970:145, 3LU 81, rskr 444.

42. Främst 1886, 1898 och 1928 års renbeteslagar.

Vad gäller det arkeologiska materialet som samebyarna återopade i Härjedals- och Rätansmålet tillmättes inte det någon betydelse i bevisfrågan; främst för att tolkningen av materialet ansågs vila på en mycket osäker grund.

Vilka särskilda hänsyn har då domstolarna tagit med tanke på att rättsreglerna i GJB skall tillämpas i förhållande till samisk renskötsel? Det är framför allt i förhållande till kraven om kontinuitet vid upparbetande av sedvanerätt som domstolarna anser att särskild hänsyn måste tas till sättet på vilket renskötsel utövas. Man kan ganska enkelt inte anta att ett markområde nyttjas för vinterbete varje år. Längre eller kortare uppehåll kan förekomma vilka kan ha olika orsaker. Man bör, som hovrätten för Övre Norrland anför, «beakta vad skälen varit för att renarna under en tid inte befunnit sig inom ett visst område».⁴³

Slutligen aktualiserar de refererade målen även en mer grundläggande fråga, nämligen huruvida rättsreglerna som domstolarna tillämpar i denna typ av rättsprocesser är lämpade för att lösa dagens konflikter kring samernas rätt till vinterbetesmarker. I det så kallade Rätansmålet klagjorde samebyn i tingsrätten att man anser att rättsreglerna för att bevisa sedvanerätt, är orimliga och i princip omöjliga att nå upp till sett ur ett samiskt perspektiv. Samebyn anförde bl. a. följande:

«Svensk rättstradition bygger, när det gäller fastighetsrättsliga tvister, på skriftlig dokumentation. Det är omöjligt att svara upp mot för ett folk vars kunskaper bygger på muntlig tradition och där skriftspråket kom först under 1900-talet. Kontentan blir att den skriftliga dokumentationen har gjorts av andra än samerna själva och på ett språk som inte är samernas eget.»⁴⁴

Samebyn hävdade att de skriftliga källorna på ett systematiskt sätt måste sättas in i sina kontexter och att domstolen måste lägga större vikt vid arkeologiskt material och traditionsmaterial.⁴⁵ Samebyn ansåg att reglerna om urminnes hävd måste anpassas till hur rennäringen nyttjar ett område och inte summariskt användas utifrån den rättspraxis som har etablerats i förhållande till reglernas tillämpning i förhållande till fast egendom.

Detta är förvisso *en* parts intresse i ett konkret mål, men kan, trots detta, inte avvisas som enbart en partsinlaga. För det första sammanfaller samebyns argumentation i denna del – främst vad gäller behovet av en källkritisk inställning till olika offentliga dokument – i stora drag med överväganden som norska Høyesterett har gett uttryck för i avgöranden under senare år.⁴⁶ De problem som

43. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155–06 s. 32.

44. Östersund tingsrätt mål nr T-977–04 s. 18.

45. Östersund tingsrätt mål nr T-977–04 s. 152 ff.

46. Rt. 2001 s. 769 och Rt. 2001 s. 1229.

samebyn pekar på har således erkänts som rättsligt relevanta vad gäller användningen av metoder och värdering av källor i samiska mål.

För det andra pekar samebyns resonemang på ett problem av rättslig karaktär som svensk rätt i framtiden kan komma att konfronteras med. Nämligen att det genom domstolsprocesser kan visa sig att beviskraven för att renskötsel bedrivs av ålder i ett område, är utformade på ett sätt som gör att rättighetshavaren kan tvingas avstå från en rätt som RNL fastställer att man har. Problemställningen är förmodligen främst aktuell i Jämtland där renskötsel enligt 3 § RNL får bedrivas utanför renbetesfjällen «där renskötsel av ålder bedrivs vissa tider av året».

Också domstolarna är otillfreds med de rättsregler som styr denna typ av rättsprocesser. Framför allt hovrätten för Övre Norrland som är mycket kritiskt inställd till den ofullständighet som präglar den rättsliga regleringen på området. Hovrätten konstaterar att samhällsutvecklingen och näringslivets modernisering inte återspeglas i de rättsregler som domstolarna förväntas tillämpa och anför därvidlag följande:

«En fråga som måste ställas är i vad mån de förändringar som har skett ställer nya krav på den lagstiftande och verkställande makten och vad det innebär för domstolarna när inte riksdag och regering lever upp till dessa krav.»⁴⁷

Hovrätten varnar således för de rättsliga dilemman som domstolarna konfronteras med inom det aktuella sakområdet och fortsätter:

«I och med att regelverket är ofullständigt blir utrymmet för domstolarnas tolkning större. Det innebär att domstolarna har fått en normgivande roll som normalt inte tillkommer dem. Varje tillämpning av regelverket – bokstavstrogen, teleologisk, konservativ eller framåtsyftande – kommer att inrymma ett moment av politiskt ställningstagande.»⁴⁸

Att rättsregler och rättssystemet i sin helhet kan ifrågasättas på det sätt som hovrätten gör, är givetvis mycket allvarligt med tanke på att domstolarna tillförs en politisk funktion som inte överensstämmer med de principer som annars anses gälla inom den svenska rättsordningen.⁴⁹

Ytterligare en aspekt som är värt att observera i fråga om rättsreglernas lämplighet – som så långt jag kan se i liten grad har uppmärksamats tidigare – är frågan om rättsreglernas bakgrund och syfte. Jag tänker i detta sammanhang inte

47. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155–06 s. 20–21.

48. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155–06 s. 27.

49. Jfr 1 kap. 4 och 8 §§ samt 11 kap. 4 och 14 §§ regeringsformen. Se även om «dommarstyrd grepp» i Selbudommen och Svartskogdommen som avkunnats av norska Høyesterett 2001, i Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Fagbokforlaget, Bergen 2008 s. 330.

på bestämmelserna om urminnes hävd i GJB, som har problematiserats av såväl Ågren⁵⁰ som Allard,⁵¹ utan snarare på renbeteslagarna i sig. En närmare analys av renbeteslagarnas bakgrund och syfte faller utanför ramen för detta arbete, men jag vill här påpeka behovet av att rättsreglerna sätts in i den kontext i vilken de tillkom. Exempelvis beskriver den norska samerättsutredningen bakgrunden och syftet för 1883 års för Norge och Sverige gemensamma renbeteslag på följande sätt:

«Hovedhensikten med loven var – som allerede beskrevet – å beskytte landbrukets interesser ved at det ble utarbeidet bestemmelser om erstatningsansvar for skade som reindriften påførte eng, åker, setrer, høystakker, skog eller annen eiendom. Bakgrunnen var at stadig større arealer ble dyrket opp.»⁵²

Vad gäller 1886 års renbeteslag så är det mycket som talar för att den tillkom utifrån ett liknade syfte.⁵³ Till exempel reglerar 10 av lagens 26 paragrafer bofastas rättigheter vid skada som uppkommit till följd av renskötsel, medan endast en paragraf reglerar samernas rättigheter vid skada på renar.⁵⁴ I riksdagsdebatten inför beslutet om lagens införande, framhöll justitieministern att lagen tillkom för att «om icke afbryta, åtminstone stäffa det utrotningsarbete som nu i en hotande grad pågår mot denna folkstam»⁵⁵ (alltså samerna), vilket än mer förtydligar min poäng att rättsreglerna som används för att lösa konflikter om rätten till markområden i dagens samhälle behöver ifrågasättas utifrån den kontext de skapades i.

Norsk rätt

Såväl Östersunds tingsrätt (Rätansmålet) som hovrätten för Övre Norrland (Nordmalingsmålet) nämner i sina domsavgöranden den så kallade Selbudomen som avkunnades av norska Høyesterett 2001. Tingsrätten anför att Selbudomen inte kan påverka bedömningen i målet «eftersom svensk rätt skall tillämpas i

50. Maria Ågren, *Att hävda sin rätt*, Rättshistoriskt bibliotek, Stockholm 1997.

51. Christina Allard, «Urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av samiska rättigheter och dess tillämpning», i Margareta Brattström och Peter Strömberg, *Forskningsutmaningar för fastighetsrätten*, Iustus förlag, 2010.

52. Anne Severeinsen, «Prosessen fram mot Fellelappeloven av 1883» i *NOU 2007:14 Samisk bruk og rettsituasjon fra Hedmark till Troms*. Bakgrundsmateriale for Samerettsutvalget kap. 5.6 om fellelappeloven, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2007/nou-2007-14/18/6.html?id=584422>, 2010-06-07.

53. Eivind Torp, *Renskötselrätten och rätten till naturresurserna*, Universitetet i Tromsø, 2008, s. 43 ff.

54. Även i 22 § används uttrycket «skada för Lapparna» men bestämmelsen rör frågan om upplåtelse.

55. Riksdagens protokoll 1886 Första kammaren, 3 band nr 29, s. 10.10.

målet». ⁵⁶ Hovrätten anför att prövningen i Høyesterett liknar den hovrätten har att göra «nämligen en bevisvärdering utifrån bl.a. lagförarbeten från slutet av 1800-talet angående huruvida samerna skall anses redan då ha förvärvat en renskötselrätt till visst område». ⁵⁷ Vidare anför hovrätten att «bevisprövning i förevarande mål sker med beaktande av i huvudsak samma slags omständigheter» ⁵⁸ som Høyesterett har gjort i Selbu-målet, det vill säga historiskt material tillsammans med naturförhållanden och renens natur m.m.

Eftersom Norge och Sverige har relativt likartad lagstiftning vad gäller samernas renskötselrätt, och mot bakgrund av det sätt på vilket hovrätten refererar till överväganden som Høyesterett gjorde i Selbudomen, skall målet kort refereras här. Först skall det påpekas att norsk och svensk lagstiftning skiljer sig på en viktig punkt: numera finns en presumtionsregel i den norska reindriftsloven som klargör att samerna har rätt att bedriva renskötsel i hela det samiska renskötselområdet. ⁵⁹ Bestämmelsen innebär att bevisbördan åvilar fastighetsägare som ifrågasätter renskötselrätten inom ett i lagen närmare preciserat geografiskt område.

I Norge har Høyesterett under senare åren prövat frågan om samiska traditioners betydelse i framför allt två mål: i Selbumålet och i det så kallade Svartskogmålet. I Selbumålet var frågan om samebyarna ⁶⁰ Essand og Risast/Hylling hade rätt till renbete på privata fastigheter inom samebyarnas gränser i Selbu i Sør-Trøndelag fylke. Saken hade sin bakgrund i att kommunen hade gett samebyarna rätt att yttra sig i ett planärende.

Fastighetsägarna gjorde gällande att målet skulle betraktas som en näringstvist mellan lantbruksnäringen och rennäringen och inte skulle gälla frågan om det materiella grundlaget för samisk kultur. Därnäst att presumtionsregeln i reindriftsloven är så svag att det endast krävs att det görs sannolikt att samerna inte har renskötselrätt i området. ⁶¹ Och slutligen att renbete i området endast har skett tillfälligt och att fastighetsägarnas nyttjande av marken de facto har uteslutet renbete.

Samebyarna gjorde gällande dels att man hade upparbetat betesrätt i området redan före 1890, dels att Norges folkrättsliga förpliktelser gentemot samerna innebär att man har renskötselrätt i området oberoende av vem som hade kommit

56. Östersunds tingsrätt mål nr T 977-04 s. 349.

57. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155-06 s. 49.

58. Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 155-06 s. 50.

59. Bestämmelsen har följande utformning: «Innenfor det samiske reinbeiteområdet skal det legges til grunn at det foreligger rett til reinbeite innenfor rammen av denne lov, med mindre annet følger av særlige rettsforhold.» 4 § 2 stycket, lov av 17. juni 2007 nr 40.

60. Den norska benämningen *reinbeitedistrikt* motsvarar den svenska benämningen *sameby*.

61. Detta är alltså uttryck för Høyesteretts tolkning av bestämmelserna 2 § 1 stycket 3 punkt, lov av 23. februar 1996 nr 8.

till området först, både mot bakgrund av bestämmelserna i människorättslagen⁶² och mot bakgrund av bestämmelsen i 110 a § i den norska grundlagen.

Vad först gäller frågan om bevisbördan kom Høyesterett fram till att bestämmelserna i reindriftsloven ålägger fastighetsägaren bevisbördan, men att kravet på bevisning inte är strängare än att det krävs sannolikhetsövertikt för att nyttjandet inte har haft ett tillräckligt omfång för att området skall kunna anses vara renbetesmark.⁶³

Høyesterett konstaterar därefter att förutsättningen för att uppnå renskötselrätt enligt *alders tids bruk* är att det föreligger *ett visst nyttjande*, som måste ha skett under *lång tid*, och som måste ha skett i *god tro*. Høyesterett konstaterar att man inte har fasta kriterier för att avgöra om de enskilda villkoren är uppfyllda, och vidare att det i bedömningen måste läggas vikt vid *rättighetens karaktär*.⁶⁴ Kraven måste därför anpassas i förhållande till samernas och renens nyttjande av område. Det vill säga dels samernas nomadiska livsform, dels renens betesmönster där topografi, näringsförhållanden, väder och vind har betydelse.

Eventuella avbrott i nyttjandet kan inte anses utgöra ett hinder för att uppnå renskötselrätt enligt *alders tids bruk*⁶⁵ även om avbrottet har pågått under lång tid. Høyesterett påminner i detta sammanhang om domstolens avgörande i ett annat mål,⁶⁶ där rennäringen ansågs ha rätt till ersättning även om det sedan 1920-talet hade skett avbrott i nyttjandet som hade varit längre än en «mansålder». Vidare kan det, enligt Høyesterett, inte uteslutas att rätt till renbete kan uppnås även om det endast är fråga om renbete av mer tillfällig karaktär.⁶⁷

Høyesterett kom, med röstsiffrorna 9 mot 6, fram till att samebyarna hade rätt till renbete på det aktuella markområdet enligt bestämmelserna i 2 § 1 stycket 3 punkt reindriftsloven.⁶⁸ Det rådde emellertid enighet beträffande den principiella utgångspunkten om att reglerna om *alders tids bruk*⁶⁹ måste anpassas till samisk kultur, tänkesätt och de särskilda förhållandena som råder inom renskötseln. När det gäller övriga rättsgrunder som samebyarna hade anfört går Høyesterett inte

62. Lov av 21 mai 1999 nr 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

63. Rt. 2001 s. 769.

64. Rt. 2001 s. 769 på s. 789.

65. *Alders tids bruk* motsvarar i svensk rätt *urminnes hävd*. Det är dock viktigt att komma ihåg uttrycken är sprungna ur två olika rättssystem och att det föreligger vissa skillnader mellan begreppen.

66. Rt. 1985 s. 532 (den så kallade Maukendomen).

67. I domen talas om «streifbeitning».

68. Motsvarar bestämmelserna i 4 § 2 stycket i nuvarande reindriftslov, se not 57.

69. För en uttömmande redogörelse av rättsfiguren *alders tids bruk* se; Eriksen a.a. 2008.

in på dessa eftersom norska rättsregler om alders tid bruk var tillräckliga för att fastställa att renbetesrätt förelåg.

Det som gör Selbumålet särskilt intressant är dels Høyesteretts explicita resonemang kring de metodfrågor som saken reser, dels domstolens kritiska granskning av historiska källor. Vad gäller metodfrågor uttalar Høyesterett följande: 1) muntliga överlämningar måste värderas noga eftersom samerna inte kan antas ha haft behov av att ta i bruk skriftspråk, 2) man kan inte förvänta att hitta fysiska spår i terrängen efter renskötsel eftersom samerna nyttjade organiska material, 3) i kommunikation mellan samer och norrmän kan missuppfattningar uppstå som kan leda till felaktiga uppfattningar.⁷⁰

Detta innebär, enligt Høyesterett, att man måste vara återhållsam med att dra slutsatser ifall det saknas konkreta uppgifter om samisk närvaro i ett visst område.

Vad gäller behandlingen av det historiska materialet är det värt att notera att Høyesterett i målet genomförde en kritisk källgranskning som ledde till en ny tolkning av det historiska material som den så kallade Lappekommissionen har lämnat efter sig.

Liknande överväganden som de Høyesterett gjorde i Selbumålet, kom senare till uttryck i det så kallade Svartskogmålet, där slutlig dom avkunnades 2001.⁷¹ Målet gällde visserligen inte frågan om samers rätt till renskötsel på privatägd mark, utan om en fastboende jordbruksbefolkning, där det stora flertalet var av samiskt ursprung, genom alders tids bruk kunde anses ha fått en kollektiv egendomsrätt till ett stort utmarksområde där staten var fastighetsägare. Också i det målet kom Høyesterett fram till att villkoren för alders tids bruk hade uppnåtts.

Målet är av stort intresse eftersom Høyesterett ansåg att samisk rättsuppfattning och samernas sätt att nyttja området var avgörande för slutsatsen att villkoren för rättigheter enligt alders tids bruk var uppnått.⁷²

Svartskogmålet innebär således att Høyesterett bekräftar uppfattningen att norska rättsregler om alders tids bruk måste anpassas till samisk kultur, till samiska traditioner och till samiskt tankesätt när reglerna skall prövas i förhållande till en samisk befolkning. Svartskogmålet har således stärkt betydningen av samiska traditioner och av samisk rättsuppfattning som relevanta rättskällor i norsk rätt.

Det är uppenbart att Høyesteretts avgöranden i dessa mål har inneburit en väsentlig ändring av norsk rätt. Den norska samerättsutredningen anser att avgörandena i dessa mål innebär en ändring i rättstillståndet i Norge genom att «vilkårene for rettserverv ved alders tid bruk i samiska områder må tilpasses

70. Rt. 2001 s. 769 på s. 789.

71. Rt. 2001 s. 1229.

72. Rt. 2001 s. 1229 på s. 1252.

samisk rettstenkning og samisk resursutnyttelse» och att «kulturelle og språklige forskjeller mellom samer og nordmenn er relevante hensyn ved den konkrete rettsanvendelsen». ⁷³ Även det norska justitiedepartementet har kommenterat domsavgörandena och anser att de visar att «typisk samisk bruk kan føre til en selvstendig og beskyttet rett med grunnlag i alders tids bruk». ⁷⁴ Slutligen har Gunnar Eriksen framhållit att Høyesteretts avgöranden i dessa mål representerar ett paradigmskifte inom norsk rättspraxis när det gäller synen på samisk kultur och rättstänkande. ⁷⁵

När det gäller vad hovrätten för Övre Norrland har anfört om likheterna i det material och i den bevisprövning som norska respektive svenska domstolar har att göra i renbetesmål, måste det poängteras att det föreligger väsentliga skillnader i Høyesteretts bevisvärdering i Selbumålet jämfört med den hovrätten gör i Nordmalingsmålet. ⁷⁶ En mycket viktig skillnad, enligt mitt förmenande, utgörs av domstolarnas inställning till de historiska dokument som åberopades i målen. Høyesterett ger uttryck för att domstolen i denna typ av mål måste företa en kritisk granskning av de källor som föreligger. Det är svårt att hitta stöd för att hovrätten för Övre Norrland (i likhet med övriga domstolar i Sverige) skulle ha en liknande inställning i denna fråga.

Spiikmålet

I det följande skall jag redogöra för frågan om samiska traditioners betydelse i förhållande till vad samernas renskötselrätt kan omfatta. Hur samisk renskötsel traditionellt sett har bedrivits, kan nämligen ha betydelse för rättens omfattning.

Det så kallade Spiikmålet har rättsligt en direkt koppling till HD:s ställningstaganden i skattefällsmålet. I skattefällsmålet kom HD fram till att det inte tillkom samerna några längre gående befogenheter än vad som följer av rennäringslagstiftningen, men att vissa befogenheter som inte explicit nämns i rennäringslagens bestämmelser ändå följer av samernas rätt att använda mark och vatten till un-

73. NOU 2007:13 s. 315.

74. Odelstingsproposisjon nr 53 (2002–2003) s. 95 se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/otprp-nr-53-2002-2003-/6.html?id=173419>, kap 6.2.1 2011–03–09. Se även Innst. Odelstinget nr 80 (2004–2005) s. 36.

75. Gunnar Eriksen, «Samiska sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001», *Kritisk Juss* nr 3, 2004 s. 289.

76. Andra har dock påpekat likheter mellan domstolarna vad gäller kraven till intensitet och kontinuitet i nyttjandet, se härom i Ravna a.a. 2008, s. 225.

derhåll för sig och sina renar.⁷⁷ HD vill alltså inte utesluta att samerna har vissa rättigheter som är grundat på långvarigt bruk, alltså samiska traditioner, men som inte har reglerats i lag.⁷⁸ I Spiikmålet aktualiseras denna fråga.

Renägaren Lars Åke Spiik åtalades 2003 för otillåten miljöverksamhet, alternativt brott mot miljöbalken⁷⁹ efter att ha plockat 82 säckar med vitlav (motvarande ca 820 kg) inom Kallaxhedens naturreservat. Skälet till att han hade plockat vitlav var att samebyn förberedde renskillning och att renarna i samband med detta stod instängslade utan tillgång till bete och därför behövde utfodras särskilt. Naturreservatet ingår i renbetesområdet för den sameby som Spiik tillhör. Han ansåg att han hade rätt att utfodra renar med lav från området oavsett om renarna betade själv eller om han plockade laven för att senare utfodra renarna med den. Spiik hävdade att det är allmänt förekommande att samebyar plockar vitlav på detta sätt inom sina renskötselområden och att man alltid ansett att man har rätt att göra det. Han kände till länsstyrelsens beslut om förbud att utan tillstånd bedriva täkt av lavar, så kallad mossplockning, men ansåg att beslutet inte påverkade renskötselrätten.

Tingsrätten ansåg att renskötselrätten inte omfattar «mosplockning» då det inte finns någon bestämmelsen om detta i RNL, och dömde Spiik till dagsböter.⁸⁰ Spiik överklagade tingsrättens dom till hovrätten med yrkande om att åtalet skulle ogillas och lämnade i princip samma berättelse i hovrätten som i tingsrätten. I hovrättsförhandlingen tillkom ett vittnesförhör som bekräftade att det var tradition bland renskötande samer att plocka vitlav för stödutfodring när sådant behov förelåg.

Hovrätten konstaterade inledningsvis att renskötselrätten är en särskild bruksrätt till fastighet som är grundad på urminnes hävd och vidare att rätten på samma sätt som äganderätten är skyddad av grundlagen och den, så länge den utövas, inte kan fråntas innehavaren genom lag eller i annan form utan ersättning enligt 2 kap. 18 § regeringsformen. Det i målet aktuella beslutet från länsstyrelsen kan, enligt hovrätten, därför inte ha inneburit en begränsning av renskötselrätten. I den mån Lars Åke Spiik har handlat inom ramen för vad han som renskötande same har rätt att göra enligt renskötselrätten, skall han inte dömas till ansvar. Den centrala frågan i målet blir därför att ta ställning till vad som ingår i renskötselrätten. Hovrätten gjorde följande bedömning:

77. Detta gäller exempelvis rätt till grustäkt för husbehov, rätt till bete (annat än renbete) och slätter i den mån det behövs för samernas försörjning, NJA 1981 s. 1 på sidan 245 f.

78. Jfr HD:s uttalande om skyddet av sådan bruksrätt enligt 2 kap. 18 § regeringsformen NJA 1981 s. 1 på sidan 248.

79. Se 29 kap. 4 § 1 stycket, respektive 29 kap. 8 § 1 stycket 2 punkten miljöbalken.

80. Luleå tingsrätt B1225-01, 2003-12-18.

Enligt 1 § rennäringslagen (1971: 437) har renskötande same rätt att använda mark och vatten till underhåll för sig och sina renar. Frågan är om 'mossplockning' i den omfattning som är aktuell i målet ingår i denna rätt. Både Lars Åke Spiik och [vittnet] har berättat att mossplockning i samband med renskötsel allmänt utövas av renskötande samer så länge de kan minnas. De har också lämnat en rimlig förklaring till detta, nämligen att det är ett sätt att klara utfodringen vid renskiljning och övergång från en betesperiod till en annan.»⁸¹

Hovrätten anser således att det aktuella beslutet om förbud mot «mossplockning» inte kan innebära en begränsning av renskötselrätten och dessutom att området utgör ett renskötselområde. Av beslutet om inrättande av naturvårdsområdet (numera naturreservat), samt av senare beslut om utökad reglering av markanvändningen inom området, framgår att renskötselrätten *inte* har upphävts genom besluten.⁸² Eftersom utredningen i målet hade visat att mossplockning är sedvanligt förekommande bland renskötare, ansåg hovrätten att rätten att plocka vitlav ingår i samernas renskötselrätt och att den åtalade därför inte skulle dömas till ansvar.⁸³

Spikmålet innebär således en konkretisering av innebörden av rättsinstitutet urminnes hävd genom hovrättens fastställande av samiska traditioners betydelse inom ramen av samernas renskötselrätt.

Samiska traditioners betydelse i övrigt

Utöver vad som följer av bestämmelserna i RNL är det givetvis fullt möjligt för en domstol att ta samiska traditioner under beaktande utan att hänvisa till någon specifik bestämmelse. Detta är emellertid mycket ovanligt i svensk rättspraxis.⁸⁴

NJA 1960 s. 292 är emellertid ett exempel på detta. I samband med flyttning av en renhjord hade en renägare nyttjat en landsväg som flyttled. Renägaren gick

81. Hovrätten för Övre Norrland B 69–04, 2005–12–21.

82. Beslut Länsstyrelsen i Norrbottens län 1972–07–12 respektive 1975–10–01 dnr. 2502161. Genom införandet av miljöbalken ersattes skyddsformen naturvårdsområde med naturreservat, jfr lag (1998:811) om införande av miljöbalken 2 §.

83. Domen har gett upphov till viss diskussion: bl. a. har Allard funnit hovrättens avgörande överraskande med tanke på att en fastighetsägare inom samma naturreservat omfattas av miljöbalkens bestämmelser och således inte ha skulle ha laglig rätt att ägna sig åt mossplockning, Allarda.a. 2006 s. 295. Problematiken fördjupas ytterligare av att vitlav i viss mån är en kommersiell produkt och att en fastighetsägare därför kan ha ett intresse av att själv ägna sig åt mossplockning för försäljning av vitlav, se NJA 1986 s. 637. Det har emellertid fastställts i domstol att markägarna *inte* har rätt till mossplockning i området, jfr TU-M-1403–07 och TU-M-1405–07 Miljödömsstolen i Umeå.

84. Bengtsson, a.a. 2004, s. 25.

själv tillsammans med ledarrenen före renhjorden och hade två renskötare med hundar bakom och på sidorna av renhjorden. En bil körde in i renhjorden varvid tio renar dog. Renägaren åtalades för vårdslöshet i trafik men gjorde gällande att flyttning av renjord sedan urminnes tid hade ägt rum på det sätt han hade gjort. Lappfogden, som hördes som vittne, bekräftade att en renjord sedan urminnes tid förflyttats på landsväg på sätt nu skett. I såväl häradsrätten som i hovrätten dömdes renägaren för vårdslöshet i trafik till dagsböter. HD upphävde hovrättens dom i ansvarsfrågan och ogillade talan mot renägaren då ovarsamheten bedömdes som ringa eftersom renägaren «förfarit enligt gammalt bruk». Detta innebär att HD som grund för sitt beslut i målet beaktade samiska traditioner.⁸⁵

Man kan i övrigt anta att det allt oftare kan uppstå konflikter mellan rennäringen och andra intressen om störningar och intrång i flyttleder.⁸⁶ Samernas rätt till flyttleder är, som redan har nämnts, grundat på sedvana även om detta numera enbart framgår av förarbetena och inte av själva lagtexten.⁸⁷ I samband med konflikter kring rennäringens behov av flyttleder uppkommer ofta frågan om vad som skall anses vara ett traditionellt nyttjande av en flyttled eller vad som skall anses vara traditionell samisk renskötsel.⁸⁸

Utöver vad som redan har presenterats, har det vid en genomgång av samiska mål,⁸⁹ visat sig att samiska traditioner i en del fall åberopas av en part som stöd i egen sakframställan – exempelvis i tvist om medlemskap i sameby eller rätt till renskötsel – utan att domstolarna har fäst någon vikt vid detta i sin bedömning av sakförhållandena i målen. Detta rör främst frågor om vad som skall anses vara traditionell samisk renskötsel och vad som kan anses vara avsteg från detta.⁹⁰ Denna typ av mål redovisas inte här.

I några vattenmål, som har avkunnats med hänvisning till rennäringslagstiftningen men som rör fastboende befolkning utan närmare precisering av etnisk tillhörighet, har domstolarna hänvisat till att rätten till fiske är grundat på sedvana. I ett mål som rör frågan om ersättning för fiskeskada efter reglering av vissa fjällsjöar, anför HD exempelvis att myndigheter «har haft att taga hänsyn till gammal sedvänja i bygderna».⁹¹ Från sådana mål kan man således inte dra några slutsatser beträffande samiska traditioner även om rennäringslagen tillämpats i målen.

85. För en vidare tolkning av HD:s beslut i detta mål se Bengtsson a.a. 2004, s 24–26.

86. Se exempelvis NJA 1986 s. 546.

87. Jfr 23 och 24 §§ rennäringslagen och JoU 1971:37 s. 41–42.

88. Se exempelvis MÖD 2008:24.

89. Detta har skett genom sökning i rättsdatabasen SVEA: www.miun.se/svea.

90. Se Gällivare tingsrätt B 258–99 och Lycksele tingsrätt 2004–04–07.

91. NJA 1975 s. 238.

Frågan om huruvida samisk kultur och samiska traditioner under vissa förhållanden kan anses vara en förmildrande omständighet enligt bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken har i vissa sammanhang diskuterats.⁹² Frågan har även prövats: i hovrättsförhandlingen i det så kallade vargmålet där två renägare var åtalade för grovt jaktbrott, hänvisade en av de åtalade till bestämmelserna i 29 kap. 5 § 1 stycket punkt 8 och anförde att «samernas kulturella bakgrund bör kunna beaktas i straffmätningen». Hovrätten ansåg emellertid inte att det förelåg några skäl för strafflindring eftersom «samernas befogade intresse att undvika skador på renar har av statsmakten i stället reglerats på så sätt att samerna tillerkänns ersättning av statliga medel för skador på renar».⁹³ Något annat mål där bestämmelserna i 29 kap. 5 § p 8 brottsbalken har åberopats är inte känt.⁹⁴

Slutsatser

Som det framgår av vad som ovan redovisats är den svenska lagstiftningen som reglerar samernas rätt till renskötsel utformad på ett sätt som gör att rätten till vissa delar av territoriet upparbetas genom sedvana, vilket vid tvist skall bevisas enligt reglerna för urminnes hävd. Detta innebär att samiska sedvanor och traditioner *kan* vara av betydelse i svensk rätt.

I de mål som här har refererats där det har gällt att bevisa samiskt nyttjande av ett visst markområde, tycks samisk kultur och samiska traditioner inte ha tillmätts någon avgörande betydelse. Däremot verkar samiska traditioner ha betydelse för att klargöra vilka rättigheter som ingår i samernas renskötselrätt. I rättsfrågor som inte anknyter till samernas renskötselrätt tycks samiska traditioner inte vara av betydelse. Sammanfattningsvis kan det således konstaterats att samiska traditioner är av skiftande betydelse i svensk rätt.

Slutligen kan det konstateras att svensk och norsk rätt i väsentlig grad skiljer sig åt i fråga om vilken betydelse samisk kultur och samiskt traditionsmaterial har tillmätts i mål som rör frågan om samernas rätt till vinterbetesmark.

92. SOU 1999:25 *Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige*, s. 107.

93. Hovrätten för Nedre Norrland B 318–98, s 12.

94. I Norge däremot har samiska traditioner i flera fall åberopats som grund för strafflindring, se Rt. 1988 s. 377, Rt. 2001 s. 13, Rt. 2001 s. 1116, Rt. 2006 s. 957, Rt. 2008 s. 1789.

Eivind Torp, Dr juris, Docent i rättsvetenskap vid Mittuniversitetet, Östersund. Forskar inom samerätt och förvaltningsrätt. Ansvarig utgivare för databasen SVEA, rättsdatabas över svenska domstolsavgöranden i samerättsliga frågor.

Eivind Torp, Doctor of Law, is associate professor in law at Mid Sweden University, Östersund. Torp is doing research within Sámi Rights and Administrative Law. He is the publisher of SVEA (www.miun.se/svea); a database publishing all judgments by Swedish courts concerning Sámi matters.

Статус обычаев и традиций саамов в шведском законодательстве

Эйвинд Торп

Эйвинд Торп, (Eivind.Torp@miun.se) Dr juris, доцент в области юридических наук в университете Mittuniversitetet, Эйстерсунд (Östersund), Швеция. Исследователь в сфере права народа Саами и административного права, осуществляет формирование базы данных SVEA, включающей решения судов Швеции по вопросам прав народа Саами.

Краткое содержание

В этой статье обсуждается статус обычаев и традиций саамов в шведском законодательстве. Опираясь на законодательство в отношении шведского оленеводства, автор анализирует три судебных дела с применением норм обычного права, в которых было произведено обжалование согласно обычаям и традициям «с незапамятных времен». Сравнение осуществляется через призму подходов Верховного суда Норвегии к рассмотрению саамской культуры и традиций. Далее приводится пример одного из судебных разбирательств, свидетельствующих о важности традиций саамского народа в отношении содержания права саамов на оленеводство. И, наконец, в целом обсуждается вопрос об обычаях и традициях саамского народа в шведском праве. В этой статье показано изменение роли, которую играют обычаи и традиции саамов в оленеводческом праве и в шведском законодательстве.

Ключевые слова: Шведское законодательство, право на оленеводство, традиции саамов, прецедентное право.