



Tradisjonelle sedvaner i en moderne tid

- en undersøkelse av samiske sedvaners rettslige vekt i lys av samfunnets utvikling

av Tine Hågensen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Temapresentasjon	3
1.2 Problemstilling	4
1.3 Aktualitet	5
1.4 Spesielle metodespørsmål	6
1.4.1 Metode for løsning av problemstillingen	6
1.4.2 Den rettskildemessige forankringen til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILO-konvensjon 169.	6
1.4.3 Den rettskildemessige betydning av underrettsdommer	9
1.5 Oppgavens struktur	10
2. Sedvanerett	11
2.1 Sedvaner som rettskildefaktor	11
2.2 Betydningen av samiske sedvaner	12
2.2.1 Betydningen av samiske sedvaner for den samiske kulturen	12
2.2.2 Hvilken relevans samiske sedvaner bør ha i norsk rett	14
3. Vurdering av sedvaner i et dynamisk perspektiv.	20
3.1 Innledning	20
3.2 Kravene til varighet og fast praksis	20
3.3 Eksempler på dynamisk rettsanvendelse	22
3.4 Praksis rundt samiske sedvaner som en dynamisk rettskilde	26
3.4.1 Den tradisjonelle samiske sedvane om yngste barns arverett i moderne reindrift	26
3.4.2 Modernisering av sedvaner omkring slakting av rein	30
3.4.3 Sedvanemessig fullmakt til laksefiske	32
3.5 Modernisering av sedvaner	34
3.6 Vurdering av sedvanens kvalitet	36
3.7 Konklusjon	39
4. Avsluttende bemerkninger	40
Registre	42

1. Innledning

1.1 Temapresentasjon

Den samiske kulturen har gjennomgått store endringer de siste årene. Dette har blant annet ført til at tradisjonelle samiske sedvaner i mange tilfeller praktiseres på måter som bedre stemmer overens med dagens situasjon. Det jeg vil undersøke i denne oppgaven er om slike endringer resulterer i at den samiske sedvanen mister sin betydning som relevant rettskilde. Jeg vil finne ut om vilkårene for sedvanerettsdannelse er til hinder for at sedvanen kan anses som en dynamisk rettskilde og videre om det er belegg i teori og praksis for å vurdere samiske sedvaner i et dynamisk perspektiv.

Professor Jan Fridthjof Bernt skiller mellom statiske og dynamiske rettskilder.¹ Han hevder at regeltekster og forarbeider er statiske, mens de øvrige rettskilder er dynamiske. Det at en rettskilde er dynamisk, vil si at den kan endres over tid. Dens innhold kan skifte i takt med samfunnets utvikling, rettsanvenderens oppfatning og praksis og kutymen hos befolkningen. Et eksempel på denne utviklingen er at Høyesterett avsier en ny dom i strid med et eldre prejudikat. Dette kan være tilfellet dersom premissene for prejudikatet har falt bort i tråd med de ovenfor nevnte betingelser og tungtveiende grunner taler for en slik løsning. Etter Bernts oppfatning må følgelig også sedvanen regnes som en dynamisk rettskilde.

Med sedvane forstås her, som Eckhoff skriver i sin *Rettskildelære*, handlemåter som følges av mange fordi de føler seg forpliktet til det.² Han skriver videre at denne pliktfølelse kan forekomme på tross av en manglende rettslig plikt til å handle og at den eksempelvis kan følge av et moralsk grunnlag eller simpelthen en mening om at skikk og bruk må følges. Han viser også til at rettsregler som har sitt grunnlag i slike sedvaner og/eller i domspraksis eller annen myndighetspraksis, har vært vanlig å kalle sedvanerett. Gunnar Eriksen skriver om dette at sedvanerettsregler er 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.³ Han nevner

¹ Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, Samfunn og Demokrati*, Oslo 2007, Kapittel 11 og følgende. Den aktuelle artikkelen er skrevet av Bernt.

² Torstein Eckhoff og medforfatter Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. Utgave, Oslo 2001, side 244.

³ Gunnar Eriksen, "Tilvenningen til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis", *Kart og Plan*, Vol 62, 2002, side 233.

videre at det er i den kategorien man finner lokale sedvaner, bygdelagssedvaner og samiske sedvaner.

Det har i norsk rettskildeteori eksistert en tradisjonell sedvanerrettslære som, i sine grunntrekk, kan føres helt tilbake til glossatorene.⁴ Denne læren oppstilte hvilke betingelser som måtte være oppfylt for at rettsdannelse som ikke skrev seg fra lovgivningen kunne anses som gjeldende rett. Disse betingelsene ble normalt formulert slik at det krevdes en fast praksis, som hadde vært utøvd lenge, i den tro at det var en rettsregel som ble fulgt.⁵ Denne rene betingelseslæren har, i både praksis og teori, blitt erstattet med en helhetsvurdering hvor mange faktorer kan spille inn. Dette illustreres blant annet i Rt. 2001 side 1116, hvor Høyesterett gjør en bred vurdering av hvorvidt en påstått samisk sedvane kan føre til tilsidesettelse av båndtvang for hunder etter viltloven. Høyesterett trekker i denne saken fram som hovedmomenter at sedvanen må være *klar i sitt innhold* og ha *særlig kvalitet*. Førstvoterende spør seg videre om sedvanen er begrenset til å gjelde for samer, hvilket geografisk område den er knyttet til og hvilke hunderaser den har vært praktisert for. *Eckhoff* poengterer likevel at når det gjelder privates praksis, er både varigheten og rettsoverbevisningen relevante momenter.⁶

1.2 Problemstilling

Spørsmålet som oppstår i forbindelse med vilkårene for sedvanerrettsdannelse er om kravet til varighet og fasthet i praksis hindrer at samiske sedvaner kan utvikle seg? Kan sedvaner da regnes som en dynamisk rettskilde? Hvilken betydning får dette for de tradisjonelle samiske sedvanene hvor bruksmåten endres i forbindelse med at samisk næring og levekår blir modernisert? Et eksempel på dette kan være når en etablert sedvane utøves med moderne hjelpemidler. Burde krav til kvalitet og klarhet i innhold i slike tilfeller veie tyngre enn krav til varighet og fasthet?

Et annet aspekt ved dette temaet er hvorvidt det dynamiske element kan være en påvirkende faktor i vurderingen av sedvanens kvalitet. Gjennom å drøfte disse spørsmålene vil jeg forsøke å gi svar på følgende problemstilling:

⁴ *Eckhoff, Rettskildelære*, side 265.

⁵ *Op.cit.* side 265.

⁶ *Op.cit.* side 266.

Om utvikling ut fra tid og tilhøve kan bety at samiske sedvaner mister sin betydning som relevant rettskilde.

1.3 Aktualitet

Det samiske folk har, gjennom over 100 år, vært gjenstand for norsk offisiell assimileringpolitikk.⁷ Denne politikken tas det nå klar avstand fra. Samene aksepteres som et eget folk med rett til å beholde sitt eget språk og utøve sin egen kultur. Dette følger blant annet av Grunnloven § 110 a.⁸ Det er også en større forståelse for at den samiske retten har en plass i det norske rettssystemet. I 1990 var Norge første stat som ratifiserte ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169)⁹, en konvensjon som åpnet for at samene fikk status som urfolk i Norge.¹⁰ Denne internasjonale avtalen, som jeg skal komme tilbake til senere, gir et særlig vern for urfolks sedvaner og sedvanerett. Også andre folkerettsinstrumenter er sentrale for vernet av samiske rettigheter, her nevnes spesielt FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), som i artikkel 27 gir minoriteter et sterkt kulturvern.¹¹

Vi har også sett et skifte i måten Høyesterett behandler saker som omhandler tingsrettslige samiske sedvaner. I sakene Selbu og Svartskog fra 2001 tilpasser Høyesterett de norske tingsrettslige reglene om alders tids bruk til samiske forhold.¹² Dette er blitt kalt et paradigmeskifte.¹³

Dette viser at Norge er kommet et stykke på vei når det gjelder anerkjennelse av samiske sedvaner og sedvanerett. Likevel finnes det ingen eksempler fra Høyesteretts praksis hvor en norsk lovregel har måttet vike for en samisk sedvaneregel, i et tilfelle med direkte motstrid mellom reglene. At samisk rett aldri skal kunne vinne fram i de tilfeller hvor det finnes en

⁷ Susann F. Skogvang, *Samerett*, 2 utgave, Oslo 2009, side 27.

⁸ Kongeriget Norges Grunnlov av 1814.

⁹ ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, C169, Enacted: 1989-06-27, In Force: 1991-09-05.

¹⁰ At samene regnes som urfolk etter ILO-169 fremkommer blant annet i Rt. 2001 side 769, Selbu-dommen, på side 791.

¹¹ International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976.

¹² Rt. 2001 side 769 og Rt. 2001 side 1229.

¹³ Gunnar Eriksen, "Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001", *Kritisk Juss*, 2004 side 289-304.

norsk regel som regulerer forholdet, kan ikke være meningen ut fra de forpliktelser Norge har påtatt seg gjennom for eksempel ILO-konvensjon Nr. 169.

Sameretten er på mange måter en ung rettsdisiplin med lite teori og heller ikke mye praksis fra Høyesterett. Det er således behov for mer juridisk forskning og kartlegging av samiske sedvaner, slik at domstolene får et bedre grunnlag når de skal anvende disse.

Som Carsten Smith uttalte under åpningen av Indre Finnmark Tingrett:

”De gamle samiske sedvaner uttrykker det jevne folks arbeid og livsmønstre i en hard hverdag; samtidig viser en anerkjennelse av slike sedvaner en respekt for tradisjoner og for mindretallets rett.”¹⁴

1.4 Spesielle metodespørsmål

1.4.1 Metode for løsning av problemstillingen

Problemstillingen vil bli løst på bakgrunn av ordinær juridisk metode. Utgangspunktet vil være de aktuelle folkerettslige regler, som vil bli tolket i lys av rettspraksis, forarbeider og juridisk teori. Spørsmålet jeg undersøker er ikke direkte behandlet andre steder enn i en avgjørelse fra Indre Finnmark Tingrett. Jeg vil derfor bruke denne avgjørelsen for å illustrere hvordan det er mulig å behandle tradisjonelle samiske sedvaner i et dynamisk perspektiv, for deretter å se om de samme hensyn kan trekkes ut av to avgjørelser fra Høyesterett. På bakgrunn av at det tilgjengelige kildematerialet er forholdsvis tynt, vil jeg neppe kunne trekke noen klare konklusjoner i forhold til min problemstilling. Målet vil være å undersøke om de kildene jeg anvender viser en tendens i den ene eller den andre retning.

1.4.2 Den rettskildemessige forankringen til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILO-konvensjon 169.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, er viktige kilder når man drøfter samerettslige spørsmål. Disse to har en noe ulik forankring i norsk rett.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er inkorporert i sin helhet gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 3, og bestemmelsene er gitt forrang ved motstrid ovenfor annen

¹⁴ Carsten Smith, ”Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?”, *Jussens venner*, 2004 s 137, sitat på side 139.

lovgivning i lovens § 3.¹⁵ Kontrollorganet for konvensjonen er FNs menneskerettighetskomité. I norsk oversettelse sier SP artikkel 27 at:

”I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin religion, eller bruke sitt eget språk.”

Samene er både en etnisk og en språklig minoritet, og er således rettighetssubjekt etter bestemmelsen. Grunnloven § 110 a har en tilnærmet likelydende ordlyd. Det følger av denne at:

”Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.”

De to bestemmelsene har dermed en nær tilknytning til hverandre. Dette var også Samerettsutvalgets intensjon, da de fremmet forslag til grunnlovsbestemmelse i NOU 1984: 18. De uttaler blant annet at det var ”naturlig å gi grunnloven på dette punktet en forståelse som er i samsvar med folkerettens krav”.¹⁶ Carsten Smith diskuterte denne sammenhengen i utredningen ”Om samenes rett til naturressurser - særlig ved fiskerireguleringer”.¹⁷ Her sier han at ”..grunnlovens bestemmelse forsterker de folkerettslige regler ved at de nå også har fått grunnlovens styrke i norsk rett.”¹⁸ Denne uttalelsen er gjengitt i NOU 2007:13 A, Den nye sameretten.¹⁹ En slik forståelse kan få betydning når rettigheter utledet av SP artikkel 27 skal veies mot andre interesser. Om dette sier samerettsutvalget:

”Denne koblingen kan dessuten gi ytterligere grunnlag for å anta at artikkel 27 etter forholdene vil kunne bli gitt betydelig gjennomslagskraft i intern rett, også om den skulle foreskrive andre løsninger enn de som synes å følge av andre internrettslige bestemmelser. Bestemmelsen er inkorporert, og den har særskilt rettskildemessig tyngde ikke bare gjennom forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, men også gjennom sin tilknytning til Grunnloven § 110a.”²⁰

¹⁵ Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁶ NOU 1984: 18 side 438.

¹⁷ Carsten Smith, ”Om samenes rett til naturressurser - særlig ved fiskerireguleringer”, *Lov og Rett, 1990*, side 507.

¹⁸ *Op.cit.* side 519.

¹⁹ NOU 2007: 13, Side 190.

²⁰ *Ibid.*

Dette kan få betydning for den rettslige stillingen til de samiske sedvanene. Spesielt i en situasjon hvor det oppstår en konflikt mellom samiske sedvaner og norsk rett.

Det fremgår også av de samme forarbeidene at ”Grunnlovsparagrafens kobling til folkeretten og SP artikkel 27, som er dynamiske størrelser, innebærer dessuten at innholdet av § 110a vil kunne endre seg i takt med at folkeretten utvikles og konkretiseres.” Dette må med andre ord forstås slik at SP artikkel 27 vil være en tolkningsfaktor når man skal fastslå innholdet i Grunnlovens § 110 a.

Når det gjelder ILO konvensjon 169, er denne ratifisert, men ikke inkorporert, slik som SP. Den er altså en del av Norges folkerettslige forpliktelser, men i utgangspunktet vil den norske lovregel gå foran ved motstrid. Vi har imidlertid et presumsjonsprinsipp i Norge, som går ut på man presumerer at norsk rett er i overensstemmelse med folkeretten. Dette gjelder likevel ikke ubetinget. I Finanger-saken kom Høyesterett til at man ikke kan tolke en bestemmelse innskrenkende, dersom den henspiller en klar lovgivervilje.²¹ Eller sagt på en annen måte, presumsjonsprinsippet gir ikke rom for å sette en klart motstridende lovbestemmelse til side. Dette er en jobb for lovgivende myndigheter og det vil stride mot demokratihensyn og forutberegnelighet dersom domstolene hadde en slik frihet.

På enkelte områder er imidlertid ILO-169 gitt forrang. På strafferettens område går det fram av straffelovens § 1 andre ledd, at straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig.²² I Finnmarksloven og Reindriftsloven følger det av § 3 i begge lovene at de skal gjelde med de begrensninger som følger av ILO-169.²³ Reindriftsloven har også bemerket at loven skal anvendes i samsvar med FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Dette følger, som nevnt, likevel av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven.

Disse hensyn kan få betydning når man skal undersøke hvilken plass de samiske rettighetene gitt av de to konvensjonene får i samspillet med norsk rett. Noe som igjen kan være relevant

²¹ Rt. 2000 side 1811.

²² Almindelig borgerlig Straffelov av 22 mai 1902 Nr. 10.

²³ Lov av 17 juni 2005 Nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke og lov av 15 juni 2007 Nr. 40 om reindrift.

for måten det dynamiske element kan anvendes som argumentasjonsmåte ved vurderingen av en samisk sedvane.

1.4.3 Den rettskildemessige betydning av underrettsdommer

Som nevnt ovenfor vil jeg anvende en avgjørelse fra Indre Finnmark tingrett for å illustrere hvordan det er mulig å vurdere samiske sedvaner i et dynamisk lys. Det oppstår dermed et spørsmål om hvilken rettskildemessig betydning slike avgjørelser har.

Den rettskildemessige vekten av avgjørelser fra tingretten er blitt drøftet av ulike forfattere i teorien. Eckhoff skriver at lagmannsrettens og herreds- og byrettens (nå tingrettens) avgjørelser har langt fra så stor autoritet som Høyesteretts.²⁴ Han hevder at en forutsetning for å kunne bruke rettsavgjørelser som mønster er at man har mulighet til å skaffe seg kjennskap til dem. Han anfører derfor at ”om det finnes trykte domssamlinger eller ikke, er helt avgjørende for hvor stor rolle rettspraksis får som rettskildefaktor.”²⁵ Når det gjelder tingrettsdommer, blir disse ikke nødvendigvis publisert. Fleischer skriver at i praksis vil også underrettsdommer i noen grad bli tillagt vekt.²⁶ Men også han diskuterer betydningen av at underrettsdommer ofte ikke blir publisert:

”allerede av denne grunn er det meget som taler for å begrense prejudikatsvirkningen av underrettsdommene, fordi man jo aldri kan vite om ikke den ene dom som tilfeldigvis er offentliggjort, i virkeligheten motsies av flere andre”²⁷

Dette taler for at dommer fra tingretten har begrenset rettskildemessig vekt. Et spørsmål i denne sammenhengen er om situasjonen kan fortone seg annerledes for avgjørelser fra Indre Finnmark tingrett som omhandler samiske sedvaner og rettsoppfatninger.

Indre Finnmark tingrett ble opprettet for å ivareta samiske interesser i det samiske kjerneområdet. Før opprettelsen ble behovet for denne domstolen utredet av Strukturutvalget i NOU 1999: 22. Strukturutvalget uttalte her at det fra samisk hold var gitt uttrykk for at samiske sedvaner og rettsoppfatninger i for liten grad respekteres i norske domstoler - og av

²⁴ Eckhoff, *Rettskildelære*, side 162.

²⁵ *Op.cit.* side 155.

²⁶ Carl August Fleischer, *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo 1981, side 12.

²⁷ *Ibid.*

norske myndigheter generelt.²⁸ Utvalget sier videre at ”plasseringen av en domstol i indre Finnmark vil etter Strukturutvalgets mening bidra til å øke kjennskapen til samiske sedvaner og rettsoppfatninger”.²⁹ Dette må etter min mening forstås slik at et av formålene med Indre Finnmark tingrett var at de skulle undersøke hvilke samiske rettsoppfatninger og sedvaner som eksisterte. Gitt at denne forståelsen er riktig, taler gode grunner for at rettens redegjørelser for de faktiske forhold rundt samiske sedvaner og rettsoppfatninger bør tillegges betydelig vekt i forhold til senere avgjørelser. Avgjørelsen vekt vil imidlertid også avhenge av hvor godt det argumenteres i dommen, spesielt i forhold til de faktiske forhold. Med andre ord kan man si at dommen får sin betydning i kraft av sin kvalitet, det er ikke tilstrekkelig med nærhet og kunnskap. En forutsetning for dette vil likevel være at dommen blir publisert, slik at det er mulig for andre dommere å gjøre seg kjent med innholdet. Høyesterettsjustitiarius Tore Schei uttalte i samme retning under åpningen av Indre Finnmark tingrett i juni 2004 at:

”I saker hvor samiske sedvaner og rettsoppfatning har betydning, vil retten her ha en nærhet til rettsstoffet som Høyesterett og andre domstoler ikke vil ha. Indre Finnmark tingrett har en særdeles viktig oppgave i å la denne innsikt og viten komme til uttrykk i sine avgjørelser, slik at det formidles til ankeinstansene.”

1.5 Oppgavens struktur

Den videre framstilling vil bestå av en utfyllende del II vedrørende de mer generelle aspekter ved alminnelige og samiske sedvaner. Jeg vil først granske sedvanen i et historisk perspektiv. Deretter vil jeg se på hvilken plass samiske sedvaner har i norsk rett, med fokus på det rettslige grunnlaget for denne rettskilden. Enkelte aspekter ved denne framstillingen vil ikke treffe i hjertet av oppgavens problemstilling, men er etter min mening likevel nødvendig for å skape et bakteppe for den videre argumentasjonen. Det vil eksempelvis bli gitt en grundig gjennomgang av ILO-169 artikkel 8, hvor de tolkningsproblemer som befinner seg mellom bestemmelsens første og andre ledd behandles. Dette har jeg valgt å ta med på grunn av at ILO-169 artikkel 8 er en svært viktig bestemmelse for samiske sedvaners vedkommende, og det er etter min mening viktig å ha innholdet av denne klart for seg når man drøfter samerettslige spørsmål. I del III vil jeg ta for meg de spørsmålene jeg skisserte under punkt 1.2 og forsøke å gi et svar på problemstillingen. Avslutningsvis vil jeg forsøke å gjøre en vurdering av den rettslige situasjonen i lys av de undersøkelser jeg har foretatt i oppgaven.

²⁸ NOU 1999:22 Domstolene i første instans, avsnitt 7.2.5.

²⁹ *Ibid.*

2. Sedvanerett

2.1 Sedvaner som rettskildefaktor

Sedvanen vokste fram som rettslig kilde i den dansknorske rettsvitenskapen fra midten av 1700-tallet. Naturretten var i ferd med å bli sett på som en trussel mot rettssystemet, fordi den viste seg å være en svært åpen rettskilde, som til og med kunne brukes til revolusjonær argumentasjon.³⁰ Legitimert av naturretten kunne enhver hevde at de kjente skillet mellom rett og galt. Den danske statsmakten tok affære i en dom fra 1795, hvor de fjernet naturretten fra evalueringsgrunnlaget. På denne måten kunne det gjenopprettes en viss kontroll med dommere spesielt, og rettssubjekt generelt, fordi lov ikke lenger hentet sin legitimitet fra naturretten.³¹ Sedvanen ble naturrettens arvtager som rettskilde.

En av de viktigste talsmennene for den sedvanebaserte rettskildelæren i Europa var Carl Friedrich von Savigny, en professor ved universitetet i Berlin.³² Han hevdet at retten var lokal og forandelig, og av denne grunn ville en lovbok komme i utakt med det samfunnet den skulle tjene. Han forsto det derfor slik at sedvanen sto over lov som rettskilde. Man måtte derfor avdekke sedvaner heller enn å lage lover. Savigny inspirerte blant annet Aschehoug, som skrev ”Indledning til den norske Retsvidenskabem” i 1845. Her argumenteres det for at lov kommer til på bakgrunn av den alt eksisterende retten i et samfunn, som er sedvaneretten, og dermed må sedvanerett også kunne endre eksisterende lov.³³

I Kristian Østbergs åttebindsverk, *Norsk Bonderett*, behandles sedvaner på lik linje med lovtekst for å synliggjøre datidens bonderett. Han skriver blant annet at lønn til tjenestefolk fra gammelt av ofte ble gitt i form av varer heller enn kontante penger.³⁴ Ved forordningen av 1754, § 10, ble dette forsøkt endret. Her fulgte det at ”Enhver tiener skal tiene for den løn, som i amtet eller bøigden har været sædvanlig, og maae ei lønnes med andet end kost og rede penge eller klæder istedenfor penge..” Østberg skriver at disse bestemmelsene synes å ikke å fått noen som helst betydning. Han uttaler videre at ”neppe paa noget andet punkt i norsk landbruksret har sedvanen saa avgjort og direkte som her hævdet sig likeoverfor den

³⁰ Jørn Øyrehagen Sunde, *Speculum legale –rettsspejelen*, Bergen 2005, side 291.

³¹ *Op.cit.* side 287.

³² *Op.cit.* side 285.

³³ *Op.cit.* side 290.

³⁴ Kristian Østberg, *Norsk bonderett, bind 2, Kristiania 1918*.

præceptoriske lov.”³⁵ Begrunnelsen for dette var at loven fremstod som ”fuldstændig upraktisk.” Denne sedvanen bestod tilnærmet uforandret i et hundreår etter dette.

Sedvaneretten var lenge en viktig rettskilde i norsk rett, men har i dag mistet en del rettskildemessig vekt. Dette på grunn av at de fleste samfunnsområder nå er grundig regulert i lovgivningen. Bernt skriver at det vi har sett i nyere tid, er noen enkeltstående tilfeller av lokal sedvanerett, men at slike sedvaner ikke rokker ved innholdet av den generelle rettsregel vi utleder av lovteksten som primært rettsgrunnlag.³⁶ Det er imidlertid et poeng at i tilfeller hvor en relevant sedvane ikke direkte strider mot lovteksten, bør ikke et ensidig fokus på lovteksten som primært rettsgrunnlag skape en unødvendig motstrid. Sedvanen er fortsatt relevant som støttekilde. Den kan brukes til å tolke og utfylle en uklar rettsregel og den får betydning for drøfting av reelle hensyn og ved bevisbedømmelsen. Reglene om alders tids bruk kan også ses som kasuistiske utslag av mer alminnelige sedvanerettsregler³⁷, selv om sedvaneretten innen tingsretten etter hvert fikk mindre betydning som følge av kodifiseringen gjennom sivillovbøketvalgets arbeid.

2.2 Betydningen av samiske sedvaner

2.2.1 Betydningen av samiske sedvaner for den samiske kulturen

Samene er en minoritet i Norge, og de er også et urfolk. De har en kultur og et levesett som tradisjonelt sett er svært ulikt det norske. I motsetning til den tidligere fornorskningsslinjen, har norske myndigheter nå tatt på seg en forpliktelse for å sikre at samene får utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv, jamfør Grunnlovens § 110 a.

Retten er en viktig del av kulturen. Den kjente britiske kulturforskeren Edward Burnett Taylor har formulert en kjent definisjon av kultur. Han uttaler at kultur er ”det komplekse hele som omfatter kunnskap, trosforestillinger, kunst, moral, lov, skikker, og alle andre muligheter og sedvaner ervervet av mennesket som et medlem av samfunnet”.³⁸ Hvilke holdninger et folk har til hva som er rett og galt er en del av folkets identitet. Øyrehagen Sunde skriver at:

³⁵ *Op.cit.* side 59.

³⁶ Bernt og Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, side 203.

³⁷ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, Gjøvik 1964. Side 605 og Rt. 1995 side 644, hvor førstvoterende uttaler på side 650 at ”når alle de eiendommer sedvaneretten gjelder, har utøvet bruken i alders tid...vil begrepene lokal sedvanerett og alders tid bruk gli over i hverandre.”

³⁸ Edward Burnett Taylor, *Primitive Culture*, New York 1871, side 1.

”Slik er retten eit fenomen i samfunnet som ein medvite og umedvite, og då helst det siste, må halda seg til i alt frå dei mest trivielle handlingar, som å kryssa ei gate eller kjøpa ein bussbillett, til dei reint statsrettslege affærar, som å stemma ved politiske val til å stemna staten for brot på menneskerettane.”³⁹

Erik Solem undersøkte samiske sedvaner i boken *Lappiske Rettsstudier* som ble utgitt i 1933.⁴⁰ Her beskriver han en mengde særegne sedvaner for det samiske folk, blant annet knyttet til reindrift, fiske, arv, barneoppdragelse og jakt, som bare noen av mange eksempler.

Fra middelalderen og fram til midten av 1800-tallet, finnes det flere eksempler på at elementer av den samiske rettskulturen ble anerkjent i det norske rettssystemet. Et slikt eksempel er *Hålogalandsrettarbota av 1313*. Her ble det bestemt at samer bare skulle betale 1/3 straffebot til kongen eller kirken de første 20 årene etter at de var blitt kristnet, og etter denne tidsperioden skulle de dømmes med forstand og godhet.⁴¹ Øyrehagen Sunde hevder at *Hålogalandsrettarbota* må forstås som en godkjenning av at den samiske rettskulturen var annerledes enn den norske, og at det ville være urimelig å forvente at samer med det samme skulle forholde seg til Landsloven og kristenrettene på lik linje med nordmenn.⁴² Et annet godt eksempel er *Lappekodisillen av 1751*,⁴³ som blant annet ga samene rett til å ferdes over landegrensene basert på gammel tradisjon. Øyvind Ravna skriver om *Lappekodisillen* at:

”It doesn’t only deal with reindeer husbandry and use of other natural resources; the Lapp Codicil is more comprehensive than that. When it mentions the conservation of the Lappish Nations, it provides grounds for interpreting the codicil as protection of the Sami people as a nation. The codicil thus recognises not only the Sami customs, but to a great extent also a Sami legal culture.”⁴⁴

På slutten av 1800-tallet ble det vanlig å tenke at den samiske kulturen var mindreverdigg til den norske. Samene skulle derfor assimileres inn i det norske samfunnet. Ravna skriver at ”sami legal culture has been under massive pressure in all four states where Sami traditional

³⁹ Øyrehagen Sunde, *Speculum legale*, side 15.

⁴⁰ Erik Solem, *Lappiske Rettsstudier*, Oslo 1933.

⁴¹ Øyrehagen Sunde, *speculum legale*, side 136.

⁴² *Op.cit.* side 137.

⁴³ Første Codicil og Tillæg til Grendse-Tractaten imellem kongerigerne Norge og Sverige Lapperne betreffende 2. Okt. 1751.

⁴⁴ Øyvind Ravna, ”Sami Legal Culture - and its Place in Norwegian Law”, *Rendezvous of European Legal Cultures*, Jørn Øyrehagen Sunde and Knut Einar Skovin (Eds.), Bergen 2010, side 154.

land is located, especially since the late 1800s.”⁴⁵ Likevel klarte samene å beholde mange av sine tradisjoner og sedvaner. Dette kan man blant annet se av Erik Solems undersøkelse av samiske sedvaner i 1933.

I dag er de fleste samfunnsområder gjenstand for grundig lovregulering. Tradisjonelle samiske sedvaner står dermed fortsatt i fare for å forsvinne, dersom de ikke får gjennomslag i norsk rett. Retten er som nevnt en viktig del av kulturen, og siden det finnes samiske sedvaner på så mange ulike områder i det samiske samfunnet, blir det klart at de samiske sedvanene er sentral for den samiske kulturen. For å ivareta den særegne samiske kulturen, er det derfor nødvendig også å ivareta deres sedvaner og skikker på ulike områder.

2.2.2 Hvilken relevans samiske sedvaner bør ha i norsk rett

At samiske sedvaner generelt har betydning som rettskildefaktor, er nok ikke kontroversielt. Likevel er det, som vist ovenfor, slik at sedvaner som rettskilde sjelden vil tilsidesette formell lov. Man kan derfor si at den har begrenset vekt. Spørsmålet er om Grunnlovens § 110 a og Norges folkerettslige forpliktelser taler for at samiske sedvaner bør, i forhold til øvrige sedvaner, ha en styrket vekt i norsk rett. Det nære forholdet mellom rett og kultur, som vist ovenfor, tyder på at både Grunnloven § 110 a og SP artikkel 27 taler i den retning.

Samerettsutvalget I argumenterer i sin tolkning av SP artikkel 27 for at begrepet kultur også må omfatte de materielle sider ved kulturutøvelsen.⁴⁶ For urfolks vedkommende er det ofte en nær tilknytning mellom kulturutøvelse og tradisjonelle næringer. Dette ser vi tydelig blant annet hos reindriftssamer. På bakgrunn av dette kan man hevde at spesielt de sedvaner som er knyttet til den tradisjonelle næringsutøvelse er viktig for bevaring av den samiske kulturen, og derfor bør kunne få en styrket vekt som rettskilde, med bakgrunn i Grunnloven § 110 a og SP artikkel 27.

Nedenfor vil jeg undersøke om også ILO – 169 taler for at samiske sedvaner har en større betydning i rettsanvendelsen enn ordinære sedvaner. Fokuset vil ligge på konvensjonens artikkel 8, som direkte regulerer urfolks sedvaner og sedvanerrett. I en slik sammenheng kan også artikkel 14 være relevant. Denne bestemmelsen regulerer urfolks rettigheter til de landområder hvor de tradisjonelt har hatt bosted og drevet næring. Slike rettigheter er i stor

⁴⁵ *Op.cit. side 156.*

⁴⁶ NOU 1984: 18, side 283.

grad basert på sedvanemessig bruk og har således en tilknytning til regelen i artikkel 8. Men da dette i liten grad belyser oppgavens problemstilling, har jeg valgt å ikke drøfte artikkel 14 ytterligere. Bestemmelsen ILO -169 artikkel 8 lyder som følger:

1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws.
2. These peoples shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognized human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle.
3. The application of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties.

Denne bestemmelsen sier altså at ved anvendelsen av nasjonale regler, skal det tas tilbørlig hensyn til urfolkets sedvaner og sedvanerett. Etter ordlyden kan man ikke si at bestemmelsen gir uttrykk for et prinsipp om forrang verken i favør av nasjonal- eller urfolksrett. Det er videre ikke åpenbart hvordan man skal forstå sammenhengen mellom bestemmelsens første og andre ledd. Enten kan man se det slik at de regulerer to ulike typer av situasjoner, hvor andre ledd primært retter seg mot interne urfolkssedvaner, og første ledd regulerer forholdet mellom urfolkssedvaner og andre rettskilder, eller man kan se andre ledd som en presisering av første ledd.⁴⁷

Når man skal tolke bestemmelsene i en internasjonal konvensjon, anvendes som utgangspunkt prinsippene som er nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. Mai 1969. Disse prinsippene uttrykker i stor grad en kodifisering av internasjonal sedvanerett, som er bindende for alle stater.⁴⁸ Den mest sentrale bestemmelsen er artikkel 31 (1) som lyder:

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

Siden ordlyden, ”the ordinary meaning”, ikke gir noe klart svar på de tolkningsproblemer som her oppstår, må man undersøke hva som er formålet med traktaten, ”its object and purpose”.

⁴⁷ NOU 2007: 13, Bind A, Den nye sameretten, avsnitt 5.6.4.2.

⁴⁸ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i Folkerett*, 2. Utgave, Oslo 2004, Side 62.

Det grunnsyn ILO -169 bygger på, er at når det blir etablert en stat på et område hvor det bor en annen folkegruppe enn den som er dominerende innenfor statsdannelsen, eller når et område som bebos av en annen folkegruppe blir innlemmet i staten, plikter staten å legge forholdene til rette for at folkegruppen kan bestå som folkegruppe, og få beholde og videreutvikle sin kultur på sine egne premisser.⁴⁹ Dette formålet vil altså få betydning når det nærmere innholdet i bestemmelsen skal slås fast.

Denne bestemmelsen ble gjennomgått i en høyesterettsdom fra 2008.⁵⁰ Saken omhandlet en reindriftssame som var tiltalt for å ha avlivet en rein på en slik måte at dyret kom i fare for å lide unødvendig, jamfør dyrevernaven § 31 jamfør § 9.⁵¹ Dyret var avlivet med hjertestikk uten foregående bedøvelse, noe som ble anført av tiltalte å være en samisk sedvane. Spørsmålet var om ILO -169 artikkel 8 beskyttet denne sedvanen slik at tiltalte ikke kunne straffes, jamfør straffeloven § 1 annet ledd.

Utgangspunktet for Høyesteretts behandling av artikkel 8 var den norske oversettelsen av bestemmelsen. I denne oversettelsen er ”customs and customary law” i første ledd oversatt til ”sedvaner og sedvanerett”, og ”customs and institutions” i andre ledd oversatt til ”skikker og institusjoner”. Høyesterett sier i avsnitt 33 om første ledd at denne regulerer forholdet mellom nasjonalstatens lover og regler og et urfolks sedvaner og sedvanerett. Førstvoterende sier videre at slike gruppers sedvaner og sedvanerett skal avveies mot nasjonalstatens lovregler og hvordan de skal vektes må avgjøres ved en konkret interessevurdering. Førstvoterende sier også at sedvaner og sedvanerett som står sentralt i urbefolkningsgruppens liv og kultur, vil ha større vekt enn sedvaner/sedvanerett som ikke har samme spredning eller fasthet i utøvelsen.

I forhold til bestemmelsens andre ledd konkluderer førstvoterende med at denne slår fast at nasjonalstaten skal respektere et urfolks skikker i det innbyrdes forholdet, med mindre regulering er nødvendig for å sikre urfolket grunnleggende rettigheter. Begrunnelsen for dette er blant annet at dersom annet ledd også regulerer forholdet mellom urfolks sedvaner og nasjonalstatens lovgivning, så blir artikkel 8 første ledd uten særlig innhold.

⁴⁹ ILOs guide to ILO convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples (ILO-guide), prepared by Manuela Tomei and Lee Swepston, Geneva 1996, side 2. Sammenfattet og oversatt av Susann F. Skogvang, *Hjertesukk om Hjertestikk*, Tidsskrift for strafferett, Nr. 3/2009, side 373. Utdraget er fra side 377.

⁵⁰ Rt. 2008 side 1789.

⁵¹ Lov 20 desember 1974 nr. 73 om dyrevernaven.

Annenvoterende i saken påpeker om den generelle betydning av ILO-169 artikkel 8 at det er:

”et utvilsomt hovedpoeng etter nr. 1 at de samiske sedvaner og samisk sedvanerett skal være *relevante rettskilder* i norsk rett, og at disse også må gis *tilbørlig vekt* – basert på en konvensjonslojal avveining av det samiske folks behov opp mot storsamfunnets behov.”⁵²

Både førstvoterende og annenvoterendes behandling av bestemmelsen peker i retning av at samiske sedvaner stiller sterkere i norsk rett enn øvrige sedvaner.

Høyesteretts forståelse av sammenhengen mellom bestemmelsens første og andre ledd er blitt kritisert av Skogvang i artikkelen ”Hjertesukk om hjertestikk”.⁵³ En av hovedgrunnene for kritikken er at ILO-169 foreligger i to offisielle språkversjoner, jf. § 44. Den ene er engelsk og den andre er fransk. Høyesterett tar altså utgangspunkt i en uoffisiell norsk oversettelse hvor ordet ”customs” er oversatt ulikt i første og andre ledd. Det er ikke noe i bestemmelsens ordlyd som skulle tilsi denne forskjellen. Skogvang hevder at ”skikker” kan være et snevrere begrep enn ”sedvaner” og at når konvensjonsteksten bruker samme ord i første og andre ledd, så tyder dette på at det er en nær sammenheng mellom dem. Skogvang argumenterer for at de to leddene av bestemmelsen må ses i sammenheng og at den legger opp til en avveiningsnorm, hvor den samiske retten og de normer den gir uttrykk for skal avveies mot grunnleggende rettsprinsipper i norsk rett og i folkeretten.⁵⁴ Hun hevder videre at det er uklart hva som ligger i et urfolks innbyrdes forhold, og at det er vanskelig å tenke seg skikker som bare får betydning internt i urfolksgruppen, som ikke allerede er beskyttet av privatlivets fred.⁵⁵

Denne tolkningen støttes etter mitt syn av det ILO-guiden sier om bakgrunnen for bestemmelsen:

”Indigenous and tribal peoples are often convicted of offences without knowing why. Individuals from indigenous and tribal communities and judges may be unable to communicate and understand each other, as they may not speak a common language, and offences or crimes defined in the national law often do not coincide with those under

⁵² Rt. 2008 side 1789, avsnitt 48.

⁵³ Skogvang, *Hjertesukk om Hjertestikk*, side 378.

⁵⁴ *Op.cit.* side 382 og følgende.

⁵⁵ *Op.cit.* side 385.

customary law. To remedy this situation, the Convention provides in Articles 8 (2) and 9 (1) that indigenous and tribal peoples have the right to retain their customs and institutions, including traditional methods for dealing with offenses committed by their members, where these are not incompatible with fundamental rights established by national and international law”.⁵⁶

Spesielt referansene til straff tilsier at det ikke har vært meningen at artikkel 8 (2) bare får betydning i forhold til interne forhold. Uttalelser fra ILO-guiden må ha en viss rettskildemessig vekt. Det er ILOs egne organer som har utviklet den og den må derfor kunne anvendes som moment ved tolkning av traktaten. Dersom man ser andre ledd som en presisering av første ledd, blir innholdet i artikkel 8 som en helhet å forstås, slik som Benny Solheim skriver i sin avhandling, at det skal tas tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner, men *bare* der disse er forenelig med grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal lovgivning, og med internasjonalt anerkjente menneskerettigheter.⁵⁷ Dette kan også forstås slik at der hvor urfolkets sedvaner ikke strider mot grunnleggende rettigheter i nasjonal lovgivning eller anerkjente menneskerettigheter, så skal det mer til for at de ikke skal tas hensyn til. Denne løsningen vil stille de samiske sedvanene i en sterkere posisjon i møte med norske regler, noe som også stemmer overens med bestemmelsens formål om at urfolksgruppen skal få utvikle sin kultur på sine egne premisser.

Imidlertid er situasjonen slik at det finnes svært få holdepunkter for hvordan bestemmelsen må forstås, det foreligger eksempelvis ingen klare uttalelser om dette fra ILOs organer. Gjeldende rett må derfor anses å være den forståelsen som fremkommer av Høyesteretts uttalelser, sett i sammenheng med lovgivers intensjoner, slik de fremkommer i forarbeidene. Høyesterett har i to avgjørelser kommet til at første og andre ledd må forstås slik at de regulerer to individuelle forhold. Den ene er saken jeg nevnte ovenfor, Hjertestikksaken, og den andre er Båndtvangkjennelsen fra 2001.⁵⁸ Problematikken er også drøftet i NOU 2007: 13, Bind A, Den nye sameretten. Her sier samerettsutvalget at ”enten artikkel 8 tolkes på den ene eller andre måten, er det imidlertid ikke gitt at dette vil påvirke utfallet av saker hvor

⁵⁶ *ILOs guide to ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples (ILO-guide)*, side 12.

⁵⁷ Benny Solheim, ”ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur”, Det juridiske fakultet skriftserie nr. 58, Tromsø 2004, side 41

⁵⁸ Rt. 2008 side 1789 og Rt. 2001 side 1116.

rekkevidden av en urfolkssedvane prøves mot nasjonal lovgivning.”⁵⁹ Begrunnelsen for dette er at artikkel 8 ikke er en forrangsbestemmelse, slik at:

”det er derfor heller ikke for det tilfellet at artikkel 8 (2) må anses som en presisering av artikkel 8 (1), grunnlag for å anta at det *bare* er i tilfeller hvor urfolkssedvanen strider mot fundamentale rettsprinsipper i intern rettsorden eller internasjonale menneskerettigheter, at det er grunnlag for å tilsidesette sedvanen. Også dersom sedvanen strider mot intern lovgivning som ikke kan anses å omhandle fundamentale rettsprinsipper, vil sedvanens gjennomslagskraft bero på en konkret vurdering, hvor en blant annet vil måtte se hen til sedvanens innhold og kvalitet.”⁶⁰

Hvorvidt man anvender den ene eller den andre tolkningsmuligheten ser altså ikke ut til, etter samerettsutvalgets mening, å ha betydning for sedvanens vekt som rettskilde.

Samerettsutvalget uttaler, i forbindelse med hvilken vekt de samiske sedvanene har, at:

”bestemmelsens ordlyd signaliserer at urfolks sedvaner og sedvanerett skal være en *relevant rettskilde* i intern rett, som det skal tas tilbørlig hensyn (« due regard ») til ved anvendelsen av nasjonal lovgivning. Denne plikten til tilbørlig hensyntagen vil ikke nødvendigvis bare gjelde i tilfeller hvor den interne rettsstilstanden er uklar, for eksempel fordi lovgivningen gir rom for ulike tolkninger, men også i tilfeller hvor rettsstilstanden i utgangspunktet må anses som klar”⁶¹

Samerettsutvalget sier med andre ord at en samisk sedvane skal kunne tilsidesette en norsk lovbestemmelse. De følger likevel opp utsagnet med å si at det trolig stilles større krav enn normalt for at sedvanen kan få betydning i slike tilfeller hvor rettsstilstanden i utgangspunktet må anses klar. Men også i slike tilfeller vil sedvanen kunne føre til en modifisert tolkning av bestemmelsen.

Denne tolkningen støttes etter min mening også av formuleringen ”due regard shall be had” i bestemmelsens ordlyd. Denne tilsier at domstolene ikke selv kan velge å unnlate å gjøre en vurdering av om sedvanen kan få betydning. Når ordet ”shall” er valgt i motsetning til for eksempel ”should”, må dette bety at i de tilfeller hvor en samisk sedvane blir påberopt, må domstolene ta påstanden opp til vurdering. Dette viser at samiske sedvaner er en relevant

⁵⁹ NOU 2007: 13, Den nye sameretten, Bind A, side 223.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Op.cit.* side 221.

rettskilde i norsk rett og at de ikke kan likestilles med øvrige sedvaner. Samiske sedvaner må altså tillegges tilbørlig vekt i norsk rett for at Norge skal overholde sine forpliktelser etter ILO-169 artikkel 8.

3. Vurdering av sedvaner i et dynamisk perspektiv.

3.1 Innledning

Som tidligere nevnt vil jeg forsøke å undersøke om det i teori og praksis er belegg for å hvorvidt en mulig konsekvens av at sedvanen kan regnes som en dynamisk rettskilde, er at sedvaner som har endret seg i takt med tid og samfunnsforhold, fortsatt kan få gjennomslag i norsk rett, på tross av at de kanskje ikke har en varighet og fasthet av betydning. Kan man, med andre ord se bort fra de endringer som sedvanen har gjennomgått, så lenge grunntrekkene fortsatt er til stede? Deretter vil jeg undersøke om dette får noen innvirkning på den kvalitetsvurdering som gjøres av sedvanen. Jeg vil diskutere om det dynamiske element kan være en fruktbar argumentasjonsmåte i den sammenheng.

3.2 Kravene til varighet og fast praksis

Som nevnt ovenfor er krav til varighet og fast praksis fortsatt relevante momenter når man skal avgjøre betydningen av en sedvane. Riktignok har den tradisjonelle sedvanerettslære blitt erstattet av en mer helhetlig vurdering, men likevel får disse momentene betydning, spesielt i en tidlig avveiningsfase. Dette på grunn av at det er enkle, konkrete spørsmål som kan indikere om den påståtte sedvane i det hele tatt er utbredt og akseptert. Et spørsmål i den sammenheng er om disse kravene hindrer at sedvanen får mulighet til å utvikle seg. Må en sedvane ha eksistert tilnærmet uforandret over tid for at den skal kunne tillegges rettslig betydning? I samiske forhold kan dette volde problemer på bakgrunn av de store endringene som har funnet sted i samisk kultur og ikke minst næring. Er det kun den måten å utøve sedvanen på som best representerer samisk kultur slik den engang var som fortjener vern, eller gjelder vernet også den utøvelsen som representerer samisk kultur i dag?

Dersom man ser på eldre praksis vedrørende lokal sedvanerett, ser man at det stilles strenge krav til en handlemåtes varighet for at den kan anses som sedvanerett. I en dom fra lagmannsretten avsagt i 1962 om plikt til inngjerding av innmark, noe som var blitt praktisert

i den aktuelle bygda på tross av at denne plikt ikke hadde vært lovfestet siden 1860, uttalte retten at:

”I spørsmålet om hvorvidt vilkårene for sedvanerettsdannelse foreligger, bl.a. om sedvanen er gammel nok, er lagmannsretten enig med ankemotpartene i at bruksutøvelsen i tiden før gjerdeloven av 1860 ikke kan regnes med, da gjerdeplikten den gang fulgte av loven. Det tidsrom som ligger etter nevnte lov må imidlertid ansees tilstrekkelig.”⁶²

Altså vel 100 år.

I en høyesterettsdom fra 1959 som omhandlet hvorvidt dyreeiere i henhold til sedvane var ansvarsfri for den skade som beitende dyr gjorde på fremmed eiendom, uttalte førstvoterende at:

”Jeg antar således at da det er spørsmål om lokal sedvanerett i strid med positiv lov, måtte det kreves et sterkt bevis for fast praksis i strid med loven i lengre tid og ut fra den oppfatning ikke bare hos dyreeierne, men også hos grunn-(skog-)eierne at erstatning etter gjerdelovens § 24 a tross lovens bestemmelse ikke kan kreves.”⁶³

Her sies det altså at både fast praksis og varighet er spesielt viktig når sedvanen strider mot lovtekst. Dette vil ofte være tilfellet med sedvaner, på bakgrunn av at det finnes lovregulering på de fleste områder i dag.

I nyere praksis er det mindre vanlig at vilkårene varighet og fast praksis trekkes fram som nødvendige vilkår. Det finnes kun noen få eksempler fra nyere høyesterettspraksis som omhandler samiske sedvaner og hvordan disse vurderes. De to mest sentrale er Båndtvangkjennelsen og Hjertestikksaken.⁶⁴ Ingen av disse dommene nevner at de påberopte sedvanene må ha hatt en viss varighet. I Båndtvangkjennelsen er det sedvanens kvalitet som er gjenstand for vurdering:

⁶² Rg. 1962 side 261. Sitat fra side 266.

⁶³ Rt. 1959 side 1321. Sitat fra side 1323.

⁶⁴ Rt. 2001 side 1116 og Rt. 2008 side 1789.

”Men bortsett fra den nevnte tvilen om selve eksistensen av en urfolkssedvane, finner jeg at den sedvanen som påberopes, i sitt innhold og i sin begrunnelse ikke har en slik kvalitet som måtte kreves for at den skulle få gjennomslag overfor viltloven § 52 annet ledd.”⁶⁵

I Hjertestikksaken sies det, i forbindelse med hvilken vekt sedvanen har ovenfor nasjonale lovregler, at :

”Sedvaner og sedvanerett som står sentralt i urbefolkningsgruppens liv og kultur, vil ha større vekt enn sedvaner/sedvanerett som ikke har samme spredning eller fasthet i utøvelsen.”⁶⁶

Her trekkes det med andre ord fram at en sedvane hvor utøvelsen har vært fast vil ha større vekt enn en sedvane hvor dette ikke er tilfellet. Likevel er det en naturlig forståelse av ordlyden at det viktigste momentet er hvorvidt sedvanen/sedvaneretten står sentralt i urbefolkningsgruppens liv og kultur. Dette stemmer også overens med det sterke kulturvernet som følger av SP artikkel 27 og Grunnlovens § 110 a.

Hvorvidt kravene til varighet og fasthet vil tilsi at sedvanen rent faktisk er hindret fra å utvikle seg, kan ikke sies å ha støtte i nyere praksis. Disse to vilkårene vil nok fortsatt kunne få betydning, for eksempel som momenter i en kvalitetsvurdering. Men som vi har sett ovenfor, vil det for eksempel veie tungt dersom en sedvane kan sies å stå sentralt i samenes liv og kultur. En slik sedvane bør dermed kunne få betydning selv om den er tilpasset endrede samfunnsforhold. Det er videre et poeng at et krav til varighet ikke inneholder noen grense for hvor lang varigheten bør være. Kravene til varighet og fast praksis er altså ikke nødvendigvis til hinder for at sedvanen kan regnes som en dynamisk rettskilde, spørsmålet blir da om det finnes belegg i rettskildebildet generelt for en slik forståelse.

3.3 Eksempler på dynamisk rettsanvendelse

Retten er i utvikling. Samfunnet utvikler seg konstant og retten må holde følge. Som nevnt innledningsvis skiller det mellom statiske og de dynamiske rettskilder.⁶⁷ Lovtekst og forarbeider er statiske, mens de øvrige kilder er dynamiske. Dette kan naturligvis ikke leses slik at lovene ikke forandres. Men for å endre en lov, kreves stortingsbehandling og vedtak av

⁶⁵ Rt. 2001 side 1116, side 1119.

⁶⁶ Rt. 2008 side 1789 avsnitt 33.

⁶⁷ Jf. note 1.

ny lov, eventuelt endringslov. For de øvrige rettskildene vil imidlertid endring skje fortløpende etter hvert som behov oppstår. Rettspraksis er illustrerende. Nye prejudikater vil ta over for eldre prejudikater, der disse eksempelvis ikke lengre stemmer overens med holdninger i samfunnet. Også rettslige begreper som privat eiendomsrett og allemannsrett kan være gjenstand for utvikling. Denne problemstillingen ble drøftet i en dom fra 2004 som omhandlet barn under 16 år sin rett til å fiske innlandsfisk med stang og håndsnøre i vassdrag.⁶⁸ Denne retten ble gitt i medhold av § 18 i lov om lakse- og innlandsfisk.⁶⁹ Spørsmålet var om en slik rett utløste en plikt til erstatning overfor grunneierne etter Grunnloven § 105. Det var altså en avveining av grensene for allemannsretten mot den private eiendomsretten. Førstvoterende uttaler her at:

”Innholdet i allemannsretten har – på samme måte som innholdet i en grunneiers eiendomsrett – gjennom tidene vært gjenstand for endringer i pakt med skiftende samfunnsforhold. Det er vanskelig å tenke seg at de to rettsinstituttene skal være statiske og ikke kunne endre seg i samsvar med samfunnsutviklingen.”⁷⁰

Høyesterett kom til at denne lovendringen kunne skje uten å utløse en plikt til erstatning ovenfor grunneierne.

Også reglene om alders tids bruk inneholder dynamiske elementer. Brækhus og Hærem skriver at vilkårene for at en rettighet skal grunnes på alders tids bruk er at det må foreligge *bruk i en viss tid og god tro*.⁷¹ De skriver videre at man ikke har faste kriterier å forholde seg til når man skal avgjøre om de enkelte vilkår er til stede. Vilråene er for det første ikke uavhengig av hverandre. Det er mulig å slappe noe av på kravene til tid, dersom bruksutøvelsen har vært mer markert og omvendt. For det andre tas det også hensyn til andre momenter som for eksempel rettighetens art og kvalitet.⁷²

Denne dynamiske tilnærmingen illustreres eksempelvis i Svartskog-dommen fra 2001, hvor spørsmålet var om staten var eier av et stort utmarksområde i Manndalen i Kåfjord kommune.⁷³ Befolkningen i Manndalen var i hovedsak samer og de hadde utnyttet dette

⁶⁸ Rt. 2004 side 1985.

⁶⁹ Lov 15 mai 1992 nr. 47 om lakse- og innlandsfisk.

⁷⁰ Rt. 2004 side 1985, avsnitt 46.

⁷¹ Brækhus og Hærem, *Norsk Tingsrett*, side 610.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Rt. 2001 side 1229.

utmarksområdet i lang tid og på en rekke ulike måter. Personer fra alle gårdsnumre deltok i bruken, og oppfatningen var at ingen enkeltbruk hadde større rett enn andre. Bruken av områdene var preget av fleksibilitet. Førstvoterende uttaler at utnyttningen har skiftet karakter i samsvar med hva som har vært naturlig utnyttelse i de ulike periodene.⁷⁴ Beboerne i Manddalen drev til tider omfattende hogst, og videre utstrakt beitebruk og slått, etterfulgt av setring. Brukens skiftende karakter hindret med andre ord ikke rettsservery, da befolkningen hadde brukt områdene i samme utstrekning som en grunneier ville gjort.

Dette er imidlertid ikke særegent for denne saken. At bruken kan tilpasses ”tida og tilhøva” er et prinsipp som er med på å gjøre den statiske tingsretten mer dynamisk. Prinsippet fremgår i servituttloven § 2 og bestemmelsen har eksempelvis fått stor praktisk betydning i tilfeller hvor gamle ferdselsretter kreves opprettholdt selv om rettighetshaveren nå vil ferdes med bil.⁷⁵ Et sentralt eksempel på dette er avgjørelsen i Rt. 1924 side 583. Saksforholdet var her at ved salg av parsellen Solbakken i Bærum i 1867, fikk parsellen ”fri benyttelse som kjørevei og til anden adkomst” over en vei som gikk over resteiendommen. Servitutthaveren begynte å bruke bil på veien i 1916, noe eieren av den tjenende eiendommen protesterte mot. Retten uttalte at en veirett uten rett til bilkjørsel ”vilde i vore dage bli regnet for en meget ufuldfkommen rett og være utilfredsstillende for nær sagt enhver eiendom.”⁷⁶ Servitutthaveren fikk dermed medhold i saken.

Et annet aspekt ved Svartskog-dommen, er at Høyesterett på en dynamisk måte tilpasset reglene om alders tids bruk til samiske forhold. Manddalingene hadde i stor grad brukt formuleringen bruksrett om den retten de hevdet å ha i området, selv om bruken var så altomfattende at den gjenspeilet en oppfatning om eiendomsrett. Førstvoterende uttaler at:

”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 Manddalens befolkning, har derimot med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett.”⁷⁷

⁷⁴ *Op.cit.* side 1244.

⁷⁵ Lov 29. Nov. 1968 om særlege råderettar over framand eigedom.

⁷⁶ Rt. 1924 side 583, sitat fra side 585.

⁷⁷ Rt. 2001 side 1229, sitat fra side 1252.

Det ble også tatt høyde for at innbyggerne i hovedsak var samiske når retten vurderte om de hadde vært i god tro i forhold til deres rett til utnyttelse av Svartskogen.

Det blir sagt i forbindelse med at undersøkelse av matrikkelen ville ført befolkningen ut av villfarelse om de faktiske forhold, at samene tradisjonelt sett er mindre opptatt av tradisjonelle eierforhold.⁷⁸ Det kunne derfor ikke forventes at de ville sjekke grunnbøkene uten en tydelig oppfordring. I vurderingen ble det også lagt vekt på at en stor del av befolkningen på denne tiden behersket det norske språk dårlig.⁷⁹

Et godt eksempel på dynamisk rettsanvendelse i forbindelse med lokal sedvanerett finnes i Balsfjord/Westerbotndommen.⁸⁰ Faktum i saken var at det mellom flere eiendommer var blitt praktisert felles beiterett i utmark i en tidsperiode på 150 år. Beitet hadde omfattet både storfe, sau og geiter. En av grunneierne la om driften til rent geitehold. De øvrige mente at geiteholdet påførte skader på skogen, at vedkommende grunneier ikke hadde beiterett i utmarken og at den beitingen som tradisjonelt hadde funnet sted, måtte anses som tålt bruk fra grunneiernes side. Førstvoterende avviste at det kunne være tale om tålt bruk, da det felles beite hadde etablert en gjensidig avhengighet mellom grunneierne, og at beitet hadde vært av stor betydning for det felles næringsgrunnlaget.⁸¹ Den langvarige bruken måtte ha sitt grunnlag i lokal sedvanerett.⁸² Spørsmålet ble da om denne beiteretten kunne begrenses til et gitt antall dyr i forhold til grunneieren som hadde gått over til rent geitehold. Om dette uttalte førstvoterende at:

”Jeg finner at beiteretten - selv om den er utviklet på grunnlag av lokal sedvane - må kunne tilpasses utviklingen i et moderne husdyrhold i samsvar med det alminnelige prinsipp som er kommet til uttrykk i servitutloven § 2”⁸³

Her ble med andre ord en beiterett basert på lokal sedvane som opprinnelig hadde blitt praktisert med en balansert buskap godtatt, på tross av at bruken hadde gjennomgått forholdsvis store endringer.

⁷⁸ *Op.cit.* side 1247.

⁷⁹ *Op.cit.* side 1249.

⁸⁰ Rt. 1995 side 644.

⁸¹ *Op.cit.* side 651.

⁸² *Op.cit.* side 650.

⁸³ *Op.cit.* side 652.

Det er mye som tyder på at retten generelt sett blir mer dynamisk. Et viktig eksempel er at store internasjonale konvensjoner fører til at retten blir mer globalisert. Det norske rettsystem må i større grad forholde seg til avgjørelser fra internasjonale domstoler og regelverk. Ikke minst EØS-avtalen har ført til enorme endringer i norsk rett. Drøftelsen ovenfor viser at retten anvendes dynamisk på mange ulike plan. Høyesterett har tydeliggjort i Balsfjord/Westerbotndommen at de er åpne for å vurdere lokale sedvaner i et dynamisk lys. Dette må kunne anvendes som argumenter for at også de samiske sedvanene kan være dynamiske rettskilder. Nedenfor vil jeg undersøke om det finnes støtte i praksis for en slik påstand.

3.4 Praksis rundt samiske sedvaner som en dynamisk rettskilde

3.4.1 Den tradisjonelle samiske sedvane om yngste barns arverett i moderne reindrift

Det ble nylig behandlet en sak i Indre Finnmark tingrett hvor det ble drøftet hvorvidt en tradisjonell samisk sedvane fortsatt fikk betydning selv om situasjonen sedvanen virket i hadde endret seg.⁸⁴ Saken gjaldt en skiftetvist om rett til å få utlagt rein, reinmerke og siidaandel tilhørende et dødsbo. Det var to saksøkere i saken, den yngste sønnen i en søskenflokk, og den fjerde yngste datteren. De saksøkte var de øvrige seks søsken.

Begge saksøkere la fram krav om å få overta foreldrenes siidaandel. De saksøkte anførte at ingen av arvingene hadde tilstrekkelig gode grunner til å få utlagt spesielle eiendeler til seg. De bygget sitt standpunkt på hovedregelen ved skifte om at arvingene skal stilles likt. Dette ville innebære at eiendeler som flere hadde ønske om å få utlagt, skulle selges.

Siidaandel er et begrep som ble innført i den nye reindrifftsloven. Dette forstås i lovens § 10 som ”en familiegruppe eller enkeltperson som er del av en siida, jf. § 51, og som driver reindrift under ledelse av en person eller av ektefeller eller samboere i fellesskap.”

Den yngste sønnen begrunnet sitt krav i en samisk sedvane om at yngste barnet har rett til å arve foreldrenes reindrift.⁸⁵ Den andre saksøker, den fjerde yngste datteren begrunner blant annet sitt krav med at hun er den som, i pakt med samiske tradisjoner, er nærmest til å få

⁸⁴ Saksnummer 08-174397TVI-INFI.

⁸⁵ *Op.cit.* side 7. Sidetallene refererer til sidene i pdf-utgaven av avgjørelsen fra Indre Finnmark tingrett.

utlagt siidaandelen siden hun bodde sammen med foreldrene i alderdommen, hadde ansvaret for det administrative arbeidet og deltok aktivt i reindriften.⁸⁶

I forkant av avgjørelsen ble det innhentet en sakkyndig utredning om det tradisjonelle familie og generasjonsskifte i reindriften. Det fremgår av denne utredningen at det var vanlig at etter hvert som de eldre barna giftet seg og flyttet ut, ble det yngste barnet igjen hos foreldrene. Det yngste barnet, eller det barnet foreldrene hadde husholdssfellesskap med, var en forsikring for at foreldre på sine eldre dager fikk den støtten de trengte. Etter foreldrenes død, tilfaldt det som var igjen av deres reindrift det yngste barnet eller det barnet de sist hadde hatt husholdssfellesskap med.

Den sakkyndige uttaler videre at:

”Det er ikke grunnlag for å si at tradisjonen for generasjonsskifte i samisk reindrift har hatt noen innflytelse på myndighetsorganers tildeling av driftsenheter i tidsrommet 1979-2007. Tvert imot representerte nyordningen et brudd med tradisjonen, og praktiseringen av ordningen har til dels vært konfliktfylt og kritisert. Den nye lovens ordning med siidaandel er pr. i dag i realiteten en videreføring av driftsenhetsordningen, og det gjenstår ennå rettsavklaringer knyttet til siidaen før familiene (foreldre) hjemmehørende i denne kan få tilbakeført rettighetene og pliktene til å gjøre egne, ansvarlige beslutninger vedrørende generasjonsskifte.

Hvis et tradisjonelt generasjonsskifte har vært avbrutt av stopp i tildelingen av driftsenheter, vil den/de som har fått registrert driftsenhet i eget navn eller er tilsluttet annen driftsenhet vanskelig kunne begrunne krav til den gjenstående foreldredriftsenheten med tradisjonelle rettsoppfatninger om generasjonsskifte.”⁸⁷

På bakgrunn av denne uttalelsen kom retten til at den yngste sønnen ikke hadde krav på å få utlagt siidaandel, da han allerede var etablert med egen siidaandel. Spørsmålet var da om den hjemmeboende datteren kunne basere sitt krav i den nevnte samiske sedvanen, på tross av de omveltningene som hadde skjedd innenfor reindriften.

På bakgrunn av den sakkyndiges utredning, la retten til grunn at det i alle fall fram til 1960-tallet forelå en klar sedvane for at det barn som har blitt boende i samme hushold som sine

⁸⁶ *Op.cit.* side 5.

⁸⁷ *Op.cit.* side 14.

foreldre har hatt en rett til å få overta det som har blitt igjen av foreldrenes reindrift. I forhold til samiske sedvaners betydning uttaler retten at:

”Spesielt i de tilfeller der lovgivningsprosesser har skjedd uten samisk innflytelse, vil det i rettsanvendelsen kunne være behov for en nærmere avveining mellom samisk sedvane og formell lov. Ved klar motstrid vil en slik avveining kunne bli vanskelig.”⁸⁸

Imidlertid følger det av formålsbestemmelsen til reindriftsloven, at loven skal legge til rette for en reindrift med basis i samiske sedvaner. Retten la derfor til grunn at den aktuelle arvesedvanen ville kunne være av sentral betydning for det foreliggende rettsspørsmål. Om vilkårene for at en sedvane kan få rettslig relevans uttalte retten at:

”Utgangspunktet for samiske sedvaners nærmere betydning vil være de vanlige betingelser om bruk over lengre tid og at den har vært oppfattet som rettmessig av brukerne og i samfunnet for øvrig. Sedvanen må dessuten ha en kvalitet i form av positiv betydning for de enkelte brukere, og spesielt for de samiske sedvaner - at sedvanen har betydning for bevaring og utvikling av samisk kultur.”⁸⁹

Retten slår fast at sedvanen har vart i lang tid og har bred støtte i samisk opinion. Spørsmålet ble da om sedvanen fortsatt hadde en kvalitet av betydning for bevaring og utvikling av samisk kultur, når man tok hensyn til de store moderniseringene reindriftsnæringen hadde vært gjennom og samfunnsutviklingen for øvrig.

Retten kommer til at det er naturlig å betrakte begrepet husholdning fleksibelt, det er mulig å ha et nært driftsfelleskap selv om man bor på forskjellige steder. Hovedpoenget med sedvanen - at den arveberettigede må drive reindriften sammen med foreldrene - må imidlertid fortsatt være til stede. Retten poengterer også at en sammenligning med den alternative lovregel vil ofte være et avgjørende mål på sedvanens kvalitet. Den alternative lovregel ville i dette tilfellet være skiftelovens § 61, som ville medføre at siidaandelen og dermed retten til å drive reindrift skal selges til høystbydende, eventuelt begrenset til salg blant arvingene.⁹⁰ Dette ville etter rettens mening føre til en lite tilfredsstillende regel som kunne gi urimelige resultater da hjemmeværende barn ofte vil ha mindre ressurser enn de som har etablert seg i annen

⁸⁸ *Op.cit.* side 16.

⁸⁹ *Op.cit.* side 17.

⁹⁰ Lov 21 februar 1930 om skifte.

virksomhet. Retten uttaler at ”det må etter rettens oppfatning være riktig å vurdere en sedvane i et dynamisk perspektiv. I motsatt fall vil vår tids raske samfunnsendringer gjøre sedvaner lite relevante.”⁹¹

Retten konkluderer dette spørsmålet med at:

”Ut fra en samlet vurdering mener retten at det innenfor det sentrale samiske reindriftsområdet i Finnmark gjelder en sedvane slik beskrevet ovenfor. En slik sedvaneregulering har dessuten støtte i reindrifftsloven, slik det fremgår av merknadene til reindrifftsloven § 15, og vil således være en spesialregel som går foran den generelle regel i skifteloven § 61.”⁹²

Retten drøftet deretter om sedvanen fikk anvendelse for den hjemmeboende datteren, men kom til at hun hadde hatt såpass lite å gjøre med den daglige reindrifften i foreldrenes siida, at sedvanen ikke fikk anvendelse for henne.

Denne avgjørelsen viser hvordan det er mulig å argumentere for at en sedvane fortsatt kan få betydning selv om situasjonen den har virket i er endret. Den viser at gjennom å formulere sedvanen på en måte som inkorporerer det dynamiske perspektiv, får man en sedvane som både representerer sedvanens grunntrekk, og samtidig tar inn over seg samfunnets utvikling. Sedvanen hadde i dette tilfellet bred forankring i den samiske rettsbevisstheten, og må derfor anses å være viktig for den samiske kulturen. Når sedvanen da i tillegg førte til et rimelig resultat, altså var en kvalitativt god regel, var det en naturlig følge å la den få betydning med et modifisert innhold som bedre samsvarte med dagens situasjon.

Avgjørelsen er imidlertid anket til lagmannsretten og er i skrivende stund ikke ferdigbehandlet. Etter min mening kan det likevel argumenteres for at behandlingen av de faktiske forhold, sedvanens eksistens og innhold, fortsatt vil kunne tillegges en viss vekt. Avgjørelsen bør derfor kunne anvendes som et argument for at en tradisjonell samisk sedvane fortsatt kan være viktig for den samiske kulturen, selv om enkelte aspekter ved sedvanen er modernisert.

⁹¹ Saksnummer 08-174397TVI-INFI, side 17.

⁹² *Op.cit.* side 18.

Det finnes ingen praksis fra Høyesterett som behandler sedvaner i et dynamisk perspektiv på en så direkte måte som avgjørelsen fra Indre Finnmark tingrett. Vi kan likevel finne spor av denne tankegangen i enkelte avgjørelser fra Høyesterett.

3.4.2 Modernisering av sedvaner omkring slakting av rein

I Rt. 2008 side 1789 var faktum som tidligere nevnt at en reindriftssame var tiltalt for å ha brutt dyrevernlovens § 31 jf. § 9 etter å ha slaktet rein ved bruk av hjertestikk uten foregående bedøvelse, såkalt giettadit. Tiltalte forklarte at dette var noe han lærte av sin far da han var 5-6 år gammel og at det var en vanlig metode å bruke ved slakting av såkalt niste-rein i siidaen han tilhørte.⁹³ Høyesterett kom, etter en vurdering av hvor viktig sedvanen var for samisk kultur, til at den ikke kunne føre til en tilsidesettelse av dyrevernloven.⁹⁴ Det relevante å undersøke i denne sammenhengen er om dyrevernensyn har ført til at giettadit er blitt erstattet av en skikk hvor slaktingen gjøres med krumkniv. Det ville i så tilfelle være et eksempel på en dynamisk utvikling av samisk sedvanemessig slakting med kniv, en utvikling som har vunnet aksept blant lovgivende myndigheter.

Landbruks- og matdepartementet har i forskrift 30. Juli 2008 nr. 866 åpnet for bruk av krumkniv til bedøving før avliving av tamrein utenfor slakteri i den samiske reindriften. Det er i utgangspunktet ikke lov å bruke kniv til bedøving av rein, jf. forskriftens § 3, men det er gjort unntak for bedøving ved bruk av krumkniv i § 3 annet ledd.

Høyesterett legger til grunn at sedvanen med hjertestikk er en praktisk og økonomisk begrunnet sedvane, og at slike behov langt på vei kan ivaretas ved bruk av krumkniv til bedøving ved hjernestikk før dyret avblødes.⁹⁵ Førstvoterende viser deretter til at giettadit neppe kan være av særlig betydning for opprettholdelse av samisk tradisjonell skikk. Dette begrunnes med at under høringsrunden i forbindelse med krumknivforskriften, tok ikke de samiske organisasjonene opp spørsmålet om bevaring av andre skikker for avliving av tamrein utenfor slakteri.⁹⁶ Den moderne tids fokus på dyrevern kan være en av grunnene for dette.

⁹³ Rt. 2008 side 1789, avsnitt 19.

⁹⁴ *Op.cit.* avsnitt 44 og 45.

⁹⁵ *Op.cit.* avsnitt 44.

⁹⁶ *Ibid.*

For å kunne argumentere for at slakting med krumkniv følger av en dynamisk utvikling av hjertestikksedvanen, var det nødvendig å undersøke når de ulike skikkene oppsto.

Førsteamanuensis Ivar Bjørklund ved Tromsø Museum hevdet at giettadit var den eldste slaktemetoden da denne var bedre for å få tappet dyret for blod. Slakting med krumkniv ble innført etter krigen en gang av veterinærmyndighetene.⁹⁷ Nils Utsi, en reineier fra Alta hadde også samme oppfatning.⁹⁸ Han fortalte at slakting med krumkniv er ingen gammel tradisjon blant samer, fra gammelt av slaktet man ved hjertestikk. Dette hadde praktiske årsaker, da man med krumkniv ikke får tappet dyret fullstendig for blod, slik at kjøttet lettere blir bedervet. Metoden ble oppfunnet på sekstitallet av veterinærer for å gjøre slaktingen mer dyrevennlig. Reineier Peer Mikkelsen Gaup kunne ikke huske når de begynte å ta i bruk krumkniven, men han kunne fortelle at i dag var krumknivmetoden mye mer vanlig enn giettadit. Dette fordi giettadit var veldig smertefull for reinen. Ved giettadit var det i tillegg nødvendig at reinen var liggende, noe som kunne være vanskelig å få til, spesielt med store hanndyr. Med krumknivmetoden kunne dyret slaktes stående.⁹⁹ Disse samtalene tyder på at slakting med krumkniv har overtatt for den eldre sedvane om slakting med hjertestikk.

Det at Høyesterett ikke lot giettadit få gjennomslag ovenfor dyrevernloven, men henviste til den forskriftsmessige slaktingen med krumkniv kan ses på som en dynamisk måte å bevare samisk tradisjonell reinslakting. Når et alternativ kunne blitt at all slakting av rein med kniv ble forbudt, kunne man ved arbeidet med krumknivforskriften tilpasse den samiske sedvanen til norsk dyrevernlovgivning. Grunntrekkene ved sedvanen må kunne sies å være de samme, nemlig slakting med kniv, selv om utførelsen er endret. Denne dommen, sett i sammenheng med krumknivforskriften, kan ses som et argument for at Høyesterett og lovgivende myndigheter i alle fall er åpne for at samiske sedvaner kan utvikle seg og fortsatt få rettslig betydning.

⁹⁷ Førsteamanuensis Ivar Bjørklund, Tromsø Museum, Nansenveien 37, 9007 Tromsø. Telefonsamtale 29. April. (776 45 274).

⁹⁸ Nils Utsi, reineier, Romsdalveien 16, 9517 Alta. Telefonsamtale 20. April. (481 34 578)

⁹⁹ Peer Mikkelsen Gaup, reineier, 9520 Kautokeino. Telefonsamtale 29. April. (950 72 722)

3.4.3 Sedvanemessig fullmakt til laksefiske

Høyesterett avgjorde i 2006 en sak om utøvelse av laksefiske ved fullmakt.¹⁰⁰ Saksforholdet var at en samisk mann var ilagt et forelegg for ulovlig fiske i Tanavassdraget etter å ha fisket laks med stågarn uten laksebrev. Mannen vedtok ikke forelegget på bakgrunn av at han hadde fått fullmakt fra sin bror til å drive fisket. Spørsmålet var om denne fullmakten var lovlig etter de særlige bestemmelsene om fiske i Tanavassdraget.

Forholdet reguleres av lov om fiskeri i Tanavassdraget med tilhørende forskrift.¹⁰¹ Av forskriftens § 3 fremgår det at:

”Av flere, som i fellesskap driver fiskeberettiget jordbruk har bare en fiskerett. Fiskeberettiget er dessuten ikke noen jordbruker som tilhører en annens husstand, idet bare et medlem av hver husstand er fiskeberettiget, nemlig husbonden eller den, til hvem han begjærer retten overdradd.”

Mannen tilhørte ikke brorens husstand, men hadde i alle år vært aktiv i gårdsdriften. Mannen hevdet at slik fullmakt var hjemlet i lokal samisk sedvane. Indre Finnmark tingrett kom til at slik sedvane forelå og viste i den sammenheng til bevisførsel om at det i den aktuelle sonen hadde vært vanlig med hjelpere utenfor husstanden, særlig tidligere, og det skulle ha vært en oppfatning om at dette kunne gjøres etter fullmakt fra den fiskeberettigete, også når denne selv ikke kunne være til stede under fisket.¹⁰²

Tana ligger i det samiske kjerneområdet og fisket i elva har vært av sentral betydning i kulturell, sosial og økonomisk sammenheng for den samiske bosettingen i Tanadalen og er i dag også viktig for den ikke-samiske befolkningen. Dette følger av Samerettsutvalget i NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur.¹⁰³ Gitt at Indre Finnmark tingrett, med sin nærhet til de faktiske forhold, har rett i at det forelå en sedvane om å gi fullmakt til fiske, ville Høyesterett ved å tolke begrepet ”husstand” utvidende, eksempelvis til å gjelde alle som var involvert i gårdsdriften, gitt sedvanen betydning på en dynamisk måte. Sedvanen ville da i sine grunntrekk bestå, selv om situasjonen rundt sedvanen er endret.

¹⁰⁰ Rt. 2006 side 13.

¹⁰¹ Lov 23 Juni 1888 om retten til fiskeri i Tanavassdraget i Finnmarkens amt og kongelig resolusjon 1. April 1911.

¹⁰² Rt. 2006 side 13, avsnitt 15.

¹⁰³ NOU 1997: 4, avsnitt 5.5.2.1.

Førstvoterende uttaler imidlertid at:

”Det er verken for de tidligere instanser eller for Høyesterett opplyst noe nærmere om praksis og oppfatninger i de øvrige 50 fiskesonene langs elven. Anførselen er heller ikke i særlig grad utdypet. Jeg kan ut fra dette vanskelig se at det er grunnlag for å konstatere en sedvanerettsdannelse som skulle gjøre unntak fra lovens ordning.”¹⁰⁴

Høyesterett slår også fast at begrepet ”husstand” klart ikke kan tolkes utvidende i denne sammenheng.¹⁰⁵ Resultatet ble at fullmakten ikke kunne anses lovlig. Det er uklart på hvilket grunnlag Høyesterett avviste den lokale sedvanen. Det kan se ut som om det var selve eksistensen av en slik sedvane førstvoterende betvilte. I alle tilfeller kan denne avgjørelsen tolkes som et argument mot at Høyesterett i praksis er åpen for at samiske sedvaner kan utvikles med tiden. Høyesterett la stor vekt på den aktuelle lovbestemmelsen, dette på tross av at det var på det rene at bestemmelsen over en lang periode ble praktisert liberalt, at det har vært uenighet om forståelsen og om hvor rimelige bestemmelsene er.¹⁰⁶

Avgjørelsen kan imidlertid kritiseres. I straffesaker har retten et særskilt ansvar for at saken blir fullstendig opplyst. Et av førstvoterendes argumenter for å avvise sedvanen, var at anførselen ikke i særlig grad var utdypet. Når den aktuelle sedvanen var hovedgrunnen for at saken fikk et annet resultat i lagmannsretten i forhold til tingretten, burde dette vært en oppfordring til Høyesterett om å sørge for at dette punktet ble tilstrekkelig opplyst. Et alternativ for Høyesterett kunne være å oppheve lagmannsrettens dom grunnet saksbehandlingsfeil.

Det er problematisk å gi et konkluderende svar på om samiske sedvaner har blitt regnet som en dynamisk rettskilde på bakgrunn av den foreliggende praksis. Det er, som vist, mulig å finne indikasjoner i begge retninger. Dette er trolig en konsekvens av at Høyesterett aldri har behandlet spørsmålet direkte.

¹⁰⁴ Rt. 2006 side 13, avsnitt 15.

¹⁰⁵ *Op.cit.* avsnitt 13.

¹⁰⁶ *Op.cit.* avsnitt 14.

3.5 Modernisering av sedvaner

Det sterke kulturvernet som følger av Grunnloven § 110 a og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 tilsier at de samiske sedvaner som er mest sentrale for bevaring av den samiske kulturen, er de sedvanene som i størst grad kan få rettslig betydning. Imidlertid har den samiske kulturen gjennomgått store endringer de siste årene. Dette er et resultat både av fornorskningsslinjen og av endringer i samfunnet generelt, da med teknologisk utvikling og endringer i familiedynamikken som et par eksempler. Som vist ovenfor argumenterer retten i saken fra Indre Finnmark tingrett for at vår tids raske samfunnsendringer vil gjøre sedvaner lite relevante, dersom man ikke ser sedvanene i et dynamisk perspektiv. Spørsmålet blir da om også moderne samisk kultur og næring fortjener beskyttelse, eller om det kun er tradisjonelle samiske levesett som faller inn under kulturvernet. Eller sagt på en annen måte, er det de sedvanene som representerer samisk kultur slik den er i dag som bør bevares, eller de sedvanene som best representerer den tradisjonelle samiske urfolkskulturen?

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 er som nevnt en sentral bestemmelse når det gjelder et urfolks kulturvern. Bestemmelsens ordlyd - at minoritetene ikke skal nektes retten til å dyrke sin egen kultur - sier ikke noe direkte om hvordan situasjonen blir for moderne kulturutøvelse. På den ene siden er det mulig å argumentere for at vern etter SP artikkel 27, forutsetter at minoritetskulturen fortsatt bærer preg av det opprinnelige grunnlaget for gruppens minoritetsstatus. Slik at fundamentet for dette særlige rettsvernet faller bort når minoritetskulturen, gjennom kulturelle endringer og moderniseringsprosesser, i vesentlig grad har tilnærmet seg majoritetskulturen. På den andre siden kan artikkelen også tolkes dit hen at minoritetsgrupper på tross av slike endringer beholder sitt særpreg, og dermed sitt krav på vern, i kraft av å være i mindretall. Gitt sistnevnte tolkning vil også moderne kulturutøvelse være vernet av SP artikkel 27, og sedvaner som er blitt tilpasset den moderne kulturutøvelsen vil da fortsatt være berettiget vern etter bestemmelsen. Noe som vil være et argument for at rettsanvendere bør være åpne for en dynamisk tilnærming til sedvanenes innhold.

Når man skal tolke innholdet av en internasjonal konvensjon, vil en viktig kilde være utsagn og avgjørelser fra konvensjonens kontrollorganer. Når det gjelder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er dette organet FNs menneskerettighetskomité. I plenumsavgjørelsen Rt. 2000 side 996, Bøhlerdommen, diskuterer retten hvordan norske domstoler må forholde

seg til den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK. På bakgrunn av at SP og EMK har lik forankring i norsk rett, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3, må rettens uttalelser i forbindelse med EMK også være veiledende for forståelsen av SP. Førstvoterende sier om dette at ”norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser.”

Menneskerettighetskomiteen har i flere saker kommet med uttalelser vedrørende moderne måter å drive tradisjonelle næringer på. I *Ilmari Länsman v. Finland*, en sak som ble avgjort i 1994, hvor finske myndigheter hadde gitt tillatelse til å anlegge et steinbrudd i et reindriftsområde, var et av spørsmålene nettopp dette. Her uttaler komiteen at:

“Article 27 does not only protect traditional means of livelihood of national minorities, as indicated in the State party's submission. Therefore, that the authors may have adapted their methods of reindeer herding over the years and practice it with the help of modern technology does not prevent them from invoking article 27 of the Covenant...”¹⁰⁷

Dette utsagnet ble fulgt opp i *Apirana Mahuika v. New Zealand*, hvor en gruppe maorier gikk til søksmål fordi de anførte at statlige fiskerireguleringer krenket deres rett til materiell kulturutøvelse. Komiteen slår her fast at:

“...article 27 does not only protect traditional means of livelihood of minorities, but allows also for adaptation of those means to the modern way of life and ensuing technology.”¹⁰⁸

Disse utsagnene er begge basert på materiell kulturutøvelse, altså tradisjonell bruk av land- og vannområder. De kan likevel relateres til sedvaner, da sedvaner i stor grad er bruk av land og vann etter et spesielt mønster.

Kystfiskeutvalget, med Carsten Smith som leder, drøftet i NOU 2008: 5 grensene for hvor modernisert kulturutøvelsen kunne bli før den ikke lenger kunne anses vernet av SP artikkel 27. Dette ble diskutert i forbindelse med sjøsamiske fiskerettigheter i kystområdene rundt Finnmark. Kystfiskeutvalget slår innledningsvis fast at ”et folks kultur er dynamisk, aldri

¹⁰⁷ *Ilmari Länsman v. Finland*, Communication No. 511/1992, paragraph 9.3.

¹⁰⁸ *Apirana Mahuika v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, paragraph 9.4.

statisk”.¹⁰⁹ Deretter gjennomgår de den praksis fra menneskerettighetskomiteen som er referert ovenfor. På bakgrunn av dette uttaler de:

”Men en forutsetning for dette rettsvern må antakelig være at fisket er en videreføring av den tradisjonelle form for fiske. Det vil for sjøsamene si at det er det hjemmebaserte kyst- og fjordfisket i sjøsamiske områder, med mindre fartøyer og med passive redskaper, som vil være vernet av artikkel 27. Fjerner fisket seg langt fra dette tradisjonelle utgangspunkt og får karakter av et moderne industrielt fiske, vil det kunne hevdes at det ikke lenger har den kulturtilknytning som rettsvernet krever.”¹¹⁰

Vektige grunner taler med andre ord for at også på de områder hvor den samiske kulturen er modernisert, i alle fall innenfor den begrensingen som kystfiskeutvalget stiller opp, nyter den vern etter bestemmelsen i SP artikkel 27. Dette må nødvendigvis også bety at de sedvaner som er viktig for kulturen slik den er etter moderniseringen er underlagt vern. Dette er et argument for at retten bør legge stor vekt på sedvanens betydning for kulturen, og se den i et dynamisk lys der det er mulig. Det at en sedvane fortsatt har bred støtte i samisk opinion, på tross av at situasjonen sedvanen har virket i er endret, slik som tilfellet var med den samiske arvesedvanen, kan for øvrig være et argument i retning av at sedvanen er spesielt viktig for bevaringen av den samiske kulturen.

3.6 Vurdering av sedvanens kvalitet

Som vist ovenfor vurderes sedvanens rettslige relevans i stor grad på bakgrunn av sin kvalitet, rimelighet eller andre lignende begreper. Spørsmålet er hva som faktisk ligger i dette. Ordene kvalitet og rimelighet er svært skjønnsmessige, og kan derfor språklig sett omfatte mange ulike momenter. Hvordan denne vurdering bør gjøres diskuteres i nyere rettskildelære. Eckhoff sier at ved bedømmelsen av hvilken vekt sedvanene skal tillegges må det tas hensyn til mange kjennetegn ved sedvanen. Han hevder at

”Ingen av de relevante kjennetegn har karakter av faste betingelser, fordi det beror på en skjønnsmessig helhetsbedømmelse om en påberopt sedvane skal legges til grunn. Det har for eksempel stor betydning hva som foreligger av andre rettskildedefaktorer, og om de trekker i samme eller motsatt retning av sedvanen. Blant annet spiller det en rolle om dommeren anser

¹⁰⁹ NOU 2008:5, avsnitt 8.8.3.

¹¹⁰ *Ibid.*

sedvanen for å gi en god regel, og om den fører til et rimelig resultat i den foreliggende sak.”¹¹¹

Når det gjelder sedvaner hender det ofte at det finnes andre rettskildedefaktorer, særlig lovtekst, som trekker i motsatt retning. Dersom dette argumentet skulle få stor betydning ved vurderingen av samiske sedvaner, så ville dette innskrenke anvendelsesområdet for ILO-169 artikkel 8, siden store deler av retten på samisk område er lovfestet. Mads Henry Andenæs hevder at sedvanen må, etter en totalvurdering, fortjene å bli anerkjent som sedvanerett. Momenter som kan komme i betraktning er om:

”...sedvanen representerer en fornuftig regel, i hvilken grad den stemmer med den alminnelige rettsoppfatning, samt om den presiserer en ellers uklar rettsstilstand eller avviker fra det som ellers vil gjelde.”¹¹²

Fra teorien ser det ut til at dommeren står forholdsvis fritt til å avgjøre hva han vil vektlegge når han skal avgjøre om sedvanen har en slik kvalitet at den fortjener å bli anerkjent som sedvanerett.

I praksis har ulike momenter blitt trukket fram for å undersøke om en sedvane har en slik kvalitet at den får rettslig betydning. I Båndtvangkjennelsen uttaler førstvoterende i den forbindelse at det knytter seg en del usikkerhet omkring innholdet av sedvanen.¹¹³ Som nevnt ovenfor, så var det uklart om sedvanen gjaldt bare for samer, hvilket geografisk område den var knyttet til og hvilke hunderaser den var praktisert for. Videre sier førstvoterende at det avgjørende likevel var at de begrunnelser for den påberopte sedvane som domfelte anførte, virket lite overbevisende.¹¹⁴ Det ble også vurdert hvorvidt sedvanen var en viktig del av samisk kultur. Lagmannsretten hadde konkludert med at ”den påberopte lokale sedvane eller sedvanerett kan ikke sies å være nødvendig for å bevare samisk kultur eller næringsvirksomhet.”¹¹⁵ Dette på bakgrunn av at hunden gikk løs i forbindelse med vanlig friluftsliv. Dette indikerer at dersom sedvanen hadde vært ansett nødvendig for å bevare samisk kultur, så ville den kunne tilsidesatt bestemmelsen i viltloven.

¹¹¹ Eckhoff, *Rettskildelære*, Side 266.

¹¹² Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. Utgave, Oslo 2009.

¹¹³ Rt. 2001 side 1116, sitatet er fra side 1120.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Op.cit.* side 1121.

I Hjertestikksaken vurderes også sedvanens vekt etter hvor sentralt den står i urbefolkningsgruppens liv og kultur. Det sies at:

”Mot dyrevernloven § 9 står en samisk sedvane som i hovedsak etter det lagmannsretten har lagt til grunn, er praktisk og økonomisk begrunnet. Slike praktiske og økonomiske behov kan langt på vei ivaretas ved bruk av krumkniv til bedøving ved hjernestikk før dyret avblødes. Den tradisjonelle bruk av kniv til avliving ved stikk i hjertet, kan i dag ikke være av særlig betydning for opprettholdelse av samisk tradisjonell skikk for slakt av nisterein. Jeg viser her til at under høringen av forskrift om bruk av krumkniv tok de samiske organisasjonene ikke opp spørsmålet om bevaring av andre skikker for avliving av tamrein utenfor slakteri.”¹¹⁶

Også i denne saken tyder drøftingen på at dersom sedvanen hadde vært sentral for samisk kultur, så ville den tilsidesette den klare norske lovbestemmelse. Dette må også være den rette forståelsen på bakgrunn av Norges forpliktelser etter SP artikkel 27 og Grunnloven § 110 a. Hvor sentral sedvanen er i samisk kultur er med andre ord et av de viktigste aspekter ved vurderingen av sedvanens rettslige stilling, og bør følgelig vektet tyngre enn vilkår som varighet og fast praksis. I lys av at SP artikkel 27 aksepterer dynamisk/modernisert bruk innen rammen av kulturvernet, bør også samiske sedvaner kunne vurderes i et dynamisk lys. Som sagt tidligere, kan det tenkes at de sedvaner som, på tross av samfunnets utvikling, fortsatt er i bruk, er de som er mest sentrale for bevaringen av samisk kultur.

Ved siden av å ikke anerkjenne at det foreligger sedvanedannelse, er kvalitetsvurderingen det redskapet som domstolene bruker for å sensurere sedvanene. Det er derfor interessant å vurdere om den dynamiske tilnærmingen til sedvaner kan være et fruktbart bidrag til kvalitetsvurderingen. For det første vil dette være tilfellet dersom man aksepterer det som ble sagt sist i forrige avsnitt. For det andre gir det dommeren rom for å tolke sedvanen i lys av dagens situasjon slik at den i større grad passer inn. Dette finnes det et godt eksempel på i saken fra Indre Finnmark tingrett. Retten viser til at en siidaandel er en offentlig tillatelse til reindrift med stor økonomisk verdi. Det antydes at man kan innløse en siidaandel for 450 000 kroner. Ved arveoppgjør i reindriften før i tiden var det sjelden tale om slike verdier. Da arvet yngste sønn eller datter foreldrenes reinmerke og ofte deres telt.¹¹⁷ Sedvanen måtte av den grunn tolkes for å passe inn i dagens situasjon. Retten sier derfor at ”sedvanen bør forstås som

¹¹⁶ Rt. 2008 side 1789, avsnitt 44.

¹¹⁷ Solem, *Lappiske rettsstudier*, side 170.

en rett til naturalutlegg mot å betale siidaandelens verdi.”¹¹⁸ Dommeren var dermed aktivt med på å tolke sedvanen i et dynamisk lys, slik at man kunne unngå at den ble ansett urimelig, og av den grunn kanskje ikke hadde en slik kvalitet som måtte kreves.

3.7 Konklusjon

Drøftelsene ovenfor illustrerer at mange gode argumenter peker i retning av at utvikling ut fra tid og tilhøve ikke betyr at samiske sedvaner mister sin betydning som relevant rettskilde. Som vist er det lite som tyder på at de tradisjonelle sedvanerettsvilkårenes varighet og fast praksis er til hinder for sedvanens utvikling. I samme retning må rettens generelle dynamikk forstås, og spesielt Høyesteretts dynamiske tilnærming til lokale sedvaner i Balsfjord/Westerbotndommen.¹¹⁹ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter innbefatter i artikkel 27 et sterk kulturvern som også verner moderne kulturutøvelse, noe som er et argument for at også sedvaner bør kunne moderniseres. Og mye taler for at det er de sedvanene hvor bruksmåten er tilpasset samisk kultur i dag som må anses viktigst for den samiske kulturen, ettersom det er disse som har beholdt sin plass i den samiske rettsbevisstheten. Disse hensyn bør dermed ha stor betydning ved domstolenes vurdering av sedvanens kvalitet.

Når det gjelder praksis på området er situasjonen imidlertid mer usikker. Det finnes for det første svært få avgjørelser å forholde seg til, og videre ingen høyesterettsdommer hvor spørsmålet er direkte berørt. Det illustreres gjennom praksis fra Indre Finnmark tingrett at det er mulig å anvende tradisjonelle sedvaner på en dynamisk måte, men på bakgrunn av den rettskildemessige verdien til slike avgjørelser, kan man ikke si at denne praksis gir et klart svar på det aktuelle spørsmålet. De øvrige to høyesterettsdommene som behandles inneholder elementer som fører til at avgjørelsene kan anføres som argumenter i hver sin retning.

På bakgrunn av dette må konklusjonen bli at selv om det finnes mange argumenter for at samiske sedvaner ikke mister sin betydning som relevant rettskilde ved utvikling ut fra tid og tilhøve, så finnes det for svakt grunnlag i praksis til å gi et klart svar på om dette virkelig er tilfellet.

¹¹⁸ Saksnummer 08-174397TVI-INFI, side 17.

¹¹⁹ Rt. 1996 side 644.

4. Avsluttende bemerkninger

Som vist ovenfor finnes det for lite praksis i forhold til samiske sedvaner til å gi noe sikkert svar på problemstillingen. Det finnes mange gode grunner for at samiske sedvaner bør få betydning på tross av endringer i bruken eller situasjonen generelt. Samtidig kan det se ut som om denne problemstillingen er nærmest hypotetisk da domstolene i mange tilfeller virker tilbakeholdne med å gi samiske sedvaner rettslig betydning. Det kan antakeligvis trekkes et skille mellom tingsrettslige sedvaner og sedvaner på andre områder. Det kan virke som at domstolene lettere aksepterer sedvaner på tingsrettens område. I Balsfjord/Westerbotndommen godtar retten til og med at den lokale sedvanen utvikler seg med tiden.¹²⁰ På andre områder, og spesielt når det gjelder straff, synes hensynet til rettsenhet i riket å hindre at sedvanen kan få noen særlig betydning. Dette ble illustrert både i Båndtvangkjennelsen og i dommen om fullmaktsfiske i Tana.¹²¹ Augdahl sier om dette:

”At der ikke gjelder de samme rettsregler overalt i landet, er en betydelig praktisk ulempe; det vil ofte bli følt som en urettferdighet, og det kan hvis splittelsen er omfattende, svekke den nasjonale samfølelse, særlig dersom splittelsen gjelder centrale deler av rettssystemet – f. eks. reglene om arv, ekteskap og rettshåndhevelse.”¹²²

Likevel følger det av Grunnloven § 110 a og Norges folkerettslige forpliktelser gjennom SP artikkel 27 og ILO-169 artikkel 8 at samiske sedvaner skal gis tilbørlig vekt i norsk rett. Dette er en beskyttelse som ikke tilfaller ordinære sedvaner, noe som skulle tilsa at samiske sedvaner ikke bør sensureres like strengt som ordinære sedvaner. Både Grunnloven og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter har forrang ovenfor annen norsk lovgivning, noe som burde resultere i at sedvaner forankret i disse også bør få forrang. Selvsagt forutsatt at de aktuelle sedvanene har en kvalitet og en betydning for den samiske kulturen som tilsier at det er viktig å verne dem. På bakgrunn av den raske samfunnsutviklingen er det også viktig å kunne vurdere sedvanene i et dynamisk lys. Etter min oppfatning kan det ikke være riktig i forhold til de forpliktelser myndighetene har påtatt seg ovenfor samene, at domstolene skulle anvende endringer i bruksmåten eller situasjonen rundt sedvanen som en grunn for å avvise den.

¹²⁰ Rt. 1995 side 644.

¹²¹ Rt. 2001 side 1116 og Rt. 2006 side 13.

¹²² Per Augdahl, *Rettskilder*, 3.utgave, Oslo 1973, side 231.

En måte å skape en mer forutberegnelig situasjon rundt de samiske sedvanene kan være å utferdige klarere retningslinjer i lovs form for den kvalitetsvurderingen som gjøres av sedvanen. Slik som tilstanden er nå, er det opp til dommerens skjønn hvilke kriterier han skal legge til grunn og hvordan han vekter disse. Etter min mening stilles det enkelte ganger for strenge krav til sedvanens dokumentasjon. I Båndtvangkjennelsen for eksempel stiller førstvoterende spørsmål ved om sedvanen er begrenset til å gjelde for samer, hvilket geografisk område den er knyttet til og hvilke hunderaser den har vært praktisert for. Slike detaljerte spørsmål vil det kunne være tilnærmet umulig å føre bevis for, spesielt i en kultur hvor skriftlige kilder i liten grad eksisterer.¹²³

Dersom det ble fastsatt grunnleggende kriterier for hvordan en sedvane skulle vurderes, så ville dette føre til en større forutberegnelighet og man ville minsket risikoen for at rimelige samiske sedvaner ble sensurert. Hvilke kriterier som burde inngå i en slik bestemmelse vil imidlertid være en utfordring å utforme. Lovgiver vil måtte finne en balanse hvor kriteriene ikke skaper for store vanskeligheter med å dokumentere sedvanens eksistens og innhold, men hvor det samtidig ikke åpnes for misbruk. Spesielt kan dette bli utfordrende hvor det er tale om en sedvane som, gjennom modernisering, praktiseres på en annen måte enn den tradisjonelle. For slike sedvaner bør fokuset ligge på at sedvanen i sine grunntrekk er den samme, altså at den begrunner et forholdsvis statisk rettsomfang. Det bør også legges stor vekt på hvilken betydning sedvanen har for bevaringen av den samiske kulturen.

Det er også verdt å nevne at den utviklingen vi har sett de siste årene i forhold til samiske rettsspørsmål, spesielt det at innholdet av samiske sedvaner oftere blir drøftet av retten, i motsetning til at selve sedvanen blir avfeid som ikke-eksisterende, tyder på en holdningsendring blant norske rettsanvendere. Et viktig ledd for å fortsette denne positive utviklingen, vil etter min mening være å vie større plass til behandlingen av samiske sedvaner i rettskildelitteraturen.

¹²³ Rt. 2001 side 1116, side 1120.

Registre

Lover

Kongeriget Norges Grunnlov av 1814

Lov 23 Juni 1888 om retten til fiskeri i Tanavassdraget i Finnmarkens amt

Almindelig borgerlig Straffelov av 22 mai 1902 Nr. 10

Lov 21 februar 1930 om skifte

Lov 29 november 1968 om særlege råderettar over framand eigedom

Lov 20 desember 1974 nr. 73 om dyrevern

Lov 15 mai 1992 nr. 47 om lakse- og innlandsfisk

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

Lov av 17 juni 2005 Nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i
Finnmark fylke

Lov av 15 juni 2007 Nr. 40 om reindrift

Forskrifter

Kongelig resolusjon 1. April 1911

Forskrift 30. Juli 2008 nr. 866

Konvensjoner

Første Codicil og Tillæg til Grendse-Tractaten imellem kongerigerne Norge og Sverige
Lapperne betreffende 2. Okt. 1751

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature,
ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December
1966, entry into force 23 March 1976

ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, C169,
Enacted: 1989-06-27, In Force: 1991-09-05

Forarbeider:

NOU 1984: 18 Om samenes rettstilling
NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur
NOU 1999:22 Domstolene i første instans
NOU 2007 :13, Bind A, Den nye sameretten
NOU 2008:5 Retten til å fiske i havet utenfor Finnmark

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1924 side 583
Rt. 1959 side 1321 (Fluberg)
Rt. 1995 side 644 (Balsfjord/Westerbotn)
Rt. 2000 side 996 (Bøhler)
Rt. 2000 side 1811 (Finanger)
Rt. 2001 side 769 (Selbu)
Rt. 2001 side 1116 (Båndtvang)
Rt. 2001 side 1229 (Svartskog)
Rt. 2004 side 1985
Rt. 2006 side 13 (Fullmaktsfiske i Tana)
Rt. 2008 side 1789 (Hjertestikk)

Lagmannsrett og tingrett

Rg. 1962 side 261
Saksnummer 08-174397TVI-INFI

Menneskerettighetskomiteen

Ilmari Länsman v. Finland, Communication No. 511/1992
Apirana Mahuika v. New Zealand, Communication No. 547/1993

Litteratur

- Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*, 2. Utgave (Oslo 2009)
- Augdahl, Per: *Rettskilder*, 3.utgave (Oslo 1973)
- Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle: *Rett, Samfunn og Demokrati* (Oslo 2007)
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem: *Norsk Tingsrett*. (Gjøvik 1964)
- Eckhoff, Torstein og medforfatter Jan E. Helgesen: *Rettskildelære*, 5. Utgave (Oslo 2001)
- Eriksen, Gunnar: ”Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001”, *Kritisk Juss*, 2004
- Eriksen, Gunnar: ”Tilvenningen til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis”, *Kart og Plan*, Vol 62, 2002
- Fleischer, Carl August: *Anvendelse og fortolkning av dommer* (Oslo 1981)
- ILOs guide to ILO convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples (ILO-guide), prepared by Manuela Tomei and Lee Swepston, Geneve 1996
- Ravna, Øyvind: ”Sami Legal Culture – and its Place in Norwegian Law”, *Rendezvous of European Legal Cultures, Jørn Øyrehagen Sunde and Knut Einar Skovin (Eds.)*, Bergen 2010
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein: *Innføring i Folkerett*, 2. Utgave (Oslo 2004)
- Skogvang, Susann Funderud: ”Hjertesukk om Hjertestikk”, *Tidsskrift for Strafferett*, Nr. 3/2009
- Skogvang, Susann Funderud: *Samerett*, 2 utgave (Oslo 2009)
- Smith, Carsten: ”Om samenes rett til naturressurser - særlig ved fiskerireguleringer”, *Lov og Rett*, 1990
- Smith, Carsten: ”Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?” *Jussens venner*, 2004
- Solem, Erik: *Lappiske Rettsstudier* (Oslo 1933)
- Solheim, Benny: ”ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur”, *Det juridiske fakultet skriftserie*, nr. 58, Tromsø 2004
- Taylor, Edward Burnett: *Primitive Culture (New York 1871)*
- Østberg, Kristian: *Norsk bonderett, bind 2*. (Kristiania 1918)
- Øyrehagen, Jørn Sunde: *Speculum legale – rettsspegelen* (Bergen 2005)

