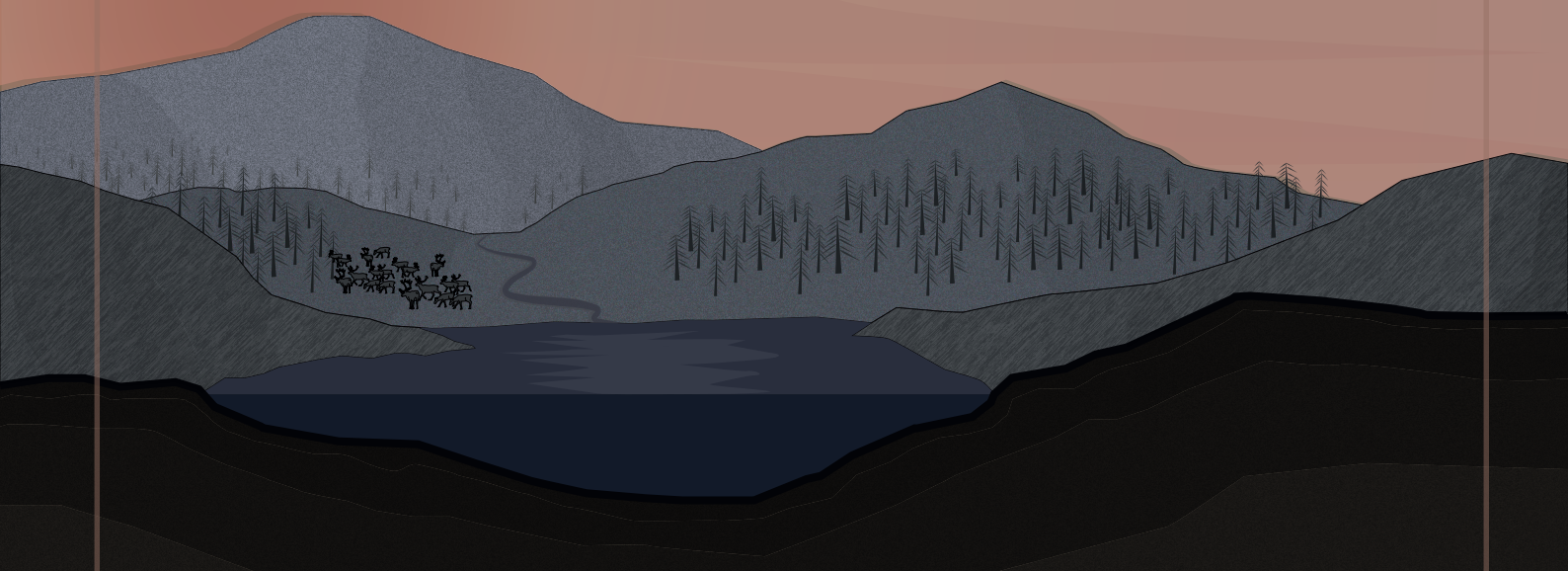


Marken lagen glömde

OM MARKRÄTTIGHETER FÖR SAMER,
RÄTTENS KONSTRUKTION OCH TILLGÄNGLIGHET



Anna Rignell

Examensarbete Juristprogrammet 30 hp Vårterminen 2020
Juridiska institutionen Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Handledare: Max Lyles Examinator: Eva-Maria Svensson



GÖTEBORGS
UNIVERSITET

Omslag: Bodil Perneborn

Innehållsförteckning

FÖRKORTNINGAR	2
DEL 1. INTRODUKTION	3
1.1 INLEDNING	3
1.2 BAKGRUND	4
1.3 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	5
1.4 METOD OCH MATERIAL.....	6
1.5 AVGRÄNSNINGAR OCH TERMINOLOGISKA AVVÄGNINGAR	8
1.6 DISPOSITION.....	9
1.7 TEORI	10
1.7.1 Access to justice.....	10
1.7.2 Tankar om (post)kolonialism	12
DEL 2. RENSKÖTSELRÄTTEN I SVERIGE	16
2.1 HISTORISK ÅTERBLICK, EN HISTORIA	16
2.1.1 Varför äger staten marken?	16
2.1.2 Den första renbeteslagen och dess uppföljare	18
2.2 RENNÄRINGSLAGEN.....	19
2.2.1 Rennäringslagens rättssubjekt.....	20
2.3 SEDVANAN SOM RÄTTSKÄLLA.....	22
2.4 URMINNES HÄVD	23
DEL 3. INTERNATIONELL UTBLICK	26
3.1 ILO:S KONVENTION NR 169 OM URSPRUNGSFOLK OCH STAMFOLK I SJÄLVSTYRANDE LÄNDER.....	26
3.1.1 Konventionens bakgrund och innehåll.....	26
3.1.2 Rättigheter till mark enligt konventionen	27
3.1.3 Sedvanerätt enligt konventionen	28
3.1.4 Statliga utredningar för en ratificering.....	28
3.1.5 Idag.....	32
3.2 NÅGRA RADER OM FINLAND OCH RYSSLAND	32
3.3 NORSK RÄTT – EN JÄMFÖRELSE.....	33
3.3.1 Norges bundenhet av ILO:s konvention nr 169	33
3.3.2 Flexibilitet och pluralism	35
3.3.3 Utrymme för sedvanerättsliga argument och hänsynstaganden.....	36
3.3.4 Presumtionen för renskötselrätt.....	37
3.3.5 Domstolens rättsbildande funktion	37
3.3.6 Selbu- och Svartskogssaken, två rättsfall.....	38
DEL 4. TRE SVENSKA RÄTTSFALL	40
4.1 INLEDNING	40
4.2 SKATTEFJÄLLSMÅLET 1981	40
4.3 NORDMALINGSMÅLET 2011.....	43
4.4 GIRJASMÅLET 2020.....	45
4.5 TEORETISK REFLEKTION	47
DEL 5. AVSLUTANDE DISKUSSION	49
5.1 URMINNES HÄVD SOM GRUND FÖR RÄTTIGHETSANSPRÅK.....	49
5.2 SEDVANERÄTT, RÄTTSSYSTEMETS ENHETLIGHET ELLER PLURALISM	50
5.3 KONSTRUKTIONEN AV DE ANDRA.....	52
5.4 ATT FÅ RÄTT	53
KÄLLFÖRTECKNING	54
BILAGA	58

Förkortningar

AtJ	Access to justice
bl.a.	bland annat
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
dvs	det vill säga
EU	Europeiska unionen
f	och följande sida
ff	och följande sidor
f.k.	för kännedom
FN	Förenta nationerna
GJB	Gamla jordabalken
HD	Högsta domstolen
HRC	UN Human Rights Council
Ibid.	Ibidem (på samma ställe)
ILO	International Labour Organisation
Jfr	Jämför
kap	kapitlet
MB	miljöbalken
NE	Nationalencyklopedin
NJA	Nytt juridiskt arkiv
nr	nummer
osv	och så vidare
p.	punkten/punkterna
Prop.	Proposition
red	redaktör/redaktörer
RF	Regeringsformen
RNL	Rennäringslagen
Rt.	Norsk Retstidende
SFS	Svensk författningssamling
s.	sida/sidorna
SIDA	Swedish International Development Cooperation Agency
SOU	Statens offentliga utredningar
SSR	Svenska samernas riksförbund
st	stycket/styckena
t.ex.	till exempel
uppl.	upplaga
UNDRIP	United Nations Declaration on Indigenous Peoples

Del 1. Introduktion

1.1 Inledning

”Det kanske är så att det går att hitta en politisk lösning. Ett annat scenario är ju den att regering och riksdag inte gör någonting och då kommer man nog få se att flera samebyar står och väntar på att få göra en liknande resa som Girjas har gjort. Men en rättsprocess är ju alltid osäker och kostar mycket pengar. Även om man har Girjasdomen i ryggen så styr det historiska bruket, och hur man kan förmå bevisa det och har backat upp det.”¹

Renskötselrätten är en civilrättsligt grundad rätt i Sverige som tillkommer den samiska befolkningen. Det är en bruksrätt av ett speciellt slag, eftersom den är oberoende av avtal och grundad på urminnes hävd. Renskötselrätten är således beständig men avhängig historiska förhållanden, den vilar på gamla samiska traditioner. Renskötselrätten får sitt närmare innehåll genom rennäringslagen (1971:437), en lagstiftning som gång efter annan ifrågasatts av den samiska befolkningen och som genom sina många oklarheter närmast kan ses som en symbol för den politiska passivitet som präglar rättsområdet.

Sverige håller en hög svansföring internationellt i förhållande till mänskliga rättigheter. Samtidigt avvaktar man en ratificering av internationell lag som är tänkt att ge ursprungsbefolkningar rätt och möjlighet att kräva rätt till de marker de traditionellt innehar och brukar, ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder.² Medan utredningarna för en ratificering följer efter varandra hanteras samernas anspråk på mark och de konflikter som uppstår därav i de svenska domstolarna. Processerna blir långa och ofta ekonomiskt betungande för parterna. Den senaste processen som avgjordes av högsta domstolen (HD) var Girjasmålet³, där sameparten Girjas sameby visade sig ha bättre rätt till jakt och fiske än staten på den mark de av tradition bebor. HD tog internationell rätt i beaktande vid tillerkännandet av samernas rättigheter, bland annat ILO:s konvention nr 169. Detta trots att den inte ratificerats av Sverige. Folkrättsligt har samerna mer omfattande rättigheter än vad den svenska lagstiftningen medger. Men att ha rätt är långt ifrån detsamma som att få rätt – särskilt om vad som är ”rätt” och vem som har ”rätt” inte är klarlagt i lagstiftningen. Efter Girjasmålet, kommer andra samebyar⁴ i Sverige eventuellt vilja följa i Girjas fotspår för att tillerkännas rättigheter de idag inte har tillgång till. Hur rätten är konstruerad påverkar förloppet och utgången i dessa och andra framtida processer. I min uppsats har jag därför velat undersöka hur rätten är konstruerad och hur berättelsen om rätten påverkar möjligheterna att få rätt.

¹ Utdrag ur intervju med Christina Allard, docent i rättsvetenskap vid Luleå tekniska universitet, på fråga om de politiska effekterna av domslutet i Girjasmålet. Eklund, Sveriges Radio, 2020-02-09.

² Hädanefter ILO:s konvention nr 169.

³ Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18.

⁴ *Sameby*: en beteckning för ett renskötselområde och den samfällighet som samerna inom området utgör. Källa: www.ne.se. Uppslagsord: sameby. I Sverige finns idag 51 samebyar, se karta i bilaga för namn och renskötselområden.

1.2 Bakgrund

Den samiska befolkningen är spridd över Sápmi⁵, som minoritets- och ursprungsbefolkning i Norge, Sverige, Finland och Ryssland. Uppskattningsvis lever 40 000–60 000 samer i Norge, 15 000 – 20 000 samer i Sverige, 9 000 samer i Finland och 2 000 samer i Ryssland.⁶ Samerna har erkänts som Sveriges ursprungliga befolkning, lika gammal som – eller äldre än majoritetsbefolkningen. I och med det har samerna tillerkänts en särställning gentemot andra grupperingar i landet, man har sagt att samerna befinner sig i sitt eget land men utgör en minoritet.⁷ De rättighetsanspråk man från den samiska befolkningen huvudsakligen har framfört och som har gett upphov till omfattande och uppmärksammade rättsfall, är de som handlar om markrättigheter. Den samiska kulturen och det traditionella bruket av marken är starkt sammankopplade med renskötsel. I rätten till renskötsel ingår jakt och fiske. Marken ägs till största delen av staten och till viss del av privata markägare. Renskötseln har ifrågasatts och utsatts för konkurrens av andra anspråk på marken, så som vägbyggen, gruvetableringar, vindkraftsparker, skogsdrift, vattenkraft och turism.⁸ Regleringen av markrättigheter för samerna har dock inte reformerats på något betydande sätt sedan rennäringslagen från 1971. Den rättsutveckling som skett har varit genom en rad omfattande domstolsprocesser. Samtidigt har ursprungsbefolkningars rättigheter till mark uppmärksammats inom den internationella rättighetsdiskursen.

Sverige har sedan lång tid klassats som ett välfärdsland internationellt, som respekterar mänskliga rättigheter och ursprungsbefolkningars särställning. Ett exempel är svenskt bistånd, Sverige finansierar projekt för ursprungsbefolkningars markrättigheter i andra delar av världen.⁹ I skuggan av den utrikespolitiska hållningen kan konstateras att Sverige inte har ratificerat ILO:s konvention nr 169, en internationell standard eller miniminivå för de rättigheter ursprungsfolk skall garanteras.¹⁰ Detta har mötts av omfattande internationell kritik, främst kopplad till samernas bristfälliga rättigheter till mark och naturresurser.¹¹ Konventionen anger att ursprungsbefolkningar skall tillerkännas ägande- och besittningsrätt

⁵ *Sápmi*: benämning på de områden i Finland, Norge och Sverige och på Kolahalvön i Ryska federationen som utgör samernas traditionella bosättningsområden. Källa: www.ne.se. Sökord: Sápmi. Se karta i bilaga.

⁶ A/HRC/33/42/Add.3, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 2016, p. 5.

⁷ Prop. 1976/77:80 om insatser för samerna, s. 107. Se även regeringsformen (RF) 1 kap 2 § 6 st. där samiska fokets intressen särskilt omnämns.

⁸ A/HRC/33/42/Add.3, 2016, p. 6.

⁹ Det svenska biståndsorganet SIDA har i flera år finansierat projekt i andra länder (Indonesien, Mali, Peru, Kamerun, Liberia och Panama) för urfolks rättigheter till den mark de brukar och bor på. Sedan 2017 har den Internationella fonden för mark- och skogsrättigheter sitt huvudkontor i Stockholm. SIDA. *Global fond för landrättigheter får bas i Stockholm*, 2017.

¹⁰ Utöver ILO:s konvention nr 169 är rättigheter till mark för ursprungsbefolkningar internationellt reglerade genom FN:s deklaration om urfolks rättigheter från 2007 (UNDRIP), denna är dock inte juridiskt bindande. Mellan Sverige, Norge och Finland har man länge förhandlat om en nordisk samekonvention. Oenighet mellan staterna och representationerna för den samiska befolkningen råder om hur konventionen skall utformas, varför den inte antagits.

¹¹ A/HRC/33/42/Add.3, 2016; A/HRC/18/35/Add.2, James Anaya. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 2011.

till de marker de traditionellt innehar och besitter. För att garantera rättigheterna substantiellt är det statens ansvar att kartlägga de berörda landområdena. I Sverige omfattas inte den historiska utredning som krävs vid marktvister av rättshjälpssystemet, varför en stor ekonomisk börda läggs på tvistens parter. I den svenska rätten ligger bevisbördan på samerna vid rättighetsanspråk på mark. Bevisning av samisk historisk närvaro är komplex; det samiska bruket har lämnat få fysiska spår och kulturen har historiskt präglats av en muntlig tradition utan skriftliga källor.¹² Svårigheterna för samerna att få tillgång till sina rättigheter, eftersom de inte har rätt till rättshjälp, har identifierats som en brist i skyddet för mänskliga rättigheter.¹³ Ett effektivt rättsskydd anses även innebära erkännande av befolkningarnas egna rättssystem.¹⁴ I Sveriges rättskällehära har lokal sedvanerätt en underordnad position i jämförelse med exempelvis Norge (vilket jag återkommer till i avsnitt 3.3.2), varför möjligheterna att få rätt i svenska domstolar för anspråk baserade på traditionellt samiskt bruk anses svårare.

Flera statliga utredningar har tillsatts för att reformera regleringen av samernas markrättigheter, vissa av dem i syfte att förbereda för en ratificering av ILO:s konvention nr 169.¹⁵ Ingen av dessa har lett till något lagförslag eller några betydande lagförändringar.

1.3 Syfte och frågeställningar

Rennäringslagen reglerar samernas markrättigheter i väntan på eller i avsaknad av lagstiftning där folkrättsliga hänsynstaganden tas. Följden är omfattande rättsprocesser i Sveriges domstolar. Det beror på att den samiska renskötande befolkningen anser sig ha vidare rättigheter än lagstiftningen ger uttryck för, men även otydligheter i lagstiftningen vad avser förhållandet mellan markägaren och renskötaren. Det är dessa 'hinder' jag vill studera, och därigenom analysera den svenska rättens tillgänglighet på rättsområdet. Mitt syfte är att undersöka hur verktygen i rennäringslagen, det vill säga rättsinstitutet urminnes hävd samt sedvanerätt, fungerar och används för att tillerkänna ursprungsbefolkningen samerna de i ILO:s konvention nr 169 fastslagna rättigheterna till mark och markanvändning, samt att undersöka hur liknande frågor reglerats i Norge. För att uppnå syftet avser jag att besvara följande frågeställningar:

¹² A/HRC/18/35/Add.2, 2011, p. 51.

¹³ A/HRC/33/42/Add.3, 2016, p. 39.

¹⁴ A/HRC/42/37, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples – Access to justice in ordinary and indigenous justice system 2019, p. 9. Se även artikel 8 i ILO:s konvention nr 169.

¹⁵ Bland flera återfinns SOU 1999:25 Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige. Frågan om Sveriges anslutning till ILO:s konvention nr 169, SOU 2001:101 En ny rennäringspolitik, SOU 2005:116 Jakt och fiske i samverkan, SOU 2006:14 Samernas sedvanemarkar.

- 1) Hur fungerar rättsregeln om urminnes hävd inom rättsprocessen där samiska anspråk på mark och markanvändning behandlas?
- 2) Hur fungerar rättskällan sedvänja inom rättsprocessen där samiska anspråk på mark och markanvändning behandlas?
- 3) Hur förhåller sig den undersökta regleringen i 1) och 2) till ILO:s konvention nr 169?
- 4) Hur har Norge reglerat mark och markrättigheter i förhållande till renskötsel, jakt och fiske för urfolk med utgångspunkt från ILO:s konvention nr 169?

1.4 Metod och material

Som utgångspunkt för min undersökning så kommer jag inledningsvis att utifrån allmänt accepterade rättskällor klargöra hur svensk rätt har hanterat markrättigheter och markanvändning för urfolk inom ramen för rennäringslagen och mer specifikt rättsinstitutet urminnes hävd. Jag kommer även att beskriva sedvänjan som rättskälla, det vill säga sedvanerätt, och dess plats i det svenska rättssystemet. Med *allmänt accepterade rättskällor* menas enligt Stig Strömholm de rättskällor man inom rättsdogmatiken har gett en given auktoritet: lagstiftning, lagförarbeten, prejudikat, bland jurister företrädde uppfattningar samt sedvanor.¹⁶ Aleksander Peczenik delar in rättskällorna i tre olika kategorier – de som *skall*, *bör* och *får* åberopas i juridisk argumentation. I den första kategorin (*skall*) ingår lagar, föreskrifter och sedvanerättsliga regler. Prejudikat, förarbeten, internationella konventioner som ligger till grund för inhemsk lagstiftning liksom sedvanor som är väl förankrade i samhället och/eller godtas av myndigheterna hör till kategorin *bör*. Vidare *får* beslut, rekommendationer, domslut från underinstanser et cetera åberopas.¹⁷ Utifrån Strömholms och Peczenik rättskällevärdelse har sedvanan och sedvanerätten en given plats, vilket de även har i mitt val av uppsatsämne.¹⁸

I den inledande delen tar jag alltså rättssystemet som sådant för givet. Det innebär att materialet utgörs av lagtext och där denna är oklar används förarbeten, rättsfall och för en förståelse av urminnes hävd och sedvanerätt kommer jag att ta del av analyser i juridisk litteratur. Jag har valt att gå närmare in på tre rättsfall, i uppsatsen kallade Skattefjällsmålet, Nordmalingsmålet och Girjasmålet.¹⁹ Jag har valt dessa tre för att de är avgjorda av högsta domstolen, de ger svar på en del oklarheter i lagstiftningen och belyser rättens tillgänglighet.

¹⁶ Stig Strömholm. Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära. 5 Uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 1996, s. 321.

¹⁷ Aleksander Peczenik. Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Stockholm: Fritze, 1995, s. 214 ff.

¹⁸ Sedvanerätt erkänns inte av alla som rättskälla. Se exempelvis Jan Kleineman, Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk Metodlära, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro, (red), Lund: Studentlitteratur, 2018.

¹⁹ Det har skrivits mycket om Skattefjällsmålet och Nordmalingsmålet, medan Girjasmålet inte hunnit bli föremål för omfattande analyser. Christina Allard och Malin Brännström har skrivit en artikel, *Girjas Sameby mot staten: En analys av Girjasdomen*. Artikeln publicerades 2020-05-13 på Svensk Juristtidnings hemsida. Jag kan konstatera de analyserat domen på liknande sätt som jag.

Vidare refereras till rättsfall i underinstanser när jag vill visa på viss problematik på renskötselrättens område.

Jag kommer att belysa den svenska regleringen utifrån en internationell standard för ursprungsfolks rättigheter, ILO:s konvention nr 169. Det har som nämnts vidtagits flera statliga utredningar för en ratificering, jag kommer att använda mig av dessa för att närmare förstå hur den svenska regleringen förhåller sig till konventionen.²⁰ Vidare kommer jag att göra en jämförelse med Norge. De svenska och norska rättssystemen skiljer sig åt på flera sätt, men problematiken med anspråk på markrättigheter från den samiska befolkningen delas av länderna. Norge ratificerade som första land ILO:s konvention nr 169 1990. Därefter har ett omfattande reformarbete pågått i Finnmark i nordöstra Norge, för att tillse samernas markrättigheter. Utöver Norges bundenhet av ILO:s konvention nr 169, anses Norge ha ett rättssystem bättre anpassat för att tillvarata samiska anspråk på mark, med ett flexibelt synsätt på traditionellt bruk och lokal sedvanerätt. Jämförelsen tar sin utgångspunkt i reglernas funktion, det vill säga hur Norges rättssystem har hanterat markrättigheter för samer i jämförelse med Sveriges rättsliga reglering.²¹ Metoden kommer således att ha komparativa inslag. En fullständig komparativ analys innehåller både likheter och olikheter i rättssystemen, men jag skall fokusera på olikheter för att 'få syn' på delar av den svenska rätten och dess tillgänglighet. I studiens fokus ligger således inte komparationen som sådan, utan olikheterna och hur dessa påverkar rättens tillgänglighet åt det ena eller andra hållet. Här använder jag mig av den norska lagstiftningen, betydande rättsfall på området samt juridisk litteratur.

Syftet med den första delen av uppsatsen, den svenska regleringen samt den internationella, är att redovisa vilken rättslig reglering och tolkning av denna som jag tar avstamp i. I den fortsatta studien och analysen av rätten använder jag mig bitvis av andra kunskapskällor än de rättskällor Strömholm och Peczenik menar tillhör rättskälleläran, varför studien som helhet inte kan kallas rättsdogmatisk även om det inledningsvis föreligger en deskriptiv ambition.²²

Med den rättsliga utredningen som plattform kommer jag att med hjälp av kritiska perspektiv analysera de lösningar rättsreglerna ger på den aktuella problematiken. Här använder jag mig av immanent kritik, alltså en utgångspunkt från att juridiska lösningar har tillkommit utifrån historiska samhällsförhållanden, att rätten skapas och omskapas i spänningsfältet mellan traditioner, politiska utmaningar och sociala konflikter.²³ Jag har valt att se regleringen utifrån perspektiven access to justice och postkolonial teori. Access to justice är ett val som utgår från mitt syfte: att titta på reglernas funktionalitet, vilka verktyg som finns för att tillgodogöra sig det som regleringen utlovar. Att utöver det lägga på ett postkolonialt perspektiv är ett metodologiskt övervägande som hjälpt mig att navigera i processen. Att skriva om samer är

²⁰ Främst SOU 2006:14 samt SOU 1999:25.

²¹ Se vidare om funktionalitetsprincipen i Filippo Valguarnera. Komparativ juridisk metod. I: Juridisk Metodlära, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red), Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 155.

²² Jfr Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson. Genusrättsvetenskap. Lund: Studentlitteratur, 2009, s. 165–167.

²³ Johan Schelin. Kritiska perspektiv på rätten. Stockholm: Poseidon förlag, 2018, s. 90.

politiskt, historiskt, kulturellt och inte minst juridiskt komplext. Inledningsvis, som med allt som är okänt och exotiskt, har man en klar uppfattning och lätt att ta ställning (kanske med ett resultat som bara blir romantiskt och fånigt). Men ju mer man sätter sig in i problematiken, desto otydligare blir den. Det visar sig inte vara ett perfekt pussel där *jag* bara behöver lägga sista biten. För att inte gå vilse har jag därför valt att lägga an ett perspektiv som tydliggör för mig själv och läsaren en utgångspunkt. Den postkoloniala teorin används även som förklaringsmodell för hur rätten ser ut idag, hur konstruktionen av marken och dess befolkning har skapat rätten och hur rätten sedan skapar 'verkligheten'. Förståelsen för grunderna för en rättslig tvist hämtas från grundläggande berättelser om vilken typ av värld vi lever i, snarare än på representationer av normsystem eller fakta om verkligheten.²⁴ Påståenden om rättsregler blir i sin tur en del av berättelsen snarare än fristående premisser.²⁵ Således används teorier om narrativ, hur ett kolonialt narrativ kan ha påverkat rätten.

1.5 Avgränsningar och terminologiska avvägningar

Inom den samerättsliga litteraturen ses renskötselrättens *natur* som en av lagstiftningens många oklarheter. En uppfattning är att renskötselrätten till sin natur är civilrättslig, och därmed bör analyseras i förhållande till andra civilrättsliga rättigheter. Denna inriktning företräds exempelvis av Bertil Bengtsson. Han menar att det finns särdrag i rennäringslagen som, inom ramen för civilrättsliga rättigheter, utgör diskriminerande lagstiftning i förhållande till andra medborgare.²⁶ Jag vill undersöka hur renskötselrätten i Sverige lever upp till ILO:s konvention nr 169 – en konvention som är grundad på folkrättsliga principer. Uppsatsen kommer alltså inte begränsas till jämförelser med annan civilrätt. Frågan om diskriminering, och därmed utförligare jämförelser av ägande- och bruksrätt mellan rennäringslagen och annan fastighetsrätt, kommer således lämnas utanför den här uppsatsen.²⁷

Utifrån syftet med uppsatsen, att undersöka hur rätten *fungerar*, hade det varit intressant med ett mer omfattande empiriskt material. Jag tänker främst på praxis från underrätterna och vilka inlagor som gjorts av parterna i tvister rörande samiska markrättigheter. Mitt fokus har istället varit rättsvetenskapligt, att se på hur rätten fungerar utifrån ett tillgänglighetsperspektiv med kritiska teorier som verktyg. Av den anledning har utrymme inte getts åt ytterligare material från domstolarna.

Det finns lagstiftning som tangerar mina frågeställningar, och som påverkar samernas rättigheter till mark. Här återfinns exempelvis minerallagen (1991:45) och miljöbalken (1998:808). Dessa regleringar är inte tillräckligt centrala för mina frågeställningar, varför inga djupare resonemang kring dem kommer att föras. Vid frågeställningar om access to justice

²⁴ Jfr Erik Björling. Rättstillämpningens tystnad: En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen. Göteborgs universitet, 2017, s. 51.

²⁵ Ibid., s. 133.

²⁶ Bertil Bengtsson. Samerätt – en översikt. Stockholm: Norstedts juridik, 2004, s. 24–26 och 95.

²⁷ En utförlig studie av äganderätt i förhållande till renskötsel är exempelvis Malin Brännströms avhandling *Skogsbruk och renskötsel på samma mark: en rättsvetenskaplig studie av äganderätten och renskötselrätten*. Umeå universitet, 2017.

kommer ofta rättshjälpslagen (1996:1619) upp. Hur rättegångskostnader hanteras utifrån rättshjälpslagen är ett uppsatsämne i sig som det inte finns utrymme att analysera här.²⁸ Med det sagt vill jag förtydliga att samebyar är juridiska personer som inte har rätt till rättshjälp enligt rättshjälpslagen 6 och 13 §§.

Den postkoloniala vinkeln av uppsatsen öppnar upp för studier av samiska rättssystem som föregick nationell lagstiftning och sedvanor som fortfarande lever kvar i den samiska befolkningen men inte betraktas som rättskällor i Sverige. En studie av hur exempelvis begreppet *siida*²⁹ förhåller sig till rennäringslagen hade varit intressant.³⁰ Utifrån syftet med uppsatsen kommer dock ingen vidare analys av samiska rättssystem att utvecklas.

Den allra största delen av den samiska befolkningen är inte renskötande samer. Vissa är markägare och har eventuellt intressen som inte är förenliga med renskötande samers, andra lever i storstäder et cetera. Kort sagt föreligger det en stor heterogenitet inom den samiska befolkningen och därmed återfinns olika typer av intressen. Genom uppsatsen används uttryck liknande 'samernas markrättigheter' och 'samiska anspråk på mark'. Utgångspunkten här är att renskötande samer samt fiske- och skogssamer har ett gemensamt intresse för och på den mark de brukar, renskötselområdet, och att det traditionella bruket är nära sammankopplat med samisk kultur och identitet.³¹ Föremålet för uppsatsen är detta gemensamma intresse och hur man har reglerat det i Sverige och internationellt. Det finns således ingen ambition tillskriva samerna som folk markrättighetsanspråk där några sådana anspråk inte finns.

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i fem delar. Den första och inledande delen ger en bakgrund till frågeställningarna varefter bland annat uppsatsens syfte, metod och teori utvecklas. Jag kommer senare att återkoppla till teorierna på olika ställen i uppsatsen, främst i de två sista. Den andra delen kallar jag 'den svenska renskötselrätten'. Här beskriver jag inledningsvis den historiska kontexten för den första renbeteslagen, därefter presenteras och analyseras rennäringslagen, sedvanerätten och urminnes hävd. I den tredje delen, kallad internationell utblick, undersöks ILO:s konvention nr 169 samt några skillnader mellan det svenska och norska sättet att hantera problematiken konventionen behandlar. Här har jag även skrivit ett kort avsnitt om Finland och Ryssland. I del fyra återkommer jag till den svenska rätten med tre rättsfall varpå en teoretisk reflektion följer. Jag har valt att placera de svenska rättsfallen i

²⁸ För rätten till biträde i förhållande till rättshjälpslagen, se Sebastian Wejedal. Rätten till biträde: om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar. Göteborgs universitet, 2017, s. 70.

²⁹ *Siida*: innan samerna införlivades i nationalstaterna hade de organiserat sitt samhälle i form av siidor. Dessa siidor hade bestämda gränser och inom siidan fördelades jakt- och fiskerättigheter. Källa: www.samer.se.
Uppslagsord: siida.

³⁰ Se exempelvis Kristina Labba. The Legal Organization of Sami Reindeer Herding and the Role of the Siida. I: Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015, s. 141 ff.

³¹ Samma utgångspunkt återfinns i rennäringslagens förarbeten. Jfr Prop. 1971:51 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till rennäringslag, m.m., s. 32.

del fyra (inte i anslutning till del två) för att återknyta till den svenska rätten inför den avslutande diskussionen. I den femte och sista delen finns en ambition att knyta ihop säcken, benämna uppsatsens olika delar samt lyfta blicken en aning.

1.7 Teori

1.7.1 Access to justice

Med begreppet 'access to justice' (AtJ) menas medborgarnas tillgång till rättsskydd (i vid mening) och deras möjlighet att göra sin rätt gällande i domstol, dvs tillgång till rättskipning.³² Den rättsvetenskapliga diskussionen om AtJ har sin grund i den västerländska processrättens historiskt liberala och formalistiska utformning. I slutet av 1800-talet och början av 1900-talet utgick den processrättsliga forskningen från en rättsstatlig idétradition med individens formella likhet inför lagen i förgrunden. Staten tog ansvar för individens rättigheter i den mening att man tillhandahöll domstolar där det var fritt fram för alla att göra upp om sina respektive rättigheter och skyldigheter. Emellertid förhöll sig staten passiv till möjligheterna, i praktiken, för människor att på ett likvärdigt sätt tillgodogöra sig lagstadgade rättigheter. Att många människor exempelvis inte hade resurser att fullt ut bära kostnaderna för en effektiv processföring ansågs inte ligga inom samhällets ansvarsområde. Formell, inte effektiv rättvisa eftersträvades och således formell, inte effektiv likhet inför lagen.³³ Förutom avsaknaden av reella möjligheter att tillvarata sina rättigheter fanns det även en åtskillnad mellan vilken typ av intressen som ansågs tillhöra kategorin 'rättigheter'. Den liberalistiska samhällssynen som dominerade under industrialismen knöt rättigheter till individen med utgångspunkt från avtalsfrihetens princip. Kollektiva intressen som exempelvis rätt till arbete, hälsa och utbildning erkändes inte.³⁴ Domstolarna var utformade för tvåpartsprocess vilket ledde till att intressen som var viktiga för alla inte bevakades av någon.³⁵

Rörelsen access to justice växte under det förra seklet parallellt och i samklang med välfärdsstatlig ideologi, och avser som nämnts de medel varigenom medborgarna kan utkräva sina materiella rättigheter. Med välfärdssamhällets framväxt har krav på processuell jämlikhet tillkommit – utöver rättsskydd endast för dem som har ekonomiska och personliga resurser att ta vara på processmöjligheten. Anspråken på rättsskydd har även kommit att inkludera kollektiva intressen som inte utan vidare låter sig inordnas under individualistiska rättighetsbegrepp och processmodeller.³⁶ Utgångspunkten måste vara att de lagar som stiftas skall få faktisk genomslagskraft i samhället, ett antagande om att rätten skall få verklig betydelse.

³² Per Henrik Lindblom. Gruppptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång. Stockholm: Norstedts Juridik, 2008, s. 32 f.

³³ Mauro Cappelletti och Bryant Garth. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 1978, s. 183.

³⁴ Lindblom. Gruppptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång, s. 34.

³⁵ Wejedal. Rätten till biträde: om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 70.

³⁶ Lindblom. Gruppptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång, s. 34 f.

Som teori är AtJ antiformalistisk eller icke-dogmatisk. Rätten är kontextuell och påverkas av, samt utgör en påverkan på, samhället i övrigt. Rätten måste därmed studeras i sitt sammanhang och inte enbart syfta till att fastställa ”gällande rätt”.³⁷ Rättens inneboende anspråk på rättvisa kan således inte sammanblandas med positiv lag. Även om AtJ rörelsen positionerar sig kritiskt i förhållande till rättsdogmatiken så är den inte nihilistisk i den meningen att rätten betraktas som totalt obestämbar.³⁸ Rätten är påverkad av samhällsstrukturer men besitter samtidigt så pass mycket autonomi att den har möjlighet att i sin tur påverka samhället. Det är vid tillämpningen av rätten som den skapas. Den får betydelse och mening i en viss samhällelig kontext för att tillgodose vissa samhälleliga behov.³⁹ I det här sammanhanget får omständigheter som tid, pengar, psykologiska faktorer, värdet på processföremålet osv betydelse.⁴⁰ Rättigheterna står (i bästa fall) skrivna i lagen. Men hur vi får tag på dem, deras tillgänglighet, är skillnaden mellan att ha rätt och att få rätt.

AtJ beskrivs av Mauro Cappelletti och Bryant Garth inte bara som en rättsteoretisk – utan även som en rättspolitisk rörelse, med ett antal identifierade hinder för både individuella anspråk och kollektiva intressen. Dessa hinder har något förenklat delats in i tre kategorier: de höga processkostnaderna, parternas bristande förmåga och resurser att genomdriva sina rättigheter samt svårigheterna att anpassa civilprocessen till kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen.⁴¹

Höga processkostnader

Att driva en process i domstol är ofta förenat med höga ekonomiska risker. I den mån man anlitar ett biträde kan värdet på själva föremålet för tvisten (om det går att mäta i pengar) många gånger understiga biträdeskostnaderna. Beroende på vilken typ av mål det rör sig om används i svensk rätt två olika principer för att fördela rättegångskostnaderna. I förvaltningsrättsliga – och vissa typer av allmänna mål används kvittningsprincipen, som innebär att respektive part bär sin egen kostnad oavsett utgång i målet. I övrigt tillämpas principen om full kostnadstäckning där den tappande parten får bära även den vinnande partens rättegångskostnader. Oavsett vilken princip som används i förhållande till rättegångskostnaderna, är riskerna höga.⁴² Även tidsåtgången behandlas som en kostnadspost i diskussionen. Många har inte råd att vänta i åratal på ersättning för rättegångskostnader.⁴³

³⁷ Wejedal. Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 60 f.

³⁸ I mer radikala kritiska rättsteorier ifrågasätter man själva grunden för rätten. Om Critical Legal Theory skriver Margret Davies ”*Critical legal theory aims to be reflective, in a philosophical sense, meaning that it considers the fundamental conditions of knowledge and being. It questions the assumptions upon which ‘traditional’ theory is based*”. Margaret Davies. *Asking the Law Question*. 4. Uppl. Pymont, N.S.W.: Thomson Reuters Professional Australia Limited, 2017, s. 191.

³⁹ Wejedal. Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 63.

⁴⁰ Ibid., s. 65.

⁴¹ Cappelletti och Garth. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, 186 ff; Lindblom. *Grupptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång*, s. 38 ff; Wejedal. Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 65 ff.

⁴² Wejedal. Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 66.

⁴³ Lindblom. *Grupptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång*, s. 39.

Långsamma processer gynnar den processuellt starka parten, vilket leder oss in på nästa rubrik.

Processuella obalanser

En del rättsliga konflikter karakteriseras enligt AtJ av processuella obalanser. Typexempel på sådana är konsumenter i förhållande till företag eller enskilda gentemot staten. Den processuella obalansen består i att ena parten befinner sig i en nödsituation, medan motparten är resursstark och har det som en av sina arbetsuppgifter att lösa sina konflikter i domstol.⁴⁴ Den svagare parten befinner sig eventuellt i en domstol för första gången till skillnad från motparten som har stora resurser i form av ekonomi och kunskap men också kontinuerliga kontakter med domstolssystemet. Spelreglerna är desamma för båda parterna men förutsättningarna är fundamentalt olika. Något förenklat skulle domstolsprocessen därmed innebära att de regler som är tänkta att ge rättsskydd för samhällets svagaste, snarare befäster och reproducerar de ojämlika förhållanden som råder utanför domstolen.

Svårigheterna att anpassa civilprocessen till kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen

Som redan berörts så har välfärdssamhället fört med sig kollektiva intressen som är svåra att placera i den individualistiska tvåpartsprocessen. Rättigheter som i viss mån tillfaller alla men är så diffusa eller fragmentariska att de är svåra för en enskild individ att processa om. Cappelletti och Garth beskriver vilken typ av intresse det kan handla om:

”’Diffuse’ interests are collective or fragmented interests such as those in clean air or consumer protection. The basic problem they present – the reason for their diffuseness – is that either no one has a right to remedy the infringement of a collective interest or the stake of any one individual in remedying the infringement is too small to induce him or her to seek enforcement action.”⁴⁵

Även om själva intressena inte lämpar sig för en domstolsprocess, så kan de ha stor påverkan på det stora kollektivet av samhällsmedborgare och på samhällsekonomin, varför alternativa processföringsmodeller måste till om intressena skall tillvaratas.⁴⁶

1.7.2 Tankar om (post)kolonialism

”...det är endast genom kolonialisering som en urbefolkning kan uppstå.”⁴⁷

I slutet på förra seklet syftade termen ’postkolonial’ på kulturer i formellt avkolonialiserade samhällen men där kolonialiseringen lever vidare och manifesteras genom andra uttryck.

⁴⁴ Wejedal. Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar, s. 67.

⁴⁵ Cappelletti och Garth. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, s. 194.

⁴⁶ Ett sådant alternativ är exempelvis grupptalan. Lindblom kommenterar utförligt lagen i förhållande till AtJ i *Grupptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång*.

⁴⁷ Maria Grahn-Farley. Critical Race Theory genom tre rättsfall. I: Juridisk Metodlära, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red), Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 321.

Mentalt och kulturellt finns kolonialmakten kvar även om dess företrädare fysiskt avlägsnats. Den teoretiska inriktningen har sedermera expanderat och kommit att avse en mängd olika effekter som uppstått till följd av kolonialisering.⁴⁸ De postkoloniala teorierna som jag hänvisar till kommer till största del från forskning inom det före detta brittiska imperiet. På vilket sätt har de betydelse för svensk rättsordning? Det går att se flera likheter mellan Sveriges politik i norra halvan av landet och klassisk kolonialmaktspolitik. Som exempel kan nämnas unionsupplösningen och gränsdragningen mellan Sverige och Norge som innebar stora tvångsförflyttningar av samer⁴⁹, konstruktionen av samer som nomader utan koppling till marken, uppmuntran genom stora skattesänkningar av svenska nybyggare att etablera sig norrut⁵⁰ samt exploatering av naturtillgångar genom gruv- och skogsdrift⁵¹. Av den historiska återblick som följer i avsnitt 2.1.1, framgår det att samernas rättigheter försvagades i samband med omstöpnigen av den svenska fastighetsrätten under 1800-talet. Man kan argumentera för att kolonialiseringen alltjämt pågår i landsändan, med utvidgning av vindkraftsparker och gruvetableringar. Oavsett kan effekterna av den kolonialism som varit betraktas utifrån postkolonial teori.

Det finns, trots den stora bredden och mängden inriktningar, gemensamma premisser inom postkolonial teori. En sådan premis är hur kunskap betraktas och hur makt utövas genom kunskap eller anspråk på *sanning* om hur världen är beskaffad. Enligt Michel Foucault är kunskap och makt sammankopplade på två sätt: först genom att säga vad som är sant, och därefter genom att ge sin egen makt status som sanning.⁵² Man kan kalla det för diskurs eller för ett auktoritativt narrativ.

”A powerful narrative reconstructs common sense to make the contingent seem determined and the artificial seem natural”.⁵³

Enligt den amerikanske historikern William Cronon är dessa narrativ essentiella för vår förståelse av historien och människans plats i naturen. Han beskriver hur amerikansk historia beskrivs olika beroende på vilken berättelse man berättar. Den berättelse som väljs fyller existerande ideologiska behov. En berättelse har med fördel en början, en mitt och ett slut. Om slutet på berättelsen är ett vetefält som vajar i vinden efter att människan genom stora vedermödor lyckats transformera naturen, så är berättelsen utgångspunkt med nödvändighet att landskapet innan vetefältet var antingen neutralt eller negativt till sitt värde. Naturen måste ha varit i behov av utveckling.⁵⁴ Kolonial expansion har, över hela världen, legitimerats med

⁴⁸ Davies. *Asking the Law Question*, s. 323.

⁴⁹ Nils-Johan Päiviö. *Från skattemannarätt till nyttjanderätt: En rättshistorisk studie av utvecklingen av samernas rättigheter från slutet av 1500-talet till 1886 års lag*. Uppsala Universitet, 2011, s. 197.

⁵⁰ Bengtsson, s. 34.

⁵¹ Päiviö, s. 189.

⁵² Michel Foucault. *Säkerhet, territorium, befolkning: Collège de France 1977-1978*. Stockholm: Tankekraft, 2010, s. 24, 175 och 317; Mona Lilja och Stellan Vinthagen. *Sovereign Power, Disciplinary Power and Biopower: Resisting What Power With What Resistance?* *Journal of Political Power*, 2014, s. 108.

⁵³ William Cronon. *A Place for Stories: Nature, History, and Narrative*. *Journal of American History*, 1992, s. 1350.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 1354.

att jorden antingen var obebodd eller brukades av en ociviliserad ursprungsbefolkning på ett ineffektivt sätt. Kolonialisering producerades retoriskt som ett civilisationsprojekt i ”ingenmansland”.⁵⁵ Argumentationen utgår från ett linjärt, progressivt narrativ av historien som ockuperar den liberala världsbilden och har sin grund i upplysningsidealen. Tankesystemet är enligt postkolonialismen än idag dominerande. Dikotomin mellan primitiv och utvecklad blir en måttstock som allt levande mäts efter.⁵⁶ Här ingår en kunskapsproduktion som har inneburit ett marginaliserande av de som i litteraturen betecknas ’the Others’ eller ’de andra’. Det normala formas genom att definiera det onormala och på så sätt skapas ’verkligheten’.⁵⁷ Edward W. Said beskriver i sin bok *Orientalism* hur ’orientalen’ i litteraturen har inneslutits och framställts inom strukturer som bygger på dominans. Kunskapen härrör ur en styrkeposition och därmed skapas på sätt och vis Orienten, orientalen och dennes värld – genom att framställas som något som skall bedömas.⁵⁸ Konstruktionen av Orienten, den fiktion av ett enhetligt och sammanhängande område som bara finns i den yttre blicken, innebär en *tänkt geografi*. Den tänkta geografin anger vad någonting är och i förlängningen vad det ska skall eller bör användas till.⁵⁹

Rättighetsdiskursen har fått utstå omfattande kritik från postkoloniala tänkare, en kritik som överlappar och sammanfaller med den mot konstruktionen av ’de andra’.⁶⁰ Liberala värderingar och mänskliga rättigheter har exporterats till ’behövande’. Att definiera vem som är i behov av hjälp innebär definierande av vem som har hjälpen eller räddningen och därmed konsolideras rådande maktförhållanden. Rättssubjekt eller bärare av rättigheter är en liberal konstruktion som i många fall är alienerad från upplevelser av verkliga sociala förhållanden. Delar av kritiken kan liknas vid diskussionen som förs inom AtJ rörelsen. Exempelvis problematiserar Grahn-Farley minoritetsskydd i form av rättigheter genom att dela in rättsligt skydd i lagstiftade anspråk och rättighetsanspråk. Lagstiftade anspråk ger en tydlig metod för hur konflikter skall lösas, medan rättighetsanspråk får sin betydelse i själva tillämpningsögonblicket. Rättigheter existerar ofta på samma normativa nivå som andra rättigheter varför det är upp till rättstillämparen att vid varje given situation avgöra vilken rättighet som har företräde vid en rättighetskonflikt samt balansera och tolka rättigheterna. Man kan säga att den politiska oviljan att erbjuda ett konkret lagligt skydd för minoriteter kompenseras med rättigheter, en kompensation som lovar mycket men vid själva tillämpningen kan komma att hålla tunt.⁶¹ Ett exempel på renskötselrättens område är etableringen av gruvor på mark där renskötsel utövas. Enligt miljöbalkens 3 kap är renskötselrätten klassificerad som ett riksintresse i syfte skydda den mot motstående intressen i förhållande till marken, men det är även utvinning av mineraler enligt samma kapitel i

⁵⁵ Davies. *Asking the Law Question*, s. 301.

⁵⁶ Ratna Kapur. *Erotic justice: postcolonialism, law, sexuality*. London: GlassHouse Press, 2004, s. 21.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 23. Se även Michel Foucault. *Biopolitikens födelse: Collège de France 1978-1979*. Hägersten: Tankekraft, 2013, s. 36 ff.

⁵⁸ Edward W. Said. *Orientalism*. Stockholm: Ordfront, 2000, s. 113.

⁵⁹ Jfr framställningen av orienten i västerländsk litteratur i *ibid.*, s. 147.

⁶⁰ Se t.ex. Ratna Kapur. *On Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl*. *Feminist Review*, 2019, s. 167 och 170.

⁶¹ Grahn-Farley. *Critical Race Theory genom tre rättsfall*, s. 326.

miljöbalken.⁶² I den nordiska rättsrealismen har kritiken mot rättighetsdiskursen utgått från ett liknande funktionalistiskt synsätt. En rättighet är bara ett ord, möjligtvis med en associationskraft, men utan reell substans och därmed kan ett rättighetsanspråk vara illusoriskt.⁶³

I den postkoloniala kritiken av rätten kan två ytterligare spår identifieras.

Lagstiftarens maktposition – att få definiera världen och sanningen – innebär att annan lag inte får plats. Margret Davies beskriver kritiken såhär:

”The Western *concept* of law excludes other law: it excludes for instance the possibility of law existing outside its domain yet within its ‘own’ territory; it excludes questions about its own existence, presuming instead its own legitimacy, even though this legitimacy is arguably due to nothing more than force (and in the case of many colonised nations, is completely dubious); and it excludes from the idea or concept of law any law which is not institutionalised according to a Western model.”⁶⁴

Detta kan givetvis ifrågasättas. Ett rättssystem, om man med det menar regler och rättsinstitut som tillämpas i ett specifikt område eller av en specifik människogrupp, gör alltid anspråk på att gälla ensamt oavsett om det är västerländsk rättsordning eller ursprungsbefolkningars egna rättssystem. Rättssystem kännetecknas även av exekutiva funktioner varför ’tvång’ alltid är ett inslag. Däremot kan man se en koppling mellan det koloniala narrativet ’ingenmansland’ eller ’ociviliserad’ och oförståelsen för – eller ignoransen av – rättssystem som fanns/finns på platsen innan kolonisationen.

Det andra spåret handlar om under vilka former rätten producerats. Vilka satt med? Vilka fick höras i lagstiftningsprocessen? Vilka livsbetingelser togs i beaktande?⁶⁵

⁶² Enligt MB 3 kap 10 § skall en avvägning göras när intressena kolliderar med varandra. Eftersom renskötselrätten utövas på vidsträckta marker tenderar riksintresset för renskötseln att komma till korta i förhållande till mineralutvinning – eller så görs avvägningen inte alls då rennäringen inte ”påtagligt försvåras”, MB 3 kap 5 §. Rönnbäckenmålet (HFD Mål nr 443–11) är ett exempel på när samhällsintresset för gruvdrift vägdes mot rennäringen.

⁶³ Eva-Maria Svensson. Sami Legal Scholarship: The Making of a Knowledge Field. I: Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015, s. 219 f.

⁶⁴ Davies. Asking the Law Question, s. 322.

⁶⁵ Ett exempel på kritik är följande analys av barnkonventionen: Maria Grahn-Farley. Neutral law and Eurocentric lawmaking: a postcolonial analysis of the U.N. Convention on the Rights of the Child. *Brooklyn Journal of International Law*, 2008.

Del 2. Renskötselfrätten i Sverige

2.1 Historisk återblick, en historia

Samernas markrättigheter har präglats av historiska rättspolitiska ställningstaganden. När konflikter om samernas markrättigheter uppstår i Sveriges domstolar, är historieskrivningen med nödvändighet ett inslag. Rättsläget varierar mellan olika landområden beroende på hur det historiska bruket har sett ut. Vidare är det historiska narrativet, att de markområden där renskötsel till övervägande del utövas tillhör staten, under diskussion i historieforskningen. Återblicken här återspeglar till viss del den diskussionen samt ger en väldigt översiktlig bild av hur regleringen vuxit fram.

2.1.1 Varför äger staten marken?

De marker där renskötselrätten får bedrivas året runt enligt rennäringslagen 3 §, kallade åretruntmarkerna, är belägna i de nordvästligaste delarna av Västerbottens- och Norrbottens län. Rennäringslagen anger inte uttryckligen vem som äger åretruntmarkerna, men det får anses framgå implicit att staten äger marken – hade de renskötande samerna varit ägare så hade lagen inte haft någon funktion.⁶⁶ Av den första renbeteslagen från 1886 och dess förarbeten framgår det att den etablerade rättsuppfattningen var att kronan var ägare till de nordligaste lappmarkerna i Sverige. Ytterst har denna uppfattning grundats på ett kungligt påbud från 1683 som i sin tur hänvisar till ett brev från Gustav Vasa som utfärdades 1542 och ger uttryck för att obebyggda skogar ”tillhör” kronan.⁶⁷ Uppfattningen är emellertid inte oemotsagd. Modern historisk forskning visar att det från medeltiden och fram till mitten eller slutet av 1700-talet fanns någorlunda fastställda gränser för samernas mark, de så kallade lappskatteländen. Samerna hade liknande rättigheter till de här markerna som skattebönder. Lappskatteländen kunde alltså ärvas, överlåtas, förpantas och skänkas bort.⁶⁸ Som exempel framgår det i ett bihang till gränstraktatet mellan Sverige och Norge från 1751 att samerna hade en stark rätt till fjällområdena vid den här tiden. Hur stark denna rätt egentligen var diskuteras i litteratur och rättsfall men man är överens om att det var en stark rätt som åtminstone liknade böndernas skattemannarätt.⁶⁹ Under 1800-talet försvagas samernas rättsliga ställning i förhållande till marken. Det finns flera olika faktorer som spelar in i utvecklingen.

⁶⁶ Se resonemang kring statens äganderätt och rennäringslagen i NJA 1981 s 1 (Skattefjällsmålet), s. 178.

⁶⁷ Se högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23 (Girjasmålet), p. 54.

⁶⁸ Kaisa Koorpijaako-Labba. Samerna och jordäganderätten 1: Lappmannarättigheternas privaträttsliga ställning från 1500-talet till medlet av 1700-talet. Kautokeino: Sámi instituhtta, 1985, s. 117–118; Päiviö, s. 40–41; Bengtsson, s. 32.

⁶⁹ Bengtsson, s. 33. Se även NJA 1981 s 1, på sidan 184 f samt högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23, p. 179 ff.

I bygget av nationalstaten centraliserades makten i landet. Markanvändningsfrågor flyttades från lokala häradsrätter⁷⁰ till länsstyrelser, där man hade lite kännedom vilka rättigheter samerna egentligen hade.⁷¹ Länsstyrelserna gav tillstånd till nybyggen och förfogade över markområdena i övrigt, där visserligen ett skydd för jakt, fiske och renskötsel ingick.⁷² Att länsstyrelserna tog över tvister som tidigare legat under de allmänna domstolarna ger uttryck för att fjällmarkerna sågs som tillhörande kronan och därmed ett förvaltningsrättsligt område för staten.⁷³ Vidare förlorades mycket av den kunskap om lokala sedvanor som fanns i häradsrätterna, där samerna ofta satt i majoritet.⁷⁴

Under 1800-talet florerade stadieteorier som innebar en föreställning av människors utveckling i olika stadier där samlare/jägare och nomadliv utgjorde en lägre utvecklingsnivå än jordbruk. Äganderättsliknande förhållanden kopplades ihop med en förädling av marken, det vill säga utövandet av jordbruk.⁷⁵ Argumentationen är delvis ett arv från John Locke (1632-1704) vars teori innebar att äganderätt uppstår först när värde har tillförts, vilket Europeiska stater använde för att legitimera sina expansioner; om nomadiserande befolkningar inte hade äganderätt till de markområden de bebodde kunde kolonialisering lättare motiveras.⁷⁶ Paralleller kan dras till de auktoritativa narrativ som enligt Cronon är förutsättningen för uppfyllandet av ideologiska behov (se ovan i avsnitt 1.7.2). I Sverige innebar jordbruksreformer ett allt starkare politiskt inflytande för bönderna som samtidigt utgjorde en överväldigande majoritet av befolkningen – en befolkning som hade fördubblats under bara något hundratal år och behövde plats. Skogsbruket började utgöra en viktig näring i landet och malmfyndigheter upptäcktes i Norrland. Exploateringen av skog och malm gjorde att man ville få loss mark.⁷⁷ Böndernas starka position och kronans ekonomiska intressen ledde till den så kallade *avvittringen*, som innebar att fastigheter skulle avgränsas och skattläggas där detta inte tidigare skett. Mark som inte tillfördes någon enskild blev kronoöverlopsmark, med andra ord kronans egendom. I Västerbotten och Norrbottens lappmarker beslutade man om en odlingsgräns, under vilken det ansågs lämpligt med jordbruk, medan de nordligare markerna var avsatta för samernas renskötsel. Emellertid fortsatte nybyggnationerna även ovanför odlingsgränsen.⁷⁸ Resultatet av avvittringen blev att stora skogsarealer i lappmarken kom i privat ägo, medan övrig mark lades under kronan.⁷⁹

⁷⁰ *Häradsrätt*: underrätt på landsbygden och i vissa städer, som var lagda under landsrätt, fram till domstolsreformen 1971, då tingsrätter infördes såväl på landsbygden som i städerna. Källa: www.ne.se.
Uppslagsord: häradsrätt.

⁷¹ Päiviö, s. 245.

⁷² Bengtsson, s. 34.

⁷³ *Ibid.*, s. 41.

⁷⁴ Brännström. Skogsbruk och renskötsel på samma mark: en rättsvetenskaplig studie av äganderätten och renskötselrätten, s. 98.

⁷⁵ Päiviö, s. 39.

⁷⁶ Rebecka Lawrence och Mattias Åhren. Mining as colonisation: the need for restorative justice and restitution of traditional Sami lands. I: Nature, Temporality and Environmental Management: Scandinavian and Australian Perspectives on Peoples and Landscapes, Head, Lesley; Saltzman, Katarina; Setten, Gunhild; Stenseke, Marie (red), Routledge, 2017, s. 154.

⁷⁷ Päiviö, s. 189.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 201 f.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 189.

Avvittringen söder om odlingsgränsen i Jämtland och Härjedalen drabbade samerna mycket hårt eftersom kronans marker där de tidigare haft fri betesrätt med sina renar nu hamnade i privat ägo.⁸⁰ En generell konsekvens av avvittringen blev att rättsliga anspråk på marken som hörde till renskötseln samt jakt och fiske inte kartlades i lika hög grad som den jordbrukande befolkningens fastighetsrättsliga anspråk. Grundlig historisk forskning om samernas civilrättsliga anspråk kom inte igång förrän 1966 i samband med Skattefjällsmålet.⁸¹

Att staten idag äger marken stöds av rennäringslagens förarbeten och praxis.⁸² Men äganderätsfrågan är omtvistad och har tagits upp i flera rättsfall, främst på grund av ovan redovisade historiska förhållanden.⁸³

2.1.2 Den första renbeteslagen och dess uppföljare

I förarbetena till den första renbeteslagen beskrivs förhållandena och befogenheterna som samerna anses ha enligt sedvana från Norrbotten till Härjedalen. Resultatet blev en särslagstiftning där samernas rätt precisades till en sedvanerätt grundad på urminnes hävd.⁸⁴ Renbeteslagen från 1886 garanterar samerna rättigheter till deras näringsutövning samt en civilrättslig bruksrätt. Genom renbeteslagen upphörde lappskattemarkerna, vilka utgjorde grundvalen för enskildas samers rätt till vissa områden, och ersattes med en kollektiv rätt för samebyar.⁸⁵ Den oklara situation som föregått lagstiftningen undanröjs till stora delar, dock inte alla vilket vi kan se i dagens processer. Nils-Johan Päiviö ger uttryck för att den första renbeteslagen vilar på en något falsk eller åtminstone en kolonialpolitisk grund:

”Konklusionen blir att det var de regler som omfattade koloniseringen av lappmarken som var centrala för lagstiftningen och följaktligen också ansågs utgöra den legala grunden för samernas rätt, medan de regler som berörde samernas civila rätt som tidigare utgjort grunden i domstolarna inte alls uppmärksammades. En naturlig konsekvens av detta blev därför rättsförluster för samerna.”⁸⁶

Renbeteslagen har ändrats vid några tillfällen sedan dess tillkomst 1886. Genom ändringar 1898 och 1928 så uteslöts icke nomadiserande samer från rätt till renskötsel, de ansågs inte vara ’lappar’ enligt rådande politik. I förarbetena till 1971 års rennäringslag togs frågan om äganderätt till markerna upp. Regeringens uppfattning var att marken tillhörde staten medan den samiska befolkningen genom riksförbundet uttryckte att samerna i vart fall hade en betydligt starkare rätt till marken än vad som framgått av renbeteslagen.⁸⁷ Lagrådet uttalade

⁸⁰ SOU 2006:14, s. 18.

⁸¹ NJA 1981 s 1. Päiviö, s. 37.

⁸² Proposition 1971:51, s. 158; NJA 1981 s 1.

⁸³ Se exempelvis RÅ 1999 not 234 där Talma sameby angav som skäl till sitt yrkande i första hand att de ägde den aktuella marken. Regeringsrätten tog inte ställning till äganderätsfrågan då det inte ansågs lämpligt att pröva inom ramen för ett förvaltningsrättsligt mål. I Girjasmålet hävdar staten till grund för sitt bestridande att de som fastighetsägare innehar jakträtten och fiskerätten och därmed upplåtelseätten. HD berör inte äganderätsfrågan med hänvisning till utformningen av yrkandet. Högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23, p. 38.

⁸⁴ Päiviö, s. 230.

⁸⁵ Bengtsson, s. 35.

⁸⁶ Päiviö, s. 251.

⁸⁷ Se Prop. 1971:51, s. 121, där det framgår av svenska samernas riksförbunds (SSR) remissyttrande.

att det var principiellt olyckligt om grunden för lagstiftningen inte godtogs av den berörda befolkningen men att man i avvaktan på domslut fick stifta lagen på samma grund som hittills gällt.⁸⁸ Resonemanget förs mot bakgrund av Skattefjällsmålet som vid tiden pågått i flera år, där sameparterna begärt rättigheter som var att likställa med äganderätt och ständig besittningsrätt på skattefjällen i Jämtland.⁸⁹ I Skattefjällsmålet avslogs samernas yrkande om bättre rätt än staten till de aktuella markområdena, men HD betonade att domslutet i denna del endast avsåg skattefjällen och inte eventuella anspråk från samernas håll i andra delar av landet. I övrigt uttalade HD principiella utgångspunkter, exempelvis att renskötselrätten ytterst är grundad på urminnes hävd.⁹⁰ Skattefjällsdomen kom sedermera att bidra till en lagändring 1993 genom att man slog fast att renskötselrätten är grundad på urminnes hävd, i enlighet med domslutet. Samma år ändrade regeringen i rennäringsförordningen (1993:384) vilket utvidgade länsstyrelsens möjligheter att trots invändningar från berörda samer upplåta småviltsjakt i fjällen, se 3 §. Dessa lagändringar är upprinnelsen till Girjasmålet som avgjordes i början av 2020.⁹¹

2.2 Rennäringslagen

Renskötselrätten är dels en civilrättslig rättighet, dels en näringsrätt. Den civilrättsliga delen omfattas av egendomsskyddet i RF 2 kap 15 § samt i tilläggsprotokollet till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna artikel 1. Renskötselrätten är i förhållande till de fastigheter den belastar en särskild rätt – liknande panträtt eller servitut – vilken således förhåller sig till en ”moderrättighet” (vanligen äganderätt).⁹² Som näringsrätt är rennäringslagen undantagen från näringsfriheten i RF 2 kap 17 §, där rennäringslagen har förbehållits den samiska befolkningen med hänvisning till rennäringslagen (RNL).

Renskötselrätten är en nyttjanderätt till mark och sammanfattas i RNL 1 § 1st som en rätt för samerna att ”använda mark och vatten till underhåll för sig och sina renar”. Av andra stycket i samma paragraf framgår det att renskötselrätten tillkommer den samiska befolkningen och är grundad på urminnes hävd. Förutsättningen för att omfattas av rättigheterna i lagen är att man är medlem i en sameby, RNL 1 § 3st. Bruksrätten som samerna har i förhållande till markägaren och andra enskilda får sitt närmare innehåll i 15–25 §§ RNL. Här framgår det att renskötselrätten innefattar rätt att uppföra för näringen nödvändiga byggnader och hagar, samt att i vissa fall ta virke för uppförandet. Vidare ingår jakt och fiskerätt inom samebyarnas betesmarker i det rättsliga begreppet renskötselrätt. Däremot är renskötselrätten en kollektiv rättighet för samebyarna, medan jakt- och fiskerättigheter är individuella rättigheter för medlemmarna i samebyn.⁹³ Hädanefter avses med begreppet *renskötselrätt* renskötsel, jakt och fiske.

⁸⁸ Ibid., s. 261.

⁸⁹ NJA 1981 s 1, på sidan 166 f.

⁹⁰ Ibid., s. 185. Se vidare om Skattefjällsmålet i avsnitt 4.2.

⁹¹ Högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23. Se vidare om Girjasmålet i avsnitt 4.4.

⁹² SOU 2006:14, s. 384.

⁹³ Bengtsson, s. 49 f.

Lagstiftningen anger i RNL 3 § hur renskötselrätten geografiskt får bedrivas, en precisering av renskötselområdet, genom en uppdelning av åretruntmarker och vinterbetesmarker. Åretruntmarkerna motsvarar statens mark eller kronomark så som den var belägen 1992, och består av Norrbottens och Västerbottens läns lappmarker ovanför odlingsgränsen, renbetesfjällen i Jämtlands län och viss annan fjällmark i Jämtlands och Kopparbergs län. Vinterbetesmarkerna består av övriga delar av lappmarkerna nedanför odlingsgränsen och ”sådana trakter utanför lappmarkerna och renbetesfjällen där renskötsel av ålder bedrivits vissa tider av året”. Vinterbete på dessa områden är bara tillåtet mellan 1 oktober och 30 april.⁹⁴ Här spelar det ingen roll vem markägaren är, utan rättigheten är avhängig sedvanerätten. Någon nedre gräns för sedvanerätten har inte preciserats i lagstiftningen. På vilka områden markägares fastigheter belastas av renbete har varit föremål för många tvister i domstol.⁹⁵ Genom en offentlig utredning har man försökt geografiskt fastställa vilka områden som får användas för renskötsel.⁹⁶ Utredningen är dock inte juridiskt bindande och har heller inte lett till något lagförslag varför frågan alltjämt ytterst får prövas i domstol när oenighet uppstår.

I propositionen till rennäringslagen var det uttalade syftet med lagstiftningen att främja rennäringen då rennäring är en förutsättning för bevarandet av den samiska kulturen.⁹⁷ Genom den nya lagen organiserade man samebyarna som ekonomiska föreningar. Syftet med konstruktionen – renbetesrätten som en kollektiv rättighet inom respektive samebys renbetesmark – var att betesresurserna skulle kunna utnyttjas rationellt för ett gemensamt behov. Man konstaterade att betesresurserna var ändliga. För att någon skulle kunna leva ett fullgott liv på rennäring krävdes en begränsning av antal renskötare. Av den anledningen blev det obligatoriskt med medlemskap i en sameby för att få bedriva rennäring. Vem som skall få bli medlem fick avgöras av samebyn i det område där man önskade bli medlem.⁹⁸ Hur många renar marken tål lämnades till länsstyrelserna att bestämma, RNL 15 § 2 st.

2.2.1 Rennäringslagens rättssubjekt

Den samiska kulturen och renskötselrätten är nära sammankopplade, vilket konstaterades i förarbetena till rennäringslagen och utgjorde ett av huvudargumenten för ensamrätt för samerna till rennäringen i förhållande till andra näringar.⁹⁹ I Sverige är renskötselrätten beroende av medlemskap i en sameby, man beräknar att cirka 2 500 personer försörjer sig på renskötsel men någon officiell statistik för hur många medlemmar samebyarna har finns

⁹⁴ Se karta i bilaga.

⁹⁵ Se t.ex. Hovrätten för Nedre Norrland dom 2002-02-15 i mål nr T 58–96 (Det s.k. Härjedalsmålet), Skellefteå tingsrätts beslut 2003-06-26 i mål nr T 270–94 (avvisat); Mora tingsrätts beslut 2004-02-16 i mål nr T 805–03 (avskrivet); Östersunds tingsrätts dom 2012-05-03 i mål nr T 1919–11 med bifogat förlikningsavtal samt NJA 2011 s 109 (Nordmalingsmålet, som jag redogör närmare för i avsnitt 4.3).

⁹⁶ SOU 2006:14.

⁹⁷ Prop. 1971:51, s. 112.

⁹⁸ Ibid., s. 118 f.

⁹⁹ Ibid., s. 32.

inte.¹⁰⁰ Renskötande samer som är medlemmar i en sameby utgör hur som helst en liten minoritet av den samiska befolkningen i Sverige (som beräknas vara ca 20 000 sammanlagt). Därmed har den stora majoriteten stängts ute från de rättigheter som rennäringslagen tillhandahåller. När lagen ändrades 1993 till att renskötselrätten ”*tillkommer den samiska befolkningen* och grundas på urminnes hävd” (RNL 1 § 2 st, min kursivering) uppstod en förvirring kring vem eller vilka som är lagens rättssubjekt. Själva formuleringen är en juridisk omöjlighet, eftersom urminnes hävd kräver ett tydligt markområde med koppling till den eller de personer som brukat marken – något som man knappast kan tillmäta hela den samiska befolkningen.¹⁰¹ Som nämnts ovan råder det organisationstvång – för att få utöva rennärings måste man vara med i en sameby. Det ligger nära till hands att uppfatta samebyarna som rättssubjekt, de är juridiska personer som svarar för tillgångar, skulder och renskötseln i stort, RNL 9–10 §§. Även samebyns rätt att föra talan i domstol tyder på att de är rättssubjekt.¹⁰² Men hur rimmar det med att renskötselrätten tillfaller den samiska befolkningen? Eftersom det rör sig om en civilrättslig rättighet, måste det anses vara en udda lösning att Sametinget beslutar om indelning i byområden utifrån renskötselns behov, utan att det utgår någon ersättning till de samebyar som förfördelas vid ändringar i indelningen?¹⁰³

Förvirringen kring vem eller vilka renskötselrätten tillkommer skapar konflikter, inte minst inom den samiska befolkningen. Nyligen avgjordes ett mål i Lycksele tingsrätt där enskilda samer hade väckt talan mot Vapstens sameby med yrkande om bättre rätt till renskötsel inom samebyns område. I grunden ligger en konflikt mellan så kallade syd- och nordsamer. Samtliga medlemmar i Vapstens sameby är nordsamer vilka tvångsförflyttades från Karesuando ner till trakterna kring Tärnaby i början av 1900-talet. Sydsamerna anser sig ha trängts undan från renskötselområdet eftersom de inte beviljats medlemskap i samebyn och inte heller har fått sina egna ansökningar om bildande av sameby beviljade av länsstyrelsen. Tingsrätten ogillade talan om bättre rätt men sa om medlemskapsreglerna så här:

”Vid den sålunda företagna prövningen av reglernas överensstämmelse med grundlag har tingsrätten kommit fram till att medlemskapsreglerna i rennäringslagen strider mot flera bestämmelser i regeringsformen. Mot den bakgrunden har tingsrätten bedömt de enskilda kändenas rätt att utöva renskötsel utan tillämpning av medlemskapsreglerna i rennäringslagen.

Som en följd av detta har tingsrätten slutligen konstaterat att de enskilda kändena har en på urminnes hävd grundad renskötselrätt som även innefattar rätten att utöva denna inom Vapsten samebys renskötselområde. Denna rätt är gemensam med de enskilda medlemmarna i Vapsten sameby.

Utövandet ska ske med iakttagande av de grundläggande reglerna om renskötsel som finns i rennäringslagen, i tillämpliga delar.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ Sametinget. Rennäringslagen i Sverige, 2020.

¹⁰¹ Jfr Christina Allard. Urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av samiska rättigheter och dess tillämpning. I: Forskningsutmaningar för fastighetsrätten: en antologi, Brattström, Margareta och Peter Strömberg (red), Uppsala: Lustus, 2010, s. 46.

¹⁰² Christina Allard. Renskötselrätt i Nordisk Belysning. Göteborg: Makadam, 2015, s. 58.

¹⁰³ Se vidare resonemang om rennäringslagens rättssubjekt i Allard, s. 49 f.

¹⁰⁴ Lycksele tingsrätt dom 2020-02-28 i mål nr T 329–17, s. 3.

Det är tydligen inte samebyn som är rättssubjektet för renskötselrätten utan de samer som kan visa att de har en på urminnes hävd grundad rätt. Domen är inte prejudicerande men visar ändå på oklarheterna i lagstiftningen. Vinner domen laga kraft uppstår en rad frågor inom Vapstens samebys markområden, inte minst gällande det uttalade syftet med samebyarna som konstruktion i förarbetena. Rennäringens överlevnad är enligt propositionen avhängig reglering av markanvändningen då renbetesmarkerna är en ändlig resurs. Öppnar man upp renskötselrätten för den som kan visa på en sådan rätt enligt urminnes hävd blir både rättsläget och förutsättningarna för rennärningen än mer oklara.

2.3 Sedvanan som rättskälla

Historiskt har sedvanan, det vill säga seder och bruk, utgjort en medelbar rättskälla till stiftad lag såväl som ett självständigt normerande inslag i rättstillämpningen.¹⁰⁵ Sedvana är en beteckning på ett handelsmönster som följs av många. Begreppet *sedvanerätt* avser, utöver ett handlingsmönster som praktiseras, även icke formellt stiftade regler som de rättstillämpande organen använder i sin rättstillämpning.¹⁰⁶ Skillnaden mellan sedvana och sedvanerätt handlar om den rättsliga relevansen: när sedvanan är solid och uppfattas som bindande av aktörerna och/eller förekommer i domstolspraxis utgör den sedvanerätt.¹⁰⁷ Peczenik beskriver sedvanerätten som skapad underifrån: enskildas sedvana kan bilda en fullt godtagbar ordning i samhället. Eftersom sedvanan är allmänt känd så är rättsliga beslut som följer sedvanan förutsebara och inte godtyckliga.¹⁰⁸ Tanken leder till sedvanerätten som en allmän övertygelse¹⁰⁹ eller som ett uttryck för ett allmänt rättsmedvetande¹¹⁰. Strömholm kallar sedvanerätten i dessa fall för 'icke-stiftade regler' och identifierar en rad svårbesvarade frågor när de aktualiseras. Han frågar sig exempelvis hur man avgör att sådana regler över huvud taget existerar, hur man fastställer att den tillhör rättssystemet och därmed bör läggas till grund för ett avgörande (dess legitimitet), och hur man får kunskap om sedvanerättens innehåll.¹¹¹ Dessa frågor tycks svara mot en uppfattning eller önskan om koherens eller enhetlighet i rättssystemet.

Idag betraktas sedvanerätten i Sverige som sekundär och underordnad. Förutsättningarna för dess tillämplighet är att skriven lag inte finns tillgänglig eller inte går att tillämpa på ett lämpligt sätt samt att legitimiteten anses vara beroende av lagstiftarens uttryckta eller underförstådda samtycke.¹¹² Ett exempel på en formellt stiftad rättsregel som grundats på sedvana är RNL 3 § enligt vilken vinterbetesområdets omfattning bestäms av var renskötseln

¹⁰⁵ Max Lyles. Sedvanas omvandling till lag och rätt. HD och sedvanerätten 1859–1886. I: Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle - rättshistoriskt och komparativt: vänbok till Rolf Nygren, Nygren, Rolf, Jänterä Jareborg, Maarit och Kumlien, Mats (red), Uppsala: Iustus, 2011, s. 287.

¹⁰⁶ Strömholm. Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, s. 235 f.

¹⁰⁷ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 163.

¹⁰⁸ Peczenik. Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 229 och 231.

¹⁰⁹ Ibid., s. 230.

¹¹⁰ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 174.

¹¹¹ Strömholm. Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, s. 234.

¹¹² Lyles, Sedvanas omvandling till lag och rätt. HD och sedvanerätten 1859–1886, s. 294; Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 177.

bedrivs 'av ålder'.¹¹³ Renbeteslagen från 1886 syftade till att rättsligt kodifiera en redan existerande sedvanerätt. Rennäringslagen är ett tydligt uttryck för att man vid lagstiftningen velat ge sedvanan rättslig relevans både som tolkningsregel av lagen och som utfyllande rättskälla.¹¹⁴

Sammanfattningsvis har sedvanerätten i förhållande till markrättigheter för samer två sidor som till sin karaktär skiljer sig. Dels finns sedvanor kodifierade i rennäringslagen, sedvanerätten är således etablerade rättsregler och utgör positiv rätt, dels finns sedvanor på den mark som samerna traditionellt brukar, vilket medför rättigheter till mark och naturresurser. Sedvanerättens funktion i det senare fallet utgör ett fastighetsrättsligt begrepp med koppling till långvarigt bruk av fast egendom.¹¹⁵

2.4 Urminnes hävd

Rättsinstitutet urminnes hävd har en lång fastighetsrättslig historia och fanns med i gamla jordabalken (GJB) från 1734 fram tills det togs bort i den nuvarande jordabalken (1970:994). I lagen (1970:995) om införande av nya jordabalken 6 § framgår det dock att rättigheter som existerade till följd av urminnes hävd vid nya jordabalkens ikraftträdande alljämt kan göras gällande. I GJB var urminnes hävd reglerat i 15 kap 1 § och löd:

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

Regleringen har använts lokalt i jordbrukssamhällen, förutsättningarna är utvecklade i samklang med stationär och intensiv markanvändning. Urminnes hävd åberopades av den som inte hade möjlighet att bevisa någon annan rättsgrund till sin besittning.¹¹⁶ Rättsregeln har utmönstrats i takt med att dokumentation av fastighetsrättsliga förhållanden blivit tydligare och lagstiftningen på området mer omfattande. Även om rättsinstitutet är framväxt i det agrara samhället med jordbrukets villkor i förgrunden har institutet fått en renässans i förhållande till samernas markrättigheter, där det stöter på en rad kontextuella svårigheter i förhållande till lydelsen i GJB. Även om 'vanlig' urminnes hävd, så som den tillämpades i förhållande till GJB, är utgångspunkten så är det en utbredd uppfattning att tillämpningen måste anpassas till renskötselrättens särskilda förhållanden, kallad 'samisk' urminnes hävd.¹¹⁷ Hur omfattande denna anpassning skall vara har lämnats till domstolarna att bedöma i varje enskilt fall. En alltför snäv tolkning vid tillämpningen innebär oundvikligen rättsförluster för samerna. Bedömningen – hur 'vanlig' urminnes hävden förhåller sig till 'samisk' – blir komplicerad. Jag redogör nedan för villkoren för urminnes hävd och på vilket sätt det kan bli svårt att anpassa det till renskötselns förutsättningar.

¹¹³ Högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23, p. 128.

¹¹⁴ Nja 2011 s 109, p. 8; Lyles. Sedvanas omvandling till lag och rätt. HD och sedvanerätten 1859–1886, s. 299.

¹¹⁵ Vidare om sedvanerättens mångtydighet i Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 167–169.

¹¹⁶ SOU 2006:14, s. 386.

¹¹⁷ Allard, s. 28 ff.

Presumtionen om tidigare besittare eller ägare

När man tittar på urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av markrättigheter förstår man att det förutsätts att det skall ha funnits en annan, tidigare ägare eller besittare, till rättigheten: ingen levande skall minnas hur man har kommit över marken. Det är således frågan om ett utsläckande förvärv, en successiv rättighetsövergång från en frånvarande ägare till en nuvarande besittare. Samernas markrättigheter, i den mån man talar om äganderätt, tycks snarare grundas på ockupation av herrelös mark. Den samiska kulturen har enligt forskning utvecklats på plats under en mycket lång tidsrymd, och det är därmed frågan om ett ursprungligt förvärv.¹¹⁸

Besittning och ett kontinuerligt bruk

Begreppet *besittning* är svårapplicerbart på mark, obebyggd mark kan inte kontrolleras på samma sätt som lös egendom. Begreppet blir särskilt komplicerat i förhållande till renskötande samers markanvändning. Så som renbete, jakt och fiske utövas är det tillfälligt på en viss plats, och över vidsträckta områden.¹¹⁹ Fokus har istället varit på *kontinuerligt bruk* i rättsfall och litteratur. Att samer använt mark för renbete under mycket lång tid kan säkerligen hävdas utan alltför högljudda protester, men för att det skall anses kontinuerligt får det inte ha förekommit för långa uppehåll i bruket. Här kan man säga att rätten måste återerövas hela tiden, och enbart kan hävdas i efterhand. Uppfattningen om hur långt ett uppehåll får vara utan att rätten upphör har förhållit sig till hur lång tid det tar att upparbeta rättigheten – 90 år – och man har utifrån det angett 30 år som en ungefärlig tid.¹²⁰

Mindre och avgränsade områden

I GJB 15 kap 3 § framgick att urminnes hävd var avsett att gälla ett mindre område som på något sätt avgränsats. Regleringen var tänkt att gälla mindre ägor, delar av fastigheter, som avgränsats med markörer eller genom naturliga gränser i naturen.¹²¹ Renskötselrätt har ansetts kunna förvärvas på större områden eftersom marken är ofullständigt preciserad i lagstiftningen.¹²² Ett exempel på den geografiska otydligheten är begreppet 'trakt' - renskötselrätten gäller i sådana *trakter* där den av ålder bedrivits vissa tider om året enligt RNL 3 § 2 p. Det finns ingen förklaring till ordvalet i förarbetena, varför det inte går att sluta sig till någon viss betydelse. Istället måste man, när man skall bedöma renskötselrättens geografiska utbredning, beakta hur markerna brukar användas för renskötsel.¹²³

Intensivt bruk och nedlagt arbete

Det är tydligt att det historiska argumentet för urminnes hävd har syftat till att uppmuntra uppodling av mark. Ägande har ansetts kunna förvärvas när permanenta bostadshus har satts

¹¹⁸ Ibid., s. 30.

¹¹⁹ Bengtsson, s. 83 f.

¹²⁰ Ibid., s. 85; Allard, s. 35; SOU 2006:14, s. 393.

¹²¹ Allard, s. 37.

¹²² Detta framgår av Skattefjällsmålet, Nordmalingsmålet samt Girjasmålet, se nedan avsnitt 4.

¹²³ Se vidare resonemang kring begreppet 'trakt' i NJA 2011 s 109, p. 22 samt SOU 2006:14, s. 395.

upp och marken blivit förädlad genom brukande. Renbete, jakt och fiske innebär ingen ”förbättring” av marken och är knappt synligt för det otränade ögat under de tider bruket inte pågår. Urminnes hävd måste därmed modifieras i förhållande till samernas traditionella brukande för att kunna avgöra hur renskötselrätten ser ut.¹²⁴

’Okvald och ohindrad’ besittning och bruk

Rekvisitet *okvald och ohindrad* i GJB 15 kap 1 § innebar att rättigheter kunde hävdas där besittning eller bruket pågått ostört. Hävden kunde brytas genom aktivt klander, exempelvis domstolsprocesser, eller genom hindrande av bruket med faktiska åtgärder. Det går inte att påstå att samernas brukande av åretruntmarkerna och framförallt vinterbetesmarkerna har pågått ostört. Den historiska uppdelningen av marken med odlingsgränsen och avvitrningen är ett resultat av konkurrens om marken. Även om det har funnits en politisk uppfattning om att renskötsel och annan markanvändning kan pågå parallellt så har enskilda markägare samt lagstiftning och beslut gällande exploatering av naturresurser långt ifrån friktionsfritt påverkat samernas traditionella brukande.¹²⁵ Den tidsram som brukar anges på 90 år för ’vanlig’ urminnes hävd kan i det här sammanhanget vara problematisk ur samernas perspektiv. Allard förespråkar en mer flexibel syn på tidsaspekten, för att man inte skall hamna i ett rättshistoriskt ’getingbo’ med bristfällig dokumentation från en tid med koloniala och paternalistiska förhållningssätt gentemot samerna.¹²⁶

Bevisning och bevisbörd

Långt tillbaka i tiden ansåg man att den som var besittare av föremålet för tvisten också presumerades vara innehavare av rättigheten. Bevisbördan låg alltså på den som ifrågasatte besittarens rätt.¹²⁷ I GJB 15 kap 4 § är det tydligt att den som gör gällande urminnes hävd har bevisbördan. För samernas del har detta visat sig komplext. Det har varit svårt att hitta skriftliga källor från de äldre häradsrätter där samernas markrättigheter betraktades som starkare än vad de senare kom att göra i länsstyrelserna. Historiska, arkeologiska och rättshistoriska förhållanden har varit undermåligt utredda. Den samiska kulturen präglas av en muntlig tradition och saknade länge skriftspråk.¹²⁸

¹²⁴ Bengtsson, s. 84; Allard, s. 38.

¹²⁵ Brännström. Skogsbruk och renskötsel på samma mark: en rättsvetenskaplig studie av äganderätten och renskötselrätten, s. 91 och s. 167.

¹²⁶ Allard, s. 40.

¹²⁷ Ibid., s. 14.

¹²⁸ Jfr Malin Brännström. Frågor om samisk rätt till land och vatten avgörs av domstolar. I: Förrättsligande: Rapport från 2011 års forskningsinternat, Granström, Görel (red). Umeå universitet, 2011, s. 32.

Del 3. Internationell utblick

3. 1 ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder

3.1.1 Konventionens bakgrund och innehåll

Konventionen om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder, ILO:s konvention nr 169 utarbetades av ett av FN:s fackorgan (International Labour Organisation) och antogs 1989. Att det är ILO som reglerar rättigheter för ursprungsbefolkningar beror på att man under 1950-talet blev uppmärksam på ojämlika arbetsvillkor, kopplade till språk-, kultur- och markfrågor. ILO fick därför i uppdrag, för FN:s räkning, att förhandla fram en reglering som resulterade i ILO:s konvention nr 107 om skydd och integration av infödda och av andra i stammar levande folkgrupper (ILO:s konvention nr 107), 1957, nu ersatt av ILO:s konvention nr 169. Konventionen är ett internationellt fördrag som blir rättsligt bindande för de stater som ratificerat den. Vid en ratificering förbinder sig staten att rapportera till ILO vart femte år med upplysningar om implementeringsprocessen, varefter ILO:s expertkommitté uttalar sig om efterlevnaden. Idag är konventionen ratificerad av 22 nationer, däribland Norge och Danmark. Utöver den rättsliga statusen i de länder där ILO:s konvention nr 169 har ratificerats så betraktas konventionen som en internationell referenspunkt för FN:s organ, organisationer för mänskliga rättigheter samt nationella domstolar.¹²⁹

ILO:s konvention nr 169 är baserad på respekt för ursprungsbefolkningars egen kultur och sätt att leva. Vidare syftar ILO:s konvention nr 169 till erkännande av ursprungsbefolkningars markrättigheter och naturresurser, samt att själva få definiera sina prioriteringar för framtiden. Konventionen skall motverka diskriminering och skapa förutsättningar för deltagande i beslutsfattande som påverkar ursprungsbefolkningars liv. För att omfattas av definitionen *ursprungsfolk* krävs enligt artikel 1 i ILO:s konvention nr 169 att man:

- härstammar från folkgrupper som bodde i landet vid tiden för kolonisation eller erövring,
- har behållit en del av eller alla sina egna sociala, ekonomiska, kulturella och politiska institutioner,
- själv identifierar sig som ett ursprungsfolk.

Det råder idag ingen tvekan om att samerna är ett ursprungsfolk enligt konventionen.¹³⁰

¹²⁹ Handbook For ILO Tripartite Constituents. Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), International Labour Office, Geneva, 2013, s. 4 f.

¹³⁰ SOU 2006:14, s. 432.

3.1.2 Rättigheter till mark enligt konventionen

Landrättigheterna regleras i artikel 13–19 i ILO:s konvention nr 169. Artikel 13 anger vilket perspektiv som skall anläggas vid tolkning och tillämpning av artikel 14–19, nämligen respekt för ursprungsfolks traditionellt andliga och kulturella relation till mark och natur, samt dess kollektiva aspekt. De följande artiklarna reglerar äganderätt och besittning av mark (artikel 14), naturtillgångar (artikel 15), förbud mot tvångsflyttningar (artikel 16), respekt för etablerade förfaranden vid överflyttning av markrättigheter (artikel 17), lagfästa sanktioner för intrång i rättigheterna (artikel 18) samt jordbruksprogram för tillhandahållande av mark m.m. (artikel 19).

Av nämnda artiklar är artikel 14, regleringen av äganderätt och besittning av mark, den som har ansetts utgöra det huvudsakliga hindret för en svensk ratificering av konventionen.¹³¹ Vid frågan om Sverige skall tillträda ILO:s konvention nr 169, har anförts att artikel 14 uppenbart inte är i överensstämmelse med svenska rättsförhållanden. Vid utformandet av konventionen föreslog Sverige en stark bruksrätt som alternativ till ägande- och besittningsrätt, vilket avvisades. I propositionen till lagändringarna i RNL 1993 säger man att artikel 14 "...som utgångspunkt torde ha helt andra förhållanden än de som gällt och gäller de svenska samerna."¹³² Artikel 14 i ILO:s konvention nr 169 lyder:

“1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

2. Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession.

3. Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned.”

Det finns ingen officiell svensk översättning av artikeln, varför en diskussion har förts om det engelska ’traditionally occupy’ skall översättas till ’traditionellt bebod’ eller ’traditionellt innehar’. Den senare varianten har föredragits med argumentet att innehav av marken kan manifesteras genom bosättning men även genom ett annat tillräckligt intensivt och ostört brukande av marken, vilket i högre grad motsvarar engelskans ’occupy’.¹³³ Även jag håller mig till ordvalet ’inneha’.

¹³¹ Bengtsson, s. 111 f; SOU 1999:25, s. 119.

¹³² Prop. 1992/93:32 om samerna och samisk kultur m.m., s. 60.

¹³³ SOU 2006:14, s. 437; SOU 1999:25, s. 120.

3.1.3 Sedvanerätt enligt konventionen

I sammanhanget är artikel 8 i konventionen, som är en allmän princip för tillämpningen av nationell lagstiftning, av vikt. Artikel 8 säger att vederbörlig hänsyn skall tas till de berörda folkens sedvanor och sedvanerätt vid tillämpning av nationella lagar och föreskrifter. Sverige har sagts uppfylla kravet i den här artikeln, med motiveringen att samernas rätt till rensköttsel enligt rennäringslagen i grunden är baserad på samernas sedvanor samt att sedvanor och sedvanerätt beaktas som en av flera rättskällor i svensk rätt.¹³⁴ Det är tveksamt om svensk rätt verkligen uppfyller kravet i artikel 8. Sedvanan är endast tillämplig för domstolarna när skriven lag saknas eller är oklar.¹³⁵ I Norge hade man en liknande inställning vid ratificeringen av konventionen, att man redan uppfyllde kraven i artikel 8, även om sedvanor även där endast beaktades då nationell rätt var oklar. Det ifrågasattes av ILO:s expertkommitté som menade att artikel 8 skall ses som en generell lagtolkningsregel.¹³⁶ Frågan om samernas sedvanor och den sedvanerätt som därav aktualiseras har fått större relevans i Norge genom lagstiftning¹³⁷, kompetens i domstolarna och rättspraxis.¹³⁸ Att svensk rätt inte räcker till bekräftas av HD:s resonemang i Girjasmålet, där man hänvisade till artikel 8 i ILO:s konvention nr 169 som ”uttryck för en allmän folkrättslig princip”.¹³⁹ Hade utrymmet funnits i svensk rätt för en bredare tillämpning av sedvanerätt är det svårt att förstå varför HD hänvisar till artikeln.

3.1.4 Statliga utredningar för en ratificering

Sedan ILO:s konvention nr 169 antogs har det funnits en förväntan, inte minst från den samiska befolkningens sida, om en svensk ratificering.¹⁴⁰ Offentliga utredningar har vidtagits i syfte att identifiera hinder i den svenska lagstiftningen för en ratificering. Dessa utredningar ger en överblick över på vilket sätt de samiska markrättigheterna i Sverige inte lever upp till internationell standard.

ILO-utredningen

Regeringen beslutade 1997 att utreda frågan om Sverige kan ratificera ILO 169 och vilka åtgärder som i sådana fall skulle vara nödvändiga för att efterleva bestämmelserna.¹⁴¹ Direktivet resulterade i SOU 1999:25: *Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige: frågan om*

¹³⁴ SOU 1999:25, s. 104.

¹³⁵ Strömholm. Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, s. 234.

¹³⁶ SOU 1999:25, s. 103.

¹³⁷ Exempelvis Finnmarksloven, se vidare under avsnitt 3.3.1.

¹³⁸ Allard, Rensköttselrätt i nordisk belysning, s. 167.

¹³⁹ Högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23, p. 130.

¹⁴⁰ Sametinget. Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige, betänkandet av Utredningen om ILO:s konvention nr 169 (SOU 1999:25), Yttrande 1999-10-29, Dnr 89/99, s. 1. Man anser det besvärande att Sverige inte tidigare har vidtagit åtgärder för att ratificera konventionen med tanke på att Sverige i andra frågor om mänskliga rättigheter internationellt intagit en framträdande roll.

¹⁴¹ Dir. 1997:103 Angående ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder.

Sveriges anslutning till ILO:s konvention nr 169 (hädanefter kallad ILO-utredningen). Utredaren delade inte slutsatserna i propositionen till 1993 års lagändringar om att artikel 14 i konventionen inte är förenlig med svenska rättsförhållanden. Tvärtom menade utredaren att den starka bruksrätten för samerna i Sverige på det stora hela var förenlig med artikel 14, men att vissa åtgärder krävdes för en ratificering. Utgångspunkten i utredningen var att erkännande av äganderätt och besittningsrätt till den mark som ursprungsbefolkningen innehar inte innebär några nya rättigheter, utan ett erkännande av de rättigheter ursprungsbefolkningen redan har till följd av sitt traditionella innehav och bruk av marken. Det kan enligt utredaren handla om olika rättigheter beroende på hur innehavet och bruket har utövats samt den rättsliga traditionen i olika stater.¹⁴² Helt klart var dock att det föreligger en miniminivå för vilka rättigheter som måste erkännas för att uppfylla konventionens krav och att en erkänd nyttjanderätt till mark inte är tillräcklig för att uppfylla det kravet. Enligt utredaren uppfyller nyttjanderätt samt besittningsrätt kravet enligt konventionen.¹⁴³

Grunden för att ursprungsbefolkningen skall anses *inneha* ett område, enligt artikel 14 punkt 1 första meningen, är att det på något sätt har manifesterats kontroll över marken, inte enbart genom jordbruk utan även renbete. Bruket skall ha varit ensamt eller dominerande i förhållande till andra, samt fortsatt in i våra dagar för att grunda äganderätt och besittningsrätt till marken.¹⁴⁴ Utifrån rennärlagslagen gör man i utredningen ett antagande om att den mark som samerna kan anses traditionellt inneha i Sverige motsvaras av åretruntmarkerna, som ägs av staten. Det konkreta innehållet i rättigheterna skall fastställas mot bakgrund av ursprungsbefolkningens traditionella bruk och innehav – och om detta växlar blir det fråga om att erkänna olika rättigheter inom olika områden.¹⁴⁵ Mark som samerna traditionellt nyttjar tillsammans med andra kan i förhållande till artikel 14 punkt 1 andra meningen, motsvaras av vinterbetesmarkerna. Det samma kan gälla mark inom åretruntmarkerna men som länge varit i privat, inte statlig, ägo.¹⁴⁶

I artikel 14 punkt 2 framgår det att staten skall tillse att aktuella landområden identifieras och att rätten till ägande- och besittningsrätt effektivt skyddas. Bestämmelsen är en följd av första punkten i artikel 14 – för att erkänna rättigheter till mark måste marken identifieras. ILO-utredaren ansåg att det inte var klarlagt vilka områden samerna traditionellt innehar respektive nyttjar tillsammans med andra i Sverige, och att kravet i artikel 14 punkt 2 därmed inte var uppfyllt. För att uppfylla kravet föreslogs därför en gränsdragningskommission med uppdrag att klarlägga och fastställa gränserna för de områden som samerna traditionellt innehar respektive traditionellt nyttjar. Att fastlägga den yttre gränsen för vinterbetsområdena, vilka antogs skulle sammanfalla med de områden som traditionellt nyttjas jämte andra, hade även till syfte att minska risken för tvister mellan markägare och samer.¹⁴⁷

¹⁴² SOU 1999:25, s. 120 f.

¹⁴³ Ibid., s. 125.

¹⁴⁴ Ibid., s. 130.

¹⁴⁵ Ibid., s. 126.

¹⁴⁶ Ibid., s. 145.

¹⁴⁷ Ibid., s. 257.

Slutligen menade utredaren, i förhållande till artikel 14, att inte heller punkt 3 kunde anses tillgodosedd i den svenska lagstiftningen. Den tredje punkten innebär att det skall finnas reella möjligheter för den berörda befolkningen att få sina anspråk på mark prövade, genom införande av lämpliga förfaranden. Det största hindret för detta var, enligt utredaren, de omfattande rättegångskostnaderna som den här typen av marktvister för med sig. Samerna har bevisbördan vid anspråk på en på urminnes hävd grundad rätt till mark, bevisning om historiska förhållanden som i normalfallet innebär stora kostnader. Fördelningen av rättegångskostnader innebär även att den förlorande parten betalar motpartens kostnader som också de kan väntas innehålla bevisning om historiska förhållanden och därmed uppgå till stora belopp. För att uppfylla konventionens artikel 14 punkt 3 föreslog därför utredaren att samer och samebyar skulle ges möjlighet att få ersättning från staten för sina, och i förkommande fall motpartens, rättegångskostnader vid tvister om mark.¹⁴⁸

ILO-utredningen kom fram till att Sverige kunde ratificera konventionen inom fem år om de föreslagna åtgärderna vidtogs.¹⁴⁹

Gränsdragningskommissionen

Som en följd av ILO-utredningens slutsatser tillsattes en gränsdragningskommission 2002, i syfte att klarlägga vilka marker den samiska befolkningen traditionellt innehar respektive traditionellt nyttjar tillsammans med andra enligt ILO:s konvention nr 169. Kommissionens arbete resulterade i SOU 2006:14 *Samernas sedvanemarkar*.

Kommissionens gränsdragningsutredning kom till andra och delvis motstridiga slutsatser jämfört med ILO-utredningen från 1999. Kommissionen menade att om mark som samerna traditionellt anses inneha, och därmed skall erkännas ägande- eller besittningsrätt till, motsvaras av åretruntmarkerna så skulle fastställandet av dess gränser vara enkelt; gränserna för åretruntmarkerna är väl definierade i rennäringslagen och ägs till största delen av staten. Enligt kommissionen är ett sådant antagande, att de marker som samerna anses inneha motsvaras av åretruntmarkerna, en alltför långtgående slutsats.¹⁵⁰ Kommissionen sa att det är möjligt att det finns områden inom statens fjällområden där det av historiska skäl föreligger en samisk äganderätt. Dessa områden skulle i så fall vara de där samer historiskt förvärvat skattemannarätt på grund av långvarig användning av marken, med utgångspunkt från de slutsatser som drogs i Skattefjällsmålet.¹⁵¹ Vidare menade kommissionen att det kan finnas annan mark som samerna traditionellt innehar enligt konventionen, men att dessa markområden är betydligt mindre än åretruntmarkerna. Det handlar om mark där det finns anläggningar i form av renvaktarstugor eller arbetshagar, där bruket varit mer intensivt. Slutsatsen byggde på ett resonemang om att sättet att bedriva renskötsel på är alltför extensivt och inte innebär ett så intensivt bruk av marken som krävs för att samerna skall anses traditionellt inneha den – även om samerna rent faktiskt är de enda som brukar marken. På de

¹⁴⁸ Ibid., s. 178 f.

¹⁴⁹ Ibid., s. 257.

¹⁵⁰ SOU 2006:14, s. 454.

¹⁵¹ Ibid., s. 458. Om Skattefjällsmålet (NJA 1981 s 1), se vidare avsnitt 4.2.

områden där det sker upplåtelse av jakt och fiske som administreras av staten, innebär det att samerna inte har ett tillräckligt exklusivt brukande. Kommissionen menade vidare att de områden där det bedrivs kommersiellt skogsbruk inte kan anses innehas av samer, eftersom ”skogsbruket representerar det största ekonomiska intresset”.¹⁵² Dominansen över marken skall enligt kommissionen tydligen avgöras efter var det största kommersiella intresset ligger, inte det historiska bruket.

Slutsatserna av kommissionens utredning gällande vilken mark samerna traditionellt kan anses inneha var sammanfattningsvis att det måste utredas vidare. Markerna måste identifieras och fastighetsbildningsåtgärder måste införas för att avskilja marken.¹⁵³ Kommissionen identifierar inte dessa marker, med hänvisning till begränsad tid och de resurser som stod till förfogande.¹⁵⁴ Detta trots att det uttryckliga uppdraget för gränsdragningskommissionen var att identifiera vilken mark samerna traditionellt kan anses inneha för ett uppfyllande av artikel 14 punkt 2 i ILO:s konvention nr 169.¹⁵⁵

Avseende mark som samer kan tänkas nyttja tillsammans med andra, motsvarigheten till andra meningarna i artikel 14 punkt 1 i ILO:s konvention nr 169, gjorde kommissionen ett historiskt utredningsarbete utifrån skriftliga källor. Man konstaterade att utredningen saknade rättskraft men menade att den ändå kunde vara betydelsefull för förebyggandet av framtida konflikter.¹⁵⁶ Utredningen byggde på urminnes hävd och frågan är hur den står sig på vinterbetesmarkerna efter Nordmalingsmålet där HD slog fast att rätten till renskötsel på vinterbetesmarkerna är grundad på sedvanerätt.¹⁵⁷

I förhållande till ILO-utredningens förslag om att statens kostnadsansvar för rättegångskostnaderna ska man sig vara ”...ganska ense”.¹⁵⁸ För att den svenska regleringen skall leva upp till den tredje punkten artikel 14, att samerna skall ha reella möjligheter att få sina rättigheter till mark prövade, föreslog gränsdragningskommissionen istället ett medlingsinstitut. Man menade att kostnaderna för de historiska utredningarna kunde avhjälpas genom att ett statligt organ tog på sig utredningsansvaret. Detta statliga organ skulle, förutom att utreda huruvida en fastighet är belastad med renskötselrätt eller ej, använda utredningen som underlag för medling syftande till samförståndslösningar. Skulle denna medling misslyckas ankommer det på parterna att vända sig till domstol enligt vanlig rutin.¹⁵⁹ Rättegångskostnaderna kommenterades inte vidare.

¹⁵² SOU 2006:14, s. 460.

¹⁵³ Ibid., s. 462.

¹⁵⁴ Ibid., s. 457.

¹⁵⁵ Se Dir. 2002:7 En gränsdragningskommission för renskötselområdet.

¹⁵⁶ SOU 2006:14, s. 403. De kustområden i Västerbotten- och Västernorrlands län där renskötselrätten har varit omtvistad delades in i ”...övertvägande sannolik renskötselrätt” och ”...inte bevisad eller mindre sannolik renskötselrätt” vilket framgår av bilaga till SOU 2006:14, karta över norra Sverige med betesområdet indelat i kategorier.

¹⁵⁷ NJA 2011 s 109. Se vidare under avsnitt 4.3.

¹⁵⁸ SOU 2006:14, s. 511.

¹⁵⁹ Ibid., s. 512.

3.1.5 Idag

Utredningarna har inte lett till något lagförslag om en ratificering. Inte heller förslagen om täckta rättegångskostnader eller ett medlingsinstitut har resulterat i några åtgärder. De marker som samer kan tänkas inneha har inte utretts vidare. Vid FN:s generella granskning 2015 av hur Sverige lever upp till mänskliga rättigheter var det flera länder som kritiserade Sverige för att inte ha ratificerat ILO:s konvention nr 169, bland annat Norge och Danmark.¹⁶⁰ Sverige har även fått kritik för efterlevnaden av FN:s konvention om avskaffande av rasdiskriminering (CERD) när det kommer till markrättigheterna för samer.¹⁶¹ Regeringen svarade 2019 på den kritik som riktats mot Sverige för att man inte ratificerat ILO:s konvention nr 169:

”Vad gäller ILO:s konvention nr. 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder, kommer regeringen att arbeta i riktning mot en ratificering. En ratificering av konventionen är dock ytterst en fråga för riksdagen att besluta om.”¹⁶²

Det finns ingen politisk majoritet i riksdagen för en ratificering. Efter domen i Girjasmålet var det bara två partier, Vänsterpartiet och Miljöpartiet, som sa sig vara villiga att ta politiska initiativ för att stärka samers markrättigheter.¹⁶³

3.2 Några rader om Finland och Ryssland

I Finland har en ratificering av ILO:s konvention nr 169 varit föremål för diskussion under årtionden, men ännu inte genomförts. Precis som i Sverige har markrättigheterna i artikel 14 ansetts vara det största hindret.¹⁶⁴ Även om rättssystemet i Finland liknar det svenska i stort så skiljer det sig på renskötselrättens område. I Finland är renskötselrätten baserad på urminnes hävd, men inte förbehållen samerna. En bruksrätt kan etableras baserad på urminnes hävd eller sedvanerätt oavsett om man har finskt eller samiskt ursprung, något särskilt rättssubjekt framgår inte av den finska renskötsellagen.¹⁶⁵ För att betraktas som same juridiskt i Finland måste man ha rösträtt i den finska motsvarigheten till sametinget. Detta har lett till en omfattande identitetsproblematik gällande vem som skall betraktas som same, eftersom alla eventuella rättigheter kopplade till ursprungsbefolkningen är avhängiga rösträtten till sametinget. Rättssubjektet har blivit ett problem för ratificeringen av ILO:s konvention nr 169. Den finska definitionen av vem som skall betraktas som same stämmer inte överens med konventionens definition av ursprungsbefolkning i artikel 1.¹⁶⁶

¹⁶⁰ A/HRC/29/13/Add.1. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, 2015, s. 23.

¹⁶¹ CERD/C/SWE/CO/22-23, Kommittén för avskaffande av rasdiskriminering. Slutsatser avseende Sveriges kombinerade 22:a och 23:e periodiska rapport, 2018, s. 3 f.

¹⁶² Regeringskansliet. Nationell rapport från Sverige inom ramen för den tredje cykeln av Universal Periodic Review, 2019, s. 6.

¹⁶³ Eklund, Sveriges Radio, 2020-02-09. Se även intervju med kulturminister Amanda Lind: Fröberg. Svenska Dagbladet. 2019-05-12.

¹⁶⁴ Tanja Joona. ILO convention no. 169 in a Nordic context with comparative analysis: an interdisciplinary approach, Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2012, s. 165.

¹⁶⁵ Renskötsellag 14.9.1990/848.

¹⁶⁶ Joona. ILO convention no. 169 in a Nordic context with comparative analysis: an interdisciplinary approach, s. 152.

I Ryssland är Samerna inte den enda ursprungsbefolkningen, det finns en stor pluralitet av urfolk över den geografiskt enorma nationen. Anspråk på traditionella markområden och naturresurser är gemensamt med ursprungsbefolkningar i hela världen, men på grund av Rysslands komplicerade historia ser problematiken något annorlunda ut. Renskötsel skulle under kommunismen, liksom all annan ekonomisk verksamhet, drivas av statliga företag samtidigt som nomadiserade folk tvingades bli bosatta och urbaniserade. När Sovjet föll samman följde en abrupt transformering till marknadsekonomi, varpå ett politiskt vakuum följde, där ursprungsbefolkningar i Ryssland drabbades socioekonomiskt hårt.¹⁶⁷

Naturresurser exploaterades och kommersialiserades. Ett exempel är fisket, som har kommersialiserats på samernas traditionella marker vilket gör att alla måste köpa licenser för att få fiska – licenser som ursprungsbefolkningen inte har råd med.¹⁶⁸ Till skillnad från samernas situation i de nordiska länderna så har ursprungsbefolkningar i Ryssland det sämre ställt än majoritetsbefolkningen när det gäller arbetslöshet, hälsa, utbildning och ekonomisk utveckling.¹⁶⁹ Det finns en federal lag som skall tillgodose ursprungsbefolkningars rättigheter på deras traditionella territorier, men lagen har kritiserats eftersom de territorier där lagstiftningen skall gälla inte har angetts varför det är oklart vilka territorier som berörs.¹⁷⁰ Ryssland har inte ratificerat ILO:s konvention nr 169.

3.3 Norsk rätt – en jämförelse

Norsk rätt anses öppnare för samiska anspråk på mark baserade på traditionellt bruk. Bakgrunden är historiska och geografiska faktorer, ratificeringen av ILO:s konvention nr 169, samt hur rättssystemet är utformat. Jag kommer nedan att redogöra för några diskrepanser mellan svensk och norsk rätt på renskötselrättens område.

3.3.1 Norges bundenhet av ILO:s konvention nr 169

Norge ratificerade ILO:s konvention nr 169 år 1990 som första land att tillträda konventionen. Uppfattningen i Norge var vid tiden för tillträdet att artikel 14 i konventionen kunde uppfyllas genom andra rättighetsformer utöver erkännande av äganderätt – så som de existerande bruksrätterna till renbetesområdena. Tolkningen möttes av kritik varför uppfattningen har fått omvärderas. För att tillerkänna samerna äganderätt till de områden de traditionellt innehar så har man i Norge genomfört ett omfattande reformarbete avseende den region som benämns Finnmark. Finnmark är beläget längst upp i nordöstra hörnet av Norge, där en majoritet av befolkningen är samer och 70 % av den norska rennäringen bedrivs.¹⁷¹ För att Norge skall

¹⁶⁷ A/HRC/15/37/Add.5, James Anaya. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples: Situation of indigenous peoples in the Russian Federation, 2010, p. 11–12.

¹⁶⁸ Ibid., p. 36.

¹⁶⁹ Ibid., p. 59.

¹⁷⁰ Ibid., p. 32 – 33.

¹⁷¹ SOU 2006:14, s. 464 - 472.

möta kraven i artikel 14 i konventionen har ny lagstiftning, *lov 17 juni 2005 nr 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark Fylke* (finnmarsloven), antagits. Syftet med finnmarsloven är enligt 1 § att:

”Lovens formål er å legge til rette for at grunn og naturressurser i Finnmark forvaltes på en balansert og økologisk bærekraftig måte til beste for innbyggerne i Finnmark og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv.”

En särskild paragraf, 3 §, förtydligar att lagen gäller med begränsning av ILO:s konvention nr 169.

Genom lagens 49 § har äganderätten och förvaltningen av 95 procent av den fasta egendomen i Finnmark övergått från staten, som tidigare ägde marken genom Statskog SF, till ett självständigt organ – Finnmarkseiendomen.¹⁷² Den mark som numera ägs och förvaltas av Finnmarkseiendomen motsvarar ett område större än Danmark.¹⁷³ Finnmarkseiendomen styrs av sex personer där Sametinget och Troms/Finnmarks fylke utser tre vardera, finnmarsloven 7 §. Vidare skall en särskild kommission, Finnmarkscommissionen, kartlägga och utreda existerande nyttjande- och äganderätter till land och vatten i Finnmark. Detta arbete skall enligt 30 § fokusera på bruks- och ägarrättigheter som är baserade på långvarigt och traditionellt bruk. För tvister om sådana rättigheter har en specialdomstol inrättats, utmarksdomstolen för Finnmark, finnmarsloven 36–43 §§. Kommissionen lägger fram sina förslag inför domstolen som fattar slutliga beslut. Om parter i förhållande till den aktuella rättigheten är oense faller de nödvändiga kostnaderna för tvisten på staten. Detsamma gäller om någon gör anspråk på rättigheter till mark som Finnmarkseiendomen motsatt sig, se finnmarsloven 43 §.

Den norska lösningen innebär att ansvaret för de historiska utredningar som krävs för att klara upp rättsförhållandena i Finnmark läggs på ett oberoende organ med specialkompetens. Den rapport som utredningsarbetet utmynnar i är inte bindande men ligger till grund för beslut i domstolen. Motsätter man sig som part resultaten i rapporten har man möjlighet att tvista om saken utan kostnad. Den svenska gränsdragningskommissionen föreslog ett svenskt utrednings- och medlingsinstitut, där kostnaderna för förhandlingarna skulle läggas på staten (se ovan avsnitt 3.1.4). Förslaget inspirerades av lösningen i Finnmark, men resulterade inte i något lagförslag.¹⁷⁴

I FN:s rapport från 2011 om rättigheter för ursprungsbefolkningen i Sverige, Norge och Finland möttes de norska reformerna till övervägande del positivt. Det konstaterades att Finnmarsloven utvecklats i nära samarbete mellan norska staten och Sametinget, och att det självbestämmande och den kontroll som ges över mark och naturresurser till samer genom

¹⁷² SOU 2006:14, s. 467–468. F.k. finns inget ord motsvarande ”fastighet” på norska utan motsvarigheten till fastighet benämns ”eiendom”. Se Allard, Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 15.

¹⁷³ SOU 2006:14, s. 470.

¹⁷⁴ Ibid., s. 510 f.

lagen statuerar ett exempel för Sverige och Finland att sträva mot.¹⁷⁵ Enligt rapportören utgjorde Finnmarksloven en potentiell grund för ett effektivt skydd för mark- och naturresursrättigheter för samer i Finnmark.¹⁷⁶ Fem år senare, i FN:s rapport från 2016, riktades kritik mot resultaten av Finnmarkskommissionens utredningsarbete. Kommissionen hade inte hittat några grunder för ägande- eller brukanderätt till mark eller naturresurser för samiska individer eller kollektiv, utöver rättigheter som redan finns för alla invånare i Finnmark. Dessa slutsatser menade FN:s rapportör berodde på att staten genom historien aktivt och extensivt disponerat den mark som utretts av kommissionen, vilket inneburit att ägande- eller bruksrätt för ursprungsbefolkningen uteslutits. Därmed hade inte tillräcklig hänsyn tagits till samiska sedvanor och besittningssystem, utan den norska statens historiskt extensiva politik på marken hade använts som argument för fortsatt förnekande av samiska markrättigheter. De samiska sedvanorna och den samiska sedvanerätten borde, enligt rapportören, vara utgångspunkten för erkännandet av dessa rättigheter samt för att uppfylla skyldigheterna enligt artikel 8 i ILO:s konvention nr 169.¹⁷⁷

I norska statens svar på kritiken framgår att Finnmarkskommissionen identifierat renskötselrätt i alla områden de utrett och att sådana rättigheter förväntas klarläggas på åttio procent av norra Norges markyta (Sør-Trøndelag till Finnmark), varför det är ett missförstånd att några specifika samiska rättigheter inte skulle ha erkänts av Finnmarkskommissionen. Man menar även att kommissionens arbete skall grundas på *gällande nationell rätt* (finnmarksloven 29 § 1 st). Att man valt formuleringen nationell rätt och inte ”norsk rätt” beror på att man ville understryka att samiska sedvanor och rättsuppfattningar skulle tas i beaktande, och därigenom skulle Finnmarksloven uppfylla kravet i artikel 8 i ILO:s konvention nr 169.¹⁷⁸

3.3.2 Flexibilitet och pluralism

Renskötselrätten är i Norge reglerad i lov 15 juni 2007 nr. 40 om Reindrift (reindriftsloven) 4 § 1 st där det stadgas att renskötselrätten tillfaller den samiska befolkningen och har ”på grundlag av *alders tids bruk* rett til å utøve reindrift” (min kursivering). Alders tids bruk har, precis som urminnes hävd, en lång fastighetsrättslig historia men med en helt annan aktualitet i norsk rätt än det utmönstrade urminnes hävd har i svensk rätt. En rätt vilandes på alders tid bruk skall anses upparbetad om det förelegat ett bruk som skett över lång tid och som är utövat med så kallad aktsam god tro. Villkoret om god tro relaterar till kunskap om faktiska förhållanden som den som vill grunda en rätt på alders tids bruk har eller borde ha haft kännedom om. Av begreppet ’aktsam’ skall man förstå att det föreligger en viss

¹⁷⁵ A/HRC/18/35/Add.2, 2011, p. 18 och 44.

¹⁷⁶ Ibid., p. 47.

¹⁷⁷ A/HRC/33/42/Add.3. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 2016, p. 23 – 24.

¹⁷⁸ A/HRC/33/42/Add.4, Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the human rights situation of the Sámi people in the Sápmi region in Norway, Sweden and Finland: Comments of the Government of Norway to the report of the Special Rapporteur, 2016 p. 7–11.

undersökningsplikt om de faktiska förhållandena.¹⁷⁹ Alders tiders bruk är, till skillnad från urminnes hävd, inte enbart använt i förhållande till renskötselrätt utan används även inom fastighetsrätten i övrigt. Fastighetsrätten i Norge har historiskt inte varit lika reglerad som i Sverige. Stora delar av Norge upptas av så kallad utmark, vilket är benämningen på fjällmark som är svår att odla upp. Utmark har istället använts som betesmark generellt, inte uteslutande för renbete. På utmarken har ägar- och bruksrättsförhållandena länge varit oklara. Sveriges kust- och inland har lämpat sig bättre för jordbruk än de norska fjällkedjorna, varför fastighetsrätten i Sverige har fått en annan utformning med centralstyrd avvitrning och omfattande fastighetsregister. I Norge har istället oskrivna regelinstitut använts för att lösa tvister lokalt. Alders tids bruk är ett sådant.

Villkoren för alders tids bruk har utvecklats genom domstolspraxis och rättsvetenskaplig litteratur, och kan grunda både äganderätt och begränsade rättigheter som betesrätt och rätt till jakt och fiske.¹⁸⁰ Rätten kan anses upparbetad om bruket varit lågintensivt men pågått under en mycket lång tid eller om det tvärtom varit intensivt men pågått under en förhållandevis kort tid, vilket innebär flexibilitet vid tillämpningen.¹⁸¹ Utöver alders tiders bruk har den norska rätten även hevd, lokal sedvanerätt, festnade rettsforhold, allemansrättigheter och allmänningsrätt som grunder för rättighetsanspråk.¹⁸² Rättssubjekten för reindriftsloven är flera. Renskötelsen har organiserats genom renbetesdistrikt, som kan jämföras med samebyar i Sverige, men även genom den samiska organiseringen i siidor.¹⁸³ Utöver renbetesdistriktet är rättssubjektet för reindriftsloven den enskilde renägaren, siidaandels-ledaren eller siidan, reindriftsloven 6, 9 och 10 §§.

3.3.3 Utrymme för sedvanerättsliga argument och hänsynstaganden

”Om inte sedvanor räknas som en tydlig och självständig rättskälla, är utrymmet även för samiska sedvanor följaktligen mycket begränsat.”¹⁸⁴

För urfolk världen över är sedvanor och sedvanerätt ofta centrala för att finna stöd för anspråk på mark- och naturresurser grundade på långvarigt bruk. Det återspeglas i artikel 8 i ILO:s konvention nr 169 där det anges att vederbörlig hänsyn skall tas till urfolkens sedvanor och sedvanerätt vid tolkning av nationell lagstiftning. Sedvanor och rättsuppfattningar har en central roll i den samiska kulturen, där de historiskt överförts muntligt och lokalt mellan generationer.¹⁸⁵ I Norge, där fastighetsrätten inte varit lika centralt reglerat som i Sverige, har lokal sedvanerätt tillämpats av domstolarna i tvister vilket senare har kommit att bli fastställd oskriven rätt. Långt in på 1900-talet ansågs lag och sedvana vara de enda rättskällorna enligt

¹⁷⁹ Gunnar Eriksen. Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003, s. 79 ff.

¹⁸⁰ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 95.

¹⁸¹ Ibid., s. 112 f.

¹⁸² Ibid., s. 262 f.

¹⁸³ Ibid., s. 57.

¹⁸⁴ Ibid., s. 205.

¹⁸⁵ Ibid., s. 164.

rättsvetenskapen.¹⁸⁶ Det finns således ett större utrymme för norska domstolar att tillämpa sedvanerätt, särskilt i en fastighetsrättslig kontext.¹⁸⁷ Lokal sedvanerätt och alders tids bruk överlappar och glider in i varandra i norsk rätt. Ofta är det olika typer av bruksrätter som i rättspraxis har erkänts med stöd i lokal sedvanerätt, där man kunnat visa en etablerad sedvana över så lång tid att sedvanerätt utvecklats. Skillnaden mot alders tids bruk kan, precis som för distinktionen mellan urminnes hävd och sedvanerätt i svensk rätt, sägas vara att lokal sedvanerätt inte kan grunda äganderätt samt att det är fråga om en rättskälla och inte en rättsregel.¹⁸⁸

3.3.4 Presumtionen för renskötselrätt

I de områden som omfattas av reindriftsloven föreligger det en presumtion för renskötselrätt. Det samiska renbetesområdet sträcker sig enligt reindriftsloven 2 § och 4 § från Finnmark i norr ner till Hedmark, beläget 20 mil norr om Oslo. Den som menar att renskötselrätt inte upparbetats på området i tillräcklig omfattning bär bevisbördan för sitt påstående.¹⁸⁹ Detta skiljer sig från Sverige där bevisbördan ligger på den som påstår urminnes hävd oavsett vilket område tvisten gäller. Den norska bevisbörderegeln framstår som lite udda, normalt sett är det den som kan bevisa att något har ägt rum som har bevisbördan eftersom motsatsen i det närmaste är omöjligt.¹⁹⁰ I Selbusaken¹⁹¹, som jag återkommer till nedan, talade man om svårigheten att bevisa nomadiserade samers närvaro historiskt. Eftersom de använt sig av organiskt material som snabbt ruttnar bort saknas ofta fysiska bevis. Detta kombinerat med en muntlig, inte textbaserad, rättskultur. Bristen på bevis på samisk närvaro i Selbusaken kom närmast att bli till samernas fördel då bevisbördan låg på markägarna.¹⁹²

3.3.5 Domstolens rättsbildande funktion

Norge har en högsta domstol, Høyesterett, som dömer i alla typer av mål till skillnad från de två parallella system vi har i Sverige med högsta domstolen och högsta förvaltningsdomstolen. Utöver det finns skillnader i hur man utformar domskälen. En dom från Høyesterett inleds med domarens namn, sedan skrivs grunden för domen i jag-form och domaren argumenterar för själva domen varpå övriga domare kan ansluta sig till domskälen eller skriva ett eget skiljaktigt tillägg. Domskälen blir långa och argumentationslinjen blir öppen och transparent. Torstein Eckhoff beskriver praxis från Høyesterett som den rättskälla som det näst efter lag hänvisas mest till i norska domstolar. Han gör en jämförelse med England och USA, där slutsatsen blir att praxis från Høyesterett inte spelar lika stor roll som i

¹⁸⁶ Torstein Eckhoff. Rettskildelære. Oslo: Tanum-Norli, 1971, s. 223.

¹⁸⁷ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 186.

¹⁸⁸ Eckhoff. Rettskildelære, s. 222.

¹⁸⁹ Denna tolkning av 2 § i reindriftsloven gjordes av Høyesterett i Selbusaken, se Rt. 2001 s 769, på sidan 788.

¹⁹⁰ Jfr SOU 2006:14, s. 397.

¹⁹¹ Rt. 2001 s 769.

¹⁹² Se vidare resonemang i Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 146 f.

common law-länder, men utan tvivel utgör den viktigaste rättskällan efter lag i Norge.¹⁹³ Ett mönster enligt Eckhoff är att lagstiftning och praxis följs åt, lagstiftarna och domstolen turas om att göra en insats för rättsutvecklingen.¹⁹⁴ Høysterett har även en uttalad kontrollfunktion i förhållande till Norges grundlag och inkorporerade människorättskonventioner. Vid tolkandet av grundlagen som är av gammalt datum har Høysterett en stor frihet i förhållande till samhällsutvecklingen, samt möjligheter att värna rättighetsbaserade intressen.¹⁹⁵ Sammantaget finns här likheter med rättssystemen i common law-länder. Allard skriver:

”I norsk rätt är det ingen som ifrågasätter att domstolarna genom konstitutionell praxis delvis har en politisk roll. Detta utgör generellt sett en bättre grund för att lösa komplexa samerättsliga frågor i domstolarna, om domstolen dels ser det som sin plikt att värna om grundläggande mänskliga rättigheter, och dels är friare att finna rättsligt godtagbara lösningar.”¹⁹⁶

Den konstitutionella traditionen i Sverige ser annorlunda ut. De problem som uppstår skall företrädesvis lösas genom lagstiftning, inte via domstol. På det samerättsliga området blir då frågan vem som skall lösa konflikterna. Det finns ett behov av ny lagstiftning men ingen politisk vilja.¹⁹⁷ Här kan man se att lagstiftarens inaktivitet ger högsta domstolen en mer offensiv funktion. Girjasmålet är ett sådant exempel, där man hänvisar till allmänna folkrättsliga principer för att finna stöd, istället för rennäringslagen.¹⁹⁸

3.3.6 Selbu- och Svartskogssaken, två rättsfall

Renskötselrätten i norsk praxis har präglats av olika typer av rättsfrågor beroende på var geografiskt frågan har uppstått. I norr har tvisterna gällande renskötselrätten kretsat kring omfattning och innehåll, medan renskötselrättens existens har ifrågasatts längre söderut.¹⁹⁹ Denna geografiska skillnad återspeglas i Selbusaken²⁰⁰ och Svartskogssaken²⁰¹, två domar som avgjordes med några månaders mellanrum 2001. I båda målen vann sameparterna och de har kallats ett paradigmskifte i norsk rättspraxis på det samerättsliga området.²⁰²

I Selbu, som ligger i höjd med Östersund, var frågan om renskötselrätt. Høysterett uttalade en principiellt viktig princip, nämligen att innehållet i reglerna om alders tid bruk måste anpassas efter samisk kultur, tankesätt och de särskilda förhållandena inom renskötselrätten. Eriksen menar att Høysterett äntligen tar farväl av tidigare tendenser till historisk autism i förhållande till same och samisk kultur.²⁰³ Exempelvis tog man i Selbusaken hänsyn till språk- och

¹⁹³ Eckhoff. Rettskildelære, s. 151 f, 163 och 176.

¹⁹⁴ Ibid., s. 183.

¹⁹⁵ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 305

¹⁹⁶ Ibid., s. 327.

¹⁹⁷ Jfr Ibid., s. 323.

¹⁹⁸ Se bl.a. p. 130 i högsta domstolen, mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23. Se vidare under avsnitt 4.4.

¹⁹⁹ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 123.

²⁰⁰ Rt. 2001 s 769.

²⁰¹ Rt. 2001 s 1229.

²⁰² Gunnar Eriksen. Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraxis: om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur, *KART OG PLAN*, 2002, s. 242.

²⁰³ Ibid., s. 243.

kulturförbistringar mellan samer och myndigheter som kan ha bidragit till historiska missförstånd vid bevisvärderingen.²⁰⁴ Vidare beaktades renskötelsens extensiva markanvändning och att brukets intensitet är beroende av tillgången till bete.²⁰⁵

Frågan i Svartskogen, beläget norr om Treriksröset, rörde äganderätt till ett utmarksområde. Målet handlade om fastboende samiska jordbrukare, inte renskötare. Kulturellt och språkligt var problematiken dock lik de tvister som rört renskötselrätt.²⁰⁶ Høysterett menade att det var det faktiska intensiva bruket av marken som var avgörande. Att samerna, som förhöll sig till marken genom kollektiv resursutnyttjande, inte hade samma tradition av att tala i termer av äganderätt hindrade inte att det förelåg äganderätt. En annan ordning skulle innebära att samerna hamnade i en ogynnsam position i förhållande till befolkningen i övrigt. I samisk rättsuppfattning ansågs själva bruket vara det centrala och inte vad man benämnde det.²⁰⁷

I Selbu- och Svartskogssaken åberopades ILO:s konvention nr 169, men Høysterett valde att inte tillämpa den med motiveringen att bedömningarna av renskötselrätt eller andra rättigheter till fast egendom kunde göras inom ramen för norsk fastighetsrätt.²⁰⁸

²⁰⁴ Rt. 2001 s 769, på sidan 793.

²⁰⁵ Ibid., s. 790.

²⁰⁶ Eriksen. Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis: om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur, s. 245.

²⁰⁷ Rt. 2001 s 1229, på sidan 1252–1253.

²⁰⁸ Ibid., s. 1252 samt Rt. 2001 s 769, på sidan 791.

Del 4. Tre svenska rättsfall

4.1 Inledning

De tre rättsfall som analyseras i den här delen av uppsatsen har haft stor påverkan på rättsområdet. Jag har redan hänvisat till dem på flera ställen vilket speglar deras betydelse för hur rätten uppfattas. Rättsfallen ger en bild av hur komplikationerna ser ut i förhållande till rättens tillgänglighet. De har alla pågått under långa tidsperioder och berört stora värden, kulturella och ekonomiska. Bevisbördreglerna påverkar processerna, även om det inte finns utrymme att återge hela bevisföringen här går det att utifrån rättsfallens uppbyggnad förstå vilken mängd bevisning som har krävts. I två av rättsfallen, Skattefjälls- och Girjasmålet är staten motpart till sameparterna, där principiella frågor tvistas under en påtaglig processuell obalans. I Nordmalingsmålet kan man se hur rättsfrågorna utmanar den vanliga fastighetsrättsliga strukturen. Kort sagt aktualiseras teori om access to justice och postkolonialism genom rättsfallen, varför analyserna efterföljs av en teoretisk reflektion.

4.2 Skattefjällsmålet 1981

Rättsprocessen om skattefjällen i norra Jämtland pågick i 15 år, mellan 1966 och 1981, och anses vara det mest komplexa och omfattande civilrättsliga målet i svensk modern tid.²⁰⁹ I målet krävde ett antal jämtländska samebyar äganderätt framför staten till de omtvistade fastigheterna. I det fall domstolen skulle komma fram till att staten hade äganderätt så menade sameparterna att det i vart fall förelåg starkare rättigheter till marken för samernas del än vad som framgick av rennäringslagen.²¹⁰

Till grund för sin talan menade sameparterna att lagstiftningen från 1886 byggde på socialdarwinistiska och rasistiska tankegångar. Statens ägande av fastigheterna, som implicit framgår av lagstiftningen, ansågs från samernas håll vara en produkt av uppfattningen att samerna var lägre stående människor utan samma rättigheter som andra besittningshavare.²¹¹ Med anledning härav gjorde HD en omfattande genomgång av förarbetena till renbeteslagen. Man kom fram till att alla myndigheter som yttrat sig inför lagförslaget utgick från att staten ägde marken ifråga. Vidare menade HD att det förekom negativa och nedlåtande uttalanden om samerna som folk i förarbetena²¹², men att lagstiftningen på det stora hela var avsedd att säkra samernas bruksrätt och därmed en positiv särbehandling av samerna.²¹³ Utifrån genomgången i domskälen drog HD slutsatsen att renskötselrätten är en verklig civilrättslig rättighet som har samma skydd enligt regeringsformen som egendom, och vilar på urminnes

²⁰⁹ Allard. Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 244.

²¹⁰ NJA 1981 s 1, på sidorna 166 f.

²¹¹ Ibid., s. 172.

²¹² Se Ibid., s. 224. Exempelvis justitierådet Olivecrona menade att nomadiserade lappar levde ett ociviliserat liv och evolutionistiskt hade att välja mellan ett bofast jordbruksliv eller att gå under.

²¹³ Ibid., s. 247.

hävd. Detta var en uppgörelse med uppfattningen att renskötselrätten innefattande rätt till jakt och fiske var ett ”lappprivilegium”.²¹⁴

Utöver genomgången av förarbetena till renbeteslagen gjordes i domskälen en ingående historisk utredning. HD tog avstånd från att nomader inte kan förvärva äganderätt till mark. Tvärtom var det enligt HD möjligt att förvärva skattemannarätt, som var den tidens form av ägande, baserat på urminnes hävd genom renbete, jakt och fiske. HD uttalade även att större områden än vad som var brukligt för ’vanlig’ urminnes hävd kunde komma ifråga, med hänsyn till det speciella bruk av marken som renskötsel innebär. Däremot krävdes intensivt och ostört bruk.²¹⁵ Utifrån den utredning man hade att förhålla sig till i målet var det inte fråga om sådant intensivt och ostört bruk på skattefjällen. Samerna var förhållandevis få i området och hade konkurrens av bofasta. Skattefjällen var ett vidsträckt område, och man menade att mindre områden inom de omtvistade fastigheterna eventuellt kunde vara befästa med äganderättsliknande rättigheter, men att ingen sådan utredning hade visats i målet. HD menade även att det var mycket möjligt att samerna hade äganderätt grundad på urminnes hävd längre norrut, men att man inte hade möjlighet att ta ställning till – eller utreda förhållandena på – andra ställen än de fastigheter som målet handlade om.²¹⁶ Gällande sameparternas övriga yrkanden om att det i vart fall förelåg starkare rättigheter än vad som framgick av RNL, menade HD att RNL uttömmande reglerade renskötselrättens omfattning.²¹⁷

I målet var bevisbördan delad mellan parterna.²¹⁸ HD kommenterar inledningsvis svårigheterna med bevisningen i förhållande till den historiska markanvändningen på skattefjällen. Domskälen byggde på skriftligt material, mestadels från domstolar, administrativa myndigheter och kungamakten. Enligt HD var det naturligt att exempelvis myndigheter har tolkat rättsläget till statens fördel och därmed fick sådan bevisning bedömas med försiktighet.²¹⁹ HD konstaterade att det rådde brist på historisk forskning och dokumentation av samernas levnadsförhållanden och sätt att bruka fjällmarken, vilket kunde bero på att samerna ännu på 1700-talet i stort sätt var analfabeter.²²⁰

Sameparterna förlorade målet på alla punkter. Formellt sett var det givetvis ett bakslag, men de principiella uttalanden som gjordes av HD har i efterhand setts som delvis fördelaktiga för samerna.²²¹ Man öppnade upp för att äganderätt kan ha upparbetats genom urminnes hävd, även sådant bruk som inte är uppodling. Man sa även att rättigheten var av civilrättsligt slag och skyddad enligt grundlagen, samt att lagstiftningen ytterst är baserad på urminnes hävd.

²¹⁴ Uppfattningen vid tillämpningen av 1928 års renbeteslag hade tidigare varit att renskötselrätten enbart var en sorts näringsrätt som inte åtnjöt samma skydd som äganderätt. Bengtsson, s. 37 f; SOU 2006:14, s. 387.

²¹⁵ NJA 1981 s 1, på sidan 190.

²¹⁶ Ibid., s. 191, 196 och 227.

²¹⁷ Ibid., s. 244.

²¹⁸ Ibid., s. 182.

²¹⁹ Ibid., s. 181.

²²⁰ Ibid., s. 180.

²²¹ Bengtsson, s. 39.

Kommentar

I utformandet av samernas talan i Skattefjällsmålet får jag intrycket att sameparterna vill få målet prövat utifrån ett narrativ som skiljer sig från hur domskälen sedan utvecklas.

Sameparterna betonar att “[...] samerna utgör en etnisk minoritet, vilken utsatts för kolonisation av andra folkgrupper och trängts undan från mark som de ursprungligen ägt” och senare på samma sida ”Äganderätten tillkom inte enskilda samer utan det kollektiv – den samekommunitet – som brukade fjällmarken.”²²² Som nämnts ovan ifrågasätter man hela grunden för lagstiftningen på området, med syftning på den kolonialistiska och rasistiska tidsandan vid dess tillkomst. HD inleder med att konstatera:

”Vad föremålet gäller är emellertid inte, i vad mån de intrång som drabbat samerna som folkgrupp har varit rättsenliga eller ej. Föremålet för sameparternas talan är, huruvida vissa av sameparternas angivna rättssubjekt framför staten är ägare till de omtvistade fastigheterna eller, om detta inte skulle vara fallet, har vissa andra rättigheter till dem. Den nyss antydda utvecklingen är visserligen, som kommer att framgå i det följande, på flera punkter av betydelse i sammanhanget. Men det bör redan inledningsvis understrykas, att de frågor som skall prövas i första hand är av *civilrättsligt slag och skall bedömas efter vanliga rättsliga normer.*”²²³

Vid läsning av domskälen framgår det vartefter att HD, avseende delar av sameparternas bevisning, lämnar denna utan avseende med hänvisning till att den inte har någon betydelse för civilrättsliga förhållanden på de aktuella skattefjällen.²²⁴ Att sameparterna har lagt fram bevisning som inte går att härleda till fastigheterna på skattefjällen utan till helt andra delar av landet, kan bero på uppfattningen att äganderätten tillfaller dem som kollektiv utifrån det synsätt man anfört i sin talan, något som HD inte har godtagit:

”Sameparternas ståndpunkt synes innebära, att man skulle bedöma samernas rätt till fjällmark på enhetligt sätt oavsett var i Sverige marken är belägen (jfr avsnitt 3). Det står emellertid klart att frågan om samer genom långvarigt bruk förvärvat äganderätt eller annan rätt till fjällområden inte på detta vis kan avgöras generellt.”²²⁵

Mitt intryck är att det föreligger en narrativedissonans²²⁶ mellan högsta domstolen och sameparterna om vad ’saken’ gäller. Sameparterna har fört en folkrättslig argumentation där de velat understryka sin status som urfolk. Högsta domstolen menar däremot att rättsfrågorna är av *civilrättsligt slag och skall bedömas efter vanliga rättsliga normer*, det vill säga inom ramen för en kontradiktorisk tvåpartsprocess där samernas status som urfolk spelar ringa eller ingen roll.

²²² NJA 1981 s 1, på sidan 170.

²²³ Ibid., s. 175. (Min kursivering).

²²⁴ Ibid., s. 192, 194 och 196.

²²⁵ Ibid., s. 192.

²²⁶ *Narrativedissonans*: när den rättsliga argumentationen byggs utifrån så disparata argumentationslinjer att parternas och domstolens rättsliga narrativ inte kommer i kontakt med varandra. Björling, s. 285.

4.3 Nordmalingsmålet 2011

I målet yrkade ett hundratal fastighetsägare i Nordmalings kommun i Västerbotten, att domstolen skulle fastställa att det inte fanns någon av avtal oberoende rätt till renskötsel på deras fastigheter. Svarande i målet var tre samebyar. Samebyarna vann i alla instanser – det var första gången samer vunnit ett mål där renskötselrätten ifrågasatts.

Målet gällde rätten till vinterbete, varför RNL 3 § tillämpades. I lagtexten framgår det att rätt till vinterbete föreligger mellan 1 oktober och 30 april i sådana trakter där renskötsel av ålder bedrivits vissa tider av året. HD ansåg att reglerna om urminnes hävd lämpade sig dåligt för bedömningen av nomadiserande samers renskötselrätt och att det saknas lagstöd för att just rätten till vinterbete baserades på urminnes hävd. Domstolen valde att istället utreda var samerna efter gammal sedvana bedriver renskötsel.²²⁷ Utifrån förarbeten och lydelsen i renbeteslagen från 1928 kom HD fram till att uttrycken *av ålder* och *efter gammal sedvana* skulle betraktas som synonyma.²²⁸

Även om urminnes hävd inte ansågs tillämplig i HD, så uppsattes kriterier för sedvanerätten med vägledning i de rättsliga kriterierna för urminnes hävd. Man sa att 90 år var en lämplig utgångspunkt för hur lång tid som krävdes för att upparbeta renskötselrätt, att det faktiska bruket måste vara återkommande, att bruket måste ha varit 'okvalt och ohindrat' samt att bevisbördan låg på den part som hävdade sedvanerätt.²²⁹ Samebyarna ifrågasatte dels bevisbördans placering, dels argumenterade de för en bevislättning eftersom den samiska kulturen länge baserats på en muntlig tradition samt saknar historiska källor. HD ansåg det inte motiverat att frångå gängse beviskrav i dispositiva tvistemål²³⁰, men var tydlig med att bedömningen av sedvanerätten kunde göras friare än om rättsregeln urminnes hävd hade tillämpats. Exempelvis kunde sedvanerätten ha upparbetats även efter 1972, efter jordabalkens ikraftträdande då reglerna om urminnes hävd inte vidarefördes.²³¹

När tidsperspektivet *av ålder* skulle avgöras, sa HD att samerna har rätt att bedriva renskötsel där de brukar göra det, det skall vara fråga om ett faktiskt bruk som är väl etablerat och godtaget.²³² I domen beaktas hur renskötsel faktiskt bedrivs. HD uttalade att hänsyn skulle tas till renskötselns olika särdrag vid bevisvärderingen, inom ramen för den fria bevisprövningens princip.²³³ Slutsatsen föregås av argument om att det krävs stora områden för renskötsel och att dessa utnyttjas olika mycket beroende på tillgången till renlav som bland annat är beroende

²²⁷ NJA 2011 s 109, p. 9–10.

²²⁸ Ibid., p. 8. I underinstanserna utgick man från urminnes hävd i sina bedömningar.

²²⁹ Ibid., p. 12–15.

²³⁰ Ibid., p. 16 och 19.

²³¹ Allard, Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 249. Detta resonemang är i linje med vad Bengtsson föreslagit som anpassning till renskötselrättens särskilda natur. Han menar dock att även urminnes hävd kan upparbetas efter 1972 när det gäller renskötselrätt. Bengtsson, s. 86 f.

²³² NJA 2011 s 109, p. 12.

²³³ Ibid., p. 19.

av växlande väderförhållanden.²³⁴ Man kommer slutligen fram till att renskötselrätt föreligger i hela Nordmalings kommun.

Den historiska utredningen i målet utgår mestadels från förarbetena till 1886 och 1898 års renbeteslag²³⁵ och flera vittnesmål fördes fram från båda sidorna om den eventuella förekomsten av renar på området historiskt.²³⁶ Sammantalet var Nordmalingsmålet omfattande. Det tog 13 år, och innebar stora ekonomiska kostnader till följd av den rättshistoriska och historiska utredningen som krävdes av parterna.

Kommentar

Det är tydligt i Nordmalingsmålet vilka juridiska svårigheter domstolarna möter när de skall bedöma rättigheter utifrån urminnes hävd. I hovrättens domskäl riktar man skarp kritik mot lagstiftarens passivitet i förhållande till renskötselrättens natur, innehåll och utsträckning.

”I ett läge med begränsade resurser som olika intressenter utnyttjar samtidigt och delvis oförenligt måste samhället finna ett system för att reglera samexistensen. Man kan jämföra med den reglering nationellt och internationellt som finns och utvecklas när det gäller fiskenäringen. När det gäller renskötseln och dess förhållande till andra intressen har emellertid den lagstiftande och verkställande makten snarast gått motsatt väg. *Efter hand som problemen har tilltagit har de ignorerats eller förpassats till utredningar.*

Kvar finns en lagstiftning som formellt är tillämplig men som inte på ett balanserat och genomtänkt sätt tar hänsyn till samtliga inblandade intressen. Detta är till nackdel såväl för rennäringen som för samhället i övrigt. [...]

I och med att regelverket är ofullständigt blir utrymmet för domstolarnas tolkning större. Det innebär att domstolarna har fått en normgivande roll som normalt inte tillkommer dem. Varje tillämpning av regelverket – bokstavstrogen, teleologisk, konservativ eller framåtsyftande – kommer att inrymma ett moment av *politiskt ställningstagande*. När hovrätten i det följande redogör för sin tolkning av olika begrepp och inom ramen för lagstiftningen försöker finna en rimlig och långsiktigt hållbar linje måste både hovrätten och den som läser hovrättens dom hålla i minnet att *hovrätten därvid även agerar i syftet att skapa rätt.*²³⁷

Passiviteten från lagstiftaren innebär således att domstolarna får agera politiskt när de själva måste skapa rätten för att kunna avgöra målet. Uttalandet från hovrätten kan jämföras domstolens rättsbildande roll i Norge, se avsnitt 3.3.5.

Att det över huvud taget blev en tvist mellan markägarna och samebyarna i Nordmaling beror på att det inte varit fullständigt utrett var vinterbetesmarkerna rent geografiskt är belägna. Gränsdragningskommissionens utredning (SOU 2006:14) som syftade till att fastställa områdena för rättigheterna lämnade Nordmaling utanför arbetet, eftersom tvisten redan förelåg, man ville inte kommentera en pågående rättegång. Även om Nordmalingsmålet är det

²³⁴ Ibid., p. 23 – 30.

²³⁵ Ibid., p. 48.

²³⁶ Ibid., p. 53. HD drog slutsatsen att man inte kan utesluta att det fanns renar på områdena periodvis även om vissa av vittnena inte hört talas om det.

²³⁷ Ibid., på sidorna 206–207. (Mina kursiveringar).

rättsfall som nått hela vägen till HD så har renskötselrätten ifrågasatts i rättsliga tvister flertalet gånger av markägare, med anledning av otydlig och bristande lagstiftning.²³⁸ I det så kallade Rätanmålet, en tvist som pågick mellan 1998 och 2012, åberopades sedvanerätt som grund för rätt till vinterbete med hänvisning till Nordmalingsmålet. Östersunds tingsrätt kom fram till att sedvanerätt till vinterbete förelåg på de aktuella fastigheterna efter en förlikning mellan parterna.²³⁹ Möjligtvis kan Nordmalingsmålet sägas ha klarlagt några av de frågor lagstiftningen inte ger svar på.

4.4 Girjasmålet 2020

Den 23 januari 2020 meddelades Högsta domstolens dom gällande bättre rätt till jakt och fiske inom Girjas samebys område. Området motsvarar ungefär storleken på Gotland, är beläget i Norrbotten och sträcker sig i en korridor österut från norska gränsen mot trakterna mellan Kiruna och Gällivare. HD:s slutsatser i målet var att Girjas sameby har rätt att upplåta jakt och fiske på området och att denna rätt är en ensamrätt i förhållande till staten.²⁴⁰ Bakgrunden till målet är, som tidigare nämnts, de ändringar man gjorde i rennäringsförordningen i början av nittiotalet och som fick till följd att länsstyrelserna kunde upplåta jakt och fiske till i princip alla EU:s medborgare på samernas renskötselområde.²⁴¹

HD prövade inledningsvis om rennäringslagen var tillämplig. Man kom fram till att rennäringslagen bygger på att jakt- och fiskerättigheter tillkommer staten som markägare. De paragrafer som berör rådigheten över jakt och fiske, RNL 31–34 §§, behandlar statens egna rättigheter och kunde därmed inte ge stöd åt Girjas samebys begäran om bättre rätt till jakt och fiske.²⁴² Istället för rennäringslagen tillämpade HD urminnes hävd. Sedvanerätten har främst haft betydelse som utfyllande rättskälla medan frågor om markrättigheter på grund av långvarigt brukande bedömts inom ramen för urminnes hävd i svensk rätt. HD menade att äldre sedvanerätt bör aktualiseras först om principerna om urminnes hävd inte går att tillämpa på ett rimligt sätt. Däremot menade HD att det inte går att upprätta en klar gräns mellan sedvanerätt och urminnes hävd. Tanken att förhållanden som under lång tid etablerats och respekterats inte skall rubbas gäller för båda. Sedvanerättsliga hänsynstaganden måste också tas vid tillämpningen av urminnes hävd, för att uppfylla folkrättens krav enligt HD.²⁴³ Likt domskälen i Nordmalingsmålet flyter kriterierna för urminnes hävd och sedvanerätt in i vartannat. Enligt Allard och Brännström är resonemanget av HD ett uttryck för att rättigheter baserade på sedvanerätt typiskt sett ger en svagare rättighet. Sedvanerätten aktualiseras när

²³⁸ Se hovrätten för Nedre Norrland dom 2002-02-15 i mål nr T 58–96 (det s.k. Härjedalsmålet där man tvistade om vinterbetesmarkerna, sameparterna förlorade målet). Se även Mora tingsrätts beslut 2004-02-16 i mål nr T 805–03 (avskrivet); Skellefteå tingsrätts beslut 2003-06-26 i mål nr T 270–94 (avvisat).

²³⁹ Östersunds tingsrätts dom 2012-05-03 i mål nr T 1919–11 med bifogat förlikningsavtal.

²⁴⁰ Enligt HD ett avsteg från normala rättsförhållanden, eftersom upplåtelseätten vanligtvis följer med äganderätt till mark och vatten. Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p.222.

²⁴¹ Se rennäringsförordningen 3 § där vissa begränsningar framkommer, som exempelvis att upplåtelsen inte får medföra någon ”olägenhet av betydelse för rennäringsen”.

²⁴² Slutsatsen föregås av ett omfattande resonemang på 10 sidor i domen, se p. 42 och framåt.

²⁴³ Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p. 133–134.

tillämpningen av urminnes hävd blir 'orimlig', här kan man tänka sig områden där konkurrensen om marken varit mer omfattande likt förhållandena i Nordmalingsmålet.²⁴⁴

Den folkrättsliga argumentationen är återkommande i domskälen. Domstolen menar att förvärv av nyttjande till mark måste underkastas en friare bedömning utifrån folkrättsliga principer – möjligheten att göra gällande ett sådant förvärv får inte bli endast teoretiskt. Man grundar detta på "legitima anspråk som samerna som urfolk kan ha".²⁴⁵ De folkrättsliga principerna hämtas ur FN:s deklaration om urfolks rättigheter, FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter samt ILO:s konvention nr 169.²⁴⁶ Sedvanerättens svaga ställning i svensk rätt blir tydlig, samt att rätten inte uppfyller internationella folkrättsliga krav på beaktande av ursprungsbefolkningars sedvanor. Punkt 130 i domslutet ger uttryck för hur resonemanget förs:

"Som riksdagen flera gånger har uttalat utgör samerna ett urfolk (se t.ex. KrU 1976/77:43 s. 4). Enligt artikel 8.1 i ILO:s konvention nr 169 [...] ska vid tillämpningen av nationell lagstiftning vederbörlig hänsyn tas till urfolks sedvänjor och sedvanerätt. Konventionen har inte ratificerats av Sverige men får i denna del anses ge uttryck för en allmän folkrättslig princip. En tillämpning av denna princip vid lösandet av tvister med koppling till markrättigheter som berör samer medför alltså att en samisk sedvana som har konstaterats ska beaktas."

De traditionella principerna för urminnes hävd sätts delvis åt sidan av HD, för att tillgodose folkrättens krav. Ett exempel på detta är att Girjas sameby beviljas bevislätnad. Bevisbördan ligger alltså kvar men en viss bevislätnad ansågs nödvändig för att en sameby ska ha "rimliga möjligheter att tillvarata de rättigheter som kan vara knutna till av samer traditionellt brukade områden".²⁴⁷ Man menade att staten som part haft avsevärt större möjligheter att dokumentera historiska förhållanden medan samerna länge inte haft skriftlig dokumentation av sin historia. Rent praktisk innebar bevislätnaden att det inte krävdes att den historiska utredningen som förevisades HD kunde precisera vilka enskilda individer som upparbetat jakt- och fiskerätt under 1600–1700-talet, eller hur dessa rättigheter mer exakt har överförts till nästkommande generationer. Istället medgavs rimliga slutsatser utifrån vad som är känt om de historiska förhållandena i andra delar av lappmarkerna.²⁴⁸ Detta kan jämföras med Skattefjällsmålet där förhållanden på andra geografiska områden inte fick tas till intäkt för hur bruket sett ut på Skattefjällen.

HD konstaterar tidigt i domskälen att det faktum att renskötselrätten är grundad på urminnes hävd enligt RNL 1 § 2 st inte innebär någonting för renskötselrättens omfattning, däremot om dess beständighet genom grundlagsskyddet i RF 2 kap 15 §.²⁴⁹ Vilka rättigheter som omfattas och hur starka dessa är måste avgöras utifrån hur bruket historisk sett ut på den mark som är

²⁴⁴ Jfr Christina Allard och Malin Brännström. Girjas sameby mot staten: En analys av Girjasdomen. *SvJT*, 2020-05-13, avsnitt 6.2.

²⁴⁵ Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p. 147.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 130–131.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 162. Även här hänvisar man till ILO:s konvention nr 169, nämligen artikel 14 punkt 2 som man menar ger uttryck för samma synsätt.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 163 och 207.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 117.

ifråga – och i förlängningen hur man kan bevisa det. Den rättsliga prövningen berörde flera hundra år, den sträcker sig från medeltidens slut fram till renbeteslagens tillkomst 1886 och baserades på historisk forskning, sakkunnigutlåtanden, praxis från häradsrätterna och viss dokumentation.²⁵⁰ Sammantaget kommer HD fram till att samerna har en på urminnes hävd upparbetat en rätt till jakt och fiske genom ett långt, kontinuerligt nyttjande av markerna utan tydliga protester från vare sig kronan eller andra.²⁵¹ Rättsprocessen pågick mellan 2009 och 2020. Girjas samebys och statens rättegångskostnader uppgick sammanlagt till 30 miljoner kronor.²⁵²

Kommentar

Sametinget uttalade sig efter Girjas målet på sin hemsida:

”Domen är historisk genom att HD anpassat begreppet urminnes hävd extensivt till ett långvarigt samiskt bruk samt även tar stöd i internationell rätt. Nu behövs krafttag för att hantera domen och säkerställa att lagstiftning tar hänsyn till detta.”²⁵³

Saknas politisk vilja till lagstiftning så kommer säkerligen många samebyar vilja göra samma resa genom rättsinstanserna som Girjas. I Girjas målet var marken ifråga i huvudsak obebodd, något som underlättade bedömningen av det för urminnes hävd typiska kriteriet ’okvald och ohindrad’ besittning och bruk. I andra områden som är mer befolkade kan situationen vara mer svårbedömd. Det är inte säkert att rättigheterna är så starka att de innefattar upplåtelse rätt av jakt och fiske, upparbetandet av urminnes hävd kan ha hindrats av staten eller mötts av andra tydliga protester.²⁵⁴ Med tanke på att rättigheterna inte preciserats i lag är det troligt att varje process kommer kräva minst lika omfattande historisk utredning som i Girjas målet för att samebyarna skall nå framgång – särskilt om tvisten berör mer bebodda trakter.

4.5 Teoretisk reflektion

Den historiska utredningen som krävs i målen för att redogöra för en utveckling som skett under flera hundra år innebär oundvikligen kostnader och tidsåtgång, processerna i samtliga tre rättsfall har varit långa och kostsamma. I två av fallen vann sameparterna tvisten, men rättegångarna var förenade med höga ekonomiska risker. Risken har varit spridd på samebyarnas medlemmar i de tre målen, vilket jag associerar till konceptet grupptalan; uthålligheten ökar när tvisten inte står och faller med enstaka individer. Tillgången till domstolsprocessen kan tänkas vara något större med samebyarna som part. I Skattefjällsmålet och Girjas målet där staten var motpart är samebyarna givetvis svagare ekonomiskt. I rättsfallet om bättre rätt till Vapstens samebys renskötselområde, som nämndes i avsnitt 2.2.1, var det inte samebyn som var den svagare parten, utan de enskilda samer som var motpart.

²⁵⁰ Ibid., p. 168 och framåt.

²⁵¹ Ibid., p. 205.

²⁵² Heikki. Sveriges radio, 2019-10-12.

²⁵³ Sametinget. Uttalande om Girjas målets konsekvenser, 2020.

²⁵⁴ Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p. 152.

Processerna om marken ser alltså olika ut, med samebyar eller enskilda samer som part. Alldeles oavsett hur processen är upplagd innebär det en stor ekonomisk och tidsmässig investering när man skall bevisa rättigheter grundade på urminnes hävd. Oundvikligen blir rätten otillgänglig.

HD kommenterar i Skattefjälls- och Girjasmålet de processuella obalanserna mellan parterna i förhållande till bevisföringen och konstaterar att den skriftliga dokumentation som härrör ur beslut och utredningar av staten måste beaktas med försiktighet. Dessa källor riskerar att vara vinklade, bristfälliga eller rent av felaktiga.²⁵⁵ Förutsättningarna i målen har ändå inneburit att sådan skriftlig bevisning, inte minst förarbetena till 1886 års renbeteslag, har fått stort utrymme i domskälen. I Skattefjällsmålet och Girjasmålet har staten dessutom varit motpart. Kopplingen mellan kunskap och makt återspeglas i domskälen.²⁵⁶ Statens historiska intressen på samernas traditionella markområden har genom historien inneburit att staten äger marken – först har man sagt vad som är sant och sedan gjort det till juridisk sanning genom rennäringslagen. När man i domstolarna skall försöka rekonstruera hur det 'var' studeras dokumentation framställd av staten. Den maktobalans som var förutsättningen för försvagande av samernas rättigheter under 1800-talet reproduceras på så sätt i domstolarna idag. Ett större utrymme för sedvanerättslig argumentation, där hänsyn tas till hur renskötsel faktisk traditionellt har bedrivits, och hur samerna har organiserat detta, skulle kunna innebära större rättsliga möjligheter för samerna. Samiska rättsuppfattningar och narrativ skulle få ökad juridisk relevans.

Även kritiken mot rättighetsdiskursen inom den postkoloniala teorin blir i allra högsta grad aktuell genom rättsfallen. Rättsfrågorna handlar om bättre rätt, och högsta domstolen ställs inför vägandet av olika rättighetsanspråk gentemot varandra. För att tillgodose sameparternas anspråk i Nordmalings- och Girjasmålet grundas inte domskälen på svensk lagstiftning utan på sedvanerätt (Nordmalingsmålet) och internationell folkrätt (Girjasmålet). En förutsättning för domsluten är den uttalade civilrättsliga rättigheten, baserad på urminnes hävd, som slogs fast genom Skattefjällsmålet. Det blir tydligt att det inte är lagstiftning genom politiska beslut, det vill säga lagstiftade anspråk, som banar väg för samernas rättigheter till marken, utan domstolarnas bedömningar.

Ett annat hinder för rättens tillgänglighet visade sig i Skattefjällsmålet vara civilprocessens form, eller dess anpassning till de kollektiva intresse som sameparterna förde fram (se kommentaren i avsnitt 4.2). Kanske är det lärdomar från Skattefjällsmålet som gjorde att Girjas sameby inte krävde äganderätt eller bättre rätt till marken, utan istället utformade talan som en bättre rätt till jakten och fisket (som normalt sett är förbehållen äganderätten). Girjas sameby vitsordade inte staten som ägare till den aktuella marken²⁵⁷, men eventuellt anpassades talan till civilprocessens form eller till det auktoritativa narrativ om statens äganderätt som råder.

²⁵⁵ NJA 1981 s 1, på sidan 181; Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p. 164.

²⁵⁶ Jfr Foucault. Säkerhet, territorium, befolkning: Collège de France 1977–1978, s. 24, 175 och 317.

²⁵⁷ Högsta Domstolen dom meddelad den 23 januari 2020 i mål nr T853-18, p. 11.

Del 5. Avslutande diskussion

5.1 Urminnes hävd som grund för rättighetsanspråk

Urminnes hävd som grund för renskötselrätten ger en stabilitet åt det samiska traditionella bruket. Rätten är upparbetad, det är en verklig civilrättslig rättighet, oberoende av avtal. Det gör den speciell på fastighetsrättens område. Styrkan med renskötselrätten är dess beständighet, men rättsinstitutet urminnes hävd har även en baksida – tillgängligheten. När tvister skall avgöras i domstol uppstår en rad hinder, vilket gör att lagens inneboende löfte ter sig illusoriskt. Problematiken uppstår eftersom rättsinstitutet urminnes hävd utvecklats med jordbrukets villkor i förgrunden vilka inte står i överensstämmelse med samiska förhållanden. Även om man inom litteraturen och i praxis är överens om att man bör skilja på 'vanlig' urminnes hävd och 'samisk' urminnes hävd, uppstår oklarheter för hur extensivt domstolen kan tillämpa urminnes hävd för att anpassa regleringen till renskötsel, jakt och fiske så som det traditionellt har sett ut. När rättigheterna är paketerade utan folkrättslig hänsyn, och alltjämt är vaga, missförstådda och dåligt utvecklade, riskerar de att inte beaktas i tillräcklig grad vid konkurrerande mark- och naturresursanspråk. I kombination med bevisbördan, att samerna själva skall bevisa sin närvaro under långa perioder på extensiva områden, gör sig regleringen än mer svårtillgänglig. Bevisföringen är svår. De historiska förhållandena innebär att dokumentation saknas, bland annat på grund av att man flyttade makt från häradsrätterna där kunskapen fanns till länsstyrelserna där den saknades. Samerna har själva inte dokumenterat förhållandena enligt 'svensk civilrätt' eftersom kulturen präglas av en muntlig tradition. En textbaserad rättskultur har alltid en fördel framför en rättskultur baserad på muntlig tradition, speciellt när det är den textbaserade rättskulturens institutioner som är arenan för konflikten.²⁵⁸

Tolkas inte urminnes hävd extensivt i kombination med en lättad bevisbörda är risken stor att samerna lider rättsförluster. I Girjasmålet där domstolen gjorde just detta, tolkade urminnes hävd extensivt utifrån folkrätten och gav bevislättning, så kan vi ändå se en oerhört tidskrävande och kostsam process. Det är tydligt att lagen inte har lagts tillrätta för samiska förhållanden. Man säger att det är en civilrättslig rättighet och ger tillgång till domstolarna, men blundar för – eller ignorerar medvetet – hindren på vägen.

Narratologiska frågeställningar

”Narrativet innebär berättande, blivande och utveckling snarare än deskription och tillrättaläggande.”²⁵⁹

²⁵⁸ Jfr Eriksen. Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis: om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur, 230 f.

²⁵⁹ Björling, s. 314.

Renskötselrätten tillfaller den samiska befolkningen och är baserad på urminnes hävd. Varje gång en konflikt uppstår om renskötselrättens vara eller inte vara, vem rättigheterna tillfaller, dess omfattning och var, skall den som hävdar renskötselrätt bevisa att hen varit på en plats och där upparbetat vissa rättigheter under generationer. I denna upparbetade rätt får inte långa uppehåll eller aktiva ifrågasättanden ha förekommit.

Låt oss tänka oss ett 'samiskt' narrativ: samerna befolkade norra Sverige först, de hade då rättigheter liknande den tidens äganderätt, marken har med tiden tagits i anspråk av andra intressenter utan något uttryckligt eller underförstått medgivande av den samiska befolkningen.

Accepterar man den senare historieskrivningen blir rättens uppgift att svara på hur man tillgodoser de konkurrerande intressena som trots allt förekommer på samernas mark. Då skall de bevisas, hur de har upparbetats under tid och därmed vunnit rättslig legitimitet. Därigenom går det att se hur de narratologiska förutsättningarna skapar processföremålet och på vems bekostnad.²⁶⁰

5.2 Sedvanerätt, rättssystemets enhetlighet eller pluralism

Möjligheten att tillämpa sedvanerätt är enligt min undersökning nära sammankopplad med domstolarnas rättsbildande funktion. Har domstolen möjlighet att frigöra sig från en alltför positivistisk tolkning av den skrivna rätten, som för övrigt antagits av majoritetsbefolkningen med liten (eller ingen) inblandning från samerna, och istället vila mer på sedvana, principresonemang samt rättvise- och rimlighetsresonemang, innebär det att det blir lättare att finna en lösning som även tar hänsyn till samisk kultur och samiska förhållanden.²⁶¹ Den typen av mönster kan vi se i både Nordmaling- och Girjasmålet där sedvanerättsliga hänsyn togs. Ett flexiblare förhållande till rätten öppnar även upp för beaktande av jojk och gamla berättelser vid bevisvärderingen.²⁶² I Norge finns en annan rättskultur i förhållande till praxis från Høysterrett, där finns en självklar rättsbildande funktion.

Enligt svensk praxis och litteratur förstår man att det är på vinterbetesmarkerna, där det är frågan om ett bruk under vinterhalvåret, som renbetesrätten grundas på sedvanerätt. Även om en uppdelning görs mellan vinterbetesmarkerna och åretruntmarkerna, så flyter urminnes hävd och sedvanerätten ihop – det ena gäller ofta för det andra. En sak som gäller för båda är återigen bevisbördan, men på vinterbetesmarkerna innebär bevisbörderegeln en alldeles speciell problematik. Vinterbetesmarkerna ägs till största delen av privata markägare vilket innebär upprepade tvister avseende eventuell belastning av renskötselrätt på fastigheterna. Varje gång en sådan tvist uppstår måste de renskötande samerna visa att de har en på sedvana

²⁶⁰ Jfr Ibid., s. 51.

²⁶¹ Jfr Allard, Renskötselrätt i nordisk belysning, s. 340.

²⁶² Allard, s. 44. Allard påpekar att det råder fri bevisprövning, men menar att 'samisk' bevisning inte förefaller ha högt bevisvärde.

grundad rätt till renskötsel. En jämförelse kan göras med Norge. På den mark som ingår i renbetesområdet föreligger det en presumtion för renbetesrätt.

Nigel Banks skriver att erkännande av andra rättssystem, såväl internationell rätt som ursprungsbefolkningars egna rättssystem, är ett viktigt verktyg i avkolonialiseringen av land och lagstiftning. En ratificering av ILO:s konvention nr 169 öppnar upp för en sådan avkolonialisering av rätten.

”Recognition of the validity of other normative orders is an important tool in decolonizing the state and indeed law. Recognition of the other offer an example of resistance to the state’s hegemonic power. It is therefore important to assess how open the different states (and groups of states perhaps in a Nordic context) are to these two sources of normativity, international law on the one hand and the customary laws and norms of indigenous peoples on the other hand.”²⁶³

I förhållande till artikel 14 i ILO:s konvention nr 169 kan jag konstatera att underlåtenheten att utreda renskötselrättens geografi är problematisk. Frågan om en ratificering har begravts i utredningar som sedan inte leder till något lagförslag eller till precisering av vilken mark samerna skall anses inneha. Det är här frågan om att tillerkänna äganderätt och besittningsrätt till mark som samerna skall anses inneha genom ett traditionellt, dominerande bruk av marken. Vi finner kanske förklaringen till problematiken i uttalandet från gränsdragningskommissionen när de menar att det inte kan vara fråga om ett sådant dominerande bruk på de områden där skogsbruket representerar det största ekonomiska intresset.²⁶⁴ Det finns flera kommersiella intressenter på samernas traditionella renbetesområden, att det skulle vara det största kommersiella intresset som avgör vem eller vilka som skall anses inneha marken kan knappast anses förenligt med artikel 14 i ILO:s konvention nr 169. Den politiska risken med en ratificering är att den samiska befolkningen kommer få möjlighet att ställa krav eller rent av säga nej till ytterligare kommersialisering av marken. Detta stämmer illa med uppfattningen att renbeteslagen från 1886 som var tänkt att vara en ’kodifiering av rättsläget’ och därefter tolkats som att den uttömmande anger samernas rättigheter till mark. En ratificering av konventionen skapar inga nya rättigheter, men skulle vid tillämpningen visa att rennäringslagen är otillräcklig. Genom Girjasmålet framgår det att rättigheterna är mer omfattande i vissa delar, rennäringslagen borde kanske snarare ses som en miniminivå på samernas rättigheter till mark på åretruntmarkerna.²⁶⁵ Att inte erkänna rättigheter som följer av samernas status som ursprungsfolk leder ofrånkomligen till rättsförluster för samerna.

En ratificering av konventionen skulle innebära ett ökat utrymme för sedvanerättsliga hänsynstaganden i Sverige, eftersom sedvanor och sedvanerätt enligt artikel 8 skall användas

²⁶³ Nigel Banks. Themes and Reflections: A Perspective from Canada. I: Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015, s. 9.

²⁶⁴ Se avsnitt 3.1.4 om gränsdragningskommissionen.

²⁶⁵ Jfr Johan Strömgren. The Swedish State’s Legacy of Sami Rights Codified in 1886. I: Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015, s. 109 f.

vid all lagtolkning, inte bara där rätten saknas eller är oklar. Norge är till skillnad från Sverige bundet av ILO:s konvention nr 169, de har anpassat sin lagstiftning efter artikel 8 för att ge ytterligare utrymme för sedvanerätt. Ratificeringen har bidragit till ett omfattande reformarbete i Finnmark för att den samiska befolkningen skall tillerkännas den mark de traditionellt skall anses inneha enligt konventionen. Marken har övergått från staten till Finnmarkseiendomen medan utredningen samt processerna gällande de rättsliga förhållandena på marken bekostas av den norska staten. Detta kan jämföras med de svenska åretruntmarkerna. Bengtsson skriver att det knappast är troligt att någon part börjar en rättegång om äganderätten till fjällmarkerna med tanke på den kostnad och tid processen skulle kräva.²⁶⁶ Den politiska oviljan att reda ut de markrättsliga förhållandena för samerna påminner om den initiala kritiken mot rättighetsdiskursen i mitten av 1900-talet. Man säger att renskötselrätten tillfaller den samiska befolkningen och är grundad på urminnes hävd – men lämnar sedan arenan. För att få tag på rättigheterna krävs resursstarka individer/samebyar. ILO:s konvention nr 169 har ett inneboende löfte om inte bara materiell utan även substantiell rättvisa²⁶⁷, men Sverige avviker från internationell standard. Försök har gjorts att utreda markrättigheterna med en gränsdragningskommission, men landat i något som måste kallas en halvmesyr. I förhållande till åretruntmarkerna är intrycket närmast att man är tillbaka på ruta ett igen. De förslag som har lagts fram om ett särskilt medlingsinstitut eller rättsprocesser bekostade av staten, med Norge som förebild, har varit slag i tomma luften.

Förutsättningarna i Norge ser annorlunda ut. De har en större samisk befolkning än Sverige, i Finnmark är majoriteten samer. I Norge finns en annan öppenhet för sedvanerättsliga hänsynstaganden, på utmarksområdena är fastighetsrätten sedan gammalt baserad på sedvanerätt. Även domstolarnas rättsbildande funktion bidrar till mer framkomliga vägar för minoriteters rättighetsanspråk. Sammantaget gör dessa faktorer det rättsligt och politiskt lättare att tillerkänna den samiska befolkningen rättigheter baserade på deras status som ursprungsbefolkning.

5.3 Konstruktionen av de andra

Samernas traditionella marker har konstruerats och konstrueras enligt tänkt geografi. Den historiska uppfattningen av vad marken *är* har ofrånkomligen lett vidare till slutsatser om vad marken *ska* och *bör* användas till. Det är givetvis oundvikligt att ha en föreställning av vad marken är och vad den skall användas till. Problematiken består i att formateringen alltid kommer att likna det man känner igen eller vill att *det andra* skall vara. Att geografin kallas *tänkt* beror på att det är en fiktion eller konstruktion, skapad av beskrivaren.²⁶⁸ Föreställningar av vad markerna är lever vidare. Marken som statens egendom leder till statliga intressen. Ett exempel är den rättsliga frågan som ställs när gruvor skall etableras inom åretruntmarkerna. Användningen av marken formuleras om till intressen, där statens intressen som markägare

²⁶⁶ Bengtsson, s. 42. Detta skrevs av Bengtsson 2004, troligtvis med Skattefjällsmålet i åtanke.

²⁶⁷ Se artikel 14 punkt 2 i ILO:s konvention nr 169, där ansvar för utredning av markrättigheter läggs på staten.

²⁶⁸ Said. Orientalism, s. 125 ff. Jfr. särskilt framställningen av orienten i västerländsk litteratur på s. 147.

får företräde genom att konstruera renskötsel till en verksamhet som kan existera parallellt med gruvexploatering.²⁶⁹ Ifrågasättanden av vem som egentligen äger området finns det inte utrymme eller tid för.

Den tänkta geografin av samernas traditionella mark har även resulterat i konstruktionen av *de andra* – samerna. Eftersom renskötsel anses nära sammankopplad med den samiska kulturen leder organisationstvånget i samebyarna för att få utöva renskötsel närmast till medlemskap i en sameby som villkor för att få vara same. I förhållande till ILO:s konvention nr 169 är det svårt att se att den nuvarande regleringen är hållbar. Medlemmarna i samebyarna sammanfaller inte med den svenska ursprungsbefolkningen som helhet. Splittringen i det samiska kollektivet är tydlig, inte minst genom processerna om Vapstens samebys markområden.²⁷⁰ Girjas målet innebär att Girjas sameby fick rätt i förhållande till staten, men inte i förhållande till andra. Samer som inte är medlemmar i en sameby kan således processa om samma rättigheter som Girjas tillerkänts, mot Girjas sameby, om de har en på urminnes hävd upparbetad rätt till marken. Det som vid en första anblick framstår som ett kliv framåt för samiska markrättigheter, riskerar att öka motsättningarna samer emellan.

5.4 Att få rätt

Access to justice omfattar inte bara rätten till domstolsförhandling utan även rättsskydd i vid mening. Teorin är formad i samhällen med common law-system, i vårt rättssystem blir hindren för rättens tillgänglighet även avhängig vilken lagstiftning som finns att tillgå. I ett land där lagen skall utgå från folket, har domstolarna att rätta sig efter lagen. Finns ingen lag blir rätten svag och oförutsägbar.

Narrativet spelar roll, om bilden är att svenska staten aldrig har kolonialiserat marken så föreligger det heller inget ansvar att ställa till rätta.²⁷¹ Man säger att vinnarna skriver historien, och för den samiska befolkningens del handlar deras kamp för rättigheter till marken om en auktoritativt berättad historia av staten under flera hundra år, som skall berättas om och berättas om i domstolarna med juridikens knappt tillhandahållna verktyg på renskötselrättens område. Domstolarna prövar skärvor av en helhet som inte ger långsiktigt hållbara lösningar på principiellt viktiga frågor. För att inte samernas intressen skall vara avhängiga tidsmässiga och finansiella resurser hos samerna själva, måste ett helhetsgrepp tas genom lagstiftning.

²⁶⁹ Jfr Lawrence och Åhrén. Mining as colonisation: the need for restorative justice and restitution of traditional Sami lands, s. 157 ff.

²⁷⁰ Se avsnitt 2.2.1, samt Lycksele tingsrätt dom 2020-02-28 i mål nr T 329–17.

²⁷¹ Jfr Lawrence och Åhrén. Mining as colonisation: the need for restorative justice and restitution of traditional Sami lands, s. 151.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1992/93:32 om samerna och samisk kultur m.m.

Proposition 1976/77:80 om insatser för samerna.

Proposition 1971:51 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till rennäringslag, m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 2006:14. *Samernas sedvanemarkar.*

SOU 2005:116. *Jakt och fiske i samverkan.*

SOU 2001:101. *En ny rennäringspolitik - öppna samebyar och samverkan med andra Markanvändare.*

SOU 1999:25. *Samerna - ett ursprungsfolk i Sverige. Frågan om Sveriges anslutning till ILO:s konvention nr 169*

Övrigt offentligt tryck

Dir. 2002:7. *En gränsdragningskommission för renskötselområdet.*

Dir. 1997:103. *Angående ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder.*

Regeringskansliet. *Nationell rapport från Sverige inom ramen för den tredje cykeln av Universal Periodic Review, 2019.*

Sametinget. *Yttrande 1999-10-29, Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige, betänkandet av Utredningen om ILO:s konvention nr 169 (SOU 1999:25), Dnr 89/99.*

Rapporter från FN

A/HRC/42/37. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples – Access to justice in ordinary and indigenous justice system, 2019.*

A/HRC/33/42/Add.3. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 2016.*

A/HRC/33/42/Add.4. *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the human rights situation of the Sámi people in the Sápmi region in Norway, Sweden and Finland: Comments of the Government of Norway to the report of the Special Rapporteur, 2016.*

A/HRC/29/13/Add.1, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, 2015.*

A/HRC/18/35/Add.2. Anaya, James. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 2011.*

A/HRC/15/37/Add.5. Anaya, James. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples: Situation of indigenous peoples in the Russian Federation, 2010.*

CERD/C/SWE/CO/22-23. *Kommittén för avskaffande av rasdiskriminering. Slutsatser avseende Sveriges kombinerade 22:a och 23:e periodiska rapport, 2018.*

Handbook For ILO Tripartite Constituents. *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), International Labour Office, Geneva, 2013.*

Rättsfallsregister

Högsta domstolen

Mål nr T 853–18 meddelad 2020-01-23 [*i uppsatsen kallad Girjasmålet*]

NJA 2011 s 109 [*i uppsatsen kallad Nordmalingsmålet*]

NJA 1981 s 1 [*i uppsatsen kallad Skattefjällsmålet*]

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD Mål nr 443–11 [*i uppsatsen kallad Rönnbäckenmålet*]

RÅ 1999 not 234

Hovrätterna

Hovrätten för Nedre Norrland dom 2002-02-15 i mål nr T 58–96 [*i uppsatsen kallad Härjedalsmålet*]

Tingsrätterna

Lycksele tingsrätts dom 2020-02-28 i mål nr T 329–17

Östersunds tingsrätts dom 2012-05-03 i mål nr T 1919–11 [*i uppsatsen kallad Rätanmålet*]

Mora tingsrätts beslut 2004-02-16 i mål nr T 805–03

Skellefteå tingsrätts beslut 2003-06-26 i mål nr T 270–94

Norska Høysterett

Rt. 2001 s 769 [*i uppsatsen kallad Selbusaken*]

Rt. 2001 s 1229 [*i uppsatsen kallad Svartskogssaken*]

Litteratur

Allard, Christina. *Renskötselrätt i Nordisk Belysning*. Göteborg: Makadam, 2015.

Allard, Christina. *Urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av samiska rättigheter och dess tillämpning*. I: *Forskningsutmaningar För Fastighetsrätten: En Antologi*. Brattström, Margareta och Peter Strömgren (red), 9–64. Uppsala: Iustus, 2010. [cit: Allard]

Banks, Nigel. *Themes and Reflections: A Perspective from Canada*. I: *Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law*, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), 9–22. Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015.

Bengtsson, Bertil. *Samerätt: En översikt*. Stockholm: Norstedts juridik, 2004. [cit: Bengtsson]

Björling, Erik. *Rättstillämpningens tystnad: En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*. Diss., Göteborgs universitet, 2017. [cit: Björling]

Brännström, Malin. *Frågor om samisk rätt till land och vatten avgörs av domstolar*. I: *Förrättsligande: Rapport från 2011 års forskningsinternat*, Granström, Görel (red), 25–33. Umeå universitet, 2011.

Brännström, Malin. *Skogsbruk och renskötsel på samma mark: en rättsvetenskaplig studie av äganderätten och renskötselrätten*. Diss., Umeå universitet, 2017.

Cappelletti, Mauro och Garth, Bryant. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*. Vol. 27, 2, 1978: 181–292.

- Cronon, William. A Place for Stories: Nature, History, and Narrative. *Journal of American History* Vol. 78, 4, 1992: 1347–1376.
- Davies, Margaret. *Asking the Law Question*. 4. Uppl. Pymont, N.S.W.: Thomson Reuters Professional Australia Limited, 2017.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo: Tanum-Norli, 1971.
- Eriksen, Gunnar. Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 1, 2003: 79–129.
- Eriksen, Gunnar. Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis: om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur. *KART OG PLAN*, Vol. 62, 2002: 228–245.
- Foucault, Michel. *Biopolitikens Födelse: Collège De France 1978–1979*. Hägersten: Tankekraft, 2013.
- Foucault, Michel. *Säkerhet, territorium, befolkning: Collège De France 1977–1978*. Hägersten: Tankekraft, 2010.
- Grahn-Farley, Maria. *Critical Race Theory genom tre rättsfall*. I: *Juridisk Metodlära*, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red), 317–348. Lund: Studentlitteratur, 2018.
- Grahn-Farley, Maria. Neutral law and Eurocentric lawmaking: a postcolonial analysis of the U.N. Convention on the Rights of the Child. *Brooklyn Journal of International Law* Vol. 34, 1, 2008: 1–32.
- Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria. *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur, 2009.
- Joona, Tanja. *ILO convention no. 169 in a Nordic context with comparative analysis: an interdisciplinary approach*, Diss., Rovaniemi: Lapin yliopisto, 2012.
- Joona, Tanja. *The Definition of a Sami Person in Finland and its Application*. I: *Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law*, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), 155–172. Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015.
- Kapur, Ratna. *Erotic justice: postcolonialism, law, sexuality*. London: GlassHouse Press, 2004.
- Kapur, Ratna. on Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl. *Feminist Review* Vol. 122, 1, 2019: 167–171.
- Kleineman, Jan. *Rättsdogmatisk metod*. I *Juridisk Metodlära*, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro, (red), 21–46. Lund: Studentlitteratur, 2018.
- Koorpijaako-Labba, Kaisa. *Samerna och jordäganderätten I: Lappmannarättigheternas privaträttsliga ställning från 1500-talet till medlet av 1700-talet*. Kautokeino: Sámi instituhtta, 1985.
- Labba, Kristina. *The legal organization of Sami reindeer herding and the role of the SIIDA*. I: *Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law*, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), 141–154. Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015.
- Lawrence, Rebecca och Åhrén, Mattias. *Mining as colonisation: the need for restorative justice and restitution of traditional Sami lands*. I: *Nature, Temporality and Environmental Management: Scandinavian and Australian Perspectives on Peoples and Landscapes*, Head, Lesley; Saltzman, Katarina; Setten, Gunhild; Stenseke, Marie (red), 149–166. Routledge, 2017.
- Lilja, Mona, och Vinthagen, Stellan. Sovereign Power, Disciplinary Power and Biopower: Resisting What Power with What Resistance?, *Journal of Political Power*. Vol. 7, 1, 2014: 107–126.
- Lindblom, Per Henrik. *Grupptalan i Sverige: bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2008.

- Lyles, Max. *Sedvanas omvandling till lag och rätt. HD och sedvanerätten 1859–1886*. I: *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle - rättshistoriskt och komparativt: vänbok till Rolf Nygren*. Nygren, Rolf, Jänträ Jareborg, Maarit och Kumlien, Mats (red), 287–304. Uppsala: Iustus, 2011.
- Peczenik, Aleksander. *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritze, 1995.
- Päiviö, Nils-Johan. *Från skattemannarätt till nyttjanderätt: en rättshistorisk studie av utvecklingen av samernas rättigheter från slutet 1500-talet till 1886 års renbeteslag*. Diss., Uppsala universitet, 2011. [cit: Päiviö]
- Said, Edward W. *Orientalism*. Stockholm: Ordfront, 2000.
- Schelin, Johan. *Kritiska perspektiv på rätten*. Stockholm: Poseidon Förlag, 2018.
- Strömngren, Johan. *The Swedish State's Legacy of Sami Rights Codified in 1886*. I: *Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law*, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), 95–110. Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015.
- Strömholm, Stig. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. 5 Uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 1996.
- Svensson, Eva-Maria. *Sami Legal Scholarship: The Making of a Knowledge Field*. I: *Indigenous rights in Scandinavia: autonomous Sami law*, Allard, Christina, och Funderud Skogvang, Susann (red), 207–227. Farnham, Surrey; Burlington: Ashgate, 2015.
- Valguarnera, Filippo. *Komparativ juridisk metod*. I: *Juridisk Metodlära*, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red), 143–176. Lund: Studentlitteratur, 2018.
- Wejedal, Sebastian. *Rätten till biträde: om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*. Diss., Göteborgs universitet, 2017.

Tidningsartiklar och Radioprogram

- Eklund, Nils. God morgon världen – Girjasdomen och effekten för samerna (radioprogram). *Sveriges Radio*. 2020-02-09 kl. 09.03. www.sverigesradio.se (Hämtad 2020-02-17)
- Fröberg, Jonas. Redan förkastat förslag ska lösa samekonflikten. *Svenska Dagbladet*. 2019-05-12. www.svd.se (Hämtad 2020-03-16)
- Heikki, Jörgen. Slutnotan blev 30 miljoner för Girjasålet (radioprogram). *Sveriges radio*. 2019-10-12 kl. 10.50. www.sverigesradio.se (Hämtad 2020-02-18)

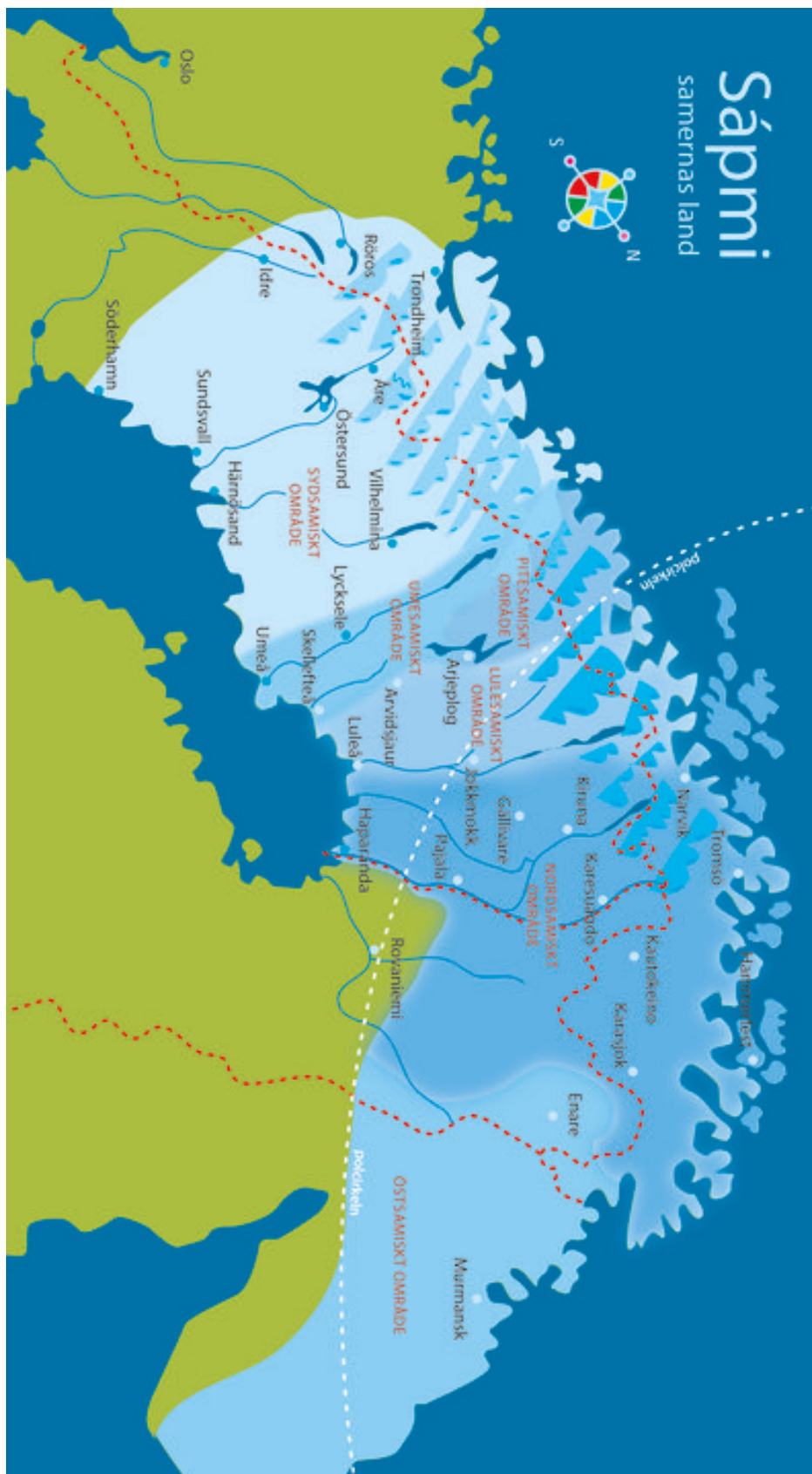
Internetkällor

- Allard Christina och Brännström, Malin. Girjas sameby mot staten: En analys av Girjasdomen. *Svensk Juristtidning*. 2020-05-13 (preprint). www.svjt.se (Hämtad 2020-05-19)
- Sametinget: *Rennäringen i Sverige*. Uppdaterad 2020-04-27. www.sametinget.se (Hämtad 2020-04-16)
- Sametinget: *Uttalande om Girjasålet konsekvenser*. Uppdaterad 2020-02-24. www.sametinget.se (Hämtad 2020-03-17)
- SIDA: *Global fond för landrättigheter får bas i Stockholm*. Uppdaterad 2017-10-03. www.sida.se (Hämtad 2020-04-16)

Bilaga



Samebyar. Ritad av Anders Sunesson. Källa: <http://www.samer.se/4333> (Hämtad 2020-05-19)



Sápmi: samernas land. Ritad av Anders Sunesson. Källa: <http://www.samer.se/1002> (Hämtad 2020-05-19)