

Särtryck ur



SKRIFTER FRÅN INSTITUTET FÖR
FASTIGHETSÄRÄTTSLIG FORSKNING
VID UPPSALA UNIVERSITET

8

FORSKNINGS-
UTMANINGAR
FÖR
FASTIGHETS-
RÄTTEN

En antologi

Redaktörer
MARGARETA BRATTSTRÖM
PETER STRÖMGREN

IUSTUS FÖRLAG

Urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av samiska rättigheter och dess tillämpning¹

Christina Allard

Frågor som rör samerna och deras nyttjande av mark, vatten och andra naturresurser aktualiserar ofta komplicerade rättsliga problem. Det är ett område där allmän och speciell fastighetsrätt överlappar och bryter in i varandra på ett mycket speciellt sätt. Artikeln syftar således övergripande till att belysa rättsfrågor av denna karaktär inom samerättens område², framförallt för den svenska samerätten men framställningen innefattar emellertid en utblick mot norsk och kanadensisk rätt.

I artikelns första del ligger fokus på institutet urminnes hävd och de problem som finns med att tillämpa den på traditionell, samisk markanvändning. Det rör själva grundvalen till hur rättigheter uppkommer via ett långvarigt bruk, och vilken rättslig förklaringsmodell som bäst lämpar sig för att klarlägga samiska rättigheter. Artikelns andra del illustrerar den rättsliga tillämpningen av renskötselrätten,

¹ Ett stort tack till Bertil Bengtsson och Gunnar Eriksen som har gett synpunkter på artikeln. Ett tack riktas även till Henriette Nazarian och Anna Nylund på juridiska fakulteten vid Tromsø universitet som kommenterat delar av ett tidigare utkast.

² Samerätten som juridiskt ämne är gränsöverskridande, inte bara mellan olika juridiska discipliner utan även geografiskt. Samerna finns som ett urfolk i fyra länder.

såsom en rätt baserad på urminnes hävd. Denna del tar upp de beslut om indelning i byområden som sker med stöd av rennäringslagen och belyser hur den offentligtreglerade regleringen av rennäringsbryter in i de civila rättigheterna.

Samerätt³ ingår som en del i fastighetsrätten i vid mening, men rättsområdet inbegriper likväl andra rättsfrågor som inte ryms inom fastighetsrättens domäner, vilka jag inte kommer att beröra närmare här.⁴ Rättsområdet innehåller såväl civilrättsliga och förvaltningsrättsliga inslag, som rättshistoriska, konstitutionella och folkrättsliga moment. Den skär således igenom de flesta juridiska discipliner, och är på samma sätt som t.ex. genusrätt och miljö rätt mångdisciplinär. Samerättens område är komplext och i flera avseenden bristfälligt eller otydligt reglerat – och på så sätt är rättsområdet en guldgruva för rättsvetenskapen.

Antologin ska som bekant främst ta sin utgångspunkt i angelägna forskningsbehov och forskningsutmaningar, inte diskussioner om gällande rätt i förhållande till forskningsläget. Dessvärre krävs en bakgrund och viss belysning av gällande rätt för förståelsen av de rättsfrågor som artikeln aktualiserar. Rättsfrågornas karaktär tarvar dessvärre att en sådan genomgång sker. I framställningen nedan framkommer med tydlighet att rätten i många avseenden är oklar.

³ Huruvida samerätten är ett eget rättsområde i Sverige har jag inte för avsikt att argumentera för här, utan nöjer mig med att definiera området såsom *rättsfrågor som rör samerna i egenskap av att vara urbefolkning och minoritet*. Det finns idag en översiktlig bok i samerätt, författad av Bertil Bengtsson (2004). Luleå tekniska universitet initierade den första universitetskursen i samerätt 2006 och en samerättsdatabas (SVEA) med domstolsavgöranden finns (<http://www.sameratt.se/>). Vidare finns två avhandlingar som behandlar svensk samerätt: Christina Allard (2006) och Eivind Torp (2008). Den s.k. Samerättsutredningen verkade under 1980-talet och la fram huvudbetänkandet ”Samerätt och sameting” (SOU 1989:41). På norsk sida har samerätten längre anor, inte minst vid juridiska fakulteten vid universitetet i Tromsø. Samerätt har varit ett eget rättsområde åtminstone sedan slutet av 1970-talet då Institutet för rättsvetenskap bildades. Sedan 1995 har ämnet varit en obligatorisk del av juristutbildningen i Tromsø.

⁴ T.ex. språk- och kulturfrågor, frågor om samisk skolordning samt minoritetsskydd.

DEL I

Renskötseln och dess koppling till urminnes hävd

Rätten att bedriva renskötsel regleras i rennäringslagen (RNL).⁵ Där stadgas i 1 § kärnfullt att den som är same får ”använda mark och vatten till underhåll för sig och sina renar”. Här slås den grundläggande rätten fast, och de olika rättigheterna som ingår i renskötselrätten preciseras närmare i 15–25 §§. Förutom rätt till renbete och att föra renarna mellan olika renbeten ingår bl.a. en rätt att uppföra för näringen nödvändiga byggnader, såsom renvaktarstugor och förvaringsbodar, samt en rätt att i vissa fall ta virke till uppförandet av sådana byggnader. Jakt- och fiskerätt inom samebyns betesområde är också ett moment som ligger inom det rättsliga begreppet renskötselrätt.⁶ Renskötseln organiseras genom samebyn, en såregen association som både utgör ett geografiskt område och på samma gång är en egen juridisk person. Det råder organisationstvång eftersom all renskötsel ska ske via en sameby.⁷ Renskötselrätten får endast utövas av den som är medlem i en sameby.⁸

Renskötselrätten och dess koppling till rättsinstitutet urminnes hävd står helt central när frågor kring samernas rätt till mark, vatten och andra naturresurser är i fokus. Sedan 1993 är kopplingen mellan renskötselrätten och urminnes hävd lagfäst. I RNL 1 § 2 st framgår att renskötselrätten ”tillkommer den samiska befolkningen och grundas på urminnes hävd”. Lagändringen är ett resultat av det s.k. skatte-

⁵ SFS 1971:437.

⁶ För vissa rättigheter inom renskötselrätten som inte är lagfästa, se Allard kap. 8.1.2. Om renskötsel generellt, inklusive statistik, se t.ex. Jordbruksverkets rapporter Svensk rennäring (1999) och Renägare och renskötselföretag (2003:14). Se även Sametingets hemsida på <http://www.sametinget.se/1126> (2009-11-17).

⁷ RNL 6 §. Det finns idag 51 samebyar och renskötsel bedrivs på ca 40 % av det svenska territoriet.

⁸ RNL 1 § 3 st.

fjällsmålet från 1981, där HD uttalade att den rättsliga grunden till samernas rätt att bedriva rensköttsel låg i urminnes hävd.⁹

Kopplingen mellan samisk, traditionell markanvändning och urminnes hävd har gjorts långt tidigare, främst i motiven till den första renbeteslagen från 1886. Staten har dock under större delen av 1900-talet hävdad att den samiska renskötseln utgör ett särskilt privilegium givet av staten, det s.k. lappprivilegiet, och att det var denna som låg till grund för renskötselns monopolställning och den samiska renskötselrätten. I och med skattefjällsdomen klargjordes att renskötselrätten är en civil rättighet och inget annat. Att renskötselrätten vilar på urminnes hävd är dock inte helt oproblematiskt.

Urminnes hävd – en historisk återblick och en komparativ utblick

Urminnes hävd¹⁰ är ett mycket gammalt rättsinstitut med rötter i den romerska rätten och har influerats av kanonisk och utländsk rätt. Institutet användes under medeltiden och omnämns kortfattat i Magnus Erikssons landslag från 1350 och i Kristoffers landslag från 1442. Rättsinstitutet hade sina glansdagar i det lokala jordbrukssamhället

⁹ NJA 1981 s. 1. Staten tillerkändes äganderätten. Målet är det största och mest komplexa rättsfallet i svensk, modern rättshistoria. Målet gällde talan om bättre rätt till vissa områden i Jämtlandsfjällen (de s.k. skattefjällen). Trots att samerna förlorade i alla instanser gjorde domstolen några principiellt viktiga uttalanden; främst att renskötselrätten vilar på urminnes hävd, att rätten i princip är uttömmande reglerad i nuvarande rennäringslag och att renskötselrätten åtnjuter samma egendomsskydd som äganderätten mot intrång i rätten.

¹⁰ Urminnes hävd är en översättning från latinets *prescriptio immemorialis*. Se vidare i Hafström, Den svenska fastighetsrättens historia s. 48. Ordet hävd är mångtydligt och enligt Hafström har ”hävd” i svensk rätt åtminstone fem innebörder, det kan betyda: *i*) innehav eller besittning; *ii*) preskriptionstid; *iii*) sedvana; *iv*) omvårdnad/gott bruk/nedlagt arbete och *v*) att hävda sin rätt. Latinets *prescriptio immemorialis* eller *possessio immemorialis* inbegriper dock inte fullt ut alla dessa aspekter, bara besittning och preskriptionstid. Ågren menar däremot att det av det dåtida sättet att tala om urminnes hävd klart framgår hävdens tre andra innebörder: sedvana, nedlagt arbete och aktivt försvar. Se Ågren, Att hävda sin rätt s. 204.

innan den mer enhetliga, statliga lagstiftningen gjorde sitt intåg. Från att ha varit och högt ansedd som en samhällsnyttig rättsfigur, försvarad av domstolar och jurister under framförallt 1600-talet, blev med tiden urminnes hävd alltmer betraktad som ett problematiskt rättsinstitut. Denna förändring måste förstås i en vidare kontext där samhället var i omdaning; dokumentationen av fasighetsrättsliga förhållanden blev tydligare samtidigt som rätten successivt blev alltmer skriftlig och utrymmet för lokal sedvana som rättskälla stadigt minskade. Ätminstone sedan mitten av 1800-talet var rättsinstitutet uppfattat som en rättslig relik.¹¹ I gamla jordabalken (GJB) från 1734 fanns förvisso urminnes hävd kvar som möjlig grund för att etablera rättigheter, men räknades inte som ett laga fång.¹² I nuvarande JB är institutet utmönstrat.¹³

Under nästa avsnitt behandlas bestämmelsen i GJB och övergångsbestämmelser till nya JB närmare. Detta avsnitt syftar till att kort belysa den tidigare tillämpningen av urminnes hävd för att skapa en förståelse för institutet som sådant. De myckna referenserna till historikern Maria Ågrens arbete ska ses mot bakgrund av den i övrigt knapphändig litteraturen på området. Det är för övrigt en betydelsefull analys av rättsinstitutet som hon företar, då arbetet inte bara innefattar en stor mängd gammal praxis som förtydligar bilden av hur urminnes hävd användes, utan även placerar in rättsinstitutet i en samhällsrelig kontext. Mot slutet av avsnittet diskuterar jag även kanadensisk och norsk rätt och rättsutveckling eftersom det har betydelse i sammanhanget.

¹¹ Ågren, Att hävda sin rätt s. 94, 96–104, 257–261 och 268–273.

¹² Hafström, Den svenska fastighetsrättens historia s. 48 f. Institutets rättsliga karaktär hade sedan länge varit omdebatterad. Två teorier sammanförde kärnan av argumenten – lagafångsteorin och presumptionsteorin. Se även Undén, Svensk sakrätt II s. 140 f. och Ågren s. 258.

¹³ Man ansåg att de fastighetsrättsliga förhållandena hade blivit så klara att fastighetsboken kunde utgöra grunden för att visa på ägandet till jord. Det var därför inte längre önskvärt att förlita sig på ett rättsinstitut av så obestämd natur. Se SOU 1960:25 II s. 500.

Från rättspraxis, framförallt under 1600-talet, är det tydligt att både bönder och adelsmän använde urminnes hävd som stöd för sina anspråk. Institutet understödde idén om att en lång tids markanvändning gav upphov till rättigheter. Urminnes hävd användes på ett flexibelt sätt som täckte in flera olika situationer, t.ex. både vid oklara och omtvistade gränser och för att bryta ut individuell mark från en bys gemensamma resurser, vilket visar på ett kreativt och individualistiskt sätt att använda institutet. Under denna tid var lokalsamhällets status och makt stor och domstolarna var i princip i händerna på det ”lokala minnet”.¹⁴

Bevisbördan var i favör till den aktuella besittaren, vilket också var den person som levde och verkade i det lokala samhället. Denna tendens att samla alla befogenheter hos besittaren var praktiskt för den dåtida domaren då han kunde presumera att besittaren var den rättmätige ”ägaren”¹⁵, och där den andra parten var tvungen att bevisa motsatsen. Eftersom de medeltida landslagarna inte stipulerade hur urminnes hävd skulle tolkas användes utländsk rätt i domstolarna för att göra institutet mer greppbart.¹⁶ Idén att besittaren innehar ett knippe befogenheter är ett särdrag i åtminstone Väst-europeisk rättstradition.¹⁷ Besittningsbegreppet blev således centralt för tillämpningen av urminnes hävd. Tidsgränsen för besittningen, för att urminnes hävd skulle anses vara etablerad, var inte bestämd

¹⁴ Ågren s. 148, 174 f., 178 och 265 f.

¹⁵ Jag använder citationstecken för att markera att det inte riktigt går att tala om en äganderätt i modern mening.

¹⁶ Ågren s. 105.

¹⁷ Det bärs upp av kunskaper från antik romersk rätt och engelsk medeltidsrätt. Se Ågren s. 53 f. Här hänvisar Ågren även till Charles Donahue Juniors arbete ”The future of the concept of property predicted from its past”. Donahue tar upp det problematiska begreppet besittning och han betonar begreppet såsom en lärd konstruktion. Ågren menar att även om Donahues studie inte omfattar Skandinavien, har det likväl relevans för oss när det gäller presumtionen om att besittaren anses vara rätt ägare. Jag återkommer till besittningsbegreppet nedan under avsnittet ”Urminnes hävd i gamla jordabalken”.

utan användes flexibelt av domstolarna, beroende på lokala traditioner och sakförhållanden i det enskilda fallet.¹⁸

Tillämpningen av urminnes hävd måste dock sättas i ett historiskt sammanhang. Under tidigmodern tid är det tydligt att ett komplicerat samspel verkade mellan olika rättsprinciper.¹⁹ Som nämnts ovan åberopades urminnes hävd av både bönder och adel, oftast som ett allmänt förstärkande element tillsammans med de ”vanliga” fången. Det fanns även för tiden en motsättning mellan staten och dess undersåtar, där staten hade intresse att hålla egendomsbeståndet och jordinkomster intakta. Staten ville inte godta att kronojord föll i enskildas händer och detta medförde så småningom till uppfattningen om att hävd inte kunde riktas mot kronan.²⁰ Det är en uppfattning som följt med ända in i våra dagar.²¹

I 1734 års jordabalk blev domstolarnas praxis och sedvanan i stor utsträckning kodifierad. I och med detta blev också idén om god omvårdnad och gott bruk av ett markområde en viktig del av urminnes hävd, dvs. att marken inte skulle försummas eller gå familjen ur händerna, något som ansågs vara till gagn för kommande generationer. Det kontinuerliga bruket var alltså centralt, och likaså att bruket i princip skulle vara utan avbrott. Att använda ett markområde från

¹⁸ Ågren s. 105 f. och 162–165. I den senare juridiska litteraturen har två mansåldrar, ca 90 år, ställts upp som minsta kriterium för hur lång tid det tar att etablera urminnes hävd. Se Undén, Svensk sakrätt II s. 144.

¹⁹ Det rörde sig framförallt om två typer av besittningsskydd, dels föreställningen om byn och byandelarnas okränkbarhet, där byggningsbalken stödde andelsägarens krav, och dels föreställningen om en rätt till den äga man brukade och det som man faktiskt lagt ned arbete på. Här gynnade jordabalken jordinnehavarens anspråk via urminnes hävd. Det var inte ovanligt att man i byarna var oense om byns inägor var delade eller inte, och i dessa situationer kunde åberopandet av urminnes hävd ge ett starkt stöd för den som ansåg att marken var enskild. Därmed kunde byggningsbalkens regler sättas ur spel. Se referensen till Ågren under nästa not.

²⁰ Ågren s. 81 f., 121, 129 och 241.

²¹ Praxis, inspirerad av den nya lagstiftningen om 20-årig hävd från 1881, föranledde en förändring. Se NJA 1885 s. 357 och särskilt NJA 1932 s. 314. I skattefällsmålet stämde som bekant samer staten angående bättre rätt till vissa områden i Jämtlandsfjällen. Se vidare nedan.

tid till annan var inte tillräckligt för att etablera rättigheter. Skogar ansågs heller inte bli brukade i egentlig mening bara genom att inhämta virke och ved. Aktivt klander var också ett viktigt moment i urminnes hävd, vilket gav upphov till en slags plikt att förvara sina rättigheter.²² Att förbli passiv ansågs som ett sätt att tyst acceptera den nya besittningen.

När det gäller hävderegler allmänt, därmed även urminnes hävd, finns en underliggande presumtion om en tidigare ägare till markområdet i fråga.²³ Urminnes hävd handlar alltså om en gradvis överföring av det rättsliga skyddet från en frånvarande ägare till en närvarande och omvårdande besittare. Ett rättssystem som accepterar hävd som förvärvsgrund erkänner faktiskt att det i övergångsfasen finns två ”ägare” till objektet.²⁴ På så sätt är urminnes hävd ett *utsläckande förvärv*.²⁵ Det är en viktig reflektion och skiljer sig från *ursprungliga förvärv*, vilka uppstår när en tidigare ägare saknas, främst via ockupation av terra nullius, med ett fortsatt kontinuerligt bruk av ett markområde.²⁶ Ockupation är den förvärvsgrund som ofta betecknas såsom den mest ursprungliga.

Det är denna senare förklaringsmodell som bl.a. det kanadensiska rättssystemet använder för att härleda uppkomsten av *aboriginal rights* (bruksrätt) och *aboriginal title* (äganderätt).²⁷ Här är sedvanan central när man ska bedöma hur ett område nyttjats, och det har med tiden utvecklats ett särskilt rättsinstitut med oskrivna regler under para-

²² Ågren s. 101–102, 180 f., 203, 221–226, 238 och 245 f.

²³ Jfr bl.a. JB 16:1 om 20-årig och 10-årig hävd. Se även nedan om kanadensisk rätt.

²⁴ Ågren s. 50. Den brittiska rättsteoretikern A M Honoré, som Ågren hänvisar till, betecknar sådana rättssystem som tvåägarsystem. Motpolen är enägarsystemet där det bara finns en ägare åt gången. Om hävdetiderna är mycket korta (som i romersk rätt) klassar Honoré även dessa rättssystem som ett enägarsystem.

²⁵ Undén § 13 och Ågren s. 16 och 50.

²⁶ En tredje kategori benämns *härledda förvärv* och är den vanligaste i moderna samhällen. Dessa förvärv uppstår genom att en tidigare ägares rätt överflyttas via t.ex. avtal eller arv. Se Undén § 13.

²⁷ Begreppet ”aboriginal” används istället för det internationellt sett vanligare ”indigenous”. Det handlar alltså om urbefolkningarnas rättigheter.

plyet *doctrine of aboriginal rights*. Institutet erkänner urbefolkningens tidiga rätt till traditionella marker (a pre-existing right), vilken kunde formuleras och utvecklas under common law. Doctrine of aboriginal rights har sina rötter i det Brittiska imperiets rätt och tydliggör den relation som finns mellan Brittiska kronan och urbefolkningarna i Kanada. Institutet utgör en teoretisk förklaringsmodell för hur urbefolkningarnas sedvanerätt har överlevt den Brittiska kronans kolonisering av Nordamerika.²⁸

När det gäller diskussionen om förvärvsgrunden för urbefolkningars rättigheter – ockupation eller hävd – finns ett intressant rättsfall från 1973 från Kanadas federala högsta domstol, *Calder*.²⁹ Rättsfallet räknas som en milstolpe för erkännandet av urfolksrättigheter i Kanada. I domskälen diskuterar en grupp av domare allmänt huruvida den rättsliga grunden för markrättigheter för en grupp indianer i delstaten British Columbia var baserat på hävd eller på ockupation.³⁰ Man klargjorde först att aboriginal title varken var beroende av historiska avtal, kronans beslut eller lagstiftning för sin giltighet, utan var ett utslag av en tidig rätt till besittning/”ägande” (right of possession). När denna rätt väl var etablerad ansågs den fortlöpa till dess motsatt var bevisat. Frågan blev då huruvida denna rätt under historiens gång utsläckts eller upphävts. Det var statens roll att bevisa att kungamakten med en ”klar och tydlig” intention avsett att upphäva indianernas rätt till marken. Nu till kärnan i deras argument: denna tidiga rätt till besittning/”ägande” kunde inte vara baserad på hävd, eftersom det skulle innebära ett accepterande av en tidigare rätt för en annan person eller auktoritet. Det korresponderade, enligt domarna, inte med det faktum att indianguppen varit i området sedan urminnes tider.

²⁸ Se vidare i Allard kap. 6.3.

²⁹ *Calder v. The Attorney General of British Columbia* [1973] S.C.R 313. Domstolen var inte enig, men alla sex domare menade dock att indianerna hade brukat marken så att *title* en gång existerade. Frågan var om denna rätt fortfarande bestod. Målet blev dock avvisat pga. processuella skäl; man hade inte sökt tillstånd att stämma staten.

³⁰ Se domskälen i *Calder* skrivet av domare Hall (Spencer och Laskin instämde).

Detta rättsfall har intresse även från ett svenskt och nordiskt perspektiv mot bakgrund av uttalandena om vilken rättslig grund som bör användas för att härleda uppkomsten av urfolks rättigheter, dvs. ett ursprungligt eller utsläckande förvärv. *Calder* går även att jämföra med skattefällsmålet på så sätt att båda rättsfallen ger uttryck för att grupper av urbefolkningen kan ha markrättigheter pga. långvarigt bruk, som inte har blivit upphävda eller på annat sätt utsläckta.³¹

I Norge används *alders tids bruk* som förklaringsmodell och ses som motsvarigheten till institutet urminnes hävd.³² Både äganderätt och mer begränsade rättigheter (bruksrätter) kan vara föremål för alders tids bruk. Förutsättningarna för alders tids bruk är inte lagfästa som i svensk rätt utan domstolarna har genom praxis utmejslat de förutsättningar som är knutna till begreppet. Förutsättningarna har dock skiftat något genom historiens gång, och på samma sätt som urminnes hävd har begreppet används på ett flexibelt sätt. Utvecklingen har gått från att alders tids bruk åberopats som rättsgrund för många skiftande markfrågor till att under lång tid fungera som subsidiär förvärvsgrund till hävdsreglerna.³³ Det har varit vanligt att alders tids bruk åberopas där reglerna om hävd inte räckt ända fram. Det har t.ex. varit osäkert huruvida bruket varit tillräckligt omfattande och sammanhängande.³⁴

³¹ Skattefällsmålet uttalar allmänt att möjligheten för att samerna ska ha etablerat äganderätt är större i den nordliga fjällvärlden där bruket typiskt sett varit mer exklusivt. I skattefällsmålet blev det också fastslaget att samer genom renskötsel (nomadism och semi-nomadism) kan förvärva äganderätt till ett område trots en markanvändning som är mer utspridd och mindre intensiv, vilket även *Calder* antydde. Se NJA 1981 s. 1 på s. 190 f.

³² Se allmänt om alders tids bruk bl.a. i Gunnar Eriksens intressanta avhandling från 2008. I kap. 3.3.1 går han kort igenom rättsutvecklingen i Sverige avseende urminnes hävd.

³³ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 349. Det är även viktigt att notera att alders tids bruk i huvudsak angår fast egendoms rättsförhållanden, medan hävdsreglerna gäller i princip alla saker som kan hänföras till privat ägandet, även tex lösöre och värdepapper. Se Eriksen s. 96 f.

³⁴ Falkanger och Falkanger, *Tingsrett* s. 324. Författarna påpekar även att det är så stora likheter mellan alders tids bruk och s.k. *festmet bruk/festmet rettsforhold* att

Reglerna om hävd i norsk rätt har varit lagfästa alltsedan landslagarnas tid. Stora likheter finns mellan hävdereglerna och reglerna om alders tids bruk, vilket kan förklaras genom att det under årens lopp har skett en utväxling mellan de två regelkomplexen.³⁵ Traditionellt sett har hävdereglerna enbart riktat in sig på individuella rättigheter, vilket också är en av förklaringarna till att alders tids bruk inte ses som ett hävdeinstitut. Numera finns dock möjligheten att grunda kollektiva rättigheter även via hävd, enligt 1966 års hevdslov.³⁶ Alders tids bruk har således karaktärsdrag som liknar hävd allmänt sett. Den huvudsakliga skillnaden mellan hävderegler och alders tids bruk är dock tidsaspekten; det måste ha förflutit längre tid för att en rätt ska anses ha uppkommit.³⁷

Även alders tids bruk har varit under luppen vid lagreformer. Under 1960-talet, i samband med en lagutredning på civilrättens område, diskuterades det huruvida reglerna om alders tids bruk skulle begränsas eller rent av avskaffas.³⁸ Efter ikraftträdandet av den nya hevdsloven 1967 med regeln om lång tids hävd i § 8, fanns en tro att alders tids bruk på sikt skulle försvinna och istället ersättas av hävdsgrunden i § 8.³⁹ Det har dock visat sig att alders tids bruk är ett

de ofta uppfattas såsom synonyma begrepp, även om tidsperioden tycks vara något kortare för den senare. Se *ibid.* s. 324 och 326 f.

³⁵ Eriksen s. 21, 96 och 370. Det är först från och med 1800-talet som reglerna om alders tids bruk får ett innehåll och användningsområde som påminner om hävdsreglerna. I äldre fastighetsrättslig litteratur understryks alders tids bruk-reglernas naturrättsliga karaktär. Se *ibid.* s. 21.

³⁶ Hevdsloven 1966-12-09 nr. 01 § 8. Det bör poängteras att denna typ av hävd bara kan grunda en bruksrätt och inte äganderätt, såsom reglerna om alders tids bruk kan. Vidare föreligger en rad väsentliga skillnader mellan lång tids hävd i § 8 och alders tids bruk, bl.a. att kravet på intensitet i bruket är lägre för alders tids bruk och att reglerna om alders tids bruk tillåter en mer generell och samlad värdering av bruket. Se vidare nedan.

³⁷ Jfr hevdslovens § 8 (50 år).

³⁸ Argument fördes bl.a. mot bakgrund av jämförelser med utländsk rätt som i stort sett tagit bort motsvarande regler om lång tids hävd.

³⁹ Eriksen s. 357 och 359. Lång tids hävd har inte blivit särskilt använt i domstol de drygt 40 åren till trots. Se *ibid.* s. 121 och 360–362.

livskraftigt begrepp; högsta domstolen fick även efter hevdsloven mål där alders tids bruk återopades. Den gamla tanken på att en lång tids bruk befäster en rätt lever alltså kvar i folks medvetande, till synes i högre utsträckning i norsk rätt än i svensk, att döma av den rikligare andelen nyare rättspraxis.

Förutsättningarna för alders tids bruk vilar på tre element: det måste föreligga ett visst *bruk* som varat under *lång tid* och som har skett i *god tro*.⁴⁰ Det är en samlad bedömning av dessa tre förutsättningar som avgör huruvida en rätt uppstått eller inte. Förutsättningarna är flexibla på det sättet att vid en bedömning kan domstolen släppa något på t.ex. kravet på tid om bruket varit mer intensivt, och tvärt om. Det kan även tas hänsyn till andra faktorer, såsom hur betungande nyttjandet är för markägaren och hur nödvändigt bruket är för den som återopar alders tids bruk.⁴¹ Domstolen tycks därmed ha relativt stort skön i den samlade bedömningen när en tvist föreligger.

Förutsättningarna för alders tids bruk utmärker sig således allmänt sett genom något mildare krav än för en rätt baserad på hävd. I förhållande till hävdereglerna ställs inte samma krav på synbart bruk. Inte heller är kravet på intensitet och kontinuitet densamma. När det gäller kravet på exklusiv rådighet för förvärv av full bruksrätt, är även det kravet mildrat vid alders tids bruk. Bruket får dock inte bara ha varit ett utslag av s.k. ”tålt bruk” om alders tids bruk ska föreligga.⁴² Men på samma sätt som för urminnes hävd bestämmer själva bruket bruksrättens innehåll och karaktär.

När det gäller tidsaspekten har det aldrig blivit satt någon bestämd tidsgräns. Som rättesnöre har det inom juridisk litteratur ställs upp en tid på minst 100 år, och som nedre gräns ca 50 år pga. hevdslovens

⁴⁰ Dessa huvudvillkor blev summerade av norska högsta domstolen i Selbusaken, Rt. 2001 s. 769 på s. 788 f. Se även Svartskogsaken, Rt. 2001 s. 1229 på s. 1241 som återupprepar detta. Jfr också Eriksen s. 22 och vidare i kap. 7–9. Se vidare under nästa avsnitt om domarna.

⁴¹ Rt. 2001 s. 769 på s. 789. Här hänvisar domstolen till norsk doktrin.

⁴² Falkanger och Falkanger s. 325.

regler om brukshävd (där hävdetiden är satt till just 50 år). I praxis har denna vägledning varit sparsamt diskuterat och hundraårslinjen har aldrig fått någon generell uppslutning.⁴³ Att bruket ska ha varit långvarigt ger även en faktisk möjlighet för den som ifrågasätter rätten att opponera sig mot bruket.⁴⁴ Det torde kunna jämföras med kravet på ”okvald och ohindrat” bruk i svensk rätt.

Kravet på god tro tycks dock i stort sett vara detsamma som för hävd. Detta krav innebär kortfattat att den som brukar mark inte kan göra gällande ålders tids bruk om han eller hon insett eller bort insett att bruket inte var berättigat. Kravet ses som ett viktigt moment i värderingen och anses ligga i linje med det allmänna rättsmedvetandet. Det har sin grund i en rättvisepincip, att ingen ska vinna en rätt genom orätt handling eller underlåtenhet.⁴⁵ För kollektivt bruk ställs dock inte samma krav på att samtliga personer som brukar marken ska vara i god tro.⁴⁶ Kravet på god tro återfinns inte uttalat i de svenska förutsättningarna för urminnes hävd, men kan möjligen läsas in i en av dessa.⁴⁷

⁴³ Eriksen s. 186–191. I den s.k. Svartskogsaken från 2001 tycks dock högsta domstolen tagit visst intryck av rättesnöret om 100 år. Se Rt. 2001 s. 1229 på s. 1241 och 1251. Se även Eriksen s. 187 f. som hänvisar till fallet.

⁴⁴ Falkanger och Falkanger s. 325.

⁴⁵ Se Eriksen s. 219 som hänvisar till uttalanden av Sivillovbokutvalget och Aage Thor Falkanger, God tro s. 45–48.

⁴⁶ Falkanger och Falkanger s. 326.

⁴⁷ Se vidare nedan ang. kravet på okvald och ohindrad besittning och bruk. Gränsdragningskommissionen menar att man *möjligen* kan läsa in ett krav på god tro i GJB 15:2–3. Reglerna säger att hävd inte kunde åsidosätta regler om gränser mellan byar samt att området för hävd ska avse ett avgränsat område. Se SOU 2006:14 s. 383. Se även diskussionen nedan angående gammal praxis där naturliga gränser kunde gå före t.ex. ”rå och rör”.

Anpassning av alders tids bruk i samisk kontekst

Reglerna om alders tids bruk har haft mest betydelse för förvärv av kollektiva rättigheter kopplat till naturresurser, och särskilt för samisk renskötselrätt.⁴⁸ Det kan troligen förklaras av hävdereglernas mer avgränsade rekvisit och kortare hävdetid. Den mer skönsmässiga bedömningen passar bättre in på det traditionella, samiska bruket. Norsk rättspraxis har dessutom tillpassat förutsättningarna för alders tids bruk i förhållande till samiskt bruk via två mycket uppmärksammade fall, Selbusaken och Svartskogsaken, båda från 2001.⁴⁹ Rättsfallen är mycket intressanta för svenskt vidkommande, särskilt i förhållande till förutsättningarna för urminnes hävd. Nästföljande avsnitt, som analyserar och diskuterar vanlig urminnes hävd och urminnes hävd i förhållande till samiskt bruk, blir även mer lättfattlig.

Selbusaken⁵⁰ gällde betesrätt för två renbetesdistrikt (motsvarigheten till samebyar) på privatägd mark i Selbu kommun. I Svartskogsaken⁵¹ gällde frågan istället huruvida staten eller samerna var ägare av ett utmarksområde (övre Manndalen) i Kåfjord kommun, som även innefattade ett område kallat Svartskogen. Invånarna i Manndalen var fastboende bönder av samisk ätt och hade brukat området på ett diversifierat sätt under lång tid. Bruket gällde därför bl.a. jordbruk, jakt och fiske, och inte renskötsel. I båda fallen tillerkändes samerna betesrätt respektive äganderätt till de tvistliga områdena.

Särskilt i Selbusaken är det framträdande att kraven på alders tids bruk måste anpassas till samernas markanvändning. Högsta domstolen uttalade att:

⁴⁸ Eriksen s. 370.

⁴⁹ Se närmare om förhållandet före och efter dessa avgörelser i Eriksen, Samiske sedvaner og bruk av naturresurser før og etter Selbu- og Svartskogendommene fra 2001 i *Kritisk Juss* 2004 nr. 3.

⁵⁰ Rt. 2001 s. 769. Selbusaken är det första målet om alders tids bruk som tagits i plenum. Se Eriksen s. 364.

⁵¹ Rt. 2001 s. 1229.

Da vår sak gjelder beiterett for rein, må det tas hensyn til de særlige forhold innen reindriften ... Kravene må tilpasses samenes og reinens bruk av området. Det må tas hensyn til at samene har hatt en nomadisk livsform. Momenter som har vært fremhevet for andre beitedyr, kan ikke uten videre overføres til reinbete. Disse forhold må trekkes inn i vurderingen.⁵²

Når det gjelder kravet på intensitet i bruket har norske høyste domstolen gjennom dessa två fall anpassat villkoren till ett kollektivt bruk. I Selbusaken accepterades en lägre betesintensitet i ytterområdena och i Svartskogsaken ansågs kravet på intensitet uppfyllt även mot den bakgrunden att bruket var kollektivt.⁵³ Även kravet på kontinuitet i bruket har anpassats efter renen och renskötselns karaktär. I Selbusaken accepterades att avbrott i betet förekommit och man ansåg inte de avbrott som förekommit vara så långa att tiden för grunda en rätt måste börja om.⁵⁴

Kravet på exklusivt bruk, som typiskt sett är ett strängt krav, tycks i Svartskogsaken ha blivit mildrat.⁵⁵ Detsamma gäller kravet på god tro. I Selbusaken var den frågan central, närmare bestämt huruvida samerna kände till eller borde ha känt till att det vid bildandet av renbetesdistriktet inte gjordes någon begränsning av renbetesrätten till distriktsgränserna. Det fanns bl.a. ingen dokumentation att information delgetts samerna och man pekade även på att samerna inte var särskilt bevandrad i det norska skriftspråket. Samerna ansågs därför vara i god tro.⁵⁶ I Svartskogsaken krävdes god tro för hela förvärvsperioden och resultatet, att invånarna var i god tro, var en följd av en

⁵² Rt. 2001 s. 769 på s. 789.

⁵³ Högste domstolen uttalade i Svartskogsaken att bruket präglades av kontinuitet och har varit allomfattande och intensivt. Bruket hade även en flexibel karaktär då nyttjandet under olika tidsperioder har skiftat till vad som har varit ett naturligt för den tiden. Kraven för brukens omfång och varighet för äganderätt var därför uppfyllt. Se Rt. 2001 s. 1229 på s. 1244. Se vidare Eriksen s. 331–334.

⁵⁴ Rt. 2001 s. 769 på s. 804. Se även Eriksen s. 334–336.

⁵⁵ Se Eriksen s. 340.

⁵⁶ Rt. 2001 s. 769 på s. 812 f. och Eriksen s. 224 och 346.

komplex helhetsvärdering. Det fanns omfattande bevis från statens sida att man hade försökt reglera och avbryta bruket i Manndalen, men dessa försök blev dock dåligt uppföljda, vilket bidrog till att stärka invånarnas uppfattning om att de hade rätt att bruka området.⁵⁷

Sammanfattningsvis, dessa två norska domar har gett klara signaler om att premisserna för samisk mark- och naturresursanvändning kräver en anpassning i förhållande till de vanliga förutsättningarna för alders tids bruk. En sådan anpassning av ett gammalt fastighetsrättsligt begrepp är även i linje med utvecklingen av den kanadensiska rätten som i en rad domar från federala högsta domstolen finslipat de krav som ställs för urbefolkningars rättighetsförvärv. Strax ska jag diskutera de svenska villkoren för det jag kallar ”vanlig” urminnes hävd och de problem som finns med att relatera dessa till ett traditionellt, samiskt bruk – nedan benämnt ”samisk” urminnes hävd.⁵⁸ Men först ska vi se närmare på reglerna i gamla jordabalken som rör urminnes hävd.

Urminnes hävd i gamla jordabalken

Reglerna om urminnes hävd har, som tidigare nämnts, inte överförts till nuvarande JB. Begreppet är utmönstrat.⁵⁹ Enligt övergångsbestämmelserna till JB äger däremot existerande rättigheter grundade på urminnes hävd fortfarande giltighet.⁶⁰ Med andra ord kan man idag

⁵⁷ Rt. 2001 s. 1229 på s. 1244–1252 och Eriksen s. 346 f.

⁵⁸ Notera att även Gränsdragningskommissionen uttalat att urminnes hävd till renskötselrätt bör tolkas som ett särskilt rättsinstitut. De menade att förutsättningarna är så disparata att det finns fog för att tala om två separata institut; förutsättningarna saknar många gånger relevans då de ska tillämpas på renskötselrätten. Se SOU 2006:14 s. 378, 386 och 388.

⁵⁹ Av någon anledning finns urminnes hävd kvar som möjlig grund för rättighetsförvärv i lag (1952:166) om häradsallmänningar. Se 2 § 4 st.

⁶⁰ JP 6 § stadgar att ”[g]enom nya balken inskränkes ej den rätt som före balkens ikraftträdande tillkommit någon på grund av urminnes hävd”. Detsamma gäller jakt- och fiskerättigheter grundade på urminnes hävd. Se övergångsbestämmelserna för JaktL (1987:259) i p 4, som hänvisar till gamla jaktlagen (1938:274) 8 § 1 st. Jakträtt grundat på urminnes hävd är således fortfarande giltig. Detsamma säger

inte grunda ”nya” rättigheter med stöd av urminnes hävd, men väl få etablerade rättigheter erkända via domstolsprocess. Rättigheterna måste således ha existerat före 1972 då JB trädde i kraft.⁶¹ Eftersom regeln i GJB 15:1 om urminnes hävd inte formellt sett upphävdes äger den fortfarande giltighet då det ska bestämmas huruvida urminnes hävd föreligger på visst område.⁶² Frågan är snarare hur regeln ska tolkas då institutet är sparsamt använt i modern tid, i princip använt bara i samiska sammanhang, och där institutet dessförinnan uppfattats såsom obsolet. Dess ålder gör att den inte kan läsas helt bokstavstroget, utan man måste förstå dess kontext och särskilt hur den använts historiskt.

Det är urminnes hävd: där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid okvald och ohindrat besuttit, nyttjat och brukat haver, att ingen minnes eller av sanna sago vet, huru hans förfäder eller fångsmän först därtill komne äro.⁶³

Som synes av lagtexten är bestämmelsen vag och ganska intetsägende. Det är framförallt rekvisitet ”okvald och ohindrat” som är intressant. Ordet ”okvald” är gammalt och betyder generellt ”i ostört lugn”, men i förhållande till sedvana så har det mer betydelsen ”icke klandrad med krav på rättelse” eller ”icke upphävd”, dvs. att ingen annan (för

övergångsreglerna för FiskeL. Se FiskeL (1993:787) i p. 2 som hänvisar till gamla fiskelagen (1950:596) 5 §.

⁶¹ En viktig fråga är dock om en rätt kan uppstå efter 1972 då JB trädde ikraft. Kan man med andra ord räkna med perioden efter 1971 som en del i hävdetiden? Bengtsson har bl.a. anfört att utmönstringen av urminnes hävd inte gällde andra bruksrättigheter än servitut och reglerna om jakt och fiske grundade på urminnes hävd ändrades först i och med de senaste lagstiftningarna (1987 och 1993). Se Bengtsson, Samerätt s. 86 f. Gränsdragningskommissionen anslöt sig till denna linje. Se SOU 2006:14 s. 392. Enligt mitt resonemang spelar detta mindre roll (möjligen med undantag från vissa vinterbetesmarker). Se vidare nedan.

⁶² Det handlar snarare om en slags ”negativ upphävning” av urminnes hävd eftersom regeln i GJB 15:1 som sådan inte blev upphävd. Eriksen använder begreppet i förhållande till svensk rätt. Se Eriksen s. 61.

⁶³ GJB 15:1.

sin del) gör anspråk på rätten till en äga.⁶⁴ Av ordalydelsen framgår vidare att det rör sig om en lång hävdetid för att en äganderätt eller en mer begränsad rättighet ska anses ha uppkommit: ”i så lång tid ... att ingen minnes eller av sanna sago vet, huru hans förfäder eller fångesmän först därtill komne äro”. Att det lokala minnet var centralt framgår också med tydlighet.

Det finns ytterligare ett par regler i GBJ 15 kap. som bör nämnas i sammanhanget.⁶⁵ De äger viss tillämplighet vid tvister om urminnes hävd, bl.a. med hänsyn till kravet om bevisbörda. Det uttrycks tydligt att det är den som gör gällande urminnes hävd som har bevisbördan, tvärt emot vad som gällde tidigare.⁶⁶ Av regeln framgår även hur bevisningen ska föras fram, genom skriftlig dokumentation och genom vittnesmål. Nu föreligger sedan länge fri bevisprövning, men regeln tjänar som exempel på vilken slags bevisning som historiskt varit betydelsefull. Vidare, objektet för urminnes hävd måste på något sätt vara avgränsat.⁶⁷ De faktiska gränserna (”rå och rör” och ”bolstada skillnad”) gick före åberopandet av urminnes hävd eftersom det sattes upp ett hävdsförbud i ”öppen skog och mark, byar

⁶⁴ Ordet ”kvald” eller snarare ”kvälja” har då motsatt mening, dvs. generellt att bereda någon besvär eller svårigheter, att åsamka någon lidande, pina, kval, etc. I förhållande till rättigheter är betydelsen närmast att ”framställa invändningar” eller ”anföra klander” mot beslut/dom/rättighetsförhållande. Se SAOB på <http://g3.spraakdata.gu.se/saob/> (inhämtat 2009-11-10).

⁶⁵ Det finns ytterligare en bestämmelse i GJB 12:4, men den rör fiskerättigheter på ”utholmar, fisken eller fiskeskär” i kustnära områden, och kommer inte att beröras närmare här.

⁶⁶ GJB 15:4: ”Förebär någon urminnes hävd, som klandrad varder; vise då med gamla och laggilda brev och skrifter, eller trovärdiga män, de där om orten väl kunna äro, och på ed sin vittna kunna, att de varken själva veta, eller av andra hört, någon tid annorlunda varit hava. Gitter han det ej; vara då den hävd utan kraft och verkan.”

⁶⁷ GJB 15:3: ”Ej må urminnes hävd gälla uti öppen skog och mark, byar emellan, utan rå och rör, eller annan bolstada skillnad. Haver man utjord eller urfjäll, i åker, äng, skog eller mark, med rå och rör, eller gård och vård instängd, eller kvarn och kvarnställe, eller annat vattenverk, eller öar och holmar; där må urminnes hävd gälla.”

emellan”. På grund av att ägorna oftast var gemensamma i byn fick inte urminnes hävd åberopas i byar, på skiftad mark eller i byns åkrar, sjöar, skogar, etc.⁶⁸

Urminnes hävd kan i princip därför bara åberopas på ägor utanför det direkta byområdet, främst i ”utjord eller urfjäll”. Urfjäll är en äldre beteckning och ses som ungefär synonymt med utjord. Begreppen avser viss äga som är avskilt från fastighetens övriga ägor (avfällat område), t.ex. äga i en annan by.⁶⁹ Urminnes hävd kan även, enligt regeln i GJB 15:3, åberopas för ”kvarn och kvarnställe” och ”annat vattenverk”, eller på ”öar och holmar”. Ägan som är föremål för urminnes hävd måste dock vara omgärdad eller på annat sätt ha tydliga gränser, skapade eller naturliga.⁷⁰ Högsta domstolen har erkänt rättigheter på områden som inte omnämns i bestämmelsen, exempelvis sågkraftverk vid vatten, äga mellan fastigheter i en stad och ett militärområde.⁷¹ Att inneha lagfart är inte nödvändigt för att påvisa existensen av en rättighet baserad på urminnes hävd, vilket är naturligt eftersom hävden oftast gäller en viss äga, som en del av en fastighet, och sällan en hel fastighet även om detta är möjligt.⁷²

Hitintills har fokus legat på objektet för urminnes hävd, själva ägan. Men frågan är hur man sett på subjektet för hävden, vilka som kunde göra gällande urminnes hävd. Från senare rättspraxis är det klart att både individer och grupper kunde vara bärare av rättigheten, exempelvis byamän, socknar, företag och även kronan.⁷³ Därmed

⁶⁸ Se t.ex. NJA 1932 s. 144 och Undén s. 141 f.

⁶⁹ Se vidare Undén Svensk sakrätt II s. 141 med hänvisningar.

⁷⁰ Ägan bör vara ”med rå och rör, eller gård och vård instängd”. Naturliga gränser är dock accepterade av praxis. Se NJA 1932 s. 314 och 1919 s. 88 samt Undén s. 143. Historiskt kunde naturliga gränser tom. vinna över ”rå och rör” då fysiska gränser lättare kunde manipuleras medan gränser i folks minnen inte lider av samma brist. Se Ågren s. 141.

⁷¹ Undén s. 141 med referenser samt hänvisade rättsfall under GJB 15:4 (Sveriges rikets lag).

⁷² Se även Undén s. 141 f. Frågan huruvida urminnes hävd kunde göras gällande mot kronan är sedan länge klargjord. Jfr not 21 ovan.

⁷³ Se t.ex. NJA 1950 s. 450, 1922 s. 185, 1941 s. 542, 1923 s. 69, 1932 s. 124 och 1932 s. 314.

skulle även en sameby eller en *siida* (samisk familjegrupp) kunna vara bärare av en rätt grundad på urminnes hävd. Det är dock klart att alltför stora kollektiv svårigen kan ses som subjekt. Skälet till det är att länken mellan objektet, själva markområdet, och subjektet, människorna som brukat området, måste vara tydlig. Det är bara så en rättighet kan uppstå via urminnes hävd; det ligger i själva hävdeinstitutet. Att hela den samiska befolkningen skulle vara bärare av renskötselrätten, såsom det uttrycks i RNL 1 §, är därför inte möjligt juridiskt sett. Denna fråga återkommer jag till i den andra delen av artikeln då jag diskuterar gränsdragning av samebyområden.

”Vanlig” urminnes hävd och ”samisk” urminnes hävd

Urminnes hävd har fått en renässans i förhållande till samiska rättigheter. Detta trots att rättsinstitutet växt fram i det tidiga, agrara samhället, där förutsättningarna för att hävd ska föreligga är kopplade till jordbrukets villkor. I det agrara samhället är byn en central figur och idén om ett gott bruk av ägan och nedlagt arbete i denna är väsentlig. Bara detta förhållande torde tyda på att det finns behov av att anpassa förutsättningarna för urminnes hävd. Som jag visat ovan har speciella tolkningsändamål skett i norsk rättspraxis för en bättre tillnärmning till den samiska mark- och naturresursanvändningen.

I det följande diskuterar jag vilka förutsättningar som är knutna till ”vanlig” urminnes hävd och hur dessa överensstämmer med ett samiskt bruk, särskilt vad gäller renskötseln. Det finns åtminstone sex förutsättningar knutna till institutet urminnes hävd, som alla mer eller mindre bestämmer huruvida en rätt grundad på urminnes hävd ska anses ha uppstått.⁷⁴ Dessa förutsättningar ska förstås mot bakgrund av institutets historiska användning, regeln i GJB och de fåtaliga rättsfallen från slutet av 1800-talet och början av 1900-talet.

⁷⁴ Dessa förutsättningar har utvecklats och förändrats något över tid genom domstolarnas praxis och genom tongivande rättsvetenskapsmän – men de utgör ändå kärnan i rättsinstitutet.

Observera att i redogörelsen nedan görs en skillnad gällande krav på äganderätt och begränsade rättigheter, såsom fiskerätt, då förutsättningarna ter sig lite annorlunda. Det är även viktigt att klargöra att då någon inte förmår påvisa äganderätt, där större krav ställs på brukets intensitet och en exklusiv rådighet (ett bruk som uteslutit andra), är det troligt att en begränsad rätt föreligger. För samernas del handlar det främst om renskötselrätt.⁷⁵

De sex förutsättningarna för "vanlig" urminnes hävd är: *i*) presumtionen om en tidigare besittare/"ägare", *ii*) kravet på besittning och ett kontinuerligt bruk, *iii*) kravet på mindre och avgränsade områden, *iv*) kravet på intensivt bruk och nedlagt arbete, *v*) kravet på "okvald och ohindrad" besittning och bruk, och *vi*) kravet på bevisning och bevisbörd.⁷⁶ När det gäller tidsaspekten, dvs. kravet på lång tid, kommer jag att väva in den under första och andra samt femte och sjätte förutsättningarna eftersom frågan om hävdetid samverkar med dessa. Detta visar att kraven i viss mån är överlappande och påverkar varandra korsvis. Förutsättningarna ska därför inte förstås såsom separata enheter, utan samverkande. Nedan går jag i tur och ordning igenom förutsättningarna och diskuterar varför dessa är problematiska från ett samiskt perspektiv för att sedan göra en kort summering.

Den första förutsättningen gäller *presumtionen om en redan befintlig besittning/"ägare"*. Under framförallt 1600-talet var det vanligt att en person eller familj tog över och brukade en ödegård eller ödetorp och på så sätt successivt fick en rätt till denna äga. Det var ett vanligt sätt att använda urminnes hävd där den närvarande besittaren premierades av rätten. Av bakgrunden ovan framgår med all tydlighet att denna presumtion inte är helt oproblematiserad i en samisk kontext. I större delen av fjällvärlden och troligen även i vissa andra delar av det samiska renskötselområdet tycks samerna varit "först på plats"

⁷⁵ Jag är dock av den uppfattningen att det *kan* finnas t.ex. upparbetad samisk jakt- och fiskerätt utanför renskötselrätten. Frågan om äganderätten till framförallt vissa året-runt-marker är också oklar.

⁷⁶ Se vidare i Allard kap. 7.2.1.3.

och har sedan fortsatt att bruka merparten av dessa områden.⁷⁷ Om inte annat har de brukat områdena för bl.a. jakt, fiske och renskötsel under mycket lång tid, före statsgränsernas fastställande.

Arkeologer, historiker och språkvetare tycks vara överens om att den samiska kulturen utvecklats ”på plats” och över en mycket lång tidsrymd. Någon tidigare ”ägare” blir det då inte fråga om och institutets idé om den successiva rättighetsövergången från en frånvarande ägare till nuvarande besittare felar. Samerna tycks snarare ha ockuperat herrelös mark, som är ett ursprungligt förvärv. Detta gäller framförallt krav på erkännandet av äganderätt. Om det är möjligt att förvärva begränsade rättigheter via ockupation är ytterst oklart i svensk rätt, även om det verkar finnas viss möjlighet till detta i norsk rätt.⁷⁸ Förutsättningarna som ligger till grund för ockupation är än mer oklara än för urminnes hävd.⁷⁹ Här finns en forskningsutmaning för den hågade.⁸⁰

⁷⁷ Jfr RNL 3 § 1 st. om året-runt-marker som faller tillbaka på den första renbeteslagen från 1886.

⁷⁸ Falkanger och Falkanger, Tingsrett s. 56 f.

⁷⁹ Det uttalades i skattefällsmålet att samma förutsättningar som gäller för urminnes hävd torde gälla för att bedöma en rätt grundad på ockupation, och därigenom att minst lika mycket krävdes i fråga om markens utnyttjande för att etablera en rätt. Se NJA 1981 s. 1 på s. 185. Notera att högsta domstolen i målet har laborerat med dubbla förvärvsgrunder, vilket enligt min mening är ytterst tveksamt. Visserligen talar man på många ställen om förvärv av ockupation *eller* urminnes hävd, men likväl uttalar man (i förhållande till förutsättningarna för förvärv) att ”... vad som sägs om det ena gäller i stor utsträckning också det andra” (s. 185). Jfr *ibid.* s. 190, 193 f. och 196. Sett i sammanhang tycks dock domstolen mena att givet den icke intensiva markanvändningen behövs ockupation av terra nullius som grund för att bl.a. renskötsel ska kunna etablera äganderätt. Jfr även Bengtsson, *Samerätt* s. 80 som hänvisar till målet och referar att visavi äganderätt fordras ”hävd i förening med ockupation”.

⁸⁰ I svensk rättsvetenskap saknas även en fulltäckande analys av urminnes hävd, liknande den som Gunnar Eriksen gjort på norsk sida, då min egen undersökning inte syftade till en sådan djupgående analys av institutet. Förutom ockupation som förvärvsgrund utgör teorin om delad äganderätt en möjlig rättsfigur för att lösa konflikterna om äganderätt. Avtalslösningen är en annan framkomlig väg. Se vidare i Allard s. 285–289.

Anspråk på rättigheter baserade på urminnes hävd tar inte sin utgångspunkt i vem som ockuperade marken först⁸¹, endast om tiden för besittning och bruk ligger inom den stipulerade hävdetiden. Som ovan nämnts finns ingen fixerad tidsperiod utan två generationer bakåt (de stipulerade 90 åren) har föreslagits i litteraturen. Det utgör ungefär så lång tid som det lokala minnet föreligger med någon viss-het. Om det gått längre tid än så blir minnena mer av karaktären hörsägen.

För samernas del innebär det att besittningen och bruket minst måste ta sin början kring 1880-talet, även om det finns belägg för att samer brukat det tvistliga området under lång tid. Det finns förvisso inget som säger att hävdetiden inte kan vara längre än de 90 åren, men för samernas vidkommande är det perioden kring sekelskiftet 1800 som blir kritisk med hänsyn till de andra förutsättningarna, främst frågan om bruket varit okvald och ohindrat.⁸² Konflikterna mellan renskötsel och annan markanvändning är tydlig under denna period, likaså idéströmningarna om lägre stående kulturer som till stor del färgar utredningar och beslut från statligt och akademiskt håll.⁸³ Detta påverkar även kravet på bevisning och bevisbönda.

⁸¹ Det gör inte heller kanadensisk rätt. Den relevanta tidsperioden är istället tidpunkten för första kontakten med européer (aboriginal rights), vilket kan variera mellan regioner, eller då kronan gjorde anspråk på suveränitet (aboriginal title), dvs. staten Kanadas bildande. Tiden för anspråk på suveränitet över t.ex. British Columbia var år 1846. Aboriginal title ses som en belastning på kronans underliggande äganderätt. Se Allard s. 242 och 249.

⁸² Om man istället menar att hävdetiden ska ta sin utgångspunkt från i dag blir den kritiska tiden ca 1910-talet, vilket inte heller är enkelt. Jfr nedan de idéströmningar om lägre stående raser som finns under denna tid.

⁸³ Tex. Päiviö pekar på att det samiska samfundet hade stora problem att hävda sina rättigheter under första halvan av 1800-talet, pga. den ökade kolonisationen som i sin tur ökade konkurrensen om markerna. Se Päiviö, Lapps-kattelandens rättsliga utveckling i Sverige s. 111. Konkurrensen kring sekelskiftet och början av 1900-talet blev inte mindre, men fick delvis en annan karaktär med t.ex. storskalig exploatering av naturresurser, såsom vattenkraft. Se även Lundmark, ”Lappen är ombytlig, ostadig och obekvämlig”. Svenska statens samepolitik i rasismens tidevarv, angående statens kulturhierarkiska och rasistiska föreställningar.

I de allra flesta fall torde det faktiska, samiska bruket vara betydligt längre än 90 år.⁸⁴ En väsentlig fråga blir då, enligt min mening, om rätten (grundad på hävd) av någon anledning blivit upphävd eller utsläckt⁸⁵ under tidens gång, vilket liknar den praxis som utvecklats i kanadensisk rätt. När en urfolksgrupp i Kanada har förmått visa att en bruksrätt föreligger på visst område, och här ställs inte särskilt höga krav på bevisning, går bevisbördan över till staten som har ett strängt krav att visa att denna rätt blivit upphävd via lagstiftning eller genom kronans beslut. Om staten inte kan bevisa detta, föreligger en bruksrätt för urfolksgruppen. Se vidare nedan under kravet om bevisning och bevisbörda.

I norsk rätt är förvisso tidsperioden för etablerandet av alders tids bruk flexibel, men inte desto mindre verkar tumregeln ligga kring 100 år. Förutsättningarna för alders tids bruk är däremot inbördes relativa. Det betyder att där bruket varit mindre intensivt *kan* det uppvägas genom att godta en längre tidsperiod för bruket för att en rätt ska anses ha uppstått. En liknande flexibel modell för hävdetiden skulle kunna användas för "samisk" urminnes hävd. När det sedan gäller presumtionen av en tidigare besittare/"ägare" i förhållande till alders tids bruk finns det mig veterligen finns ingen diskussion i norsk rätt angående detta. Om de norska förutsättningarna till alders tids bruk vilar på samma presumtion är således oklart, men med tanke på att reglerna används på ett liknande sätt som hävdeinstitutet, är det troligt. Tidsperioden för uppkomst av rättigheter är ungefär densamma och utgår från dagens bruk och bakåt.

I sin avhandling berör Eriksen kortfattat förhållandet för ockupation kontra alders tids bruk som förvävsgrund. Han tycks mena att huruvida bedömningen bygger på ockupation eller alders tids bruk

⁸⁴ Bengtsson är av samma mening. Se Bengtsson, Samerätt s. 82 och 87.

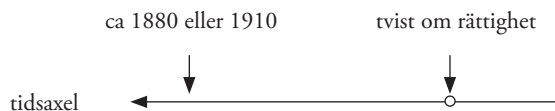
⁸⁵ Om marken och naturresurserna inte brukas under lång tid "eroderar" rätten. En rätt som vilar på sedvana måste hela tiden återerövas för att rätten ska bestå över tid. Detta torde gälla bara innan en rätt blivit accepterad av domstol (eller annat organ). Jfr nedan om kravet på besittning och kontinuerligt bruk och diskussionen om avbrottsid.

inte är ”noe stort eller viktig spørsmål”.⁸⁶ Jag menar att det är en väsentlig skillnad och figur 1 nedan tydliggör detta. Utgångspunkten och tidsaspekten skiljer sig nämligen åt. Jag exemplifierar genom den svenska rätten men ungefär detsamma torde gälla för norskt vidkommande, åtminstone vad gäller den principiella frågan om förvärvsgrund.

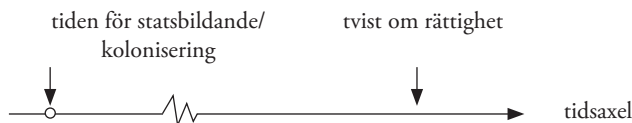
Av figuren framgår att pilarna utgör en tänkt tidsaxel. Vid urminnes hävd är utgångspunkten i tid antingen nya JB ikraftträdande 1972 eller dagens tidpunkt⁸⁷, och sedan räknar man hävetiden bakåt i tid för att bedöma huruvida en rättighet har upparbetats. Denna tidsram ställs även mot de övriga förutsättningarna knutna till ”vanlig” urminnes hävd. När det gäller okkupation är det istället det omvända som gäller. Utgångspunkten är t.ex. tiden för Sveriges statsbildning eller den ungefärliga tiden för kolonisation, om man har den kanadensiska rättsutvecklingen som mall. Tidsaspekten blir alltså mycket längre för okkupation som förvärvsgrund.

Figur 1. Skillnaden mellan urminnes hävd och okkupation

Urminnes hävd: utgångspunkten är 1972 eller tidpunkten då en tvist om rättigheten uppstår



Okkupation: utgångspunkten i statsbildandet alt. tidpunkten för kolonisering



⁸⁶ Eriksen s. 184.

⁸⁷ Jfr diskussionen ovan i avsnittet ”Urminnes hävd i gamla jordabalken”, särskilt under not 61.

Både vid urminnes hävd och ockupation vilar bevisbördan i detta exempel på samerna⁸⁸, men på hela taget handlar det om två olika förvävsgrunder (utsläckande eller ursprungligt förvärv).⁸⁹ Vid ockupation ska samerna snarast visa att det finns en länk mellan ett äldre bruk och det faktiska bruket av idag, dvs. att det finns en kontinuitet. Det blir givetvis svårare att genom skriftliga källor belägga ett sådant gammalt bruk, men beviskraven har t.ex. i kanadensiska domstolar inte satts särskilt högt, och muntliga källor som bygger på urbefolkningens tradition och kultur värderas relativt högt som bevisning i domstolarna. Historisk och arkeologisk forskning används också. Det största problemet med en kortare tidsperiod, enligt min mening, är att den kritiska tiden hamnar i den period då konflikter och teorier om lägre stående kulturer är högst markant. Det är en tidsperiod då särskilt kravet på en ”okvald och ohindrad” besittning och bruk är svår att upprätthålla utifrån de vanliga förutsättningarna för urminnes hävd. Rättsuppfattningarna mellan samerna, å ena sidan, och staten och andra markägare, å andra sidan, går ofta isär. Något skäl för att bibehålla en kort hävdetid för ”samisk” urminnes hävd ser jag därför inte, vare sig det gäller äganderätt eller bruksrätt, vilket jag utvecklar vidare nedan.

Om urminnes hävd används som förvävsgrund för samisk äganderätt bör domstolar under alla omständigheter förhålla sig till presumptionen om en tidigare besittare/”ägare”, något som inte tidigare gjorts vare sig i domstolar eller i juridisk litteratur. Denna presumtion tillsammans med den korta hävdetiden talar tydligt för en modifiering av förutsättningarna för en ”samisk” urminnes hävd. Ett erkännande av att Sverige som stat bygger på två nationer, den svenska och den samiska, pekar även på en sådan anpassning av ”vanlig” urminnes hävd.⁹⁰ Det är dock viktigt att poängtera att när det gäller bruksrät-

⁸⁸ Se vidare nedan under kravet på bevisning och bevisbörda där jag diskuterar norsk och kanadensisk rätt i sammanhanget.

⁸⁹ Jfr diskussionen i not 79 ovan.

⁹⁰ Ett sådant erkännande finns återfinns i flera länder med urbefolkning, bl.a. Kanada, USA, Nya Zeeland, Australien, samt Norge.

ter, såsom renskötselrätt eller fiskerätt, är inte presumtionen om en beftnlig besittare/ägare lika besvärlig.⁹¹ En begränsad rätt belastar en fastighet oavsett vem som är ägare: privata markägare, kommun, kyrka eller stat. Från denna synpunkt fungerar hävdeinstitutet.

Den andra förutsättningen rör *kravet på besittning och kontinuerligt bruk* av ett visst markområde.⁹² Det är ett mycket centralt moment i urminnes hävd och själva grundvalen till att en rätt överhuvudtaget kan uppkomma. På detta sätt är den uppkomna rätten ett resultat av en lång besittning med ett kontinuerligt bruk av visst slag. En rätt grundad på urminnes hävd kan bara förklaras i efterhand, och därmed är hävd som förvävsgrund väsensskild från moderna rättighetsförvärv med sina skrivna dokument och formkrav. Ett kontinuerligt bruk är således essentiellt för att upprätthålla hävden, åtminstone tills äganderätt eller viss bruksrätt till ett område har erkänts av domstol.

Kravet på kontinuerligt bruk gäller särskilt begränsade rättigheter där man inte i egentlig mening kan tala om besittning.⁹³ Om länken mellan besittaren/brukaren och objektet bryts försvinner också rätten på sikt. Generellt kan man säga att rätten hela tiden måste återerövas. Det är dock en öppen fråga hur länge avbrott i bruket ska ha förelegat för att rätten ska ha gått förlorad, och någon vägledning från praxis finns inte. Det kan även röra sig om flera korta avbrott under hävdetiden. I förhållande till renskötseln har det föreslagits en maximal tillåten avbrottstid på 1/3 av hävdetiden, dvs. ca 30 år.⁹⁴ Man bör behandla rätten till renbete någorlunda skild från jakt- och fiskerättigheter då olika förutsättningar för bruket gäller. Under alla omständigheter bör inte någon fix avbrottstid sättas utan göras be-

⁹¹ Jfr NJA 1984 s. 148 som rör (icke-samisk) fiskerätt i del av en sjö. Se min kommentar av fallet i Allard s. 274 f.

⁹² Besittningsbegreppet är något oklar i svensk rätt. När det gäller begränsade rättigheter, t.ex. fiskerätt, är det knappast möjligt att tala om besittning. Här blir istället ett kontinuerligt bruk av ett visst område relevant. Se vidare i Bengtsson, Om fastighetsbesittning och besittningsrubbnings s. 193 f. och 200–202.

⁹³ Jfr NJA 1911 s. 257 där Sjögren uttalar att det är svårt att etablera exklusiv jakt- eller fiskerätt där inte bruket varit särskilt intensivt och kontinuerligt.

⁹⁴ Se Bengtsson, Samerätt s. 85 där han hänvisar till Huss utredning från 1959.

roende av orsakerna till avbrotten och värderas från fall till fall.⁹⁵ En kort hävdetid är även här, i förhållande till avbrott i bruket, till nackdel för samisk mark- och naturresursanvändning.

Med hänsyn till renskötselns premisser och stora betesområden är frågan om besittning och ett kontinuerligt bruk inte enkel, särskilt inte på vinterbetesmarkerna som bara får nyttjas mellan oktober och april.⁹⁶ Renarna, som halvdomesticerade djur, styrs av betes kvalitet, väderförhållanden, närvaron av rovdjur, topografin i området, med mera, vilket gör att det kan dröja lång tid innan vissa betesområden används igen. Samhälleliga förändringar med infrastrukturutveckling och konkurrerande markanvändningar, såsom skogsbruk, gruvsdrift och vatten- och vindkraftverk, har också påverkat tillgängligheten till betesområden. När det gäller jakt- och fiskerätt finns liknande problem med det kontinuerliga bruket,⁹⁷ och någon besittning lär det inge gå att tala om här. Institutet har som bekant sina förutsättningar utvecklade i samklang med bondesamhällets mer stationära och intensiva markanvändning.

Av betydelse i sammanhanget är karaktären på besittningen eller bruket, i vilken grad någon haft *exklusiv rådighet* över ägan. För att grunda en äganderätt via urminnes hävd ställs ett högt krav på att marken ska ha nyttjats med uteslutande av andra.⁹⁸ Du ska alltså ha besittit och brukat marken på sådant sätt att du haft kontroll över ägan, och skulle ha kunnat avhysa andra potentiella nyttjare från t.ex. att fiska i ”din” sjö. Detta krav kan svårligen upprätthållas för ett tra-

⁹⁵ Se vidare Allard s. 294 samt Bengtsson, Samerätt s. 85 f. Det synsättet tycks Gränsdragningskommissionen delvis ha anammat, även om de för sitt arbete med att fastställa yttre gränser för renskötselrätten som en huvudregel ställde upp 30 år som maximal avbrottstid under den period som rätten upparbetas och minst 90 år sedan renskötselrätten väl etablerats innan den gått förlorad. Se SOU 2006:14 s. 393 f.

⁹⁶ RNL 3 § 1 st. p. 2.

⁹⁷ Jakt och fiske ingår som moment i renskötselrätten. Där renskötsel får bedrivas, där jagar och fiskar man i större utsträckning.

⁹⁸ Intressant nog finns ett liknande resonemang i den kanadensiska rätten för etablerandet av äganderätt (aboriginal title).

ditionellt, samiskt bruk som sker över stora områden och involverar relativt få personer.⁹⁹

I förhållande till en bruksrätt, t.ex. fiske i en viss älv, kan dock kravet på exklusivitet vara lättare att upprätthålla, vilket torde medföra att en exklusiv fiskerätt blivit upparbetad. Detta förhållande bör gälla även samisk jakt och fiske (inom eller utanför renskötselrätten) i trakter dit nybyggare kom senare eftersom även nybyggarna jagade och fiskade för sitt husbehov. Däremot hindrar knappast renskötsel, jakt och fiske att annan markanvändning sker. Näringen bedrivs under monopol, vilket innebär att det inte finns konkurrens från icke-samiskt håll vad gäller tillgången till renbete.¹⁰⁰ Historiskt har dock sådana, den samiska familjegruppen, haft vissa exklusiva rättigheter på sina marker och vars gränser verkar ha upprätthållits gentemot andra siida-grupper. Spår från ett sådant samiskt rättstänkande tycks leva kvar på sina håll.¹⁰¹

Den tredje förutsättningen rör *kravet på mindre och avgränsade områden*. I förhållande till ”vanlig” urminnes hävd är det klart att objektet rör ägor, dvs. mindre markområden, oftast en del av en fastighet. Vidare bör ägan vara avgränsat på något sätt via markörer eller väl synliga naturliga gränser, såsom en flod, fjällrygg eller skogsområde. I skattefjällsmålet har dock domstolen accepterat större områden är normalt i förhållande till renskötselrätten.¹⁰² Huruvida detta gäller en självständig jakt- och fiskerätt är oklart då det inte prövats. I förhållande till fiskerätt i en viss sjö eller visst vattendrag

⁹⁹ Jfr även Jakt- och fiskerättsutredningen som menade att man kan tänka sig en andel i jakt- och fiskerätten grundad i urminnes hävd, där staten/privata markägare och samerna delar på rätten. Se SOU 2005:116 s. 193–202. Detta kan vara möjligt också enligt min mening, och innebär i så fall en viss anpassning av förutsättningarna för urminnes hävd.

¹⁰⁰ Samisk jakt och fiske sker inte under något lagfäst monopol, och där samerna inte förmår att visa ensamutnyttjande på ett område, blir snarare den upparbetade rätten en delad jakt- och fiskerätt där t.ex. en privat markägare har del i rätten. Jfr noten ovan.

¹⁰¹ Se t.ex. Helander, *Samiska rättsuppfattningar*.

¹⁰² NJA 1981 s. 1 på s. 190.

kan kravet på ett mindre och avgränsat område lättare upprätthållas, men knappast för jakträttigheter. Men rimligen bör större områden accepteras som objekt ifall man med någon säkerhet kan ”ringa in” området.

Den fjärde förutsättningen gäller *kravet på intensivt bruk och nedlagt arbete*. Huvudregeln för att etablera äganderätt genom urminnes hävd har onekligen varit genom uppodling av mark. Som diskuterats ovan, uppodling och permanent bosättning uppfattades som tydliga bevis för att arbete lagts ned i marken, vilket i sin tur föranledde rättsligt skydd för besittaren. Bruket av ägan var då intensivt och väl synligt för ögat med sina ängar, åkrar och slättermyrar. En jämförelse med det traditionella, samiska bruket är inte möjligt. För renskötselns del finns inom renskötselområdet några fåtal byggnader och andra nödvändiga anläggningar, men i övrigt syns bruket föga när renarna inte vistas där.

Något nedlagt arbete och förbättring av mark går det heller inte att tala om. Bruket är inte särskilt intensivt med tanke på de stora områdena renskötsel bedrivs på och det fåtal individer som brukar mark och naturresurser, vilket även torde gälla samisk jakt och fiske utanför renskötselrätten. Trots att samiskt, traditionellt bruk lämnar få spår för ett otränat öga finns på många håll en rik flora av olika typer av fornlämningar. Inom exempelvis Sareks nationalpark, på ett område inte större än en kvadratmil, har ca 1 500 fornlämningar hittats.¹⁰³ Detta område är betraktat som en av de fyndrikaste platserna i Sverige! Men, oaktat detta är förutsättningen för en ”vanlig” urminnes hävd uppbyggt kring bondesamhällets mycket synliga markanvändning.

Den femte förutsättningen rör *kravet på ”okvald och ohindrad” besittning och bruk*. Det är ett centralt moment i bedömningen om urminnes hävd föreligger på ett område, och utgör även ett av rekvisiten i bestämmelsen om urminnes hävd i GJB. Ordens språkliga betydelse har beskrivits ovan i samband med citeringen av gamla jordabalkens regel om urminnes hävd. En hävd kan normalt brytas genom aktivt klander av ägaren eller andra som nyttjar marken, t.ex. genom

¹⁰³ Kjellström, Samerna och landskapet s. 59.

att de går till domstol med saken. Rekvisitet ”ohindrad” torde ha den betydelsen att markutnyttjande kunde hindras av t.ex. markägaren genom faktiska åtgärder, kanske genom att sätta upp stängsel och dylikt. Sådana åtgärder bör dock ha varit lagligt utförda.¹⁰⁴ Således är de båda rekvisiten ”okvald” och ”ohindrad” i stor utsträckning parallella. Det föreligger här en viss koppling till det norska kravet på god tro i bruket eftersom rättmätig ägare initialt kan påtala att en person eller en grupp personer inte har rätt att nyttja området eller dess naturresurser.¹⁰⁵ Personen eller personerna som brukar marken borde efter sådana tilltag ha insett att bruket inte var berättigat och kan inte då göra gällande att bruket varit okvald och ohindrat.

När det gäller renskötelsen (och till viss del jakt- och fiskerättigheter) har det historiskt förekommit starka protester från nybyggare och idag från privata markägare. Den s.k. parallellteorin byggde på idén att renskötare, jordbrukare och andra markutnyttjare kunde samexistera på samma marker, vilket naturligtvis inte gick friktionsfritt. Dispyter, rättsliga och icke-rättsliga, står att finna från idag och bakåt till den tid då kolonisationen av de nordliga trakterna tog fart. Det är därför problematiskt att entydigt säga att det samiska, traditionella bruket är okvald och ohindrat, särskilt inte när staten aktivt uppmuntrade kolonisering och även på olika sätt genom beslut och lagstiftning reglerade nyttjandet av naturresurser och rättigheter. Kronans beslut om lappmarksgränsen och odlingsgränsen är beslut som har direkt koppling till den konkurrens om markutnyttjande som förekom – och fortfarande förekommer men i något annan form.

¹⁰⁴ Se även här SOU 2006:14 s. 395. Jfr även diskussionen på s. 394 f. ang. vilka typer av dispyter som bör fästas vikt vid för analysen av huruvida bruket är okvald eller inte. Tex. allmänna missnöjesyttringar kan inte anses vara att ”kvälja” besittningen eller bruket. Jag delar den uppfattningen.

¹⁰⁵ Gränsdragningskommissionen har dock menat att man *möjligen* kan läsa in ett krav på god tro i reglerna i GJB 15:2–3, som säger att hävd inte kunde åsidosätta regler om gränser mellan byar samt att området för hävd ska avse ett avgränsat område. Se SOU 2006:14 s. 383. Detta tycker jag är tveksamt. Mest naturligt är att förstå god tro i förhållande till att bruket blir ifrågasatt.

Den föreslagna hävdetiden om ca 90 år för ”vanlig” urminnes hävd innebär, som jag nämnt ovan i samband med den första förutsättningen om presumtionen om en tidigare besittare/”ägare”, generellt sett en nackdel i samisk kontext. Bruket är oftast mindre intensivt, vilket medför att en kortare hävdetid kanske inte ses som tillräcklig för att en rätt ska anses vara upparbetad. Jämför här med den norska rättens mer flexibla bedömning av tidsaspekten i alders tids bruk, där utgången är avhängig en samlad bedömning av de olika förutsättningarna. En sådan kortare hävdetid innebär också att man tidsmässigt hamnar i ett getingbo. Det råder dels stora konflikter om markutnyttjandet och historisk samt rättshistorisk dokumentation saknas i stort sett för specifika områden, särskilt i förhållande till gammal praxis – som ofta upprätthållit de samiska rättigheterna vid konflikter – och vad som senare skett med de samiska rättigheterna i utvecklingen mot att landshövding och länsstyrelser i allt större utsträckning kom att administrera bl.a. renskötseln. Dels florerar rasistiska nedvärderingar och en paternalistisk hållning gentemot samerna i samhället. Kolonisationens verk är således påtagligt under denna tidsperiod. En längre hävdetid skulle i någon mån råda bot på denna brist.

I de fall en hävdetid om ca 90 år räcker för att klart visa att en rätt uppstått bör naturligt inte samerna belastas med krav på bevisning av en längre och därmed mindre fördelaktig hävdetid. Det kan dock skilja stort mellan områden. Vad jag här försöker visa är att det finns behov av att anpassa hävdetidens längd till det enstaka fallet. En mer flexibel och samlad bedömning av domstolen av alla förutsättningar är önskvärd för ”samisk” urminnes hävd, vilket liknar den friare bedömning som sker utifrån alders tids bruk.

Den sjätte förutsättningen handlar om *kravet på bevisning och bevisbörda*. När det gäller bevisbördans placering är det klart att det är den som gör gällande urminnes hävd som har bevisbördan, vilket nämnts ovan. Det generella problemet med få eller obefintliga skriftliga källor – företrädesvis från kronan, staten och dess myndigheter – har också dryftats kort ovan. Vanligtvis har bevisningen om urminnes hävd historiskt vilat på muntliga källor, vilket GJB 15:4 tydligt visar. Det lokala minnet har i stort sett försvunnit eller är

knapphändigt, och värderas inte särskilt högt som bevismaterial av dagens domstolar, särskilt inte där meningarna går isär. Bevisläget är således komplext och svårt, särskilt mot bakgrund att samerna under lång tid saknat ett skriftspråk. I sammanhanget är det värt att notera att bevisbördan och beviskravet har varierat under historien.¹⁰⁶ Detta har orsak i att besittaren presumerades vara rättmätig ägare. Ett relativt lågt beviskrav går även att skönja i de senare målen från början av 1900-talet för ”vanlig” urminnes hävd.

När det gäller att fastställa äganderätt till ett område är det ett krav att besittningen och bruket varit exklusivt, vilket ytterligare försvårar bevisningen. Arkeologiska, historiska och rättshistoriska undersökningar som fokuserar på samernas situation är relativt fåtaliga. I tvister om renskötselrätt krävs oftast att sådana studier företas för det specifika området.

När det gäller ”samisk” urminnes hävd gäller allmänna regler för bevisning och bevisbörda, vad det nu innebär i dagens situation där det är oklart vilka beviskrav som faktiskt ställs. Motiven till rennäringslagen uttalar att frågan ska prövas ”av domstol på grundval av sådan bevisning som enligt allmän lag krävs för styrkande av urminnes hävd”.¹⁰⁷ Något mer än detta sägs inte och frågan lämnas till rättspraxis. Den enda prejudicerande domen är skattefjällsmålet, och den börjar vara gammal. Man kan tänka sig att ny forskning (historisk, rättshistorisk och rättsvetenskaplig) tillsammans med det ökade fokus som urfolksfrågor fått i samhället – nationellt och internationellt – förändrat förutsättningarna för liknande mål. Notera att bevisbördan i skattefjällsmålet inte vilade på endera parten, utan var delad.¹⁰⁸ I senare renbestesmål, där motparten varit privata markägare, har dock bevisbördan placerats på samerna.

¹⁰⁶ Genom presumptionsteorin kunde besittningen brytas om skriftliga dokument lades fram att förvärvet från början var olagligt och besittaren inte kunde motbevisa det. Bevisbördan flyttades i sådana fall över till besittaren. Detta tycks ha införts i skifter mellan 1600- och 1700-talet. Se Ågren s. 83 och 223–225.

¹⁰⁷ Se Prop. 1971:51 s. 158 som hänvisar till Prop. 1928:43 s. 71.

¹⁰⁸ Se NJA 1981 s. 1 på s. 182.

Bengtsson uttalar att det är klart att bevisbördan vilar på samerna och så vitt gäller ”vanlig” urminnes hävd håller jag med honom.¹⁰⁹ Givet det svåra bevisläget, särskilt mot bakgrund av det disproportionala skriftliga materialet, anser jag det finns behov för att anpassa kraven på bevisbörda och bevisning för ”samisk” urminnes hävd. Detta kan göras på flera sätt.

I norsk rätt finns numera en presumptionsregel (eller bevisbörde-regel) i rendriftsloven¹¹⁰ som innebär en rätt att utöva rensköttsel i hela det samiska renbetesområdet. Det stadgas i § 4 1 st. att ”[d]en samiske befolkningen har på grunnlag av alders tids bruk rett til å utøve reindrift innenfor de delene av fylkene ... hvor reindriftssamene fra gammelt av har utøvet reindrift”. Presumtionen innebär att bevisbördan åvilar markägare som ifrågasätter rensköttselrätten på dessa områden. I Selbusaken tillämpades den omvända bevisbördan för första gången och utgången blev till förmån för rensköttselutövarna.¹¹¹ Detta beviskrav är dock inte strängare än att det krävs ”sannsynlighetsovervekt” (sannolikhet) för att bruket inte ska ha varit tillräckligt omfattande i förhållandet till att området är tillåtet för rensköttsel.¹¹² När det gäller tvister om rensköttselrätt utanför renbetesområdet samt för samisk äganderätt med stöd i alders tids bruk gäller i princip att bevisbördan vilar den som åberopar alders tids bruk, dvs. samerna.¹¹³ Bevisbördans placering är således viktig i sammanhanget.

I Kanada har högsta federala domstolen genom sin praxis utvecklat bl.a. bevisbördeprinciper som gäller i mål om bruksrätt och ägande-

¹⁰⁹ Bengtsson, Samerätt s. 81.

¹¹⁰ Lov 2007-06-15 nr. 40.

¹¹¹ En liknande presumptionsregel infördes för första gången i föregående reindriftslov 1996. Se Rt. 2001 s. 769 på s. 754–788 som går igenom orsaken och förarbetena till lagändringen. Se även Funderud Skogvang, Samerett s. 258 och 263 f.

¹¹² Rt. 2001 s. 769 på s. 788.

¹¹³ Det följer av norska privaträttsliga principer. I Svartskogsaken, som gällde frågan om äganderätt, framkommer inte explicit att samerna hade den initiala bevisbördan, utan resultatet tycks vila på en komplex helhetsvärdering av åberopat material. Samerna i Manndalen hade dock anlitat historisk expertis som utfört en grundlig dokumentation av bruket i området.

rätt. Den initiala bevisbördan läggs på urbefolkningen, som vid åberopande av bruksrätt ska visa att det är troligt att en viss tradition/sedvana existerade vid tiden för kontakt med européerna och att denna sedvana fortlöpt.¹¹⁴ Bevisbördans placering är sedan flexibel och flyttas mellan parterna med hänsyn till vad det är för fråga som står i fokus.¹¹⁵ Om urfolksgruppen har visat att sedvanerätt föreligger inom ett område, är det sedan kronans tur att föra fram bevisning att denna rätt, genom kronans beslut eller lagstiftning, har blivit upphävd. Det är ett krav som ställs högt. Det måste föreligga ett klart och tydligt syfte, att exempelvis en lag direkt genom ikraftträdandet avsåg att upphäva rätten i fråga.

Översatt till svenska förhållanden, modellen om en flexibel bevisbörda och flexibelt beviskrav skulle kunna innebära att även om samerna initialt har bevisbördan behöver inte beviskravet härom vara högt. Det kan räcka med att samerna gör det troligt att t.ex. renskötsel förekommit under lång tid och att man fortsatt nyttja markerna på detta sätt. I mål rörande äganderätt torde något högre krav på bevisning kunna ställas, pga. kravet på exklusivitet i besittningen eller bruket. Därefter skulle bevisbördan gå över till markägaren (staten eller privat markägare) som har att bevisa att någon bruksrätt inte är upparbetad. Här bör beviskravet kunna ställas högre. Även bevisning om huruvida t.ex. renskötselrätten blivit upphävd genom beslut eller lag torde kunna ställas, särskilt där staten är motpart.

När det gäller karaktären av bevisning kan den traditionella, samiska markanvändningen vara vägledande i större utsträckning, via

¹¹⁴ Detta gäller för begränsade rättigheter, såsom fiskerättigheter. Högre beviskrav ställs vid tvister om äganderätt där bl.a. kravet på att visa på ett exklusivt bruk av urfolksgruppen är högt. Till dags dato har inte Kanadas högsta domstol erkänt någon äganderätt till mark för någon urfolksgrupp, bara bruksrättigheter. Via avtal med kronan har dock markrättigheter och andra rättigheter erkänts.

¹¹⁵ De olika frågorna avser: 1) identifikation av en rättighet, 2) om rättigheten blivit upphävd, 3) om lagstiftning eller beslut utgör ett intrång i rättigheten, och 4) om ett sådant intrång är berättigat och kan rättfärdigas. Bevisbördans placeras på urfolksgruppen ang. första frågan och läggs sedan växelvis mellan kronan och urfolksgruppen. Se vidare i Allard s. 273 f., 221 f. och en summering på s. 248–250.

framförallt siidan när det gäller renskötsel. Muntlig bevisning i form av jojk och gamla berättelser bör också beaktas, vilket i någon mån skulle uppväga bristande skriftlig bevisning från samernas sida. Trots att det är fri bevisprövning i svenska domstolar, känns detta som en främmande fågel, men det har mer med skilda kulturtraditioner att göra. Bra historisk forskning är likafullt nödvändig.¹¹⁶

Av resonemanget ovan framgår att bevisbördans placering är en sak, men att de krav som ställs på bevisning också är av stor vikt i sammanhanget. Det är primärt i värderingen av bevis som norsk rättspraxis genom Selbusaken och Svartskogsaken förändrat förutsättningarna för ålders tids bruk.¹¹⁷ Enlig min mening bör diskussionen om bevisbördans placering för ”samisk” urminnes hävd nyanseras för svenskt vidkommande, eftersom den ensidigt diskuterat bevisbördans placering. Flera möjligheter finns till anpassning av rättsinstitutet. Detta är en uppgift för domstolarna, särskilt högsta domstolen. Mitt förslag om flexibel bevisbörda skulle inte rubba kravet på att det är den som gör gällande urminnes hävd som har bevisbördan. Den gamla regeln i GJB är så pass tydligt utformad att ett avsteg torde vara omöjligt ens för högsta domstolen, om inte regeln på något sätt kan uppfattas som grundlagsstridig.¹¹⁸ Den norska modellen är inte möjlig att tillämpa så länge som inte rennäringslagen ändras i motsvarande riktning, med en presumtion för renskötselrätt inom det svenska renskötselområdet, vilket även skulle inkludera den jakt- och fiskerätt som ingår i renskötselrätten.¹¹⁹

¹¹⁶ Gränsdragning av sedvaneområden låter sig inte göras enkelt då det rör sig om stora områden som ofta är föremål för tvister var gränserna går – både utåt mot markägare (särskilt vinterbetesmarkerna) och internt mellan samebyar.

¹¹⁷ Jfr Eriksen, Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogedommene fra 2001 i Kritisk Juss 2004 nr. 3 på s. 303.

¹¹⁸ Huruvida en upphävd lag (GJB), med fortsatt aktuella regler om urminnes hävd och som fortlever genom övergångsbestämmelser, kan bli föremål för prövning mot grundlagen (närmast RF 2:15), låter jag vara osagt.

¹¹⁹ Huruvida denna jakt- och fiskerätt är exklusiv för samerna ovan odlingsgränsen och på renbetesfjällen i Jämtland, se expertutredningen SOU 2005:17, för olika synpunkter.

För att göra en kort summering, det är tydligt av ovan förda resonemang att de förutsättningar som är knutna till en ”vanlig” urminnes hävd svårligen går att tillämpa för att förklara uppkomsten av samiska rättigheter. Det krävs en anpassning av förutsättningarna på liknande sätt som skett t.ex. på norsk sida visavi alders tids bruk. Lite tillspetsat kan man säga att det föreligger ett behov av att ”avkolonisera” rätten inom detta område. Presumtionen om en tidigare ägare, som ligger inbäddat i rättsinstitutet, har mig veterligen inte berörts av den juridiska litteraturen eller praxis. Domstolarna bör, enligt min mening, på ett eller annat sätt förhålla sig till detta antagande. En längre tidshorisont än de föreslagna 90 åren skulle i viss mån kunna råda bot på den underliggande presumtionen. Att byta till ockupation som rättslig förklaringsmodell, med än mer oklara förutsättningar, låter sig inte göras lätt – och är troligen inte ens önskvärt. Svensk rätt har sedan länge slagit in på vägen med ett gammalt hävdeinstitut för att förklara uppkomsten av samiska rättigheter.

De förklaringsmodeller som används i förhållande till urbefolkningars långvariga bruk rör gamla fastighetsrättsliga begrepp. Så är det i Sverige, Norge, Finland och även i anglosaxiska rättsystem. I alla dessa länder finns problem med tolkning och tillämpning av dessa gamla rättsfigurer visavi urbefolkningars rätt till mark, vatten och andra naturresurser. En anpassning har i många fall skett, företrädesvis genom domstolarnas praxis, såsom i Norge och Kanada. Detta är alltså inget unikt för svensk rätt, att förutsättningarna för ”vanlig” urminnes hävd näppeligen går att applicera på traditionell, samisk markanvändning. Det är en viktig konklusion. Det är också tydligt att tillämpningen av urminnes hävd utgör en kollision mellan ett äldre rättstänkande och en modern, lagfäst rätt. Inom detta område föreligger med all tydlighet ett stort och viktigt forskningsbehov.

DEL II

Gränsdragning av byområden

Den andra och sista delen av denna artikel belyser tillämpningen av rennäringslagen, närmare bestämt reglerna om indelning i byområden för varje sameby, och dess konsekvenser för samebyarna. Avsnittet syftar således dels till att belysa den offentligrättsliga regleringen av renskötseln och hur dessa regler i många fall bryter in i de civila rättigheterna. Dels hur denna tillämpning visar på en bristande förståelse för renskötselrättens natur. Konkret rör det frågan om renskötselrätten ska uppfattas såsom en *allomfattande kollektiv rättighet*, där alla av samisk härkomst är bärare av rätten – en slags samisk allemansrätt – eller om rätten tillkommer mindre samiska grupper, främst samebyn såsom juridisk person alternativt siida-grupper inom samebyarna. I den senare ses rätten såsom en *begränsad kollektiv rättighet* eftersom gruppen är definierad.

Synen på renskötselrätten, som är den enda lagfästa samiska bruksrätten¹²⁰, har i stor utsträckning uppfattats som en allomfattande kollektiv rättighet, även om praxis inte är helt entydig. Denna förståelse av rättighetens natur stöds även sedan 1993 av ett tillägg i RNL 1 §. Det framgår av av 2 st. att renskötselrätten ”*tillkommer den samiska befolkningen* och grundas på urminnes hävd” (min kursivering). Det är alltså den samiska befolkningen som är bärare av rätten; det är svårt att förstå stadgandet på annat sätt. Problemet är bara att det går stick i stäv med den senare delen av meningen, nämligen att renskötselrätten som sådan vilar på urminnes hävd. För att en rätt baserad på urminnes hävd ska uppkomma krävs en tydlig koppling mellan ett markområde och den person eller de personer som brukat marken eller naturresurserna. Stadgandet är således en juridisk omöjlighet.¹²¹

¹²⁰ Jag menar att det kan finnas andra samiska bruksrätter, t.ex. till jakt, fiske och slöjdmaterial, som ännu inte är bekräftad av domstol. Upparbetade rättigheter via urminnes hävd gäller som bekant vid sidan av den skrivna rätten.

¹²¹ Om man uppfattar renskötselrätten enbart som en näringsrätt, kan man möjligen godta skrivningen. Se vidare Allard s. 297 f. och Bengtsson, Om kollektiv ren-

Hela det samiska folket kan omöjligt vara rättssubjekt om rätten vilar på urminnes hävd. En lagändring vore att föredra.

Paradoxalt är lagändringen 1993 ett utflöde av skattefällsmålets dom 1981, som med tydlighet slog fast att renkötselrätten är en civil rättighet som grundas på urminnes hävd.¹²² Samiska organisationer var generellt sett positiva till lagförslaget, vilket naturligtvis bör beaktas i sammanhanget.¹²³ Men det faktum att lagstiftaren inte analyserat eventuella konsekvenser av en sådan formulering, gör det inte lätt att överblicka eller ens förstå referensen till ”den samiska befolkningen”. Inte heller Rennäringspolitiska kommittén reflekterade över skrivningen i samband med deras översyn av lagstiftningen.¹²⁴ Inte desto mindre har lagrummet fått betydelse i tolkningen av renkötselrättens karaktär.

Synen på renkötselrätten såsom en allomfattande kollektiv rättighet kan skönjas i den praxis som rör indelning och gränsdragning av samebyområden. Det är numera Sametinget som är behörig myndighet att fatta beslut om sådana gränsdragningsfrågor, enligt RNL 7 § 1 st. Det var en av de myndighetsuppgifter som överfördes från Länsstyrelsen år 2007 i och med en lagändring.¹²⁵ I samband med att Sametinget skulle få ta över myndighetsuppgifter uttalade regeringen att det inte var nödvändigt att förtydliga eller precisera den aktuella bestämmelsen, eftersom det ansågs viktigt att lagrummet lämnar

skötselrätt s. 279–283.

¹²² Lagändringen är baserad på SOU 1989:41 och Prop. 1992/93:32. Bland remissinstanserna var det bara Kammarrätten i Sundsvall som uttalade att skrivningen snarast strider mot utfallet i skattefällsmålet. Se 1992/93:32 s. 89.

¹²³ Se bl.a. remissutfallet (de samiska organisationerna) i Prop. 1992/93:32 s. 89. Se vidare min diskussion i Allard s. 299.

¹²⁴ Se allmänt SOU 2001:101 s. 71 och 161 f. Den senaste utredningen, Ds 2009:40 *Vissa samepolitiska frågor*, tar inte upp frågan utan behandlar främst andra förslag som Rennäringspolitiska kommittén tog fram.

¹²⁵ Prop. 2005/06:86. Ett nytt tredje och fjärde stycke lades till som rör rätten att yttra sig före beslut och behovet av sammanträde, men detta påverkar inte själva bedömningen av hur indelningen ska göras. Andra stycket är oförändrat. Se *ibid.* s. 5 och 76.

utrymme för beaktande av omständigheter i det särskilda fallet.¹²⁶ Bestämmelsen i RNL 7 § 2 st. är således fortsättningsvis allmänt hållen med knapphändig och delvis föråldrad vägledning i motiven. Samma rekvisit gäller för hur en indelning i byområden ska bedömas. Sametinget som förvaltningsmyndighet har ärvt de inneboende problem som finns i bestämmelsen.

Trots att beslutet om indelning av byområden till sin karaktär är ett administrativt beslut innebär det i de allra flesta fall ett ingrepp i de civila rättigheterna.¹²⁷ Det går inte att undvika att upparbetad bruksrätt omfördelas mellan byar när gränser justeras eller dras om. Det är här meningarna går isär, och där förståelsen av renkötselrättens natur blir central för hur den rättsliga argumentationen formuleras.

Renkötselrätten kan, å ena sidan, förstås som en begränsad kollektiv rättighet där samebyn i främsta rum är bärare av rätten. Samebyn är en egen juridisk person och svarar för byns tillgångar och skulder samt renkötseln i stort.¹²⁸ Samebyarna konkurrerar vidare med varandra om framförallt avsättningen av renkött. I en sådan uppfattning kan Sametingets beslut innebära att en by får större betesmarker, men på bekostnad av en angränsande sameby. Den förfördelade samebyn tappar viktiga betesmarker som de troligen har upparbetad rätt till. Å andra sidan, om man istället uppfattar renkötselrätten såsom en allomfattande kollektiv rättighet utgör denna omfördelning inget problem. Alla samer som är medlemmar i en sameby, och därmed får utöva sin rätt, är bärare av renkötselrätten. Att betesområden då justeras mellan samebyar har ingen betydelse och någon kompensation kan det då inte bli fråga om.

Av denna kortfattade beskrivning framgår de vittgående konsekvenserna för olika tolkningar av renkötselrättens natur. Inte minst i samband med skadestands- och ersättningsfrågor är frågan viktig, men även i frågor om samråd, talerätt, etc. vid markexploateringar av

¹²⁶ Prop. 2005/06:86 s. 43.

¹²⁷ Se vidare diskussionen om oförenlighet med grundlag och potentiell diskriminering i Allard s. 313–323.

¹²⁸ RNL 9–10 §§.

olika slag. Vem som ses som rättssubjekt i sådana frågor får stor konsekvens för de renskötande sameer som berörs. Det blir lättare att rättfärdiga t.ex. intrång i rätten på vissa begränsade områden om hela det samiska kollektivet är bärare av renskötselrätten, då med hänvisning till att intrånget i det stora hela inte får någon avgörande betydelse för renskötselrättens omfattning. Men för enskilda samebyar eller grupper inom en sameby kan följderna av ett sådant intrång få förödande följder. Samma resonemang kan föras vad gäller ersättningsfrågor, vilket också framgår nedan. I slutet av avsnittet kommer även en utblick mot norsk rätt att berika diskussionen, där man numera frångått synen på *reindriftsretten* såsom tillhörande ett stort, icke definerat kollektiv.

De samebyar som existerar idag har sedan länge en relativt fast geografisk struktur, men oklarheter finns om de exakta gränserna för olika samebyars betesområden, främst vad gäller vinterbetesmarker och i någon mån året-runt-marker. Beslut om indelningen i byområden rör därför främst justeringar av nuvarande gränser och i något fall om gränsdragning av vinterbetesområden.¹²⁹ Vissa justeringar kan behöva vidtas för att t.ex. främja renskötseln eller för att två eller flera samebyar tvistar om vem som har bättre rätt till vissa områden.

Så till den aktuella bestämmelsen. Regeln i RNL 7 § 2 st säger att indelningen av byområden ska göras så att ”områdena blir lämpade för sitt ändamål med hänsyn till betestillgång och övriga omständigheter”. Endast i undantagsfall ska en del av ett byområde vara gemensamt för en eller flera samebyar.¹³⁰ Någon tydlig vägledning i motiven

¹²⁹ I RNL stadgas att året-runt-markerna fördelas mellan samebyarna i särskilda byområden, och att ett sådant område även *får* omfatta vinterbetesmarker. Se RNL 6 § 2 st. En obligatorisk indelning i byområden gäller således, liksom tidigare, endast för trakter där renskötsel får bedrivas året om. Notera även att med uttrycket ”samebys betesområde” menas byområdet och alla övriga betesområden som samebyn nyttjar för renskötsel (främst vinterbetesmarkerna). Betesområdet är alltså större än samebys geografiska område. Se RNL 8 §.

¹³⁰ Lagtexten säger om ”särskilda skäl föreligger” kan betesområde vara gemensamt. Se RNL 6 § 3 st. Motiven anger att områden som sambetas lätt ger upphov till

står inte att finna. Överhuvudtaget är rättskällorna motsägelsefulla: vi har en relativt gammal rennäringslag från 1971 med vaga motivuttalanden och så skattefällsmålet från 1981 som klart uttalar att renskötselrätten är en civil rättighet och som sådan åtnjuter samma egendomsskydd som äganderätt gällande intrång och ersättning.¹³¹ I sammanhanget är det viktigt att notera att rennäringslagen är av äldre datum än skattefällsmålet och att lagen inte har ändrats i detta avseende annat än tillägget i RNL 1 § om att rätten tillkommer den samiska befolkningen och grundas på urminnes hävd.

Rekvisiten i RNL 7 § 2 st. är att byområdena ska vara lämpade för sitt ändamål och att det i den bedömningen ska tas hänsyn till betestillgång och övriga omständigheter. Det är alltså en *lämplighetsbedömning* som står i förgrunden. I propositionen till RNL uttalas inte vad det öppna rekvisitet ”övriga omständigheter” kan vara. Viss vägledning finns dock att hämta i det tidigare betänkandet. I begreppet ligger en bedömning av renskötarens bostadsort, betestillgång, vägar, stängsel och andra driftsekonomska omständigheter.¹³²

I den nya rennäringslagen är betoningen på en rationell renskötsel stark och var en viktig drivkraft bakom revideringen av lagstiftningen. Denna målsättning går igen i specialmotiveringen till flera lagrum. Motiven pekar även här på att den beslutande myndigheten i samband med varje enskilt beslut om indelning bör ”undersöka om det går att skapa bättre förutsättningar för en rationell rendrift genom större eller mindre jämkningar i den nuvarande gränsdragningen”.¹³³

intressekollisioner och olämpligt utnyttjande. Utgångspunkten är alltså, oavsett typ av betesområde, att byområde reserveras för en sameby. Se Prop. 1971:51, s. 160. Om detta inte är möjligt krävs en motivering av de särskilda skäl som ligger till grund för att frångå denna utgångspunkt. Förutom de skäl som anges i motiven talar en sådan utgångspunkt även för beaktande av viss samebys sedvanerätt.

¹³¹ En sameby som förlorar delar av byområdet är utsatt för en sorts expropriation, vilket bör medföra en rätt till ersättning enligt RF 2:18 2 st. Se diskussionen i Allard s. 317–321, särskilt s. 319, där jag bl.a. hänvisar till Bengtsson, som är av samma mening. Se Bengtsson, Grundlagen och fastighetsrätten s. 105.

¹³² SOU 1968:16, s. 10 och 214.

¹³³ Prop. 1971:51, s. 160.

Det är således ett slags mandat som myndigheten ges att ex officio ta upp frågan. Lagrummet har utformats för att en sådan undersökning ska kunna göras, vilket förklarar varför stadgandet är så allmänt hållet. Dock påpekas att det är av vikt att samebyarna hörs in frågan och att beslut om möjligt bör fattas i samförstånd.¹³⁴

När det gäller lämplighetsbedömningen, huruvida byområdet blir lämpat för sitt ändamål, torde följa av sammanhanget att det primära ändamålet med området är att det ska vara lämpat för renskötsel samt jakt och fiske. Angående hänvisningen till ”betestillgång” bör en väl utförd betesinventering ge svar på om betestillgången är tillräcklig och innehåller de olika nödvändiga betestyperna. Men motiven nämner inget om sådana betesinventeringar eller i övrigt vad som avgör bra betestillgång, men nämner däremot främjandet av en rationell rendrift.

I samband med gränsbestämning av vinterbetesområden uttalar motiven att det är ”svårt att avgöra bl.a. vilken av två eller flera byar som har störst *behov* av en viss betestrakt”.¹³⁵ Detta uttalande är ett exempel på den ambivalens som finns kring renskötselrättens natur i motiv och lagstiftning. Motivuttalandena leder tanken till att man i bedömningen ska väga olika byars behov av betesområden mellan varandra. Detta rimmar illa med det tydliga tillkännagivandet i skattefjällsmålet om att renskötselrätten är en civil rättighet. Tänk bara om Skogsstyrelsen genom ett administrativt beslut skulle omfördela produktiv skogsmark mellan privata markägare, eller snarare personer med skogsavverkningsrätt, med hänvisning till att en viss markägare/rättighetshavare har behov av större arealer eftersom stora delar av dennes område omfattar impediment! En liknande behovsbedömning mellan samebyar har skett i praxis, särskilt i de lägre instanserna.¹³⁶

¹³⁴ Denna aspekt har förstärkts genom de nya 3 och 4 styckena till 7 §. Men fortfarande är den materiella bestämmelsen i 2 st. densamma.

¹³⁵ Prop. 1971:51, s. 159 (min kursivering).

¹³⁶ Se t.ex. Länsrättens (Västerbotten) uttalanden i 2573-97/2583-97, s. 9–11. Se vidare i Allard s. 306–308.

Specifika bestämmelser i RNL och motiven till denna är vaga och mångtydliga angående hur renskötselrättens kollektiva natur ska förstås.¹³⁷ På ett ställe uttalar motiven följande:

Till de rättsliga förutsättningarna för rennärningen hör i första hand att renbetesrätten är att anse som samfälld för särskilda grupper av samer, f.n. de renskötande samerna inom de olika lappbyarna. Den enskilde företagaren har således inte rätt till någon viss del av renskötselområdet.¹³⁸

Det tycks snarast som om motiven hänvisar till lappbyn som bärare av renskötselrätten. Men på ett annat ställe, där man diskuterar frågan om ersättning för intrång i rätten, hänvisar motiven till en förståelse av rätten såsom en allomfattande kollektiv rättighet:

Det är dock att märka att renskötselrätten tillkommer samer i allmänhet som en för folkgruppen kollektiv rätt och inte enbart särskild sameby eller dess medlemmar, något som är av grundläggande betydelse för frågan om vem som i själva verket är skadelidande och vem ersättningen till följd härav bör tillkomma. ... Den del som tillfaller fonden blir ett skydd för den kollektiva folkgruppsrätten, medan den del som tillfaller samebyn tjänar som personlig ersättning för dem som vid skadetillfället driver renskötsel inom en sameby.¹³⁹

Det är en något märklig konstruktion att hälften av ersättningen går till samefonden och hälften till samebyn.¹⁴⁰ När det gäller andra frågor än ersättningen, exempelvis tillämpningen av RNL 30 § om skydd för ”renskötseln” mot åtgärder som medför ”avsevärd olägenhet”, tycks istället samebyn – och inte hela den samiska renskötseln –

¹³⁷ Se vidare Allard kap. 7.3.2.2.

¹³⁸ Prop. 1971:51 s. 36.

¹³⁹ Prop. 1971:51 s. 147 f.

¹⁴⁰ Se RNL 28 § 2 st. Enligt RNL 29 § gäller expropriationslagen i övrigt, t.ex. vad gäller förfarandet. Se vidare Bengtsson, Samerätt s. 58 med hänvisningar till rättsfall. Rennäringspolitiska kommittén föreslår dock att samefonden avvecklas och att hela ersättningen tillfaller samebyn. Se SOU 2001:101 s. 402 f.

vara föremål för bedömningen enligt praxis.¹⁴¹ Frågan är komplicerad i nuvarande lagstiftning.

Som jag nämnt ovan har ordalydelsen av lagrummet i RNL 7 § 2 st. medvetet hållits allmänt för att myndigheten skulle få handlingsutrymme för beslut, vilket nästintill går stick i stäv med nuvarande förståelse av renskötselrättens natur. Men tolkningen är problematisk då rättskällorna "haltar" i tidsperspektiv. Lagrummet innehåller således stort utrymme för skön för den beslutande myndigheten – för stort enligt min mening.

Bestämmelsen om indelning i byområden har varit föremål för några rättsavgörelser, både från regeringsrätten (rättsprövning) och kammarrätt.¹⁴² Att här gå igenom dessa rättsfall i detalj skulle kräva för stort utrymme och ligger inte i linje med artikelns syfte. Jag nöjer mig med att ta upp några principiellt viktiga frågor från några av rättsfallen.¹⁴³

Prejudikat saknas i stort sett även om frågan tagits upp till behandling, om än otillfredsställande. Det är främst de lägre instanserna som mer ingående prövat att analysera frågan om hur indelningen ska bedömas. Den viktigaste gemensamma nämnaren för alla avgöranden är att samebyarna åberopat sedvanerätt till vissa områden samt hävdade att beslutet om indelning strider mot grundlag. Kärandena argumenterade framförallt att länsstyrelsens beslut innebar att områden från ett privaträttsligt subjekt blev överfört till ett annat, utan kompensation och beaktande av egendomsskyddet i RF 2:18. I tre rättsprövningsmål konstaterade regeringsrätten dock att den aktuella

¹⁴¹ Se RH 1990:18 och kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1349–1355-2000.

¹⁴² Sedan Sametinget tog över myndighetsutövningen har ett beslut om gränsdragning fattats. Det rör ett gammalt ärende som man fått överta av Norr- och Västerbottens länsstyrelser, som redan valsat några gånger i domstolarna. Det rör en komplicerad gränsfråga och involverar fem samebyar. Se beslut 2009-08-07, dnr. 2007-0012. Länsrätten i Norrbottens län upphävde beslutet och återförvisade ärendet till Sametinget pga. en miss i handläggningen i ärendet. Se mål nr. 1815-1817-09 och 2089-09, dom meddelad 2009-12-11.

¹⁴³ För genomgång och diskussion av rättsfallen se Allard kap. 7.3.2.1 och 8.3.2.

regeln innehåller ett stort mått av skön för den beslutande myndigheten.¹⁴⁴

När det gäller rättsprövningsmålen är prejudikatvärdet ringa med hänsyn till de kortfattade domskälen, prövningens karaktär och att alla är s.k. notisfall där det principiella värdet inte ansetts vara så stort att de refereras fullt ut.¹⁴⁵ I korta domskäl, utan att egentligen analysera frågan om beslutets oförenlighet med grundlag (och Europakonvention och EG-rätt), konstaterade regeringsrätten att, givet 7 § allmänt hållna ordalag, har regeringen inte överskridit den befogenhet som ges och beslutet stred inte heller mot någon rättsregel på det sätt som kändandena påstod. Frågan om samebyarnas påstådda sedvanerätt till förlorade områden tas överhuvudtaget inte upp, säkerligen mot bakgrund av att sådana frågor enbart tillhör de allmänna domstolarnas kompetensområde. Inte desto mindre, mot bakgrund av frågans komplicerade karaktär kanske det vore på sin plats att inrätta en specialdomstol med bredare kompetens att handha bl.a. dessa frågor om byindelning.

Sedan instansordningen ändrades har ytterligare ett fall nått fram till regeringsrätten, som dock inte meddelade prövningstillstånd.¹⁴⁶ Därmed står kammarrättens beslut fast (Sörkaitumfallet).¹⁴⁷ Det finns ytterligare några fall från kammarrätten som illustrerar frågans komplexitet och oklara rättstillämpning.¹⁴⁸ Av störst intresse är dock Sörkaitumfallet där samebyarna, liksom i andra fall, hänvisar till sed-

¹⁴⁴ RÅ 1999 not. 76, RÅ 2000 not. 82 och RÅ 2001 not. 183.

¹⁴⁵ Notera att rättsprövning innebär en begränsad domstolsprövning av vissa regeringsbeslut. Regeringsrätten kan t.ex. bara upphäva beslutet och inte sätta ett annat beslut i dess ställe. Se vidare den gamla rättsprövningslagen (1988:205). Notera även att instansordningen för besvär är ändrad sedan rättsprövningsmålen. Sametingets beslut prövas numer av länsrätt och sedan kammarrätt, och eventuellt av regeringsrätten om prövningstillstånd medges. Se RNL 99 § 2 st.

¹⁴⁶ Regeringsrätten mål nr. 4931–4933-2001.

¹⁴⁷ Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1966–1998 och 2061–62-1998 (Sörkaitumfallet).

¹⁴⁸ Se kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1191-2000, 2880-2000 och 2881-82-2000. Det finns även något fall från länsrätten.

vanerätt till de omstridda områdena, vilket även innebar att deras anspråk delvis var överlappande. Domen involverar fem samebyar.

Kammarrätten hänvisar i detta avgörande direkt till 1993 års ändring i RNL 1 § i domskälen, att renskötselrätten tillkommer den samiska befolkningen. Man uttalar att bestämmelserna i rennäringslagen inte stödjer uppfattningen att sedvanerätt ”tillkommer viss sameby eller vissa medlemmar av sameby utan sådan rätt grundas på urminnes hävd och tillkommer ... den samiska befolkningen som kollektiv”.¹⁴⁹ Men man fortsätter sedan med att säga att om sedvanerätt till visst område är någorlunda etablerat mellan samebyar kan sådan sedvanerätt ”utgöra en av de omständigheter som kan tillmätas betydelse” i bedömningen huruvida byområdet blir lämpat för sitt ändamål.¹⁵⁰ Pga. bristande vägledning i motiven menade kammarrätten att sedvanerätt till vissa områden inte ensamt kan vara avgörande för en sådan indelning. Mellan raderna kan man skönja att kammarrätten uppfattat problematiken med RNL 1 och 7 §§ men att man ändå är bunden av lagtextens allmänt hållna ordalag och vaga motivuttalanden. Det blir ett lite märkligt resonemang när man först hänvisar till RNL 1 § 2 st och säger att rätten är kollektiv (uppfattad såsom en allomfattande kollektiv rättighet, med min terminologi) och sedan i direkt anslutning medger att sedvanerätt kan utgöra *en* omsändighet som bör tillmätas betydelse i lämplighetsbedömningen. Skattefällsmålets klara uttalanden om renskötselrättens karaktär såsom en civil rättighet lyfts däremot inte särskilt fram i domskälen i något av målen.

När det sedan gäller beslutets förenlighet med grundlagen, Europakonventionen och EG-rätten (konkurrensreglerna), hänvisade domstolen rätt och slätt till rättsprövningsmålet från 2000.¹⁵¹ Man kan nog inte förvänta sig att varken kammarrätt eller regeringsrätt inom en snar framtid kommer att ta upp denna fråga för en seriös analys. Det gäller framförallt egendomsskyddet, både avseende stadgandet

¹⁴⁹ Se Sörkaitumfallet s. 10.

¹⁵⁰ Se Sörkaitumfallet s. 11.

¹⁵¹ Se Sörkaitumfallet s. 9.

om att intrång bara får ske för att tillgodose ”angelägna allmänna intressen” och avseende rätten till ersättning. Även diskrimineringskyddet i RF 2:15 är aktuellt.

Alla dessa rättsfall som rör frågan om indelning i byområden reser ett delikat, juridiskt problem. Beslutet som sådant kan inte anklagas för att vara olagligt. Lagstiftaren har stora befogenheter att reglera och begränsa renskötselrätten, såsom med andra rättigheter, via lagstiftning. Men å andra sidan innebär den nästintill obegränsade befogenheten som ges myndigheten, ett intrång i renskötande samers civila rättigheter via sådana beslut. Särskilt i jämförelse med andra näringar torde bestämmelsen innebära att samerna missgynnas på ett sådant sätt att diskrimineringskyddet blir aktuellt. Det är inte ovanligt att en sameby förlorar uppemot 20 % av sina betesmarker i ett sådant beslut och exempel finns där en sameby skulle få sina marker reducerade med nästintill hälften.

Som om detta inte vore nog finns några exempel, från särskilt länsrätterna, där domstolen har gjort en behovsprövning (istället för en ren lämplighetsbedömning).¹⁵² Olika samebyars behov av betesmarker har ställts mot varandra, främst i förhållande till renhjordarnas storlek. Detta synsätt har visst stöd i motiven där man uttalar att det är ”svårt att avgöra bl.a. vilken av två eller flera byar som har störst *behov* av en viss betestrakt”.¹⁵³ Det torde vara onödigt att nämna att vid en eventuell expansion måste en sameby hålla sig inom sitt byområde och inte tillföras områden från andra samebyar. Eftersom det mest rimliga är att se en sameby som bärare av renskötselrätten – även för bestämda vinterbetesmarker – finns inget utrymme för en sådan behovsbedömning mellan samebyar.¹⁵⁴

Efter denna redogörelse torde det inte komma som en överraskning att jag manar till en viss försiktighet när man ska läsa och tolka motivuttalandena i denna fråga. Det är ett problem att den äldre

¹⁵² Se t.ex. länsrätten i Västerbottens uttalanden i mål nr 2573-97/2583-97, s. 9–11.

¹⁵³ Prop. 1971:51, s. 159 (min kursivering).

¹⁵⁴ Jfr även Bengtsson, Samerätt s. 83.

lagstiftningen och motiven inte har anpassats till högsta domstolens essentiella uttalanden i skattefällsmålet om renskötselrättens natur. Den nya bestämmelsen i RNL 1 § 2 st. som anger att renskötselrätten tillhör den samiska befolkningen, förstärker snarast den förvirring som råder angående rättens natur. Paradoxalt nog var tillägget i 1 § ämnat skapa trygghet och betesro för näringen.

Så åter till frågan om hur kollektiv renskötselrätten är. Att rätten tillkommer den samiska befolkningen kan rimligen inte förstås bokstavligen. Om så vore skulle hela renskötselområdet på ca 40 % av svenskt territorium vara öppet för omstruktureringar och leda till en absurd rättstillämpning, inte minst vid bedömningar av graden av intrång i rätten samt vid ersättningsfrågor.¹⁵⁵ Följaktligen argumenterar jag för en tolkning av RNL 7 § 2 st. där bedömningen om byområdet är lämpat för sitt ändamål (renskötsel, jakt och fiske), primärt tar sin utgångspunkt i upparbetad renskötselrätt i förhållande till specifika samebyar – så långt det är möjligt.¹⁵⁶ Detta synsätt ligger också i linje med samisk rättuppfattning, vilket inte minst framkommer i praxis. Föreligger en reell tvist om bättre rätt måste samebyarna naturligtvis hänvisas till de allmänna domstolarna.

Även i den norska reindriftsloven finns ett stadgande om reindriftsrettens karaktär, som tidigare citerats. Lovens § 4 säger att ”[d]en samiske befolkningen har på grundlag av alders tids bruk rett til å utøve reindrift ...”. I norsk rätt uppfattades samerna som etnisk

¹⁵⁵ Ett liknande dilemma finns vad gäller den gränsöverskridande renskötseln. I senaste norsk-svenska renbeteskonvention, som undertecknades av ansvariga ministerrar så sent som den 7 oktober i år (2009), finns samma ambivalens. Artikel 8 stadgar att de områden man förhandlat om inte innebär ”något ställningstagande eller uttryck för staternas uppfattning om sedvanerättens omfattning. Detta innebär att konventionen inte påverkar den på sedvana grundade rätt till renbete som renskötare från det ena landet har i det andra landet”. På samma sätt som vid gränsdragning av byområden, påverkas även här de civila rättigheterna när betesområden fördelas mellan samebyar på svensk sida och renbetesdistrikt på norsk sida – och detta utan att beröra frågan om kompensation.

¹⁵⁶ Jag har utvecklat hur en sådan tolkning ter sig i ett annat sammanhang (opublicerad skrift).

grupp (de renskötande samerna) på liknande sätt vara bärare av rätten. Denna uppfattning är dock inte längre rådande.¹⁵⁷ Både rättspraxis och utredningar från tidigt 2000-tal har alltmer avlägsnat sig från en sådan uppfattning av rättighetens kollektiva natur. Istället skiljer man mellan olika nivåer, främst mellan renbetesdistrikt (motsvarigheten till sameby), siidan och renskötaren, och frågan om kollektivets storlek blir avhängigt vilken rättsfråga som är aktuell.¹⁵⁸ Detta synsätt tycks bättre stämma överens med rättsinstitutet urminnes hävd och alders tids bruk – och inte att förglömma, den samiska rättsuppfattningen om sedvanerätt till vissa bestämda markområden.

Några avslutande kommentarer

Kopplingen mellan urminnes hävd och 1993 års tillägg i RNL 1 § samt den rättstillämpning som följer därav är given. Men tolkningen av enskilda bestämmelser i RNL på grundval av RNL 1 § är alltifrån självklar. Om 1993 års tillägg i 1 § läses ordagrant blir det fel. Det motsatta gäller också. I förhållande till ”samisk” urminnes hävd har gränsdragningskommissionen nämnt att om förutsättningarna för urminnes hävd tillämpas på vanligt sätt finns en risk att syftet med lagändringen 1993 istället ”paradoxalt leder till en försvagning av samernas rätt”.¹⁵⁹ Jag kan bara instämma.

Den bärande idén i urminnes hävd var – och är fortfarande – att bruk under lång tid grundlägger en rätt, äganderätt eller en mer begränsad rättighet. Denna idé tycks dock utmana det moderna rättstänkandet där i princip all rätt är tydlig och lagfäst. En utarbetad rätt via urminnes hävd behöver inte vara lagfäst för att vara giltig och där domstolar inte slagit fast innehållet i rätten eller på vilka om-

¹⁵⁷ Se NOU 2007:13 s. 229 som bl.a. nämner att subjektet för kollektiva rättigheter inte kan vara hela den samiska folkgruppen och Funderud Skogvang, Samerett s. 269 med hänvisningar.

¹⁵⁸ Se vidare i Funderud Skogvang s. 274–277. Notera även att den nya norska reindriftsloven skiljer mycket tydligare mellan olika grupper inom renbetesdistriktet, och siidan i olika konstellationer är ett viktigt organ för renskötselns bedrivande.

¹⁵⁹ SOU 2006:14 s. 388.

råden rätten gäller, blir det lätt vagt och otydligt. I föreställningen om rättigheter som växer fram ur bruk ligger även att sedvanan tillmäts stor betydelse, och tidigare utgjorde sedvanan eller lokala traditioner en bärande rättskälla. I tillämpningen av urminnes hävd blev urminnes hävd och sedvana mer eller mindre identiska begrepp.¹⁶⁰ Intressant nog nämner Ågren även att den kulturella förståelsen av hävd under tidigmodern tid var slående lik den engelska rättens sedvanebegrepp.¹⁶¹ I min egen analys av kanadensisk och ny zeeländsk rätt har jag blivit förvånad över de många likheter som finns angående rättigheternas karaktär. Även här är sedvanan betydelsefull.

Sett i ett större perspektiv blir urminnes hävd och sedvana därför i någon mån synonyma begrepp. Sedvanan, dvs. det sätt som markområden eller naturresurser blivit brukade, anger i stort sett innehållet i begränsade rättigheter. Med andra ord, sådana begränsade rättigheter som grundas på urminnes hävd får sitt innehåll av det bruk som förekommit i det enskilda fallet. Det är bl.a. mot denna bakgrund jag benämner samiska rättigheter såsom en (samisk) sedvanerätt. Det förhållandet att renskötselrätten ytterst är oberoende av lagstiftning för sin giltighet, talar också för att rätten kan karaktäriseras såsom en sedvanerätt. Samiska sedvanerätter är av en så speciell karaktär att de näppeligen kan jämföras med andra rättigheter, och följaktligen bör betecknas såsom en rätt *sui generis*, något som även bl.a. kanadensisk rätt erkänner *visavi aboriginal rights*. Ett sådant erkännande i svensk (och nordisk rätt) bör föranleda anpassningar och en friare bedömning av samiska rättigheter av lagstiftare såväl som av domstolar.

Vad som närmare menas med sedvanerätt är dock oklart i svensk rätt, men torde karaktärisera både en specifik rättighet och en rättskälla. Samisk sedvanerätt torde även i vissa sammanhang kunna förstås såsom synonymt med en samisk rättsuppfattning. Åtminstone i norsk rätt ses samisk rätt som bestående av samiska sedvanor och

¹⁶⁰ Ågren s. 154 f.

¹⁶¹ Se Ågren, *Asserting One's Rights: Swedish Property Law in the Transition from Community Law to State Law* på <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/19.2/agren.html>, på 110.

rättsuppfattningar.¹⁶² Sedvanerätt i betydelsen rättskälla (inom svensk rätt) är troligen att betrakta såsom obsolet. Den är inte längre använd som rättskälla i fastighetsrättsliga sammanhang och räknas inte bland de övriga rättskällorna i modern juridisk litteratur. Det torde framgå av min redogörelse i artikeln att jag implicit argumenterar för en expanderad rättskällelära i samerättsliga sammanhang, där även sedvanerätten fästs uppmärksamhet på.

I förslaget till nordisk samekonvention¹⁶³ stadgar artikel 9 att »[s]taterna ska visa tillbörlig respekt för det samiska folkets rättsuppfattningar, rättsliga traditioner och sedvanor». Detta ska gälla såväl för lagstiftningsarbete som för rättstillämpning. Nu är inte samekonventionen ratificerad, men om den blir det föreslås bestämmelserna gälla direkt såsom nationell lag.¹⁶⁴ I övrigt utgör konventionen en miniminivå för samiska rättigheter och tanken är att landsgränserna ska utgöra minsta möjliga hinder för utvecklingen av den samiska kulturen, dvs. en viss harmonisering av rätten.¹⁶⁵ På längre sikt torde det betyda en tillnärmning av rätten i Norge, Sverige och Finland på samerättens område. En sådan utveckling torde då även innebära att nationella domstolar bör beakta rättsutvecklingen i de övriga två länderna, något som i svensk rätt sannolikt skulle verka i positiv riktning för t.ex. en anpassning av institutet urminnes hävd.

Slutligen, artikeln har genom att belysa frågan om urminnes hävd och samebyindelning lyft fram en del av samerättens komplicerade karaktär. Det är, som jag nämnde inledningsvis, ett område där allmän och speciell fastighetsrätt överlappar och bryter in i varandra. Det finns många fler intrikata rättsliga problem, vilka också skymtar fram i redogörelsen. Tyvärr är det förhållandevis få jurister som engagerat sig i samerättsliga frågor.¹⁶⁶ Förhoppningen är därför att fler

¹⁶² Jfr Funderud Skogvang kap. 3 som ger exempel på detta i norsk rätt.

¹⁶³ Se Nordisk samekonvensjon. Utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe.

¹⁶⁴ Artikel 46.

¹⁶⁵ Jfr artiklarna 1, 2, 6, 8, 10 och 11.

¹⁶⁶ Den jurist som skrivit mest i ämnet är Bertil Bengtsson, som även ofta får agera expert vid div. utredningar.

jurister på sikt finner intresse bl.a. i den komplexa och bristfälliga lagstiftningen. Men för att locka fler hågade jurister till rättsområdet krävs att forskningsfrågorna görs mer kända och tilltalande. Min förhoppning är att artikeln kan bidra till detta.

Källor

Litteratur, m.m.

- Allard, Christina (2006) *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: Luleå tekniska universitet, 2006:32. ISSN 1402-1544.
- Bengtsson, Bertil (1983) *Om fastighetsbesittning och besittningsrubbnings* i 14 uppsatser 1983–1991: ersättningsrätt, kontraktsrätt, fastighetsrätt, offentlig rätt och processrätt. Stockholm: Norstedts Juridik. ISBN 91-38-50093-0.
- Bengtsson, Bertil (1996) *Grundlagen och fastighetsrätten*. Stockholm: Nerenius & Santérus Förlag. ISBN 91-88384-84-5.
- Bengtsson, Bertil (2003) *Om kollektiv renskötselrätt* i 21 uppsatser. Skadestånd och försäkring. Grundlag, fastighetsrätt och miljö. Ur domarens synvinkel. (Festskrift till Gösta Walin, 2002). Lund: Juristförlaget i Lund. ISBN 91-544-2581-6.
- Bengtsson, Bertil (2004) *Samerätt. En översikt*. Stockholm: Norstedts Juridik AB. ISBN 91-39-01081-3.
- Eriksen, Gunnar (2008) *Alders tids bruk*. Bergen: Fagbokfolaget. ISBN 978-82-450-0555-4.
- Eriksen, Gunnar *Samiske sedvaner og bruk av naturresurser før og etter Selbu- og Svartskogendommene fra 2001* i *Kritisk Juss* 2004 nr. 3 s. 289–304.
- Falkanger, Thor och Falkanger, Aage Thor (2006) *Tingsrett*. 6 uppl. Oslo: Universitetsforlaget. ISBN 978-82-15-01068-7.
- Funderud Skogvang, Susann (2009) *Samerett*. 2 uppl. Oslo: Universitetsforlaget. ISBN 978-82-15-01340-4.

- Hafström, Gerhard (1969) *Den svenska fastighetsrättens historia*. 3:e uppl. Lund: Juridiska föreningen i Lund.
- Helander, Elina (2004) *Samiska rättsuppfattningar*. Juridica Lapponica 30. Rovaniemi: University of Lapland. ISBN 951-634-941-2.
- Kjellström, Rolf (2000) *Samerna och landskapet* i Svanberg, Ingvar & Tunón, Håkan (red.) *Samisk etnobiologi. – Människor, djur och växter i norr*. Nora: Nya Doxa. ISBN 91-578-0347-1.
- Nordisk samekonvensjon* (2005). Utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekpertzgruppe. Avgitt 26. oktober 2005.
- Renägare och renskötsel företag. Rennäringens struktur 1994–2001*. Rapport 2003:14. Jordbruksverket.
- Svenska Akademiens ordbok(SAOB)*, på <http://g3.spraakdata.gu.se/saob/> (hämtad 2009-11-10)
- Svensk rennäring* (1999). Statistiska centralbyrån, m fl. ISBN 91-618-1024-X.
- Päiviö, Nils-Johan (2001) *Lapps kattelandens rättsliga utveckling i Sverige: en utredning om lapps kattelandens och de samiska rättigheternas utveckling från mitten av 1600-talet till 1886-års renbeteslag*. Diedut No.3 2001. Kautokeino: Nordisk Samisk Institutt. ISSN 0332-7779.
- Torp, Eivind (2008) *Renskötselrätten och rätten till naturresurserna. Om rättslig reglering av mark- och resursanvändningen på renbetesmarken i Sverige*. Tromsø: Universitetet i Tromsø.
- Undén, Östen (1965) *Svensk sakrätt II. Fast egendom*. Förra avdelningen. 5 uppl. Lund: Gleerup Bokförlag.
- Ågren, Maria (1997) *Att hävda sin rätt. Synen på jordägandet i 1600-talets Sverige, speglad i institutet urminnes hävd*. Institutet för rättshistorisk forskning. ISBN 91-85190-58-6.
- Ågren, Maria (2001) *Asserting One's Rights: Swedish Property Law in the Transition from Community Law to State Law* in Law and History Review Vol. 19 Issue 2 2001. (<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/19.2/agren.html>, hämtad 2009-11-16).

Offentligt tryck

- Ds 2009:40. *Vissa samepolitiska frågor*
SOU 1960:25 II. *Lagberedningens förslag till jordabalk m.m.*
SOU 1968:16. *Rennäringen i Sverige*
SOU 1989:41. *Samerätt och sameting*
SOU 2001:101. *En ny rennäringsspolitik – öppna samebyar och samverkan med andra markanvändare*
SOU 2005:17. *Vem får jaga och fiska? Rätt till jakt och fiske i lappmarkerna och på renbetesfjällen*
SOU 2005:79. *Vem får jaga och fiska? Historia, folkrätt och miljö*
SOU 2006:14. *Samernas sedvanemarker*
Prop. 1928:43. *Förslag till renbeteslag*
Prop. 1971:51. *Förslag till rennäringsslag, m.m.*
Prop. 1992/93:32. *Samerna och samisk kultur, m.m.*
Prop. 2005/06:86. *Ett ökat samiskt inflytande*

Utländskt offentligt tryck

- NOU 2007:13. *Den nye sameretten*

Rättsfall

- Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1966-1998 och 2061-62-1998, meddelad 2001-07-06
Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1191-2000, meddelad 2000-06-19
Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2880-2000, meddelad 2001-07-06
Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2881-82-2000, meddelad 2001-07-06
Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1349-1355-2000, meddelad 2002-09-11
Länsrätten i Norrbottens län mål nr 1815-1817-09 och 2089-09, meddelad 2009-12-11
NJA 1885 s. 357
NJA 1911 s. 257

NJA 1919 s. 88
NJA 1922 s. 185
NJA 1923 s. 69
NJA 1932 s. 124
NJA 1932 s. 144
NJA 1932 s. 314
NJA 1941 s. 542
NJA 1950 s. 450
NJA 1981 s.1
NJA 1984 s. 148
RH 1990:18
Regeringsrätten mål nr 4931–4933-2001
RÅ 1999 not. 76
RÅ 2000 not. 82
RÅ 2001 not. 183

Utländska rättsfall

Calder v. The Attorney General of British Columbia [1973] S.C.R 313
Rt. 2001 s. 769
Rt. 2001 s. 1229