

Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis

Om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur
Gunnar Eriksen

Gunnar Eriksen: The tolerance of Saami culture and legal thinking in Norwegian Supreme Court rulings; The clash between an oral and a text based legal culture

KART OG PLAN, Vol. 62, pp. 228-245, P.O.B. 5029, N-1432 Ås, ISSN 0047-3278

A major problem for all indigenous peoples who live under the legal rule of a majority population is that their legal culture is often based on oral traditions, which suffer because of the text-based legal culture of the majority population. After a brief historic review of the relations between the Saami and the Norwegians, the author discusses the significance of Saami customary law and other elements of Saami legal thinking. The author discusses whether traditional elements from Saami culture could be of relevance in future court cases by analyzing the use of analogous material in a ruling from the Canadian Supreme Court. In the main part of the article, the author discusses whether or not important rulings from the Norwegian Supreme Court concerning the Saami have taken Saami legal thinking in consideration. The author concludes that the recent Supreme Court rulings in the Selbu and Svartskog cases mark a new age for the significance of Saami legal thinking, and their cultural heritage.

Key words: Saami law, Indigenous people, Land rights.

Gunnar Eriksen, assistant professor at the Faculty of law, University of Tromsø, N-9037 Tromsø, Norway. E-Mail: gunnar.eriksen@jus.uit.no.

1. Innledning

En tekstbasert rettskultur vil alltid vinne fram overfor en rettskultur basert på muntlige tradisjoner, som for eksempel den samiske rettskulturen, særlig når det er den tekstbaserte kulturens rettslige institusjoner som er arena for møtet. Med dette som utgangspunkt ønsker jeg å sette søkelyset på ur- og stammefolks rettskulturelle hemsko i alle land hvor en annen etnisk gruppe både har vært majoritetsbefolkning og statsbærende sett gjennom vestlige øyne. Dette inntrykket har blitt forsterket ved tendensen til at det i alle land med stamme- og urfolk innenfor sine nasjonale grenser, har det vært majoritetsbefolkningens positive rett som måtte påberopes, for å få prøvet saken for domstolene. Rettighetskrav basert på urfolks egne tradisjoner og rettsoppfatninger har i alle fall fram til de siste 10-20 årene hatt vanskelig for å føre noen vei. Canada og Australia er de land hvor urfolks sedvanebaserte

rettighetskrav først begynte å bli hørt.

I Norge, og i nabolandene med samisk befolkning, er de lover, traktater, resolusjoner, rettsavgjørelser og andre rettssteker som omhandler samer og samiske rettsforhold fra 1751 fram til den helt seneste tid produsert av norske myndigheter med liten samisk medvirkning og representasjon. ¹Eksempler på at samer har mislykkes med å få medhold i rettighetskrav på basis av positiv rett, finnes det mange av. Et talende eksempel er den prinsipielle avgjørelsen fra den svenske Högsta Domstolen i «Skattefjällsmålet», i NJA 1981 s. 1. ²En av anførselene til samene i Jämtland var at de var eiere av de omtvistede fjellområdene på grunnlag av norsk rett før 1645, da områdene ennå lå til Danmark-Norge. Anførselen falt raskt. Det var ingen holdepunkter for at den dansk-norske kongen hadde innrømmet samene eiendomsrett over området. Heller ikke etter svensk rett kunne samene anses å være eiere av

¹Første gang samer var med i en lovkomite var i Den finmarkske Fjeldfin-Kommission av 1875, som forberedte lov av 23. juni 1888 nr. 2 om forskjellige Forhold vedkommende Fjeldfinerne i Finnmarkens Amt. Det skulle gå lang tid før samer igjen var representert i lovutredningsarbeid.

²Se også Lars Nila Lasko, Skattefjällsmålet (Guovdeageidnu 1992), s. 31 ff.

fjell- og skogområdene de hadde brukt og besittet fra alders tid.

Fra saker som «Skattefjällsmålet» kan vi umiddelbart trekke den lærdom at fortidige rettstekster må leses i lys av den historiske og kulturelle konteksten de ble til i. Dette innebærer at oppfatningen omkring samiske rettighetssspørsmål slik de opp til våre dager er blitt definert av den norske og nordiske lovgivere og rettsanvendere, må bringes i samsvar med både samisk rettstenking og rettskultur og den internasjonale utviklingen av urbefolkningsrettigheter. I norsk høyesterettspraksis har det skjedd en tilvenning til samiske praksiser, samisk kultur og rettstenking som representerer et langt steg i riktig retning av anerkjennelse og likestilling av slike kilder med tilsvarende tanke. Dette skjedde gjennom to dommer som ble avsagt høsten 2001. Disse to dommene skal behandles mer inngående senere.

I det følgende vil jeg kort gå igjennom det historiske forholdet mellom samer og nordmenn. Med fortsatt utgangspunkt i postulatet om at tekstbaserte rettskulturer alltid vinner fram overfor muntlige rettskulturer, vil jeg påvise hvordan den norske tekstbaserte rettskulturen har virket overfor den samiske muntlige rettstradisjonen. Her vil jeg igjen bygge på et postulat – at den norske lovgivningen og rettsanvendelsen for øvrig har virket som et effektivt koloniasatorisk verkøy, som har virket undertrykkende på den samiske befolkningen både direkte og indirekte. Dette førte til at den samiske kultur nesten ble assimilert inn den norske. Deretter skal jeg si litt om innholdet i begrepene sedvane og rettsoppfatning. Til slutt skal vi se på utviklingen i norsk høyesterettspraksis – fra tiden da samisk kultur og levemåte nesten ikke ble tatt hensyn til, til en utvikling mot avgjørelser hvor samiske rettsoppfatninger har hatt innflytelse på resultatet i konkrete saker.

2. Kort historisk oversikt over forholdet mellom samer og nordmenn fram til nyere tid

Samene har hatt tilhold i de nordlige delene av territoriene av dagens Norge, Sverige, Finland og Russland, i hvert fall i de siste 2000 år, og sannsynligvis enda lenger. Hvor samene opprinnelig kom fra, har det vært en del uenighet om blant arkeologer og andre

som har forsket på samefolkets historie. En sentral teori går ut på at samene kan være en sammensmelting av flere folkegrupper som fulgte isens nedsmelting for over 10.000 år siden. Dette støttes av at Finnmark har Norges eldste arkeologiske bosetningsfunn fra ca. 8000 år f. Kr. Uansett er folkegruppene som i dag holder til i de samiske kjerneområdene preget av sammensmelting. I historisk sammenheng refereres dette til som 'de tre stammers møte'.

Sammenhengende norsk bosetting på Finnmarksysten er ikke kjent før i norsk middelalder, på slutten av 1200-tallet. I Tromsø ble det bygd en kirke på midten av 1200-tallet, referert til som «Den Hellige Marias kirke i Trums nær hedningene», i et pavebrev fra 1308. De skiftende herskerne over Norge hadde ingen eksklusiv jurisdiksjon over større områder i det nåværende Finnmark i ca. 300 år etter den første faste norske bosettingen. Først ved freden i Knæred etter Kalmalkrigen i 1613, måtte svenskene oppgi sitt krav på hele Finnmark. Da kom kysten og de kystnære distriktene i det nåværende Finnmark under dansk-norsk jurisdiksjon, og svenskekongen fraskrev seg også skatleggingsretten over sjøsamene i dette området. Indre Finnmark var under svensk jurisdiksjon helt fram til 1751, men området var det også dansk-norsk skatlegging. Under svensk overhøyhet hadde samene i Indre Finnmark en langt videre selvbestemmelsesrett enn etter Danmark-Norges jurisdiksjonsovertakelse.

Det er et som nevnt et særtrekk ved koloniasjonshistorien i Finnmark at det er lite som tyder på at den dansk-norske kongen ervervet eiendomsrett til grunnen i den nye områdene gjennom grensekonvensjonene av 1751 og 1826. Disse statshandlingene var jurisdiksjonsavklaringer som neppe kunne ses på som okkupasjonshandlinger overfor herreløse eller tilsynelatende herreløse landområder som f. eks i Australia, men lignet mer på opprettelsen av en slags buffersone i et utenrikspolitisk ustabilt område, hvor samenes rettigheter ikke var på dagsordenen.

I årene 1742-45 gjorde den dansk-norske majoren Peter Schnitler grenseundersøkelser med tanke på de forestående grenseforhandlingene med Sverige. Av hans undersøkelser fremgår det at det ikke var noen regulert, privat eiendomsrett til grunnen i

disse områdene. Samene var i flertall og brukte naturressursene slik de hadde gjort i uminnelige tider etter sine interne sedvaner. Schnitler oppsummerte at: «Lapperne ... er de ældst-berettigede og saa at sige, odelsbaarne Indvaanere af den egentlige Lapmark, ...».³

Den norske nasjonalstaten fikk som nevnt ikke ensidig statsrettslig suverenitet over samenes kjerneområde i Indre Finnmark før ved grensetraktaten mellom Danmark-Norge, Sverige-Finland, og Russland i 1751. Grensejusteringen avfødte også den første norske rettstekst som omhandlet samene, Lappekodisillen, som var en tilleggstraktat til grensetraktaten. Lappekodisillen garanterte samenes frie overflyttingsrett. Lappekodisillen hadde sin største betydning for de samene som hadde vinterbeiter på svensk side, og som flyttet ut til kysten om sommeren. Kodisillen fungerte også som forutsetningshjemmel for reindriftsretten, og siderettighetene knyttet til reindriftsretten. Kodisillen ble suspendert av senere reinbeitekonvensjoner mellom Norge og Sverige. Under forberedelsen av reinbeitekonvensjonen av 1972 ble det fra norsk side forhandlet frem at Karlstad-konvensjonens art. 1 skulle oppheves, noe som etter norsk oppfatning skulle gjøre det mulig å si opp Lappekodisillen når suspensjonsperioden går ut i 2002.⁴

I Øst-Finnmark var de rettslige og politiske forholdene uklare et godt stykke ut på 1800-tallet. I 1825 kjente ikke fogden til at allmenningene i regionen skulle være eid av staten, og først i 1826 blir grensen mellom nå Sverige-Norge og Finland-Russland juridisk avklart. Ved denne traktaten ble Sverige-Norge tillagt Sør-Varanger, som til da hadde vært under russisk herredømme.

Gjennom jordutvisningsresolusjonen av 1775 ble det mulig for private å erverve eiendommer hovedsaklig til jordbruksformål. Oppfatningen hos norske myndigheter har vært at staten alltid hadde hatt privatrettslig eiendomsrett over grunnen i Finnmark. Denne oppfatningen befester seg på 1800-tallet. I et lovforslag om salg av statsallmenninger fra 1848 får vi en uttalelse om hvilket syn det offentlige hadde på eierforholdet til finnmarksallmenningen.

*«Det egentlige Finmarken ... fra gammel Tid af været betraktet som tilhørende Kongen eller Staten, for det oprindelig kun var beboet af et Nomadefolk, Lapperne, uden faste Boliger.»*⁵

Av oppsto en misoppfatning om at staten har vært til stede i Finnmark for noen andre, slik at spørsmålet om eiendomsretten helt opp til våre dager har vært udiskutabelt.⁶ Dette er en uriktig oppfatning, og det er ingen lenger som hevder dette i dag.⁷ I NOU 1993:34 begrunner flertallet i samerettsutvalgets rettsgruppe statens eiendomsrett til finnmarksallmenningen på en annen måte. Eiendomsretten er etter rettsgruppens oppfatning en følge av en «festnet rettsoppfatning», eller et festnet rettsforhold.⁸ Det kan reises innvendinger mot holdbarheten av denne konstruksjonen. Likeledes må innholdet av en slik «statseiendomsrett» være noe annerledes enn i den private eiendomsrett.⁹

Epoken 1848-1948 er kalt samefolkets mørke århundre, og en medvirkende faktor til det hårde grepet den norske staten festet på samefolket i denne epoken, var Kautokeinoopprøret i 1852. Under denne oppstanden blir både handelsmannen og lensmannen i samebygda drept. Flere av de antatte hovedmennene bak opprøret ble dømt til døden. To av dem ble halshugd.¹⁰

³Lappekommissjonen av 1897, Innstilling av 1904. Bilag 7, s. 42.

⁴Karlstad-konvensjonen fra 1905 angår oppløsningen av unionen med Sverige.

⁵Ot. prp. 21 1848, s. 23. Andre myndighetstemmer kunne uttale seg til samenes fordel, uten at disse ble fremhevet i samtidens beslutningsprosesser. Et eksempel er Byfogd Even Saxlunds uttalelse gjengitt i bilagsdelen til Lappekommissjonen av 1897's innstilling fra 1904, på s. 136: "Fjeldfinnen er den oprindelige Eier af disse nordlige Marker, forsaavidt efter Sagens Natur den første Besiddelsestagelse begrunder Ret til Landstrækningerne. - De Fastboende have i lang Tid søgt at trænge Nomaden bort fra de Strækninger, som han før alene raadede over - og blev Fjeldfinnen, denne særegne Folkestamme, hvis Livsforholde har hindret dem fra at danne nogen særegen Stat, den Svagere i Kampen om Strækningerne, eller rettere, maatte han uden Kamp, af Mangel paa ordnet Samhold, trække sig tilbage, saa tror jeg dog at der i dette Historiske ligger Grund til efter Fornuftens Lov at beskytte Fjeldfinnens Existence, forsaavidt ikke højere Øiemed fordre noget Andet."

⁶Steinar Pedersen, Statens eiendomsrett til grunnen i Finnmark – en del av den interne "kolonihistorie", i Harald Eidheim (red.), Samer og nordmenn, s. 15-38.

⁷Otto Jebens, Om eiendomsretten til grunnen i Indre Finnmark (Oslo 1999), s. 46 ff., hvor han sier at dette har vært den rådende oppfatning "inntil siste menneskealder".

⁸NOU 1993:34, Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark, s. 24-30.

⁹Se nærmere hos Gunnar Eriksen, Norsk tingsrett i Sápmi – en uting, i Retfærd 69

¹⁰Se nærmere hos Nellejet Zorgdrager, De rettferdiges strid, Kautokeino 1852 (Nesbru 1997).

3. Debatten om samiske sedvaner og rettsoppfatningers betydning for retten til å bruke naturressurser

3.1 Innledende bemerkninger

Utredningen av samenes rett til kultur, språk og naturressurser har nå pågått gjennom det statlig oppnevnte samerettsutvalget i over 20 år. Et sentralt punkt i kritikken mot utredningen i NOU 1993:34, var at rettsgruppen verken hadde kapasitet eller kompetanse til å utrede samiske rettsoppfatninger og sedvaner. Som følge av dette ble det igangsatt et forskningsprosjekt om samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Styringsgruppen for forskningsprosjektet avga en serie rapporter og andre bidrag samlet i NOU 2001:34, Samiske sedvaner og rettsoppfatninger.

3.2 Rettsoppfatninger, sedvaner, og sedvanerrett

En drøftelse av disse rettslige grunnbegrepene vil normalt kreve en gjennomgang av historiske kilder og gjengivelse av så mange kontrasterende synspunkter at det ville falle utenfor rammene til denne fremstillingen. Det kan også innvendes at det ikke har så mye for seg å oppstille skiller mellom rettsoppfatninger, sedvaner med varierende faktisk og rettslig karakter, og det rettsdogmatikere vil karakterisere som «ekte» sedvanerrettsdannelse. Det siste vil i snever forstand være sedvaner som ikke strider mot noen rettsregel, rettsprinsipp eller annen ide eller trekk av den herskende rettskulturen. Sedvanerrett bør være bekreftet av en rettsavgjørelse eller annen form for myndighetshandling. Det samme syn gir Kirsti Strøm Bull uttrykk for i NOU 2001:34, der hun på s. 88 sier at:

«Sedvaner en betegnelse på hva man pleier å gjøre, en fast praksis eller tradisjonell handlemåte. Det er intet klart skille mellom sedvaner og rettsoppfatning. Rettsoppfatning i den vide forstand som er nevnt ovenfor, vil også omfatte sedvaner.»

Begrepene rettsoppfatning, sedvane og sedvanerrettsdannelse er altså alt annet enn klare, men de kan sies å handle om forholdet mellom menneskelige forestillinger om hva som er rett og galt, og hvordan disse subjektive forestillingene utkrystalliserer seg

igjennom menneskelig samhandling og samhandlingsmønstre. Det er altså den faktiske bruk som er det sentrale. Et annet trekk ved en rettsoppfatning er at den ikke er individuell, men at den umiddelbart og i gjennom praksis over tid deles av flere. Den må med andre ord være intersubjektiv.

Den typiske sedvanerrettsdannelse skjer når disse oppfatningene manifesterer seg over tid i gjennom åpne faktiske handlinger, typisk i gjennom bruk av naturressurser, med virkning for flere personer eller gruppers rettsstilling. Sedvanerrettsdannelsen kan derfor karakteriseres en ikke-institusjonalisert rettsdannelse med begrenset geografisk anvendelsesområde. Dette gjør sedvaneretsreglene til rettsregler som opererer på det man i retts sosiologien kaller virkelighetsnivået, som ligger under det rettslig institusjonaliserte nivået med alle reglene som vanligvis står i beredskap for å løse konflikter som oppstår på virkelighetsnivået. I denne kategorien sedvaner vil vi finne det som i rettslitteraturen karakteriseres som lokale sedvaner, bygdelagssedvaner, eller samiske sedvaner.

Otto Jebens deler også denne forståelsen av rettsoppfatninger i vid forstand i sin dissens som medlem av rettsgruppen som avga sin innstilling i NOU 1993:34.

«Men i en videre forstand og særlig i eldre tider kan det også være tale om oppfatninger hos en befolkning som ikke reflekterer over hva som måtte være myndighetenes syn, men utspringer av det som i bygdemiljøet anses riktig mht. rettigheter og forpliktelser. Grunnlaget vil da vanligvis være den oppfatning man har fått overlevert fra eldre generasjoner. Endelig kan det være tale om hva befolkningen i et område anser rimelig og rettferdig, ut fra de faktiske forhold i området, og derfor retter seg etter. Slike oppfatninger som er nevnt, vil eventuelt kunne danne grunnlaget for sedvanerett.»¹¹

I tillegg til at sedvaneretsbegrepet er uklart, ligner også sedvanerrettsdannelse svært på reglene om alders tids bruk og hevds. § 8,2, når det gjelder rettigheter til naturressurser. Jeg går ikke nærmere inn på om, og i hvilken grad det er hensiktsmessig å skille mellom disse rettslige grunnlagene. Tidligere var det vanlig å skille mellom objektiv rett (sedvaner) og subjektiv rett (indi-

¹¹NOU 1993:34, s. 385.

viduelle rettigheter bygd på f.eks alders tids bruk).¹²

Hvis vi går ett skritt videre og spør hva som er en samisk rettsoppfatning, eller en samisk sedvane, blir bildet enda mer broket. Hovedproblemet er at samiske sedvaner og rettsoppfatninger har vært neglisjerte i mange hundreår, slik samisk rettstenking som baserer seg på muntlig overlevering, mangler dokumentasjon. Vi kan selvsagt si som utgangspunkt at slik rettstenking springer ut av samisk kultur og av samisk næringstilpassning, klima, geografi og forholdene for øvrig. Vi kan også si at siden det er tale om en muntlig rettskultur, må rettsoppfatninger som bringes videre fra generasjon til generasjon gjennom de tradisjonelle joikene være relevante kilder for å fastlegge samiske sedvaner.¹³ Også utbredelsen av samiske stedsnavn kan fungere som rettslige indikatorer og tolkningsdata, slik som det er forsøkt fremført fra samisk side i mange sammenhenger. Her kan man også lese ut hvilke steder som har hatt religiøs betydning i samenes førkristne religion. Slike hellige steder ligger ofte plassert nær viktige naturbruksområder.

Tradisjonsmateriale er brukt aktivt i Høyesterettssaker i Canada og Australia. I saken *Delgamuukw v. British Columbia* avsa Canadisk Høyesterett dom den 11. Desember 1997. Saken gjaldt indianerstammers søksmål på vegne av sine grupper («Houses»), med krav på eiendomsretten til et 58.000 km² stort landområde i British Columbia. Området ble delt inn i 133 individuelle territorier som 71 «Houses» gjorde krav på. Under saken endret indianerpartene påstanden fra å gjelde «ownership» og «jurisdiction» til «aboriginal title» (en sterk bruksrett) over området. Indianerne anførte som grunnlag for kravet:

«At trial, the appellants' claim was based on their historical use and «ownership» of one or more of the territories. The trial judge held that these are marked, in some cases, by physical and tangible indicators of their association with the territories. He cited as examples totem poles with the Houses' crests carved, or distinctive regalia. In addition, the Gitksan Houses have an «adaawk» which is a

collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a «kungax» which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants.

The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory is a feast hall. This is where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose, but is also used for making important decisions.»

Førstvoterende anerkjenner indianernes praksiser og tradisjoner som rettslig relevante, men går ikke inn på betydningen av materialet i full bredde:

«... required that account be taken of the «aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law» and that «[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each». I also held that the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples: at para. 41. As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use.»

Annenvoterende er enig i resultatet, som ga indianerne krav på å få prøvet saken på nytt, men supplerte med følgende i spørsmålet rundt de bevismessige problemene som oppsto i forhold til indianernes usikkerhet om de skulle påstå eiendomsrett eller «aboriginal title»:

«Before this Court, the appellants sought a declaration of «aboriginal title» but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory in question. The appellants effectively argued on appeal, as they did at trial, that by virtue of their social and land tenure systems --consisting of

¹²Se Gunnar Eriksen, Kollektive bruksrettigheter i grenselandet mellom den subjektive og den objektive rett. Om avgrensingen av den bruksberettigede krets, særlig etter hevdsI. § 8,2, i Skoghøy (red) Fra institutt til fakultet (Tromsø 1997)

¹³Ånde Somby, Yoik and the theory of Knowlegde, i Kunnskap og utvikling, Magnus Haavelsrud, (red), (Tromsø 1995).

Chief authority, Houses, feasts, crests, and totem poles-- they acquired an absolute interest in the claimed territory, including ownership of and jurisdiction over the land.»

Som et eksempel på tradisjonsmateriale i en sak fra Australisk Høyesterett nevner jeg dommen avsagt den 26. desember 1996 i sakene B8/1996 og B9/1996 - *The Wik Peoples v The State of Queensland & Ors; The Thayorre People v The State of Queensland & Ors*, publisert i *High Court of Australia Bulletin 1996 No.9 section*.

Siden urfolks tradisjonsmateriale – enten det har rettslig relevans eller ikke – i hovedsak er muntlig overlevert materiale, er det problematisk å få dokumentert og systematisert materialet. Derest er det en formidabel oppgave å detektere hvor, hvordan, og på hvilke måter slikt tradisjonsmateriale har, og har hatt sin største betydning. I denne fasen kan det være problematisk å skille mellom det som er genuine samiske rettsoppfatninger, og rettsoppfatninger som er tatt opp fra norsk rett. Å belyse de problemene jeg nå har skissert, vil være et formidabelt arbeid hvor utredningen i NOU 2001:34 danner et godt startpunkt. Også det arbeidet som er nedlagt ved Rettshjelpkontoret for Indre Finnmark, må nemnes i denne sammenheng. Gjennom sin forlikspraksis har rettshjelpskontoret belyst og fremhevet en del samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Enkelte er endog et stykke på vei fungerende rett i Indre Finnmark, for eksempel regelen om overdragelse av eiendom til yngste barn.¹⁴

Jeg vil i det følgende fortsette med å se på samiske rettsoppfatninger i vid forstand, ved å forsøke å trekke noen linjer til hvordan samiske rettsforhold er blitt behandlet i noen historiske norske rettssteker, samt i nyere rettspraksis, for å få fram endringene og kontrastene i det offisielle norske synet på det samiske de siste hundreårene.

4. Tilvenningen til det samiske i norsk rettspraksis

4.1 Noen sosiohistoriske utgangspunkter

Årene fra ca 1848 til 1948 kan med rette kal-

les samefolkets hundreårsnatt. Norge opplever i denne tiden en nasjonal oppblomstring i kunst, kultur og politikk som kuliminerer med oppløsningen av unionen med Sverige i 1905. Under Karlstad-forhandlingene (1905) uttalte den norske delegerte Benjamin Vogt:

«... Det var et Livsspørsmål at skabe en jordbrugende norsk Befolkning nordpå - men en stor Lappetrafik var en væsentlig Hindring herfor. En national Befolkning - en Befolkning av norske Jordbrugere, der ved sin Næring var knyttet til Bostedet og som hadde en utpreget norsk Nationalfølelse, var det beste Vern mot Faren fra øst...»¹⁵

I tiden etter 1905 ser vi i det nyetablerte kongedømmet Norge utviklingen av en sterk nasjonal selvfølelse med nyimperialistiske strømninger, som blant annet gjorde de norske polareventyrerne Nansen og Amundsens oppdagelsesferder til polare strøk umåtelig populære i samtiden. Drømmen om et nytt Norgesvelde brast da Norge tapte saken mot Danmark ved den internasjonale domstolen i Haag i 1933, der Norge hevdet å ha historiske rettigheter til Øst-Grønland, for å ha rett til å beholde koloniene som var etablert der i 1931.

I skyggen av disse nasjonale utviklingstrekkene, får vi en negativ utvikling av situasjonen for samene som gruppe. Vi kan si at samenes mørke århundre innledes ved den før nevnte oppfatningen fra 1848 om at Staten alltid hadde vært eier av de samiske områdene i indre Finnmark.¹⁶ I tiden som fulgte, fikk samene oppleve et hundreår med hårdhendt assimilasjonspolitik ispedd sosialdarwinistiske og rasistiske elementer som gjorde livet vanskelig for samer flest.¹⁷

Mellom samer og nordmenn utviklet det seg i denne perioden en dyp kløft av mistro. Et godt uttrykk for hverdagsholdninger kommer til uttrykk gjennom ordtak. Slike ordtak er som sådan interessante som muntlige overleveringer av holdninger og menneskesyn som igjen kan tenkes å ha påvirket retts-syn og rettsanvendelse, i alle fall på administrative nivåer og i mellom private.¹⁸ Fra norsk side hadde man ordtaket: «Det er for-

¹⁴Ingar Nikolaisen Kuoljok mfl., Samiske sedvaner og rettsoppfatninger – en gjennomgang av arkivmaterialet til rettshjelpkontoret Indre Finnmark for tidsrommet 1987-1997, i NOU 2001:34, s. 61 ff.

¹⁵Sitert fra Ånde Somby, Når Høyesterett gjentar No pardon, Den andre prøveforelesningen til doktorgraden i Juss, avholdt 26. februar 1999 på universitetet i Tromsø, i Retfærd 1999 nr 2. s. 19-31

¹⁶Begrepet samenes mørke århundre ble brukt av daværende sametingspresident Ole Henrik Magga i Aftenposten lørdag 3. februar 1996.

¹⁷Se nærmere hos Steinar Pedersen, Fra bruk av naturgodene etter samiske sedvaner til forbud mot jordsalg til ikke-norsktalende og Deandotat: Ei bygd innerst i Tanafjorden, i NOU 2001:34, s. 291 ff, særlig på s. 350-60.

¹⁸Se Pedersen, s. 354-55, som omtaler disse ordtakene. Opprinnelig kilde er språkpioneren Just Qvigstads "Lappische Sprichwörter und Rätsel". Kristiania Etnografiske Museums Skrifter. Bd. I. Hft. 3. (Kristiania 1922).

skjell på folk og finner», som har overlevd opp til våre dager. Ordtaket antyder en kvalitativ forskjell på mennesker, som også et annet ordtak: «Først folk, sia finner», antyder. Desto mer diskriminerende er ordtak som satte samene i slektskap med dyr: «Finnen og hunden er skyldt».¹⁹

På samisk side hadde man også ordtak som tyder på stor mistillit til nordmenn. Ordtak som: «Levra di er svart som hos en nordmann»,²⁰ og: «Ikke snakk. Her er en trestokk med hull»,²¹ er betegnende eksempler. Disse ordtakene ble en del av utsmykningen til det nye sametingsbygningen i Karasjøk, for å minne samene om denne mørke tiden. Ett av ordtakene: «Nå brakk nordmannen penisen»,²² ble imidlertid fjernet fra utsmykningen, da det ble funnet upassende, tiden og forholdene tatt i betraktning.

4.2 Rettspraksis for Selbu- og Svartskogdommene fra 2001

Jeg har i tidligere undersøkelser av rettspraksis om samiske rettigheter til naturressurser, konkludert med at det er først med to høyesterettsavgjørelser fra 1968 at det begynner å blåse en mer samevennlig vind i norsk rettspraksis.²³ Det er et lite paradoks at det er i det alt vesentlige saker fra reindriften som kan identifiseres som spesifikt samerettslige. Dette indikerer to ting, for det første markerer det reindriften som den viktigste samiske kulturbærer, og for det annet fraværet av andre regelsett som beskytter samisk ressursutnyttelse, kultur og leveforhold for øvrig. Det må legges til at det også i lovgivningsaktivitet er en markant forskjell mellom tiden før og etter 1968, med Sameloven fra 1987 som et høydepunkt. I tillegg må utviklingen innen folkeretten ses i samme perspektiv, der FN-konvensjonen for sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP), art. 27, markerer et tidsskille for urfolk verden over.

Rettsavgjørelsene om reindriftsrettigheter fra før 1968 kan oppsummeres som overveiende positivrettslige, der de ledende synspunkter var at reindriften var å betrakte som en «uskyldig nyttesrett», og at dens rettigheter var uttømmende regulert i reindriftslov-

givingen. Dette skyldes det restriktive syn på reindriftsamenes rettigheter som var nedfelt i Reindriftsloven av 1933. Rt. 1955 s. 361 «Marsfjelldommen» er et godt eksempel i så måte. Forut for Reindriftsloven av 1933 ble dette tankegodset nedfelt i utredningene og innstillingen til de tre Lappekommisjonene som var nedsatt på slutten av 1800-tallet. Mest kjent og innflytelsesrik er Lappekommisjonen av 1987's innstilling fra 1904. Det er et tankekors at den kjente og velrennerte juristen P. Kjerchow var sentral i begge disse arbeidene. I norsk juridisk litteratur har Nikolaus Gjelsvik vært den teoretiker som på 1900-tallet har bidratt mest til å danne et bilde av samenes rettigheter som 'prekære' rettigheter av 'allemannsrettskarakter'. Gjelsvik konkluderte med dette i en juridisk utredning som fulgte som bilag til Lappekommisjonens innstilling fra 1904. Utredningen fikk stor betydning for det senere syn på reindriftsamenes rettigheter, som utover 1900-tallet ble betraktet under synsmåten tålt bruk. Gjelsvik uttaler at:

«Staten har mange skoger og andre eienomme, som bygdefolk ikke har noen bruksret i. Hit hører ogsaa statsjorden i Finmarken. Den er ikke almenning, men staten har i stor utstrækning git folk bruksret efter nærmere bestemte regler. ... Den bruksret, staten saaledes har git i Finmarken, er en ret, som staten kan ta tilbake, naar den vil, uten at det er at gaa nogen privatmands ret for nær.»²⁴

I 1968 får vi to betydningsfulle avgjørelser i favør av reindriftsamer, Rt. 1968 s. 394, Brekken-dommen», og Rt. 1968 s. 429 «Altevann II-dommen». I den sistnevnte saken ble to svenske samebyer tilkjent erstatning for bl.a. tapt beite som følge av oppdemning av Altevann i Troms. Med denne avgjørelsen slås det fast at samiske rettigheter har erstatningsrettslig vern. Dette følges opp i en rekke senere rettsavgjørelser. Jeg spesiserer her bare Rt. 1975 s. 1029, hvor det uttales at reindriften er «særlig beskyttet». I «Brekken-dommen» tilsidesettes synspunktet om reindriftsretten som en «uskyldig nyttesrett». Det spesielle med denne avgjørelsen er at samepartene støtter seg til

¹⁹En samtidig engelsk kilde sier at: «The Norwegians threat these Laps more like beasts, or little children, than men». Morrice 1881:52, her sitert fra Pedersen, s. 355, note 461.

²⁰Svart lever er et bilde på et dårlig menneske. Når levra er svart er den uegnet til mat.

²¹Bilde på en nordmann som forstår samisk.

²²Bilde på nordmanns stahet og stivsinn, når det måtte vike.

²³Gunnar Eriksen, Alders tids bruk (Oslo 1993), s. 109 ff.

²⁴Nikolaus Gjelsvik, Norsk Tingsret (Kristiania 1919), s. 113-114.

undersøkelser og utredninger av en norsk forsker, Knut Bergsland. Med dette tar samene for alvor, og med suksess, i bruk tekstbasert vitenskap, som har langt større gjennomslagskraft og bevisverdi enn henvisninger til bruk og sedvaner, som tidligere hadde vært forsøkt dokumentert med henvisninger til muntlige overleveringer av forfedrenes praksis. Altevann- og Brekkensakene markerer et gjennombrudd for aktiv samisk bruk av tradisjons- og kulturmateriale i norsk høyesterettspraksis. Fra anførselene til samepartene, refererer Høyesterett at:

«Ankemotpartene har hevdet at bortsett fra den skatteoppkrevning som fant sted fra russisk, svensk og norsk side var Finnmark og Lappland i eldre tid et område hvor flyttlappene rådde grunnen. Når det gjelder traktene omkring Altevann, viser alle stedsnavn at man har å gjøre med et rent samisk område. Dette ble fra vår til høst brukt av østlapper som om vinteren holdt til på den annen side av fjellet.» (Dommens s. 435).

Selv om reindriften gjennom «Altevannsaken» fikk endelig fastslått sitt ekspropriasjonsrettslige vern, begrenset betydningen av denne saken seg til nettopp det. Selv om «Altevannsaken» er en merkestein i samerettutviklingen, ble den ikke noe gjennombrudd for retten til «land og vann» i seg selv. Dette skyldtes blant annet at reindriftretten fortsatt ble sett på som en næringsrett for samene som gruppe. I Rt. 1968 s. 429, «Altevann»-saken uttaler Høyesterett om dette at:

«... fra historisk tid har lappene i dette bestemte område etablert og festnet en nødvendig bruk i næring.» (Dommens s. 438).

Det er hevdet av så vel av Sverre Tønnesen som av Kirsti Strøm Bull at dette har medført en uheldig dreining av oppfatning om rettighetsgrunnlaget til naturressursene, mot en «løser», og ikke noen konkret, tinglig rett. Sverre Tønnesen uttaler om dette at:

«I vår juridiske tradisjon har man lett for å oppfatte en «næringsrett» som mindre be-

skyttet enn en «tinglig rett». Her må man imidlertid skjære inn til kjernen av problemene. Og da bør det etter min mening ikke være stor tvil om at for eksempel flyttsamenes rett til å drive reindriftnæring på en bestemt måte og på et bestemt sted ikke bør bedømmes annerledes enn sør-norske bondegruppers rett til å drive jordbruk, selv om disse beskyttes av termer som «eiendomsrett» til grunn og «særrett» i almenning.»²⁵

Et eksempel på synspunktet om at reindriftretten er å anse som en kollektiv rett, er Rt. 1975 s. 1029, «Kappfjell»-dommen, når man der uttaler at det er «... flyttsamene som etnisk gruppe som er bærer av denne rett». Det er hevdet at dette representerer en misforståelse, eller en feiltolkning av inngangsvilkåret for å drive reindrift, som er at man er av samisk ætt.²⁶ I NOU 2001:35, Forslag til endringer i reindriftretten, signaliseres det endringer som innebærer at siidaen for fremtiden kan få stilling som rettighetsbærer og forvaltningssubjekt. Det er derfor ikke riktig å si som i Kappfjell-dommen, at det er samene som etnisk gruppe som er bærer av reindriftretten. Det er det reinbeitedistriktet som er, og i fremtiden den enkelte siidagrupper.²⁷

I tiden etter 1968 har den samiske rettighetskampen hatt stor fremgang. Det ble nedsett et eget samerettsutvalg for å utrede samiske rettigheter i 1980, og utvalgets første innstilling fra 1984 ble fulgt opp da Sameloven kom i 1987. Samelovens formål er etter § 1-1 å legge forholdene tilrette for at den samiske folkegruppe i Norge kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsnivå. Dette er også formuleringen i Grunnlovens § 110a om samenes rettsstilling, vedtatt i 1988. I 1989 åpnet første sesjon i Sametinget. Sametinget kan beskrives som dels et politisk/parlamentarisk organ, dels et forvaltningsorgan. Det avholdes samordnede valg til Stor- og Sametinget hvert 4. år.

ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater, ble ratifisert av Norge som første stat i 1990. Denne konvensjonen går meget langt i å

²⁵Sverre Tønnesen, Retten til jorden i Finnmark (Oslo-Bergen-Tromsø 1972), s. 188.

²⁶Kirsti Strøm Bull, Nils Oskal og Mikkel Nils Sara, Reindriften i Finnmark, rettshistorie 1852-1960 (Oslo 2001), s. 268.

²⁷Op. cit., s. 274. Hvis den enkelte siida-gruppe, og ikke reinbeitedistriktet var rettighetsbærer, vil det kunne medføre en utvidelse av reindriftenes erstatningsrettslige vern, på grunn av at tilpasningsplikten må vurderes i forhold til den enkelte siidagrupper. Dette kan belyses med et eksempel. I Ailegas-dommen, Rt. 1986 s. 384, berørte for eksempel inngrepet 0,01 % av distriktets samlede sommerbeiter, noe som ikke ble funnet å overstige tålegrensen, slik at erstatning ikke ble gitt. Hadde inngrepet bare berørt én siidagrupper, hadde inngrepet straks blitt mer omfattende, slik at gruppen isolert sett ville kunne ha kommet i posisjon til å få erstatning.

anerkjenne urfolks rettigheter til naturressurser, slik at ratifikasjonen til nå har hatt mest symbolsk betydning. I Norge må normalt folkeretten gjøres til en del av norsk rett, for at direktivene i teksten skal være bindende med lovs kraft for norske myndigheter. Dette kalles for det dualistiske system.²⁸ Når det gjelder menneskerettighetene, har disse også fått grunnlovvern gjennom GrL § 110c. Gjennom den etterfølgende menneskerettsloven fra 1999, er en del av de sentrale menneskerettighetskonvensjonene blitt gjennomført som norsk rett, blant annet EMK (1950) og SP (1966). ILO-konvensjon nr. 169 ble ikke gjennomført i norsk rett. I tillegg er det erklæringer og konvensjoner som om urfolk som er under utarbeidelse både internasjonalt og i gjennom det nordiske samarbeidet.

I rettspraksis vi sett både seire og tilbakeslag i samenes kamp for å skaffe seg rådighet eller selvbestemmelsesrett over sine naturressurser i tiden etter 1968. Jeg skal omtale noen flere slike saker fra Høyesteretts praksis. Først vil jeg omtale sakene som kan regnes tilbakeslag for samiske interesser, og jeg vil her legge vekt på saker som er eksempler på hvordan den norske tekstbaserte lovgivningskulturen har satt den muntlige sedvanebaserte samiske rettskulturen på sidelinjen. Deretter vil jeg se på sakene som kan regnes som positive for samiske interesser.

I Rt. 1979 s. 1283, «Kåfjorddommen», var det spørsmål om de beiteberettigede i reinbeitedistrikt nr. 26, hadde rett til å ha en slakteplass for rein. Slakteplassen var etablert i første halvdel av 1960-årene på privat grunn i Kåfjordbotn i Finnmark. Plassen ble etter hvert bygget ut med en rekke gjerder. Selve slaktingen ble utført av Kautokeino Produksjonslag som kom til stedet hver høst med et transportabelt slakteanlegg. Grunneierne reiste søksmål i 1975, og fikk medhold i at anlegget ikke kunne bli stående uten samtykke fra Kongen og vederlag etter skjønn, jf. reindr. 1978 §12 annet ledd. Høyesterett fant at de beiteberettigede ikke kunne bygge noen rett på samtykke fra grunneierne eller passivitet, og at de oppsatte gjerder var i strid med §37, jf. §36 i reindriftsloven av 1933. Slik saken lå an, kunne det heller ikke bygges noen rett på alders tids bruk eller den tradisjonelle reindrifts-

rett.

Samene anførte som grunnlag for sine rettigheter samtykke, passivitet, alders tids bruk og den tradisjonelle reindriftsrett. Grunnlagene samtykke og passivitet falt ganske raskt for Høyesterett. Det sentrale spørsmål ble etter dette om retten til slakteplass kunne hjemles innenfor den tradisjonelle reindriftsrett, supplert med alders tids bruk. Høyesterett fant at opplysningene om bruken av eiendommen i gammel tid var sparsomme og motstridende. Det var likevel ikke nødvendig å vurdere reindriftsens omfang og karakter til de forskjellige tider, ettersom det var klart at eiendommen der slakteplassen lå, inngikk i de områder hvor samene etter reindriftslovgivningen kunne utøve reindrift. Etter dette drøfter Høyesterett om reindriftsretten som følger av reindriftslovene av 1933 og 1978 kunne gi rett til å ha slakteplass med slike gjerdeanlegg som det her var tale om. Dette fører til en noe vidløftig drøftelse av hvilke typer gjerder som lovene omfattet, og om forbudet mot visse typer gjerding var gjort av skogvern hensyn.

Samene anførte også at den tradisjonelle reindriftsrett som den var utøvd fra alders tid, var et rettsgrunnlag sidestilt med loven, og at denne retten var dynamisk eller ekspansiv, slik at den tilpasset seg reindriftsens behov til enhver tid. Dette er påberopelse av et «særlig rettsforhold», jf. reindr. § 9,1, som kan være hjemmel for avvik fra reindriftslovens normalbestemmelser, eller supplere loven der den tier.

Høyesterett sier seg videre enig med samene at 1933-loven ikke ga en uttømmende angivelse av samenes rettigheter for så vidt som rettighetene kunne tenkes å ha et særlig grunnlag, så som alders tids bruk. Likevel mener Høyesterett at 1933-loven ga en utømmende regulering hva angikk samenes generelle rettigheter, med henvisning til bl.a. «Marsfjelldommen».

Hva så med aksepten for bruk av kultur- og tradisjonsmateriale etter den tilsynelatende suksess dette hadde i avgjørelsene fra 1968? I Kåfjorddommen sier Høyesterett at samenes tradisjon og praksis kunne være tolkningsmomenter ved bruk av loven, men ga det ingen veiledning i dette tilfellet.

Også rent dokumentbaserte rettslige innsigelser fra samenes side slo kapitalt feil i

²⁸Se Rt. 1997 s. 580, som bekrefter at dette fremdeles er utgangspunktet.

denne saken. Samepartene viste til et forbehold i skjøtet ved overdragelsen til de private grunneierne i 1855. Dette forbeholdet skulle sikre samene rett til flyttevei. Høyesterett mente at forbeholdet måtte ses i sammenheng med de da gjeldende koloniasatoriske bestemmelser om jordsalg i Finnmark. I dag måtte disse bestemmelsene etter Høyesteretts syn derfor være uten betydning, slik at grunneieren hadde full og uinnskrenket eierrådighet. Dette standpunktet er jeg uenig i. Etter mitt syn kan det likeså godt ses slik at eiendommen ved frasalget fra staten ble påheftet en rettighet til fordel for reindriften som senere ikke har falt bort.

I Rt. 1981 s. 1215, «Trollheimdommen», gjaldt det to samefamiliers reindrift i Trollheimen og tilstøtende områder. I alt dreide seg om et område på 1,3 mill. dekar fordelt på kommunene Oppdal, Rennebu, Surnadal og Sunndal.

Området ligger utenfor reinbeitedistrikt, men ble i ettertid regulert til reindrift gjennom lov av 21. des. 1984 nr. 101. Dette ble gjort for å sikre den samiske reindriften i området. Det er nok på det rene at «Trollheimdommen» har vært årsaken til tilblivelsen av denne loven. Ifølge særloven gjelder reindriftslovens bestemmelser så langt de passer. Bruksutøvelse som nevnt i reindr. § 9 nr. 4 og 5, jfr. §§ 13, 14 og 15, er likevel unntatt.²⁹

For Høyesterett påberopte samene seg at de hadde ervervet reindriftsrett gjennom historisk bruk, hevd, eller alders tids bruk. I denne saken ble det lagt fram mye nytt historisk og etnologisk forskningsmateriale som brakte inn ny viten om sørsamenes historiske bakgrunn i området. Høyesterett valgte likevel å legge avgjørende vekt på de «undersøkelser» som var gjort av Lappekommisjonen av 1889, til tross for anførslene om at disse var farget av den tidens historieopfatning og syn på samene. Høyesterett gir likevel den gamle lappekommisjonens rapport og tilråinger forrang, med den begrunnelse at kommisjonens undersøkelse «... vitner om stor grundighet».

Samepartene anførte at det hadde foreligget en samisk tradisjon som var eldre enn både reguleringslovgivningen og den norske befolknings bruk. Dette lot Høyesterett ligge.

Dette skjedde fordi Høyesterett fant at en slik historisk rett ikke var tilstrekkelig bevist. Hevdsanførselen falt på manglende hevdstid. Dette fordi Høyesterett antok at hevdten måtte være fullført før det ble lagt ned forbud mot reindrift i Trollheimen, gjennom resolusjoner gitt i tiden 1899-1902. På grunn av usikre opplysninger, og at de aktuelle forfedre til dagens brukere hadde flyttet rundt omkring, ble det ikke funnet godtgjort at 20 års hevdstid var fullført. Bruksvilkåret var det etter dette ikke nødvendig å vurdere, men Høyesterett gjør det likevel. Høyesterett legger også ved vurderingen av samenes bruk en restriktiv oppfatning til grunn. En poengterer at samene ikke har drevet reindrift over hele dette store området i full hevdstid. Bruksvilkåret er ikke oppfylt, sies det, når «... reinen mer leilighetsvis har kommet inn på et område. Det må kreves en mer regelmessig bruk.» Dette er etter mitt skjønn nok et eksempel på at Høyesterett ikke tar hensyn til reindriften ekstensive karakterer. Det er nettopp et særtrekk ved reindriften at reinen streifer rundt på store karrige fjellstrekninger for å finne næring. Det er derfor vanskelig å oppfylle de samme krav til kontinuerlig og intensiv bruk som en fastboende jordbruksbefolkning lettere kan gjøre i sin ressursutnyttelse.

Det ble også funnet at hevd i dette tilfelle ville stride mot snikhevdsløven av 1874, da samenes gammer og koier i fjellet ikke ble funnet å tilfredsstille kravet om fast, varig og synbar innretning som er egnet til å gi beskjed om at det foregår bruk av området til reinbeite³⁰. Dette er også merkelig, da man i andre tilfelle har gått langt i å anerkjenne slike innretninger som egnede til å kommunisere relevant bruk av et område. I Rt. 1903 s. 244, ble det funnet at et kumlokk ga tilstrekkelig beskjed om at det gikk en kloakkledning under overflaten, og i Rt. 1914 s. 72 (Trondhjem Overrett) ble det funnet at et seterhus indikerte beiting. Jeg tror at samenes koier og gammer kombinert med andre tegn på tilstedeværelse i området i utgangspunktet skulle kunne tilfredsstille dette kravet. Det er likevel slik at den faste innretning må være av en slik karakter at man slutte seg til at en viss bruk skjer. I Rt. 1911 s. 904 ble der-

²⁹Jf. reindr. § 4.

³⁰Jf. snikhevdsl. 1874 § 2, "... nogen stadig for Brugens Skyld anbragt Indretning".

for en vanlig hytte ikke funnet egnet til å gi noe varsel om at det utøves jakt i området

Hva anførselen om alders tids bruk angår, ble den bare gjort gjeldende for en del av tvis-teområdet. Denne anførselen falt på kravet om god tro. Dette fordi det forelå opplysninger om at samene i de områdene det gjaldt, dels leide beiterettigheter, dels bygde på samtykke.

Dommen er hard mot samene i dette sørsamiske området, og Høyesterett bygger flere steder på Lagmannsrettens vurderinger. Lagmannsretten er på flere punkter direkte ahistoriske og kulturelt enøyde i sitt syn på samenes historie i området. For Høyesterett ble dette forsøkt tatt opp av prosessfullmektigen som anførte at:

«Det er ikke riktig som lagmannsretten uttaler, at tamreindriften i Trollheimen var ny da ordningen med reinbeitedistrikter ble innført ved lappeloven som trådte i kraft i 1884, og at det nærmest må utelukkes at man ved forskningsinnsats vil kunne påvise at samisk folkeelement i dette område forut for de undersøkelser som ble gjort av Lappekomisjonen av 1889. Lagmannsretten viser mangel på forståelse for de problemer som knytter seg til samisk historieforskning, se i denne forbindelse Leif Pareli og Anne Severinsen: «Noen metodeproblemer i sørsamisk historieforskning», tidsskriftet OTTAR nr. 116-117/1979. Det advares her mot å fraskrive samene deres historiske tilhørighet i et område selv om det kjente historiske og arkeologiske kildemateriale synes spinkelt.» (Dommens s. 1219).

Foranledningen var Lagmannsretten nærmest berøvet samene en plass i områdets historie i tiden før 1800-tallet. Dette skjer gjennom såkalt negativ bevisførsel, ved at samene og deres virksomhet ikke gjenfinnes i norske dokumenter i noe omfang fra denne perioden. Foruten å vise en kald skulder til all nyere forskning på området, viser også Lagmannsretten at man i dette tilfellet intuitivt legger vekt på gamle rettstekster, selv om disse har liten relevans isolert sett, har de åpenbart stor autoritet i seg selv. Også tendensen til å se historien som gjennom rettslige «milepæler» kan trekkes fram. Både Lappekodisillen, Felleslappeloven og Lappekomisjonen brukes som fastpunkter i Lagmannsrettens historiesyn. Dette medfører etter mitt syn en rettsliggjøring av historien som klart går i samenes disfavør, noe som det

nedenstående dokumenterer:

«Ordningen med reinbeitedistrikter ble innført med lappeloven, som trådte i kraft fra 1. januar 1884. På denne tid var tamreindriften i Trollheimen ny. Den ble drevet av innflyttere fra andre distrikter og uten sammenheng med tidligere tamreindrift i området. Av Reinbeitekomisjonens undersøkelser må man tvert imot kunne slutte at det i den nærmeste forutgående periode ikke var samer og tamreindrift i Trollheimen.

Det utelukker selvsagt ikke at man ved å gå lenger tilbake i tiden kan finne spor etter reindriftssamer, men skal dette tillegges noen praktisk betydning, må det ikke bare dreie seg om et sporadisk og tilfeldig nærvær, men om en virkelig bosetning, som den man har i de samiske kjerneområder.

Og det må anses utelukket at man - selv med en betydelig forskningsinnsats - vil kunne påvise et slikt samisk folkeelement i dette område. For i så fall måtte det ha etterlatt seg spor i andre historiske kilder, som nå er fullt tilgjengelige, f.eks. i kirkebøker eller andre offentlige protokoller, embetsmessige innberetninger, klageskrifter o.s.v.» (Dommens s. 1244).

Den neste sak er Rt. 1988 s 1217, «Kors-sjøfjelldommen». Her var det spørsmål om utstrekningen av reinbeiteretten innen reinbeitedistriktets grenser. Reineierne i reinbeitedistriktene Riast-Hylling og Essand hadde vinterbeite i det sønnenforliggende Femunden reinbeitedistrikt. De hevdet prinsipalt at beiteretten gikk ut til grensen for reinbeitedistriktet uansett hvilken bruk som hadde funnet sted fra gammelt av, med begrunnelse i at dette fulgte av reindr. § 2. Høyesterett slår innledningsvis fast at det ikke hersker uenighet om at samene hadde vunnet rett til reindrift i området før vedtagelsen av lappeloven av 1883, som åpnet for inndeling i reinbeitedistrikter. Samene anførte at det etter inndelingen i reinbeitedistrikter ble etablert en administrativ praksis basert på oppfatningen om at grensene for beiteområdene og reinbeitedistriktene var identiske. Det ble også ført bevis for at denne praksis forelå. Om dette ikke skulle være avgjørende i seg selv ble det i tillegg argumentert med at næringsshensyn tilsa en slik oppfatning. Ut fra dette kunne en betydelig usikkerhet oppstå, med den følge at næringen mistet betydelige arealer.

Også i denne avgjørelsen anfører same-

partene argumenter som refererer til muntlig rettstradisjon, kultur og levevis. Ut fra næringens ekstensive karakter, ga det seg selv at man i denne som i mange andre saker fikk problemer når man skulle påvise en skiftende bruk som hadde etterlatt seg få spor. Samepartene hevdet at en derfor ikke kunne stille de samme strenge beviskrav til bruken som man ellers gjorde i norsk rett. En rekke særegne forhold ved samisk kultur- og levemåte måtte derfor vektlegges, bl.a. måtte det som tolkningsbakgrunn tas hensyn til samenes kultur, religion, og bosetting. Likeledes måtte det vektlegges at man i samisk kultur baserte sin historie og tradisjoner på muntlige overleveringer. Ut fra dette måtte man ikke stille så strenge krav til bruksvilkåret, men heller la uregelmessig bruk oppveies av den lange tids bruk. Samepartene hevdet subsidiært at Lappekommisjonen ikke hadde vurdert brukens utstrekning langt nok bakover i tid. Det ble også anført at Lappekommisjonens innstilling var gammel, preget av datidens syn på samer, og at den var skjevt sammensatt, ettersom ingen samer var representert.

Høyesterett la derimot avgjørende vekt på uttalelsene som fremkommer i Lappekommisjonens innstilling (avgitt 1892), og en «bekjendtgjørelse» av Innenriksdepartementet fra 1894. Av disse fremgår det at inndelingen i reinbeitedistrikter ikke hadde til hensikt å røre ved beiterettens utstrekning slik den hadde festnet seg gjennom sedvane eller alders tids bruk. Meningen var heller å sørge for at samene ble solidarisk ansvarlige for ulovlig beiting innen distriktet. Ut fra dette fant Høyesterett at det aldri hadde vært meningen å regulere eller røre ved de da etablerte privatrettslige forhold mellom samer og grunneiere med distriktsordningen. Når det gjaldt den nærmere grensetrekking i dette tilfelle, ble det lagt til grunn at «... ikke enhver mer sporadisk bruk vil kunne gi grunnlag for en beiterett med adgang til regulær beiting i fremtiden». Ut fra den grensen som ble trukket, hadde man gitt mer enn nok, ettersom «næringen dermed har fått beiterett også til områder som bare i mer begrenset utstrekning har vært benyttet».

Som vi ser, faller kravet om full beiterett på alminnelige bevisvurderinger. Dette ska-

per en grunnleggende uvisshet om hvor reindriftsretten gjelder, når den ikke gjelder innenfor reinbeiteområde. Når ikke beiteretten gjelder i hele reinbeitedistriktet, blir det sentrale spørsmål i denne avgjørelsen, som i «Trollheimendommen» blir om bruken oppfyller kravene stilt gjennom norske tingsrettslige prinsipper. Det er tydelig at det også her ikke blir tatt hensyn til de særegne forhold som reindriftsnæringens ekstensive, rullerende bruk av store, karrige fjell- og utmarksområder medfører. Det tas heller ikke hensyn til at lang tids bruk kan oppveie eller minke kravene til kontinuitet og intensitet. Dette kunne man etter mitt syn ha gjort ved å gjøre en helhetsvurdering, der de enkelte vilkår for rettserverv etter reglene om alders tids bruk anvendes som avveiningsmarkører med relativ vekt.³¹

Ytterligere et tilbakeslag for samiske reindriftsinteresser kom i Rt. 1997 s. 1608, «Aursundsaken». Tvisten gjaldt retten til reinbeite i et område som ligger i Riast-Hylling reinbeitedistrikt i Sør-Trøndelag i Norge. En rekke bønder og grunneiere hadde saksøkt reinbeitedistriktet. Spørsmålet for Høyesterett var om bøndene og grunneierne hadde rett til å nekte reiene å oppholde seg med reien sin på det omtvistede området, herunder om reiene hadde rett til beite og flytteleier. To spørsmål var sentrale. For det første hvorvidt en 100 år gammel dom hadde rettskraftvirkning på tvisten, ettersom den gamle dommen gjaldt det vesentligste av området. For det andre spørsmålet om hvorvidt det forelå en rett til å drive reindrift på grunnlag av alders tids bruk. Høyesterett konkluderte med at reinbeite innenfor det omtvistede området var uberettiget. En av dommerne dissenterte. Flertallet på fire dommere vek tilbake fra å avgjøre tvisten på grunnlag av reglene om rettskraft, men konkluderte på grunnlag av høyesterettsdommen fra 1897 at reinsamene ikke kunne påberope seg alders tids bruk som rettslig grunnlag for fortsatt beite i Aursund. Dommen ble kraftig kritisert fra mange hold.

Igjen dukker problemet om hvorvidt norske tingsrettslige prinsipper skal gis full og uinnskrenket virkning på bruksforhold som de i utgangspunktet ikke er utviklet med tanke på, opp. Til dette uttaler flertallet seg i tråd med tidligere praksis at man:

³¹Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk* (Oslo 1993), s. 81-84.

«... finner ikke ... at reindriftens egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning kan føre til at det her må stilles vesentlig lempeligere krav til rettserverv ved alders tids bruk enn ellers i tingsretten.» (Dommens s. 1618).

Avgjørelsen får en noe ahistorisk karakter gjennom den betydning den 100 år gamle avgjørelsen i den gamle beitetvisten får for saken. Tidsånden og holdningene mot samer var på den tiden så forskjellig fra dagens at det etter mitt syn alene gjorde det betenkelig å vektlegge avgjørelsen.

Lappekommissjonens arbeid, som Høyesterett i denne og tidligere avgjørelser har vist stor tiltro til, bærer også preg av å være laget i en tid hvor samene ikke sto høyt i kurs ut fra nåtidens mål. Kommisjonen gir i sine innstillinger klart uttrykk for at samene bør vike til fordel for jordbrukets interesser. Kommisjonen begrunner sine synspunkter med at samene er på et lavere utviklingsstrinn, og at de er i veien for de nasjonale interesser. Dette kommer på følgende måte til uttrykk i Lappekommissjonens innstilling av 1892:

«...[N]aar man skal veie Lappernes og de fastboendes gjensidige Rettigheder og Forpligtelser mod hinanden, kan man ikke glemme deres Næringsveies forskjellige Vilkaar; og at Jordbrugerens under det flittige og majsommelige kultiverende arbeide ofte er paalagt Tyngsler og Byrder, medens Lappen, hvis Tilværelse vexler mellem Strabadser og Dovenskab, som regel gaar ganske fri for saadanne...»³²

I innstillingen fra 1897 kommer en gjentagelse og en utdypning:

«...[I] og med dens [reindriftens] Stilling som historisk Overlevering, der ikke i ringe grad virker som Hemske paa udviklingen av bedre berettigede og formaalstjenligere Samfundsinteresser, er Grensene for dens Krav givne. Og disse Grenser maa efter forholdets natur blive vigende ...»³³

En av krasseste kritikerne av «Aursunddommen», Ánde Somby, har i en artikkel som omhandler saken, uttalt at:

«Noen bør i så fall tilby Høyesterett et

etterutdanningskurs der nyere norsk samepolitikk, samisk historie og samisk kulturlære er pensum.»³⁴

For å unngå kulturell enøydhed i fremtidige rettsanvendelse i lignende saker, tar Somby til orde for at gjeldende rettsteori bør inkorporere en norm i den juridiske metoden, som tilsier at et rettskildemateriale også bør vurderes ut fra både hvilken kulturell og situasjonell kontekst det aktuelle materialet stammer fra.

«Tesen om at den kulturelle konteksten er bærer av betydning tar utgangspunkt i den observasjon at hva som regnes som relevant rettslig informasjon, hvilken fortolkningsloggikk som bør gjelde og hvordan rettslige resonnementer kommer til uttrykk vil variere fra kultur til kultur. Således vil dette også vise seg i forskjeller mellom den samiske og den norske kulturen. Den norske rettskulturen i vår tid er en tekstbasert kultur, som baserer sine fortolkninger på deduktiv logikk og som uttrykker sine rettslige resonnementer gjennom nye tekster, eksempelvis gjennom domstekster. Den samiske rettskulturen har derimot basert seg på muntlige kilder og praksiser. Antagelig bør dens kilder fortolkes ved hjelp av narrativ logikk. Og tradisjonelt har slike resonnementer kommet ut som nye beretninger og praksiser.»³⁵

4.3 Selbu- og Svartskogsakene fra 2001. Et paradigmeskifte?

Med Selbu-saken fra Rt. 2001 s. 769, får vi et tidsskille i Høyesteretts behandling av samer og det samiske. Avgjørelsen, som er en plenumsavgjørelse, er på mange måter lik den tidligere omtalte «Korsstjøfjellsaken», og de andre sakene i dette sørsamiske området hvor samene tidligere har møtt mye motgang.

I denne saken var det tvist om Essand og Riast-Hylling reinbeitedistrikter hadde beiterett for sine rein i private utmarksområder innenfor distriktsgrensene i Selbu kommune, Sør-Trøndelag. Utgangspunktet var en tolking av reindriftslovens § 2 første ledd 3. punktum, hvor Høyesterett kom til at bestemmelsen var en presumsjonsregel som

³²Indberetning fra den ved kongelig Resolution av 12te Juli 1889 til undersøgelse af Lappeforholdene i Hedemarkens, Søndre og Nordre Trondhjems Amter anordnede kommission s. 33 andre spalte.

³³Lappekommissjonens innstilling fra 1904, s. 196.

³⁴Ánde Somby, Når Høyesterett gjentar No pardon, Den andre prøveforelesningen til doktorgraden i Juss, avholdt 26. februar 1999 på universitetet i Tromsø, i Retfærd 1999 nr 2. s. 19-31

³⁵Op. cit.

pålegger grunneierne bevisbyrden for at det ikke hefter reindriftsrett på deres eiendommer.³⁶ I hoveddrøftelsen var spørsmålet om samene hadde reindriftsrett i hele det omtvistede området. Høyesterett slår ganske raskt fast et prinsipielt svært viktig prinsipp, nemlig at innholdet av reglene om alders tids bruk må tilpasses samisk kultur, tenkemåte, og de særlige forhold innen reindriften. ILO-konvensjon nr. 169 om stamme- og urfolk i selvstendige stater ga utvilsomt samene status som urfolk i Norge, men Høyesterett fant det ikke nødvendig å gå inn på Norges folkerettslige forpliktelser overfor urfolk. Flertallet uttalte at de norske rettskildene, med den tilpasning som måtte gjøres for reindriften, var tilstrekkelige til å begrunne beiterett i områdene. Mindretallet ville på sin side trekke snevrere grenser for beiteretten. Saken ble behandlet i plenum, jf. plenumsloven § 4 første ledd jf. § 3. Dommen ble avsagt under dissens 9-6.

Med denne avgjørelsen endres synet på at norske tingsrettslige prinsipper og regler gjelder uten tilpasninger for de spesielle forhold som gjør seg gjeldende for reindriften, og ikke minst innenfor samisk kultur generelt. Her tar Høyesterett et endelig farvel med den tidligere tendens til historisk autisme i forhold til samer og samisk kultur. Dette gjøres på en rekke sentrale punkter, som jeg skal gjøre nærmere rede for. For det første pekes det språklige og kulturelle forskjellers betydning i kommunikasjon mellom samer og myndigheter. Misforståelser hos rettsanvendere og andre offentlige beslutningstakere er egnet til å føre til varige og i mange tilfeller uopprettelige konsekvenser. Dette er et forhold som av grunnleggende rettssikkerhetshensyn må tas hensyn til, men som i mange saker ikke har vært satt tilstrekkelig fokus på. Førstvoterende sier om dette at:

«Det må også tas hensyn til at det i kommunikasjon mellom nordmenn og samer kan oppstå misforståelser fordi språklige og kulturelle forskjeller kan medføre at man oppfatter hverandre på en uriktig måte. Dette fremheves også i nyere offentlige utredninger om domstolsorganisasjonen, jf. for eksempel St.meld.nr.23 (2000-2001) side 78 første spalte.» (Dommens s. 792).

Det må tillegges at disse grunnleggende og ganske selvsagte hensynene ikke berøres for første gang i denne dommen. De var fremme også i Rt. 1979 s. 492 «Varfjell-Stifjelldommen».

Saken gjaldt erstatning for ulemper og tapt beitemark påført samene ved oppføringen av et telekommunikasjonsanlegg i Finnmark. Erstatningskravet var foreldet etter de alminnelige regler. Likevel kom både lagmannsretten og Høyesterett til at det i dette tilfelle forelå særegne omstendigheter som medførte at samene ble ansett å ha vært i godtagbar rettsuvitenhet. Momenter i denne vurderingen var at rettsforholdene i Finnmark var uklare, særlig med henblikk på statens grunneidendomsrett. Særlig vekt måtte det legges på samenes særstilling som etnisk minoritetsgruppe. I denne forbindelse ble det pekt på at deres mangelfulle utdanning og språkproblemer lenge har skapt hindringer for dem i deres kommunikasjon med storsamfunnet - hindringer som også er akseptuert ved andre faktorer knyttet til deres særegne leveforhold.

Også norske tingsrettslige grunnprinsipper ble det rokket ved i Selbusaken. Det ble særlig påpekt at man må være bevisst på reindriftens ekstensive karakter. Reindriften bruker store områder, og nomadisk bruk setter etter seg færre fysiske spor i motsetning til bofast jordbruk:

«Da vår sak gjelder beiterett for rein, må det tas hensyn til de særlige forhold innen reindriften. Dette ble også understreket av Lappekommisjonen, jf. innberetningen side 42 første spalte. Det er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. således Rt. 1985 s. 532, Mauken-dommen. 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 reinbeite. Disse forhold må trekkes inn i vurderingen.»

Av konkrete momenter fremhever jeg særlig at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitenes beskaffenhet. Det kan således ikke kreves at reinen har beitet i et bestemt område hvert år. Både av denne grunn og på grunn av samenes nomadiske livsform

³⁶Reindrl. § 2 ble endret etter "Korssjøfjellsaken". I et nytt tredje ledd kom det inn en regel om at grunneier har bevisbyrden for at det ikke hefter reinbeiterett på hans eiendom.

kan avbrudd ikke hindre rettserverv selv om det har hatt atskillig lengde. I denne sammenheng nevner jeg at i Mauken-dommen ble reindriften ansett å ha erstatningsrettslig vern selv om den siden begynnelsen av 1920-tallet ikke hadde vært utøvd i området i over en mannsalder. Men ved avbrudd må det kreves en lengre samlet tidsperiode.

Konsekvensen av at det tas hensyn til reinens natur, er at det må legges vekt på beitemønsteret. Reinen tar store områder i bruk, og omgivelsene, topografi, næringsforhold, vær og vind mv. avgjør områdebruken. Et typisk beitemønster er at den streifer. At reinen har visse kjerneområder for eksempel kalving, betyr ikke at bruksområdet ikke er betydelig større. Rettserverv kan dermed ikke være avskåret utelukkende fordi det er såkalt «streifbeiting» som har funnet sted.

De to distriktene brukes til vår-, sommer- og høstbeite, og intensiteten i bruken av de ulike områdene varierer i løpet av sesongen.» (Dommens s. 789).

Førstvoterende knytter dette i fortsettelsen også opp imot de tidligere sakers tvil om samisk tilstedeværelse i området:

«Videre viser jeg til at da samene var nomader og stort sett brukte organiske materialer som går i forråtnelse, vil det også kunne være vanskelig å finne fysiske spor etter reindriften.

Disse forhold tilsier varsomhet med å trekke slutninger av at man mangler konkrete opplysninger om samenes tilstedeværelse i et område. Dette gjelder ikke minst i Selbu hvor undersøkelsene etter samiske kulturminner har hatt et svært beskjedent omfang.» (Dommens s. 792).

Også tidligere dommers ubegrensede tilitt til Lappekommisjonen ble det indirekte stilt spørsmål ved. På s.791-792 i dommen påpeker førstvoterende at Lappekommisjonen var uten samisk representasjon, at den ga uttrykk for holdninger som for eksempel at reindriften var en døende næring, og ikke minst at de faktiske forhold til dels var annerledes, for eksempel ved at tvisteområdet ikke var så oppdyrket som det er i dag, på den tid kommisjonen var i virksomhet.

Kanskje av mest interesse i vår sammenheng er førstvoterendes uttalelse om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur, og at det må tas særlig hensyn til dette i rettsanvendelsen. Dette represente-

rer et «armstrongsk» skritt inn i fremtiden for Norges Høyesterett ved behandling av samerettslige spørsmål.

«I saker av denne art står man overfor et særlig metodespørsmål: Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk, jf. Pareli og Severinsen: Noen metodeproblemer i sørsamisk historieforskning, trykt i Ottar nr. 116-117 side 29-37 på side 30. På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises. Og dersom de støttes av andre opplysninger, kan de få økt vekt.» (Dommens s. 792).

Kort tid etter Selbu-saken fikk Høyesterett en ny sak som angikk samiske rettsforhold til behandling. Dette var sak som ble behandlet i avdeling og ikke i plenum, men den er like interessant som Selbu-saken. I «Svartskogsaken» i Rt. 2001 s. 1229, gjaldt det spørsmålet om staten var eier av et utmarksområde på 116 km², Svartskogen, i Manddalen i Kåfjord kommune, Troms fylke. Høyesterett kom til, etter en historisk gjennomgang av hvilken bruk som var utøvd og hvor lenge den hadde foregått, at kravene til brukens omfang og varighet oppfylte kravene for brukernes erverv av eiendomsrett etter reglene om alders tids bruk. Kravet til god tro ble drøftet spesielt grundig og ble funnet være oppfylt. Det var ikke avgjørende at den retten Manddalens befolkning hadde ervervet ikke tilsvarte det som gjelder for bygdeallmenninger i sin alminnelighet etter norsk rett. Høyesterett fant at det som følge av det foregående ikke var nødvendig å gå inn på de påberopte folkerettslige rettskildene, men påpekte som støtte for sitt standpunkt at det var i godt samsvar med reglene i ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 nr. 1, 1. punktum, og de hensyn regelen skal ivareta.

Avgjørelsen er særlig interessant fordi den angår en fastboende, samisk jordbruksbefolkning, og ikke reindriftsutøvere, som i Selbusaken. Forskjellen i næringstilpasning mellom jordbruk og reindrift legger jeg i denne sammenheng imidlertid så stor vekt på, etter som språk og kultur er langt på vei felles. Som i Selbusaken, tar Høyesterett hensyn til at nettopp språket kan ha utgjort

en kommunikasjonshindring i mellom norske myndigheter og samene.

«Ved vurderingen må det også legges vekt på at en stor del av befolkningen på denne tiden, etter hva jeg må legge til grunn, behersket det norske språk dårlig. Og som fremhevet i Høyesteretts dom av 21. juni 2001, lnr. 4B/ 2001 (Selbusaken anm.) må det også tas hensyn til at det i kommunikasjon mellom nordmenn og samer kan oppstå misforståelser fordi språklige og kulturelle forskjeller kan medføre at man oppfatter hverandre på en uriktig måte».

Det fremstår som sentralt i domsgrunnene at Manndalingene hadde igjennom lang tid opptrådt samlet mot angrep utenfra på bygdas bruk av Svartskogen, samtidig som de selv ikke gjorde sin interne, intensive bruk til noe stort poeng. I underinstansen, Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, ble Manndalingene tilkjent bruksrett til Svartskogen. Førstvoterende hever blikket over denne nærmest nødvendige «etniske dekkoperasjon» som Manndalingene hadde bedrevet overfor statsmyndighetene i over 100 år, og finner at de må ha vært i god tro i forhold til rettserverv etter reglene om alders tids bruk. De hadde etter dette ikke bare bruksrett, men også eiendomsrett til Svartskogen. I denne forbindelse er det også viktig å nevne at det tas endelig farvel med en annen foreldet tingsrettslig betraktningmåte. Det dreier seg om tendensen til å anse kollektiv utnyttelse av naturressurser som en «uskyldig nyttesrett», et utslag av allemannsretten, tålt bruk, eller om så bare som faktiske hendelser eller tildragelser av ikke rettsskapende karakter. I en avgjørende sekvens av dommen ser førstvoterende på dette på følgende måte:

«Etter min mening må den altomfattende bruken som er beskrevet foran, få større rettslige konsekvenser: Hadde en tilsvarende bruk vært utøvd av personer med annen bakgrunn, ville den ha avspeilt at de mente å eie området. Samene, som har utgjort den dominerende del av Manndalens befolkning, har derimot med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett. Likevel finnes det som påpekt en del eksempler på at de har anvendt formuleringer som gir en sterk indikasjon på en oppfatning om eiendomsrett.

Skulle det hindre rettserverv ved alders tids bruk at det finnes flest eksempler på at de har talt om bruksrett, ville deres rådighetsutøvelse, som i innhold tilsvarer utøvelse av eiendomsrett, bli satt i en ugunstig særstilling i forhold til befolkningen for øvrig.»

Med denne uttalelsen bekrefter Høyesterett inntrykket av at man nå tar hensyn til samiske rettsoppfatninger, når man betoner både det kollektive preg som er sentralt i samisk bruk av naturressurser, og poengterer at man i samisk rettsoppfatning ikke sonderer med justiniansk skarphet mellom eiendoms- og bruksrett. I samisk rettstenking, og kanskje også i eldre norsk rettstenking, var bruken det sentrale.³⁷ At Manndalingene ble tilkjent eiendomsretten, var derfor en naturlig følge av deres enerådende bruk av området.

5. Avsluttende bemerkninger

Vi har sett av gjennomgangen ovenfor at den til tider hardhendte norske rettsanvendelsen overfor den samiske minoritetsbefolkningen helt fram til de siste årene har vært historisk betinget. Å sammenfatte alle årsakssammenhenger i et helhetlig bilde, blir vanskelig. Bildet preges av at samvirke mellom spesielle historiske, politiske og juridiske bakgrunnsfaktorer i vårt land og i nordområdene. Jeg skal avslutningsvis heve blikket litt fra det mer detaljerte juridiske nivået, og forsøke å si noe om noen av de dominerende årsaksfaktorene som kan ha virket inn på samenes rettslige stilling i dag.

Det generelle utgangspunktet kan tas i frykten for det ukjente. Etnisitet er et begrep som grovt sett beskriver at et folk eller en gruppe gjennom språk, kultur og levesett er forskjellig fra majoritetsbefolkningen eller den herskende elite i en stat. Blindsiden av etnisitetsbegrepet er frykten for, eller nedvurderingen av dette forskjellige og annerledes av majoritetsbefolkningen og dens myndighetsrepresentanter. Selv om ettertiden har falsifisert sosialdarwinismen, som skapte et bilde av samene som et underlegenhet folkeslag hvis kultur og levesett var dømt til å gå til grunne, har sosialdarwinismen likevel satt avtrykk i den alminnelige bevissthet hos folk flest, et avtrykk som har holdt seg i den folkelige bevissthet i lang tid

³⁷Mange historikere har pekt på nettopp dette aspektet ved den gamle norske bygselsretten. Som eksempel, med videre henvisninger til andre innlegg i denne debatten, se Knut Dørum, Eiendomsrett og leilendingsrett i Norge 1600-1800, i "Heimen", bind 39 2002, s. 95-108.

etter at den intellektuelle elite forlot den samme tankeretningen. Å gi samene de rettigheter til naturressurser og selvbestemmelse som de har krevd i lang tid, har derfor aldri hatt bred opinionsoppslutning i Norge.

De samiske kjerneområdene er de delene av landet som senest ble lagt til statsterritoriet. Uten å ha noen historisk eiendomsrett å falle tilbake på, har den norske staten slitt hardt for å omdanne statsrettslig suverenitet til statseiendomsrett over området. Dette førte til en relativt hard fornorskings- og ressursreguleringspolitikk. Videre har de samiske kjerneområdene særlig i Finnmark har alltid vært utenrikspolitisk omstridte områder. Norge fikk sin endelige selvstendighet først i 1905, og skepsisen mot naboene i øst har alltid vært stor. Samene, og for så vidt befolkningen i Finnmark generelt, har helt til slutten av den kalde krigen vært regnet som potensielle femtekolonister av den norske staten. I den siste tid har det vært flere avsløringer av politisk overvåking av samer som ikke er en rettsstat verdig.

Noen ganger ser vi at trekk i rettsutviklingen skjer ved tilfeldigheter. Et eksempel på en slik tilfeldighet, er alle høyesterettsavgjørelsene i samenes disfavør, som kom i tiden etter de prinsipielt viktige avgjørelsene i samisk favør i «Altevann-» og «Brekken-sakene» fra 1968. Det er spesielt de to sakene fra Sør-Trøndelag, «Korssjøfjell-» og «Aursund-sakene», som peker seg ut som det jeg vil kategorisere som samerettens «boomerang-saker». Årsaken til at vi får disse sakene, og også «Selbu-saken», som markerer avslutningen på denne epoken, er paradoksalt nok fremveksten av samefolkets krav om anerkjennelse av sin nedarvede rett til «land og vann». Et element i dette arbeidet var å kreve at reindriftsloven av 1978 nedfelte at reindriftsretten bygger på alders tidsbruk – «den førstefødtes rett». Spørsmålet var fremme i både Reindriftslovkomiteens innstilling, den departementale behandling i

proposisjonen, og i Landbrukskomiteens innstilling. I innstillingen fremkommer det at komiteen var av den oppfatning at:³⁸

«... reindriftens rettigheter i det alt vesentlige grunner seg på alders tids bruk og sedvane, og at eventuelle tvister om rettighetenes utstrekning og innhold i alle tilfelle må avgjøres av domstolene.»

Gjennom dette presset mot lovgiver med den hensikt å få etablert at alders tids bruk var reindriftens rettsgrunnlag, fikk man en utilsiktet virkning. Både innen reindriftnæringen og i departementet hadde det, som påpekt av førstvoterende i «Selbu-saken», festnet seg en oppfatning om at reindriftsretten kunne utøves på all utmark innenfor reinbeitedistriktene.³⁹ Gjennom «Korssjøfjellsaken» i Rt. 1988 s. 1217, ble det slått fast at dette ikke var riktig, og at det for å fastlegge utstrekningen av reindriftsretten måtte vurderes hvor det hadde vært beitet fra gammelt av. Reindriftsrettens utstrekning svarte altså til bruken som blir utøvd – ikke til de administrative grensene for distriktene. I St. meld. nr. 28 1991-92, «En bærekraftig reindrift», kom det kraftige reaksjoner på «Korssjøfjellssaken». Regjeringen forsto dommen slik at den fastslo at reindriften ikke hadde det rettsvern som Grunnloven og folkeretten ga samene, og derfor var denne tilstanden «... etter regjeringens oppfatning ikke holdbar...».⁴⁰ Resultatet ble en tvetydig tilføyelse i reindriftsloven, en bevisbyrderregel i § 2 første ledd 3. punktum, som påla grunneierne bevisbyrden for at det ikke heftet reindriftsrett på eiendommene deres. Dette var som allerede nevnt, utgangspunktet i «Selbu-saken», uten at det ble avgjørende for sakens utfall. Hvis ikke presset for å få en rent samepolitisk manifestasjon av at reindriften bygger på alders tids bruk hadde funnet sted, ville vi ikke fått «boomerang-sakene», og neppe «Selbu-saken» heller. Den dag i dag er det fremdeles noen som arbeider aktivt for å gjennomføre målsetningen om at alders tids

³⁸Innst. O. nr. 37 – 1977-78, s. 2.

³⁹Dommen s. 784, hvor Høyesterett uttaler at: "... Høyesteretts dom i Rt. 1988 s. 1217- Korssjøfjell-dommen. Før denne dommen hadde Landbruksdepartementet i lang tid, kanskje helt siden 1930-årene, lagt til grunn at retten til å utøve reindrift omfattet all utmark innenfor reinbeitedistriktene. Dette kom for øvrig også til uttrykk i forarbeidene til den någjeldende reindriftslov, jf. Ot.prp.nr.9 (1976-1977) side 47 første spalte. Ved dommen ble det fastslått at dette ikke er riktig."

⁴⁰St. meld. nr. 28 1991- 92, s. 84 sp. 1.

⁴¹Se Kirsti Strøm Bull, Nils Oskal og Mikkels Nils Sara, Reindriften i Finnmark, Retts historie 1852-1960, s. 266 ff, som er en av flere steder dette behandles i fremstillingen. Dette følges opp i NOU 2001:35, Forslag til endringer i reindriftsloven, et lovutvalg som ble ledet av Kirsti Strøm Bull.

bruk skal lovfestes som reindriftsrettens rettsgrunnlag.⁴¹

Avslutningsvis vil jeg peke på det fortjenstefulle i at Høyesterett har tatt betydningsfulle skritt mot å tilpasse og integrere samiske praksiser og rettsoppfatninger gjennom Selbu- og Svartskogsakene. Jeg tror i tilslutning til det jeg har sagt ovenfor, at denne utviklingen kan, og bør fortsette, ved at man i enda større grad trekker inn samisk tradisjons- og kulturmateriale i rettsanvendelsen. Det er nok ikke alltid slikt materiale vil spille en avgjørende rolle, men hensyntaken til slikt materiale vil i alle fall kunne bidra til å bygge flere broer mellom den norske og samiske rettskulturen, og kan derved bidra til å gi rettsavgjørelser i favør av samiske rettighetskrav større legitimitet.