

ALDERS TIDS BRUK OG HEVD SOM ERVERVSGRUNNLAG I SAMISKE OMRÅDER¹

– særlig med vekt på kravet til aktsom god tro
ved rettsidentifiseringen i Finnmark

AV FØRSTEAMAUENSIS DR. JURIS ØYVIND RAVNA, UNIVERSITETET I TROMSØ

1. Innledning	465
1.1 Tema og problemstilling	465
1.2 Rettskildene	467
1.3 Den videre framstillingen	468
2. Reglene om hevd og alders tids bruk	468
2.1 Innledning	468
2.2 Intensiv og kontinuerlig bruk som rette rettshaver	469
2.3 Hevdstiden	470
2.4 Aktsom god tro	471
2.5 Hva skiller reglene om alders tids bruk fra reglene om hevd?	473
3. Hevd og alders tids bruk i samiske områder	475
3.1 Kort om eierforhold og rettsoppfatninger	475
3.2 Skifte i praksis	477
3.3 Intensitet og kontinuitet i bruken	479
3.4 Aktsom god tro	480

¹ Artikkelen er skrevet på bakgrunn av et foredrag holdt på konferansen «Finnmarks-kommisjonen – deres mandat og våre forventninger» i Tana 29. oktober 2008. Takk til min gode kollega førsteamanuensis dr. juris Gunnar Eriksen for gjennomlesning og nyttige kommentarer.

3.5	Korrigerings av eldre kilder som følge av samfunns- utviklingen	481
3.6	Bruk av muntlige overleveringer og vekt på topografiske forhold	482
3.7	Beiterettens omfang	483
3.8	Egen karakteristikk av retten er ikke avgjørende for dens karakter.	484
3.9	Betydningen for annen samisk bruk enn reindrift.	485
4.	Enkelte problemer når reglene alders tids bruk skal prøves i samiske områder	486
4.1	Aktsom god tro	486
4.2	Uhjemlet bruk	489
4.3	Betydningen av adgangen til å nytte muntlige kilder.	492
5.	Noen betraktninger de lege ferenda	493
5.1	Problemet.	493
5.2	Analogi fra andre områder med uregistrerte eier- og rettsforhold.	494
5.3	Begrunnelsen for kravet om aktsom god tro i norsk rett	496
5.4	Særlig om behov for å beskytte statens allmenninger.	497
5.5	Ubestridd bruk og hederlig adferd, framfor aktsom god tro?	500

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Alders tids bruk er et rettsinstitutt som har hatt forholdsvis stor betydning når spørsmål om rett til grunn og naturressurser er blitt avgjort i de områdene som tradisjonelt har vært brukt av samer, på samisk kalt *Sápmi*.² Det kan her vises til dommene fra Brekken, Trollheimen, Korssjøfjell, Aursunden og Selbu i det sørsamiske området, og Altevann og Svartskogen i Troms.³ Begrepet alders tids bruk kan sies å springe ut fra alminnelige normforestillinger om at aktiv bruk over tid har rettslig betydning for er-

² *Sápmi* eller *Sámiid eatnan* er samisk egenbetegnelse på de samiske områdene; *Same-land*.

³ Inntatt henholdsvis i Rt. 1968 s. 394, Rt. 1981 s. 1215, Rt. 1988 s. 1217, Rt. 1997 s. 1608, Rt. 2001 s. 769, Rt. 1968 s. 429 og Rt. 2001 s. 1229.

verv av formuesgoder og da særlig landarealer. Som sådant kan begrepet sies å være «en juridisk fiksjon som gjør en adkomst som for lengst er glemte ... til en rett i dag for den som har besittelsen».⁴ Som grunnlag for rettsverv utgjør begrepet samtidig i høy grad også en rettslig relevant regel.

Reglene om alders tids bruk er ulovfestede. Til tross for at hevd kan sies å være det lovfestede motstykket, har dette instituttet på langt nær fått samme anvendelse i de samiske områdene. At hevd er basert på de samme vilkårene som alders tids bruk, kan *Selbu*-dommen i Rt. 2001 s. 769 stå som et eksempel på. Her påpekte førstvoterende at «[r]ettsverv ved alders tids bruk hviler på tre elementer: Det må foreligge en viss bruk, som har funnet sted i lang tid, og ha skjedd i god tro» (s. 788–789, uthevet i dommen). Dette er vilkår som også må være til stede ved hevd.⁵ Samtidig er det påviselige forskjeller; først og fremst når det gjelder kravet til ervervstid, men kanskje også når det gjelder kravet til intensiv og sammenhengende bruk.

Finnmarksloven § 5 første ledd slår fast at samer gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunnen i Finnmark.⁶ Av annet ledd framgår det at dette også gjelder andre innbyggere. For å fastslå omfanget og innholdet av de rettigheter som samer og andre har opparbeidet på grunnlag av hevd og alders tids bruk, skal det ifølge tredje ledd «opprettes en kommisjon som skal utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter». Finnmarksloven § 29 er den direkte hjemmelen for opprettelsen av *Finnmarkskommisjonen*, som «på grunnlag av gjeldende nasjonal rett skal utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen som Finnmarkseiendommen overtar». Flertallet i justiskomiteen valgte formuleringen «gjeldende nasjonal rett» for bedre å få fram at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal vektlegges.⁷ Lovgiver har således tydelig lagt til grunn at samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal ha tyngde under rettighetskartleggingen. Det skal også opprettes en utmarksdomstol, jf. finnmarksloven

⁴ Slik Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008 s. 26.

⁵ Se lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd §§ 2 (8) og 4. Jf. også Karl Arne Utgård, «Bruk i alders tid» i *Jussens venner*, 2002 s. 253–262 s. 262 som påpeker at «vilkåra for bruk i alders tid [er] lagt nær opp til ei tradisjonell hevds vurdering [i *Selbu*- og *Svartskogdommane*]».

⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).

⁷ Innst. O. nr. 80 (2004–2005) *Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)* s. 18–19.

§ 36 første ledd.⁸ Opprettelsen av Finnmarkskommisjonen og *Utmarksdomstolen for Finnmark* er begrunnet i folkeretten, nærmere bestemt ILO-konvensjon nr. 169 *Om urfolk og stammefolk i selvstendige stater* artikkel 14.⁹ Jeg går ikke videre inn på det folkerettslige grunnlaget for å opprette disse organene,¹⁰ eller andre prosessuelle sider av rettsidentifiseringen.

Problemstillingen for denne artikkelen vil være å undersøke hvordan reglene om alders tids bruk og hevd bør anvendes for å ta stilling til erverv av bruks- og eierrettigheter i områdene som skal utredes i henhold til finnmarksloven § 5. Det vil særlig bli satt fokus på det som trolig er vanskeligst i slik sammenheng, nemlig hvordan kravet til aktsom god tro, herunder også uhjemlet bruk, som vilkår for rettserverv skal tilpasses forholdene i Finnmark. En hevder som ikke har undersøkt grunnboka, kan vanligvis ikke påberope seg god tro. For mange av de rettigheter som skal utredes på Finnmarkseiendommens grunn er dette ikke mulig, da tidligere oppfatninger om statens eierrådighet har stått i veien for registrering og tinglysning av bruk som under andre omstendigheter kunne ha ledet til rettserverv.

Problemstillingen er aktualisert ved at Finnmarkskommisjonen forholdsvis nylig har startet sitt arbeid, med kunngjøring av de to første utredningsfeltene 25. februar 2009.¹¹

1.2 Rettskildene

Alders tids bruk er som nevnt et ulovfestet regelsett. Rettspraksis og sedvanerett vil da være sentrale rettskilder. Av rettspraksis kan *Selbu-* og *Svartskog-*dommene (i Rt. 2001 s. 759 og Rt. 2001 s. 1229) sies å være svært sentrale når samiske landrettighetsforhold skal avklares. Det kan her vises til Innst. O. nr. 80 (2004–2005), hvor flertallet i Stortingets justiskomiteé (alle unntatt Frp) uttalte at

⁸ Denne domstolen er pr. 20. juni 2010 ikke opprettet.

⁹ I Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 28 spalte 2 viser flertallet til konvensjonens artikkel 14 nr. 2 og 3 som fastslår at myndighetene skal ta nødvendige skritt for å identifisere urfolks tradisjonelle landområder og at det må etableres hensiktsmessige ordninger i nasjonal rettsorden for å avgjøre urfolks rettskrav knyttet til landområder.

¹⁰ Om dette, se Bernhard Vigen, «Finnmarksmodellen for rettighetskartlegging også utenfor Finnmark?» i *Lov og rett*, 2008 s. 529–545.

¹¹ Se avisa *Sågat* 25. februar 2009 s. 20 hvor feltene Stjernøya/Seiland (1/2009) og Nesseby (2/2009) er kunngjort.

«bevisbedømmelsen i nyere rettspraksis har vært tilfredsstillende. Nyere norsk rettspraksis, særlig Selbu- og Svartskogdommen, har gitt anvisning på hvordan tradisjonell samisk bruk skal anses som grunnlag for rettserverv. Det vil være viktige rettskilder for kommisjonen og domstolen» (s. 36 spalte 2).

Justiskomiteen gikk faktisk så langt som å drøfte om denne «nyere praksis» burde kodifiseres i finnmarksloven, men avsto fra dette fordi det da ville være lovreglene og ikke den domstolskapte retten som måtte følges ved rettighetskartleggingen. Flertallet fremholdt samtidig at ved «bedømmingen av om rettigheter eksisterer og hvilket omfang de har, vil ... hensynet til et *rimelig resultat* også spille en viss rolle. Rettigheter skal som et gjennomgående prinsipp utøves på en måte som ikke unødig er til ulempe for andre».¹² Dette kan peke mot at også *reelle hensyn* vil være en relevant rettskilde.

De nevnte dommene vil være viktige kilder for å besvare problemstillingene som er reist i denne artikkelen. Andre rettskilder som vil være sentrale er finnmarksloven og hevdsloven, herunder disse lovenes forarbeider.

1.3 Den videre framstillingen

I kapittel 2 vil jeg gå gjennom reglene om hevd og alders tids bruk, særlig med vekt på kravet til aktsom god tro, og forskjellene mellom de to rettsinstituttene. I kapittel 3 vil jeg se på hvordan reglene er tilpasset samiske bruksforhold gjennom rettspraksis, og i kapittel 4 vil jeg undersøke enkelte særlige problemer knyttet til dette. Kapittel 5 vil inneholde noen betraktninger *de lege ferenda* som et forslag til å bøte på noen av de problematiske sidene som påvises.

2. Reglene om hevd og alders tids bruk

2.1 Innledning

Både reglene om hevd og alders tids bruk kan sies å ha som formål å skape «visse og støleik i eigedomshøva», eller samsvar mellom faktum og rett. Betegnende er i så måte *Olav Lids* uttalelse om at hevd karakteriseres av at «ingen av dei impliserte er merksame på den rettsending som er i

¹² Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 2 (min utheving).

gang – ikkje før det heile er ferdig og fullført». ¹³ I det følgende skal jeg kort gå gjennom vilkårene for rettserverv etter disse regelsettene.

Da reglene om hevd er lovfestet, er det naturlig å starte med disse. For ordens skyld never jeg at det er hevdreglene relatert til fast eiendom som behandles. ¹⁴

Hevdsreglene forutsetter i sin vanligligste form at én person eller gruppe (A) er rettshaver(e), mens en annen person eller gruppe (B) uten rettmessig adkomst på visse vilkår erverver eier- eller bruksrett i strid med retten til A. ¹⁵ Vilkårene er kort sagt: 1) *sammenhengende bruk* (i omfang lik eiers eller bruksrettsnavers), 2) *over tid* 3) *i aktsom god tro*, jf. hevdsloven §§ 2 og 4. Det er også et vilkår 4) at bruken er *uhjemlet*; «den som har ein rett ... til å sitja med tingen» hevder ikke, jf. § hevdsloven 5 annet ledd. I dette ligger det at bruk med lovlig adkomst, herunder «tålt bruk», stenger for rettserverv.

2.2 Intensiv og kontinuerlig bruk som rette rettshaver

For å erverve bruks- eller eiendomsrett er det et vilkår at bruken av ervervsobjektet framstår som «eigen» bruk; altså foregår i omfang slik rette rettshaver ville ha utøvd den. Det er vanlig å knytte dette opp mot at bruken må ha skjedd med en viss *intensitet*, («som sin eigen») og *kontinuitet* («samanheng»), jf. hevdsloven § 2 første ledd.

Når det gjelder reindriften, har driftsformen gjort at den tidligere har hatt vansker med å lede til hevdserverv, se for eksempel *Trollheim*-dommen i Rt. 1981 s. 1215 hvor bruken ble vurdert å være for lite regelmessig, da det ble lagt til grunn at «reinen mer leilighetsvis har kommet inn på et område» (s. 1225). Slik bruk ble ikke vurdert å oppfylle hevdsvilkårene.

Selbu-dommen i Rt. 2001 s. 769 stiller opp nye normer for krav til vurdering av bruken som kan lede til rettserverv. Selv om saken gjaldt alders tids bruk, vil trolig kravet til kontinuerlig og intensiv bruk også

¹³ Se henholdsvis Sivillovbokutvalet i Rådsegn 6, Om hevd (1961) s. 16 spalte 1 og Olav Lid, «Dei nye lovreglane om hevd» i *Lov og Rett*, 1967 s. 289–307 på s. 289.

¹⁴ Reglene om verdipapirhevd og løssørehed, jf. hevdsloven § 1 annet og tredje ledd, drøftes således ikke.

¹⁵ En mindre vanlig form er *utfyllende hevd*, hvor hevd vil kunne reparere en rettmessig men mangelfull adkomst, se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., Oslo 2007 s. 288.

måtte tilpasses rettighetenes art ved hevd. For reindriftssamer vil dette innebære at de må nytte reinbeitet, flyttevegen og liknende i slik grad at de framstår som *reindrifts*berettigede sammenhengende i hevdsperioden. Dette kommer jeg grundig tilbake til i kapittel 3.

2.3 Hevdstiden

Kravet til tidsforløp er sentralt ved hevdserv. Hevdsloven skiller mellom *fem* typer hevd med *tre* forskjellige hevdsterminer. Foruten 1) *løsøre- og verdipapirhevd* med 10 års hevdstid, er det 2) *eiendomshevd* og 3) *brukshevd* med 20 års hevdstid, 4) *brukshevd uten fast, synlig tilstelling* og 5) *bruksrettshevd for bygd, grend eller annen vid krets* (kollektiv hevd), de to siste med 50 års hevdstid.¹⁶

For eiendomshevd stilles det som utgangspunkt krav om eksklusiv bruk lik eier i hevdstiden, som er 20 år, jf. hevdsloven § 2 første ledd. Bruksrett kan erverves etter hevdsloven § 7 første ledd. Paragrafen slår fast at reglene om intensitet og kontinuitet i § 2 da gjelder på tilsvarende måte, jf. annet ledd, dog med den forskjell at bruken må svare til utnytting av bruks- og ikke eiendomsrett. For å erverve bruksrett etter 20 år er det satt krav om at bruken «viser seg av ei fast tilstelling», jf. hevdsloven § 8 første ledd. Om kravet til synlighet uttalte Sivilløvbokutvalet at tilstellinga ikke trengte å vise seg på annen måte enn «av verknadene».¹⁷ Praksis viser dog at den må være av permanent karakter; jevnlig fangst med not er ikke tilstrekkelig, se Rt. 1917 s. 4.

Formålet med å skille mellom «synlege og usynlege bruksrettar» var å gi klarere regler om hevdstiden for bruksrettshevd som etter «snikhevdsloven»¹⁸ var henvist til erverv ved alders tids bruk.¹⁹ Dette pe-

¹⁶ Etter Christian den 5.s Norske Lov av 1687 (NL) 3-12-2 var hevdstiden i «Kongens Almindig» 30 år. Hovedregelen var den gang som nå en hevdstid på 20 år, jf. NL 5-3-28.

¹⁷ Rådsegn 6 frå Sivilløvbokutvalet s. 9, hvor det også vises til en dels sprikende praksis. I Rt. 1911 s. 904 kunne ikke en hytte lede til hevdserverv av jaktrett. Et stølshus var derimot tilstrekkelig til at beiterett kunne hevdes, se Rt. 1914 s. 72 (Trondhjem Overret), men derimot ikke nok til å hevde særskilt beiterett for geit, se Rt. 1917 s. 97.

¹⁸ Lov 23. mai 1874 angående visse Brugsrettigheter over fremmed Eiendom satte, med noen unntak, forbud mot hevd av bruksrett uten synlig tilstelling som vitnet om bruken.

¹⁹ Rådsegn 6 s. 19 spalte 2. Se også Ot.prp. nr. 30 (1965–1966) *Om lov om hevd* s. 32 spalte 2 hvor departementet uttalte: «Hevdstida vert med dette helst noko kortare enn [det] som nå kan reknast gjeldande etter reglane om bruk i alders tid, men noka avgjerande brigde vert det likevel ikkje.»

ker på at langhevsreglene var ment å erstatte alders tids bruk, samtidig som lengre hevdstid skulle veie opp for den mindre oppfordringen til reaksjon eier fikk da hevdsbruken ikke viste seg ved fast tilstelling.

I annet punktum er nødvendig veg og opplagsplass unntatt. For slike rettigheter er hevdstiden 20 år. Det kan spørres om denne regelen omfatter reindriftssamers flytteveg. I snikhevsloven § 2 første punktum, som er videreført i hevdsloven § 8, het det: «Ret til at gaa, kjøre, drive Kreaturer over Andenmands Grund kan, selv om den alene kommer tilsyne ved de Spor, Benyttelsen efterlader sig, som hidtil hævdes». Dette var under forutsetning av at stien eller vegen; sommer- eller vinterveg, dannet *eneste* adkomst til for eksempel vannforsyning, allfarveg og liknende. Uten annen utvidet tolkning enn å la kreaturer omfatte reinflokk, ser vi at regelen vil kunne omfatte reinflytteveg; selv der sporene kun avsettes i brånende snø.²⁰

2.4 Aktsom god tro

For å kunne vinne hevd kreves det «aktsom god tro», jf. hevdsloven § 4 første ledd. At positiv kunnskap om rette sammenheng stenger for hevd, synes ikke å ha vært omstridt.²¹ Sivillovbokutvalet betonet «aktsom god tro» som et spørsmål om hederlig adferd; «at hevdaren har bore seg for-svarleg og heiderleg åt».²² Det betyr at det ikke må være grunn til å klandre hevderen for ikke å kjenne rette sammenheng. Det rettslige utgangspunkt for godtrovurderingen kan således sies å være hva hevderen *burde ha kjent til*,²³ noe som tilsier at det foreligger en *aktivitetsplikt* og et *kunnskapskrav*.

Ifølge Sivillovbokutvalet kan den gode tro likevel bygge på en be-grunnet misforståelse: «Men gjeld det fast eigedom eller anna som kjem inn under tinglysning eller liknande registrering, kan det være grunn til å nekta hevd når han kunne og burde ha fått opplysningar om rette

²⁰ Det sterke vernet reindriftens flytteveger tradisjonelt har hatt, nå nedfelt i lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift § 22, støtter opp om en slik forståelse.

²¹ Lid, «Dei nye lovreglane om hevd» s. 297 med henvisning til stortingsbehandlingen av loven.

²² Rådsegn 6 s. 11 spalte 1.

²³ Slik Aage Thor Falkanger, *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999 s. 109. Se også Gunnar Eriksen, «Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett» i *TfR* 2003 s. 79–128 på s. 82.

samanhengem med å røkja etter i registra.»²⁴ Nettopp derfor er det lite praktisk med hevd av en hel registrert eiendom. Hvis misforståelsen kunne ha vært unngått ved å undersøke hva som er tinglyst,²⁵ har man ikke «gjort slike etterrøkingar som det er rimeleg å krevja», og er således ikke i *aktsom* god tro.

Et mer praktisk tilfelle er grensehevd, hvor tinglyste eiendomsbeskrivelser og annet kan være av en slik kvalitet at hevderen tross «etterrøking» ikke rokkes fra sin oppfatning om hvor grensen går. Tross tinglysningsreglene må den gode tro prøves konkret i den enkelte sak. I *Svartskog*-dommen viste førstvoterende til Rådsegn 6, og uttalte at «heller ikke hevdserverv alltid er avskåret fordi hevderen kunne ha blitt brakt ut av sin villfarelse ved å undersøke grunnbøkene» (s. 1247). Om dette var en lemping i kravet om god tro i samiske områder, kommer jeg tilbake til.

Olav Lid har påpekt at det må tas hensyn til så vel objektive som subjektive momenter i vurderingen: «Som slike moment kan nemnast dei lokale tilhøve, den sosiale posisjonen og den intellektuelle utrustningen til hevdar og rette eigar, kor open og aktiv hevdbruken har vore og på den andre sida den aktivitet eller passivitet som rette eigar har synt.»²⁶

Det må kunne sies at mulighetene til å kunne vurdere kravet til aktsom god tro, eller i hvilken grad hevderen har undersøkt rettsforholdene, er mer problematisk når det gjelder områdene som tidligere har vært betraktet som statsgrunn i Finnmark. Problemet ligger bl.a. i å vurdere hva hevderen *burde ha kjent*, sett i forhold til at statens uttrykte eieroppfatning har stått i veien for at bygdefolk og reindriftssamer kunne registrere og tinglyse sine rettsserverv på «statens umatrikulerte grunn». Dette kommer jeg tilbake til.

²⁴ Rådsegn 6 s. 11 spalte 1.

²⁵ Jf. lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning.

²⁶ Olav Lid, "Kan ein hevdar vera i god tru om slike omstende som går fram av tinglysningsbøkene?" i *Norsk tidsskrift for jordskifte og landmåling*, 1965 s. 243–254 på s. 252. Borgar Høgetveit Berg, *Hevd. Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentar*, Oslo 2005 s. 261 synes å mene at *Svartskog*-dommen bygger på en slik vurdering, «at brukarane – folket i Manndalen – ikkje skjønnte stort».

2.5 *Hva skiller reglene om alders tids bruk fra reglene om hevd?*

Som nevnt er de to regelsettene hevd og alders tids bruk smidd over samme lest. Det er imidlertid visse forskjeller i vilkårene. Det mest åpenbare er forskjellen i ervervstid. Som vi har sett stiller hevdsloven opp krav om henholdsvis 20 eller 50 års hevdstid. Før alders tids bruk er oppnådd, må det gå lengre tid, samtidig som tidskravet ikke er absolutt definert. I eldre litteratur er det lagt til grunn 100 års ervervstid som en rettesnor.²⁷ *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* synes å være av samme oppfatning, selv om de tegner et noe mer nyansert bilde av tidskravet.²⁸ Slik også *Gunnar Eriksen*, som konkluderer med at «det ikke er mulig å oppstille rundt 100 år som et absolutt minstevilkår ... 100 års bruk er likevel en retningslinje i den samlede vurderingen av om alders tids bruk foreligger».²⁹ *Sivillovbokutvalet* har påpekt at Høyesterett la til grunn at *alders tid* var 60–70 år i en gitt dom. Selv unnlot det å ta stilling, og påpekte i stedet at «[k]or lang tid som trengs, lyt no avgerast etter omstenda i det einskilde tilfellet».³⁰

At Sivillovbokutvalet ikke tok stilling til tidskravet, var nok et bevisst valg. I motsetning til hevdsreglene, stilles det ikke noe eksakt tidskrav for alders tids bruk. Det foreligger naturlig nok en nedre grense, da det er krav om lang tids bruk. Den må være lenger enn kravet på 50 år i langhevdsreglene.³¹ Samtidig vil tidskravet henge sammen med *intensiteten* og *kontinuiteten* i bruken. Brækhus og Hærem har påpekt at kravet til brukskontinuitet er ansett å være mindre strengt for alders tids bruk enn for hevd.³² Her er det imidlertid vel så viktig å merke seg at de også påpekte at det er et *samspill* mellom intensitet og kontinuitet på den ene siden, og tiden på den andre;

²⁷ Fr. Brandt, *Tingsretten fremstillet efter den norske Lovgivning*, 2. utg., Kristiania 1878 s. 507.

²⁸ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 611.

²⁹ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 195. Det kan nevnes at *Reindrifislovutvalget* synes derimot å mene at 50–60 år er tilstrekkelig lengde, se NOU 2001: 35 *Forslag til endringer i reindrifisloven* s. 94 spalte 2.

³⁰ Rådsegn 6 s. 16 spalte 2 med henvisning til Rt. 1926 s. 760 og Rådsegn 6 s. 19 spalte 2.

³¹ Se Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Oslo 1993 s. 54, jf. Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) s. 190.

³² Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* s. 605. Se også Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* s. 326.

«en kan f. eks. slappe noe på kravene til tiden, dersom bruksutøvelsen har vært markert og omvendt, og for det annet tas det også hensyn til andre momenter som f.eks. rettighetens art og kvalitet, og hvor tyngende den er for den tjenende eiendom og hvor nødvendig den er for den eller dem som påstår å ha retten».³³

Relevansen av anførselen til Brækhus og Hærem understrekes av at førstvoterende i *Selbu*-dommen s. 789 fant det å være «en dekkende beskrivelse». Vi kan også merke oss at han her, med utgangspunkt i det foran siterte, påpekte at det må «legges vekt på “rettighetens art”», noe som kan sies å ha blitt en norm fra denne dommen.

Det må således kunne sies at reglene om alders tids bruk synes å inneha en større fleksibilitet enn hevdsreglene. Slik sett ser det også ut til at reglene har en elastisitet som gjør at de kan tilpasses forholdene i *Sápmi*. Langhevdsreglen synes ikke å ha en liknende elastisitet. Primært synes det lengre tidskravet her å være en kompensasjon for manglende fast tilstelling som viser hevderens bruk.

Når det gjelder kravet til *aktsom god tro* om brukens rettmessighet, synes Sivillovbokutvalet å ha ment at reglene om alders tids bruk er omfattet av de samme normene som hevdsreglene,³⁴ selv om de nyanserer dette noe der erververne utgjør en gruppe, for eksempel et bygdelag. *Gunnar Eriksen* mener derimot at det *er* en forskjell, og peker på at graden av aktsomhet «generelt kan antas å være noe lavere ved alders tids bruk» enn ved hevd.³⁵ *Svartskog*-dommen peker også mot dette. Hvilken betydning dette må ha for rettsanvendelsen i samiske områder, kommer jeg tilbake til.

Til slutt nevnes det at alders tids bruk ikke bare kan være et selvstendig ervervsgrunnlag, men også et *bevis* eller en *presumsjon* for at en rett består. I dette ligger det at bruk over tid ikke bare *danner* rett, men at bruken i seg selv er en presumsjon for en *allerede eksisterende* rett. Selv om *originære erverv* ikke er særlig praktisk lenger, vil således alders tids bruk i teorien kunne være et bevis for slikt erverv.³⁶ Det kan ha en betyd-

³³ *Op. cit.* s. 610.

³⁴ Rådsegn 6 s. 16 spalte 2.

³⁵ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 224. Vi kan også merke oss at Utgård, «Bruk i alders tid» s. 256 uttaler at i de tilfellene «der bruken skriv seg så langt attende at opphavet ligg i ei ukjend fortid, vil det likevel naturlig nok ikkje vere noko spørsmål om god tru».

³⁶ Sml. Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* s. 56 (note 48). Fra praksis i den sørnorske fjellheimen kan det vises til Rt. 1985 s. 362 hvor Høyesterett tilkjente *Lomelde* eiendomsrett ut fra at gården «opprinnelig ... var med på å ta området i bruk til stølsdrift,

ning, kanskje i større grad av moralsk enn rettslig art, da den aktive part får *bekreftet* sin rett framfor å erverve en rett vedkommende opprinnelig ikke har hatt.³⁷

3. Hevd og alders tids bruk i samiske områder

3.1 Kort om eierforhold og rettsoppfatninger

I Finnmark er eiendomsforholdene annerledes enn i det øvrige Norge. Dette kan bl.a. forklares ut fra at området seint kom inn under norsk jurisdiksjon, og at staten etter dette raskt fikk en dominerende rolle som grunneier.³⁸ Dette eierskapet var basert på en slags *terra nullius-oppfatning*, også kalt *læren om statens grunn*, som uttalte at staten kunne ta antatt herreløst land i besittelse. Oppfatningen innbar at all usolgt eller umatrikulert grunn lå til staten, uten påhefte av andre rettigheter enn de som etter hvert ble lovfestet eller inntatt i et tilliggende bruks skjøte.³⁹ Statens eieroppfatning har medført at det har vært vanskelig å oppnå anerkjennelse for at bygdefolk har rettigheter til eksempelvis jakt, fiske, hogst og beite på et selvstendig grunnlag, eller at reindriftssamer har gitte rettigheter til beite og annet på bestemte områder. Folk i Finnmark har således blitt

og at de derved er blitt eiere av stølsområdet» (s. 367). Påstanden om statens opprinnelige eiendomsrett i Rt. 1986 s. 1122 (*Stormheim*), som for øvrig ikke førte fram, er ikke direkte sammenliknbar, da den var begrunnet i at *ingen* hadde tatt området i bruk.

³⁷ En oppfatning om originært erverv kan sies å ligge til grunn for reindriftrretten. Samerettsutvalget foreslo å lovfeste at «[r]etten til å utøve reindrift har grunnlag i den bruk som har vært utøvd i de områder reindrift har foregått fra gammel tid», se NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur* s. 329. Det ble, med visse omredigeringer, hvor «alders tids bruk» erstatter «fra gammelt av», vedtatt i lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift § 4.

³⁸ Noen dansk-norsk enejurisdiksjon over Finnmark kan man ikke tale om før etter freden i Knæred i 1613, da Sveriges konge oppga alle «prætenderte rettigheter over sjøfennene i Nordlandenes og Vardøhus len», se Oscar Albert Johnsen, *Finnmarkens politiske historie*, Kristiania 1923 s. 129. For Indre og Østre Finnmark ble ikke jurisdiksjonen avklart før ved grensefastleggingen mot Sverige (og Finland) i 1751 og Russland i 1826.

³⁹ Se lov 12. mars 1965 om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke § 3 og *Innstilling om lov og forskrifter om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke* 1962 s. 5. Se også NOU 1993: 34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark* s. 110 og N. Gjelsvik, *Norsk tingsrett*, Kristiania 1919 s. 114, hvor det het at staten hadde «git folk [i Finnmark] bruksret etter nærmere bestemte regler» som «staten ta tilbake når den vil, uten at det er å gå nogen privatmanns rett for nær» (gjentatt i senere utgaver). Om «læren om statens grunn», se Øyvind Ravna, «Hva må til for at finnmarksloven skal lede til at samene får anerkjent sine landrettigheter» i *Retfærd*, 2008 s. 26–57 på s. 28–31.

avskåret fra en retts- og eiendomsutvikling som i de sørnorske utmarksstrekningene har ledet til at noen områder er blitt privat eie, noen sameier, andre bygdeallmenninger, og atter andre områder statsallmenninger. I tilknytning til disse forskjellige eiendomskategoriene er det utviklet tradisjoner tilbake til middelalderen for å gi lover om bruksadgang, rettserverv og tvisteløsning. Slik har det altså ikke vært i Finnmark.⁴⁰

Manglende rettsanerkjennelse har naturlig også innebåret at bruks- og eierrettigheter vanskelig har latt seg registrere og tinglyse. At statens ubetingede eieroppfatning har stanset eller hindret sikring av rettserverv, som nå har fått sin anerkjennelse i finnmarksloven, kan være en følge av dette.

Oppfatningen om så vel statens eierrådighet, som rettsvirkningen av annen bruk, har således gjort at det har vært vanskelig å erverve rettigheter etter reglene om hevd og alders tids bruk for både sameier og andre finnmarkinger. Bildet kompliseres ytterligere av at statens roller som grunneier og myndighetsutøver har blitt blandet.⁴¹

At samisk, og særlig reindriftssamisk, bruk fra slutten av 1800-tallet og fram til 1960-tallet ikke ble sett på som rettsskapende,⁴² er en del av dette bildet. Selv om dommene i Rt. 1931 s. 57 (*Dergafjell*) og Rt. 1955 s. 361 (*Marsfjell*) ikke gjaldt forhold i Finnmark, uttrykte de den rådende oppfatningen som også omfattet fylket. Slik også Frostating lagmannsretts dom av 14. november 1966 (sak 83/1964), hvor det ble uttalt at

«den århundre gamle bruksutøvelse, også når det gjelder fiske, fangst og jakt, som samene ubestridt har utøvd, ikke går utover den «uskadelige nyttesrett» som samene til enhver tid har vært tillatt å utøve. Denne bruksutøvelse kan ikke ved hevd eller alders tids bruk skape et særskilt rettsgrunnlag, som senere lovgivning ikke fritt kan regulere».

Oppfatningen gjaldt langt på veg også bygdefolks bruk av «statens grunn» i Finnmark. Med en slik retts- og myndighetsoppfatning, ble terskelen høy, ikke bare for å vinne fram med hevd, men også for å våge å framsette slike krav. At det kun finnes et fåtall hevdsøksmål på statens

⁴⁰ Jeg ser da bort fra autonome samiske rettsordninger, som i liten grad har fått lovgivers bifall.

⁴¹ Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven)* s. 13 spalte 2.

⁴² Nærmere om dette i Øyvind Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftingsområder. En undersøkelse med henblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*, Oslo 2008 s. 331–359.

grunn i Finnmark, vitner om det.⁴³ Naturlig nok fikk det også betydning for vurderingen av hevderens gode tro, noe jeg kommer tilbake til.

Til tross for at avgjørelsen sitert ovenfor ble satt til side av Høyesterett i Rt. 1968 s. 394 (*Brekken*), skulle det ikke bli lett for samer og andre finnmarkinger å vinne rett ut fra hevd og alders tids bruk.⁴⁴ For reindriftsutøvere var den viktigste årsaken til dette ikke lenger at bruken ikke ble ansett for å være rettsskapende, men at den ikke ble vurdert å være tilstrekkelig *regelmessig* og *intensiv* til å fylle vilkåret for rettserverv. Dommene inntatt i Rt. 1981 s. 1215 (*Trollheimen*), Rt. 1988 s. 1217 (*Korssjøfjell*) og Rt. 1997 s. 1608 (*Aursunden II*) kan stå som eksempler på dette.

3.2 Skifte i praksis

I de nevnte dommene ble det ikke tatt hensyn til *rettighetens art*; man vurderte kravene til intensiv og sammenhengende bruk for reindrifts-samene ut fra en standard skapt av jordbrukernes måte å nytte marka på. Regler som under andre omstendigheter kunne ha ledet til rettserverv, framsto dermed som hindringer for erverv av beiterett. Betegnende er førstvoterendes uttalelse i Rt. 1997 s. 1608 om at han ikke, slik anført av den samiske parten, fant «at reindriften egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning kan føre til at det her må stilles vesentlig lempeligere krav til rettserverv ved alders tids bruk enn ellers i tingsretten» (s. 1617).

I *Selbu*-dommen satte Høyesterett langt på veg oppfatningen de tre nevnte dommene bygget på, til side. Det ble gjort ved at det *ble* lagt vekt på samiske kulturelle særtrekk, reindriften egenart, reinens næringsvandring og bruk av naturlandskapet når rettserverv skulle prøves. Dette ledet til at reinbeitedistriktene Essand og Riast-Hylling vant fram med krav om beiterett innenfor nærmere angitte områder i Selbu kommune grunnet i alders tids bruk.

⁴³ Etter min oversikt finnes det kun tre slike publiserte dommer, se Rt. 1952 s. 1007 (*Overrettsakfører Klem*), Rt. 1960 s. 810 (*Sifi*) og RG 1956 s. 109 (Hålogaland – *fiske i Stabburselva*).

⁴⁴ Oppfatningen fikk leve videre i offentlig forvaltning. Først i Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) uttales det at «[a]ll bruk over tid kan etter norsk rett være rettsskapende, uavhengig av utøvernes etniske og kulturelle bakgrunn ... norsk rett har aldri hatt noe dogme om at samers bruk skulle ha mindre rettsvirkning enn andre norske borgeres bruk» (s. 13 spalte 2).

Som plenumsavgjørelse er *Selbu*-dommen en sentral rettskilde i tvister om erverv og utstrekning av reindriftsrettigheter.⁴⁵ Den kan som sådan sies å være retningsgivende for hvordan norsk tingsrett bør anvendes, ikke bare i reindrifstvister, men mer generelt i tvister om erverv av bruks- og eierrettigheter i de samiske områdene. Dette gjør at jeg har funnet det naturlig å vie dommen oppmerksomhet utover de normene jeg allerede har påpekt i kapittel 2.

Innledningsvis slo en samlet Høyesterett fast noen viktige prinsipper når tvist om samisk reinbeiterett skal løses. Ett av disse var at reindriftsloven innehar en presumsjonsregel som pålegger grunneierne en bevisbyrde i reinbeiteområder (nå reindriftsloven § 4 annet ledd). Ved alders tids bruk betyr det at grunneier må sannsynliggjøre «at bruken ikke har hatt et tilstrekkelig omfang til at arealet er lovlig reindriftsareal» (s. 788). Høyesterett fastslo deretter at retten til å drive reindrift «er en selvstendig rett hvor rettsgrunnlaget er alders tids bruk». Det ble samme sted uttalt at «[n]år beiterett er ervervet ved alders tids bruk, vil det som alminnelig regel medføre at samene også har ervervet de tilknyttede rettighetene».⁴⁶ I det følgende skal vi også se at Høyesterett la vekt på at *kulturelle særtrekk* har betydning når rettserverv skal vurderes.

Man kan også merke seg at det ble slått fast at «de norske rettsreglene om alders tids bruk, basert på tradisjonelle norske rettskilder og med den tilpasningen som må gjøres for reindriften, [er] tilstrekkelige til å begrunne beiterett i tvisteområdet» (s. 791). Det var således ikke nødvendig å gå til de folkerettslige bestemmelsene.

Det må også nevnes at det senere (4. desember 2008) er avsagt en dom hvor Frostating lagmannsrett (LF-2008-50209) i stor grad vektlegger *Selbu*-dommen. Denne avgjørelsen kommer jeg straks tilbake til.

Vi skal nå gå inn på de enkelte normene som vil ha betydning for

⁴⁵ Saken ble reist for Midt-Trøndelag herredsrett i 1995 av 229 grunneiere da Selbu kommune hadde gitt reinbeitedistriktene rett til å uttale seg i arealsaker etter plan- og bygningsloven. I stevningen ble det påstått at Essand og Riast-Hylling Reinbeitedistrikt ikke hadde rett til reinbeite på saksøkernes eiendommer. Herredsretten frifant reinbeitedistriktene. Frostating lagmannsrett kom under dissens til at beiterett var ervervet ved alders tids bruk i hele tvisteområdet. Under dissens (9 mot 6), kom Høyesterett i plenum til samme resultat. Dissensen gjaldt imidlertid ikke om beiterett var ervervet, men grensdragningen, hvor mindretallet ville trekke den noe snevrere for Essand reinbeitedistrikt.

⁴⁶ Dette er foreslått lovfestet av Samerettsutvalget II, se NOU 2007: 13 *Den nye Same-retten* s. 51 spalte 2.

vurdering av rettserverv etter reglene om alders tids bruk, og formodentlig også ved hevd, i samiske bruksområder. Kildene tilsier at drøftingene hovedsakelig vil omfatte erverv av bruksrettigheter. I punkt 3.8 og 3.9 drøftes imidlertid også erverv av eiendomsrett.

3.3 Intensitet og kontinuitet i bruken

Som vi har sett har et av de viktigste kriteriene for at reindriftssamer ikke kunne erverve rettigheter tidligere, vært at deres bruk ikke ble vurdert å være tilstrekkelig *intensiv* og *kontinuerlig*. Om dette uttalte en samlet Høyesterett i *Selbu*-dommen at det ved prøving av reglene om alders tids bruk måtte legges vekt på «rettighetens art», og stilte deretter opp normer når det gjaldt anvendelse av reglene i reindriftsområder. Det innebar at *de særlige forhold* innen reindriften ble tillagt betydning for vurderingen av om beiterett eksisterte, og at kravene til rettserverv måtte tilpasses samenes bruk av området. At samene har hatt en nomadisk livsform, innebar at momenter som har vært framhevet for andre beitedyr, ikke uten videre kunne overføres til reindriften. Konkret framhevet førstvoterende, som representerte flertallet,

«at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitenes beskaffenhet. Det kan således ikke kreves at reinen har beitet i et bestemt område hvert år. Både av denne grunn og på grunn av samenes nomadiske livsform kan avbrudd ikke hindre rettserverv selv om det har hatt atskillig lengde» (s. 789).

Som eksempel på avbrudd viste førstvoterende til *Mauken*-dommen i Rt. 1985 s. 532 hvor manglende bruk i en mannsalder (ca. 40 år, forf. anm.) ikke avskar reineiere fra *erstatningsrettslig* vern. Men ved avbrudd måtte det kreves en lengre samlet tidsperiode.

En følge av at det må tas hensyn til reindriftens egenart eller reinens natur, er at beitemønsteret må vektlegges i vurderingen av bruksintensiteten. Omgivelser, topografi, næringsforhold, vær og vind med videre hadde dermed betydning: «Et typisk beitemønster er at den streifer ... Rettserverv kan dermed ikke være avskåret utelukkende fordi det er såkalt "streibeiing" som har funnet sted» (s. 789).

At *Selbu*-dommen her dannet en norm, viser dommen om reindriftsamers fiskerett i Tydal (LF-2008-50209). Her ga Frostating lagmanns-

rett en detaljert beskrivelse av Essand reinbeitedistriktets bruksmønster, før den gikk over på å vurdere fiskerett etter alders tids bruk. Selv om bruken i tvisteområdet ikke ble funnet å være «særlig intensiv», kom lagmannsretten til at fiskerett var ervervet da «[b]ruken har skjedd mer og mindre sammenhengende, siden først på 1600-tallet». Praksis fra vårt naboland viser også at normer fra *Selbu*-dommen er blitt anvendt som rettskilde der.⁴⁷

Det må således kunne sies at Høyesterett i *Selbu*-dommen har tilpasset reglene om alders tids bruk slik at rettsnormen i dag er at krav til intensitet og sammenheng i bruk må vurderes ut fra en standard gitt av *rettighetens art* når krav om rettserverv framsettes i samiske bruksområder. Det er således grunn til å være enig med Gunnar Eriksen om at det er gjennom bevisvurderingene at *Selbu*-dommen er mest nyskapende i forhold til de tidligere *Korssjøfjell*- og *Aursund*-dommene.⁴⁸

Selv om dommen ikke omhandlet rettserverv ved hevd, må man anta at denne tilpasningen må ha overføringsverdi for anvendelse av disse reglene, og likeledes når reglene skal anvendes på annen samisk naturbruk.

3.4 Aktsom god tro

Også god tro-vurderingen ble drøftet i *Selbu*-dommen. Viktig her var om samene visste eller burde ha visst at innføringen av reinbeitedistrikt i 1894 medførte at beiteretten endret seg i utstrekning til det som var omfattet av distriktsgrensene. Sentralt her sto spørsmålet om samene var eller burde ha vært kjent med innholdet i innstillingen fra Lappekomisjonen av 1889. Det svarte Høyesterett benektende på. Samene ble derfor ansett for å være i god tro. Det ble bl.a. lagt vekt på reindrifts-samenes «begrensede bruk av norsk skriftspråk» (s. 813).

For øvrig kan man merke seg at førstvoterende på s. 814 sammenliknet rettserverv for en næring med rettserverv for en større krets av personer.⁴⁹ Dette innebar at det ikke kunne kreves at samtlige innenfor

⁴⁷ Hovrätten för Övre Norrland, *Berth Hägglund m.fl. vs. Rans sameby, Umbyns sameby och Vapstens sameby*, dom 19. september 2007, sak nr. T 155-06 (Nordmaling).

⁴⁸ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 347.

⁴⁹ Det ble her vist til Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* s. 612 og Thor Falkanger, *Tingsrett*, 5. utg., Oslo 2000 s. 319.

næringen, eller en sektor av den, var i aktsom god tro. Et liknende synspunkt synes å ha vært lagt til grunn i *Svartskog*-dommen, hvor det på s. 1247 ble sitert fra Rådsegn 6 s. 16: «Når det gjeld bruk i alders tid, har praksis sett tilsvarende krav til god tru som for vanleg hevd. Ofte er det her vanskeleg og upraktisk å sjå dei einskilde hevdarane kvar for seg, og det vert då helst eit spørsmål om kva folk på staden reint allment har visst og gått ut ifrå».

Frostating lagmannsretts dom i LF-2008-50209 (*Tydal*), synes også å være basert på en slik oppfatning, hvor én sames inngåelse av forlik langt tilbake i tiden, der vedkommende fraskrev seg fiskerett, ikke rokket ved de øvrige samenes aktsomme gode tro. For øvrig ble det uttalt at lagmannsretten ikke var «i tvil om at samene utøvde fiske i den tro at de hadde rett».

Måten Høyesterett vurderte kravet til aktsom god tro i *Selbu*- og *Svartskog*-dommene, og nå senest Frostating lagmannsretts dom fra Tydal, kan sies å være en tilpasning av dette vilkåret for rettserverv til forholdene i Sápmi.

Vurderingen av den gode tro reiser også problemstillinger på Finnmarkseiendommens grunn. Det kommer jeg tilbake til.

3.5 Korrigering av eldre kilder som følge av samfunnsutviklingen

I de tidligere høyesterettsdommene vi har sett på fra det sørsamiske område, hadde Høyesterett lagt stor vekt på utredningene til Lappekommissjonen. I *Selbu*-dommen tok Høyesterett et oppgjør med rettsoppfatningen og synet på samer i denne vel hundre år gamle utredningen, noe som kan sies å være en korrigering av eldre kulturhierarkiske oppfatninger om samer. Førstvoterende uttalte at opplysningene Lappekommissjonen hadde, sammenholdt med topografi, reinens natur og beitemønster mv., viste at samene i alders tid mest sannsynlig hadde benyttet hele tvisteområdet til beite:

«Når den likevel ikke inkluderte området i sin angivelse av hvor samene “kan antages efter gammel Sædvane at have søgt Tilhold og Bete”, kan dette også skyldes at den bygget på en *rettsoppfatning* som jeg ikke kan dele» (s. 797, min utheving).

I *Selbu-* og *Svartskog-*dommene legges det også til grunn at språkproblemer og kulturelle ulikheter mellom samer og norske myndigheter kan ha medvirket til misforståelser, noe som kan ha betydning for godtrovurderingen.

3.6 *Bruk av muntlige overleveringer og vekt på topografiske forhold*

Høyesterett synes også å signalisere at det er større grunn til å legge vekt på muntlige forklaringer i saker hvor reindriftssamer er involvert, enn generelt i andre saker. Førstvoterende uttalte på s. 792 at i saker som denne sto man overfor *et særlig metodespørsmål*, da reindriftssamene ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur ikke hadde noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk.⁵⁰ På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer måtte vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises. Og dersom de støttes av andre opplysninger, kan de få økt vekt:

«Videre viser jeg til at da samene var nomader og stort sett brukte organiske materialer som går i forråttelse, vil det også kunne være vanskelig å finne fysiske spor etter reindriften. Disse forhold tilsier varsomhet med å trekke slutninger av at man mangler konkrete opplysninger om samenes tilstedeværelse i et område» (s. 792–793).

Også i Frostating lagmannsretts dom (LF-2008-50209) blir vitneforklaringer fra samer om fisket, lagt til grunn for vurderingen av om retts-ervert har funnet sted.

Det ble også lagt vekt på *topografiske forhold* ved vurderingen av hvor langt beiteretten strakk seg. At Selbusjøen ga et effektivt stengsel i rimelig nærhet av områder hvor beitingen har vært tilstrekkelig intensiv til å begrunne beiterett, måtte etter førstvoterendes mening innebære at det var «naturlig som avgrensning av området for beiteretten å fastslå at den strekker seg helt til Selbusjøen» (s. 816).

⁵⁰ Det ble her vist til Leif Pareli og Anne Severinsen, «Noen metodeproblemer i sørsamisk historieforskning» i *Ottar*, 1979 s. 29–37 på s. 30. Samme framstilling ble påberopt av samepartene i *Trollheimen*-dommen i Rt. 1981 s. 1215 på s. 1219 uten at Høyesterett da fant grunn til å vektlegge den.

Det må her nevnes at vekt på topografi ikke er særegent for saker hvor samer er involvert. Fra Høyfjellskommisjonen finner vi slik praksis,⁵¹ og senest har vi sett at også Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms i forholdsvis stor grad vekta topografi når grenser mellom statsgrunn og private skulle fastsettes.⁵²

Fra *Selbu*-dommen ser vi også at det ble akseptert rettserverv i randsonen av beiteområdene, selv om beitingen der hadde noe lavere intensitet og var «i underkant av hva som kreves for beiterett om randsonen vurderes isolert» (s. 816).

3.7 Beiterettens omfang

Dermed ble det også åpnet for at en vurdering av *beiterettens omfang* kunne skje ut fra reglene om alders tids bruk. Førstvoterende uttalte her at når det i de vestligste delene av tvisteområdet «er tale om en beiting som etter en isolert vurdering kanskje ikke ville ha gitt grunnlag for rettserverv ved alders tids bruk, reiser dette spørsmålet om beiteretten i disse delene av tvisteområdet har et annet innhold enn lenger øst». Men da det kun var lagt ned påstand om at beiterett ikke eksisterte, fant førstvoterende ikke grunnlag for å ta stilling til «om det kvalitative innholdet kan være forskjellig i de ulike delene av tvisteområdene» (s. 816).

Han påpekte imidlertid at den mer begrensede bruken av de vestligste områdene til beite vil kunne ha betydning for de interesseavveiningene som etter reindriftsloven § 15 [nå § 63] kan foretas mellom grunneiernes og samenes bruk av området: «Når § 15 fastsetter at grunneieren ikke må utnytte sin eiendom “på en slik måte at det er til vesentlig skade eller ulempe for reindriftsutøvelse”, vil interesseavveiningen ofte måtte gå i grunneiernes favør i de vestligste delene av tvisteområdet» (s. 816). Videre adresserte han slike interessekonflikter til jordskifterettene, idet han uttalte at «dersom partene ikke blir enige, vil jordskifteretten kunne avveie deres interesser i området, jf. tredje ledd». Førstvoterende framhevet også at de rettighetene som etter reindriftsloven (av 1978) §§10–14

⁵¹ Høyfjellskommisjonen ble opprettet i medhold av lov 8. august 1908 nr. 6 om ordning av retsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. og var virksom fram til 1953.

⁵² Se Øyvind Ravna, «Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms og de samiske interessene» i NOU 2007: 14 *Samisk naturbruk og rettsituasjon fra Hedmark til Troms* s. 607–726 på s. 715 spalte 2 og s. 718.

følger av reindriftsretten, gjelder «så langt» noe annet ikke «følger av særlige rettsforhold», jf. reindriftsloven (av 1978) § 9.⁵³

3.8 *Egen karakteristikk av retten er ikke avgjørende for dens karakter*

I nær sammenheng med både språklige problemer, og annen anskuelse om eiendomsrett, står betydningen av samisk karakteristikk av rettsforholdene. Så langt i gjennomgangen har jeg hovedsakelig lagt vekt på normene fra *Selbu*-dommen. Jeg vil imidlertid her framholde en uttalelse fra *Svartskog*-dommen som etter mitt skjønn er viktig. Dette innebærer også at fokus flyttes fra erverv av bruksrett til eiendomsrett, uten at dette nødvendigvis har prinsipiell betydning.

I samisk tradisjon har man vært forsiktig med å bruke begrepet eiendomsrett, selv der disposisjonene kan forveksles med eierrådighet. Betegnende for dette var begrepsbruken til befolkningen i Manndalen. Dette ledet da også til at Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms (førsteinstansen i *Svartskog*-dommen) i dom av 5. mars 1999, ikke fant rettslig grunnlag for å tilkjenne mer enn hogst- og beiterett. Da saken kom opp for Høyesterett, uttalte førstvoterende at

«den altomfattende bruken som er beskrevet foran, [må] få større rettslige konsekvenser: Hadde en tilsvarende bruk vært utøvd av personer med annen bakgrunn, ville den ha avspeilt at de mente å eie området. Samene, som har utgjort den dominerende del av Manndalens befolkning, har derimot med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett ... Skulle det hindre rettsverv ved alders tids bruk at det finnes flest eksempler på at de har talt om bruksrett, ville deres rådighetsutøvelse, som i innhold tilsvarer utøvelse av eiendomsrett, bli satt i en ugunstig særstilling i forhold til befolkningen for øvrig» (s. 1252).⁵⁴

⁵³ Lov 9. juni 1978 om reindrift § 9 viser til rett til opphold, ferdsløp og flyttleier, beite, anbringelse av anlegg for reindrift, brensel og trevirke og jakt, fangst og fiske. Jf. gjeldende reindriftslov kapittel 3.

⁵⁴ Både i underinstansen og Høyesterett ble det påstått at staten ikke var eier av tvisteområdet. I sitatet siktes det til at bruksrett, framfor eiendomsrett, var brukt i dagligtale av manndalingene (forf. anm.).

3.9 Betydningen for annen samisk bruk enn reindrift

Gjennomgangen viser at *Selbu*-dommen langt på veg avklarer hvordan bevisene, eller bruksutøvelsen, for alders tids bruk skal vurderes for samisk beiterett i reindrifftsområder. Avklaringene må langt på veg også omfatte hevdsreglene. Spørsmålet vi nå skal se på, er hvilken betydning dette får for *annen samisk bruk*.

Etter mitt skjønn må dommen ha stor overføringsverdi, også når det skal vurderes om annen bruk i de samiske områdene har ledet til retts-erwerb. Dette må gjelde for de bruksformer som er en naturlig del av grunnlaget for nærings- og kulturutøvelse i *Sápmi*. Her kan det være nyttig å ta utgangspunkt i de rettighetene som er oppstilt i finnmarksloven §§ 22–23, altså garnfiske, egganking, hogst av lauvskog, jakt, beite, uttak av torv og trevirke til husflid.⁵⁵ Opplistingen i disse to paragrafene utelukker ikke at det kan ha funnet sted annen rettsdannende bruk, herunder også bruk som leder til erwerb av eiendomsrett, noe nettopp *Svartskog*-dommen har vist.

Overføringsverdi har også uttalelsen i *Selbu*-dommen om at «[n]år beiterett er ervervet ved alders tids bruk, vil det som alminnelig regel medføre at samene også har ervervet de tilknyttede rettighetene» (s. 788). Samerettsutvalget II har foreslått dette prinsippet lovfestet for reindriften. Det understreker prinsippet betydning, og må innebære at også andre enn reindriftssamer må kunne erverve tilknyttede rettigheter, lik de som er stilt opp i reindrifftsloven §§ 19–26, til støtte for nærings- og kulturutøvelse. Her kan nevnes rett til husvære, buer/gammer, ferdselsveger, visse anlegg, brensel og annet trevirke, og trolig også en viss motorferdsel.⁵⁶ Om slike rettserwerb har funnet sted, må vurderes konkret i den enkelte sak, hvor det legges vekt på brukens kontinuitet og intensitet, holdt opp mot det krav som stilles ut fra *rettighetenes art*.

Selbu-dømmens framheving av muntlige overleveringer som en del av bevisvurderingene, tilsier trolig at slike overleveringer har større plass i saker i samiske områder, enn det de generelt har i rettspraksis.

Nevnes må også topografiske forholds betydning når eier- og rettighetsgrenser for annen bruk enn den reindriftssamiske skal avklares, noe

⁵⁵ Som vi alt har sett, ervervet samene i Essand reinbeitedistrikt fiskerett på privat grunn etter liknende vilkår som erwerb av beiterett i dom LF-2008-5029.

⁵⁶ Jf. Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 2 hvor det heter at «[i]nnholdet i bruksrettigheter vil ofte anses for å ta farge av den tekniske og økonomiske utviklingen».

som også følger av annen rettspraksis. Generelt må også kulturelle særtrekk vektlegges ved vurderingen av om rettserverv har funnet sted.

4. Enkelte problemer når reglene alders tids bruk skal prøves i samiske områder

4.1 Aktsom god tro

I 1961 påpekte *Sivillovbokutvalet* at hevd hadde fått mindre plass i rettslivet fordi det hadde «vert sytt for klare og varige prov i viktige rettshøve». Skyldelinger og grensemerking ved jordskifte ble dratt frem som eksempler på dette: «Men viktigst i denne sammenhengen er *tinglysningsskipnaden* og andre liknande offentlege registreringsskipnader.»⁵⁷ Uttalelsen var neppe rettet mot det som den gang var betraktet som statens grunn i Finnmark. Her hadde som nevnt statens eieroppfatning, og manglende anerkjennelse av andres rettigheter, ledet til at det ikke har vært mulig å tinglyse en rekke typer bruk som kunne ha ledet til rettserverv ellers i landet. Situasjonen har vedvart, og det forefinnes i dag ikke slike «klare og varige prov» som *Sivillovbokutvalet* omtalte på Finnmarkseiendommens grunn. I tråd med *Sivillovbokutvalet*s standpunkt kan dette bety at hevd her får større betydning. Viktigst i vår sammenheng er at dette leder til at *den gode tro* ikke lett kan prøves.

Vi kan også merke oss at *Gunnar Eriksen* anfører *samisk rettstradisjon* som «argument mot et strengt aktsomhetskrav [ved erverv av rettigheter] ved samisk naturbruk generelt».⁵⁸ At slik registrering ikke er en del av samisk rettstradisjon er nok riktig, men etter mitt skjønn er det viktigere å fremheve at statens ubetingede eieroppfatning har vært et hinder for registrering av nær sagt ethvert rettserverv, så sant det ikke gjaldt kjøp fra staten. Mange finnmarkinger, samer som nordmenn, skulle nok gjerne ha registrert rettsvern for sine fiske- og fangstplasser, beiter, hytter eller gammer, men har ikke hatt adgang til det.⁵⁹ Slik sett har vi en situasjon

⁵⁷ Rådsegn 6 s. 17 spalte 1 (min utheving).

⁵⁸ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 345.

⁵⁹ At tinglysning ikke har betydning for rettserverv ved hevd, jf. tinglysningsloven § 21 annet ledd, hadde liten betydning i forhold til dette i samtiden. I forhold til den pågående rettsavklaringen bør imidlertid bestemmelsen ha betydning for fullførte, men ikke registrerte rettserverv.

hvor potensielle hevderer heller ikke har mulighet til å søke opplysninger i grunnboka, da «etterrøking» her ikke vil avklare rettsforholdene. Dermed er det vanskelig å stille opp en «standard» for hva hevderen *burde ha kjent til* i forhold til den aktsomme gode tro og sin undersøkelsesplikt.

Også *Sverre Tønnesen* drøftet om den særlige historiske utvikling i de samiske strøkene burde føre til at kravene til opinio juris settes lavere enn ellers ved vurdering av rettserverv. Selv om han ikke konkluderte, og selv om han nok fortrinnsvis siktet til forholdet *mellom* staten og bygdefolket, syntes han å være kritisk til et krav om god tro da han reiste spørsmål om ikke «bruk i tid – i samealmenningen – [bør] være nok til å konstatere en “særrett”?».⁶⁰

Hvis vi ser på *rettspraksis*, ble det drøftet hvordan vilkåret om god tro skulle forstås både i *Selbu-* og *Svartskog-*dommen. Førstnevnte gjaldt rein-driftsrettigheter, som ikke registres spesifikt eller tinglyses. Drøftingen her må sies å bære preg av nettopp det, hvor Høyesterett i stor grad forsøkte å vurdere partenes subjektive gode tro opp mot myndighetsforordninger og -oppfatninger om lag 100 år tilbake i tiden. At vurderingen av rettighetspretendentenes gode tro da fremstår som upresis, er ikke unaturlig.

I *Svartskog-*dommen var forholdet annerledes, da statens erverv var tinglyst i grunnboka. Likevel førte den samiske lokalbefolkningens påstand om at staten ikke eide dette utmarksområde på 116 km² fram. At statens erverv ikke ga seg utslag i noen fysisk tilstelling, da et planlagt gjerde ikke ble oppført, ble vektlagt av Høyesterett som grunn til at det ikke forelå oppfordring til å undersøke matrikkelen. Førstvoterende viste her til Sivillovbokutvalet i Rådsegn 6 s. 11 hvor det het at hevdserverv ikke alltid er avskåret «fordi hevderen kunne ha blitt brakt ut av sin villfarelse ved å undersøke grunnbøkene» (s. 1247). Staten hadde også reist en utenomrettslig tvist og endatil truet med søksmål, uten at hevderer ble rokket fra den gode troen. Det ble de heller ikke av oppslag på kirkebakken, politianmeldelse og at det kunne dokumenteres at enkelte av hevderne hadde kunnskap om eierforholdet.

Domsgrunnene kan gi inntrykk av at Høyesterett, vurdert ut fra annen praksis og forarbeidsuttalelsene til Sivillovbokutvalet, synes å ha strukket seg langt for å begrunne at den aktsomme gode tro var til stede.

⁶⁰ Sverre Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark. Rettsreglene om den såkalte «statens umatrikulerte grunn» – en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter*, Bergen 1972 s. 180.

Dommen har vært gjenstand for kritikk. *Borgar Høgetveit Berg* har anført at den reelle grunngevingen for resultatet i *Svartskog*-dommen, var at erververne var samer.⁶¹ Når gårdene i Manndalen var oppmålt på vanlig måte og gitt gårds- og bruksnummer, betegner Høgetveit Berg det som direkte søkt at «gardbrukarane då ikkje skulle ha ei forståing av omgrepet “eigedom”». Stikk i strid med flertallet i justiskomiteen er han skeptisk til å gi dommen presedensvirkning i andre tilfeller «utan at det blir påvist at ervervarane har hatt ei tilsvarende sviktande omgrepsforståing». Høgetveit Berg viser også til at dette er det eneste eksempelet fra høyesterettspraksis hvor «den rette eigars standpunkt eksplisitt er uttrykt overfor erververen – men denne likevel framleis blir rekna for å vera i aktsam god tru».⁶²

Man kan også ane en viss kritikk hos *Gunnar Eriksen* når han antar at *Selbu*- og *Svartskog*-sakene er et «overbevisende argument for ikke å kreve aktsom god tro overhodet, eller for å praktisere godtrokravet lempeligere overfor samisk naturbruk».⁶³ Men dette synes primært ikke å være en kritikk av Høyesteretts avgjørelse, men heller av et *regelverk* som ikke er tilpasset samisk naturbruk eller forholdene i *Sápmi*.

Kritikken som Høgetveit Berg framsetter, kan ikke uten videre avvises. Etter mitt skjønn bør man være forsiktig med å sette til side den etablerte normen om at grunnboka må undersøkes før hevdserverv kan føre fram, uavhengig av hevdernes etniske bakgrunn eller tradisjon. Høyesterett signaliserer imidlertid med *Svartskog*-dommen at det kan være relevant å vektlegge subjektive faktorer slik som språkproblemer og manglende kunnskap om det norske samfunns system for eiendomsregistrering.⁶⁴ Likeledes periodevis passivitet hos staten. Og viktigere, dommen understreker at både *statens tinglysning av eget eierskap*, eller påstand om at staten er eller har vært grunneier, ikke trenger å rokke hevderen fra vedkommendes aktsomme gode tro, og således muligheten til å erverve bruks- og eiendomsrett.

Endringen i gjeldende rett, som inntil finnmarksloven trådte i kraft ble uttalt å være at staten eide grunnen uten påhefte av annet enn en-

⁶¹ Høgetveit Berg, *Hevd* s. 237.

⁶² *Op. cit.* s. 261.

⁶³ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 347.

⁶⁴ Sml. Rt. 1979 s. 492 (*Varfell – Stiffell*) hvor uklare regler om statens rett til grunnen i Finnmark, og samenes stilling som etnisk minoritet, innebar at rettsuvitenskap avskar foreldelse av et erstatningskrav.

kelte lov- og kontraktfestede rettigheter, bidrar også til å vanskeliggjøre vurderingen av den gode tro. Gjeldende rett er nå uttrykt i nevnte lov § 5 første ledd, hvor det slås fast at «[s]amene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark», som samtidig eies av Finnmarkseiendommen, jf. samme lov § 6. Dette kan skape usikkerhet om rettsforholdene på den tidligere umatrikulerte grunnen, i alle fall fram til lovens ikrafttreden, og dermed vanskeliggjøre vurderingen av den gode tro, som må være til stede i hele ervervstiden. Særlig gjelder dette for rettserverv som ikke var sluttført da finnmarksloven tråde i kraft.

I sak 05-109100TVA-INFI for Indre Finnmark tingrett var spørsmålet om finnmarksloven § 5, eventuelt også kapittel 5, hadde endret rettsforholdene slik at tvangsfulbyrdsloven (26. juni 1992 nr. 86) § 4-2 (Innvendinger mot tvangsgrunnlag) kom til anvendelse og dermed hindret fullbyrdelse av et rivingsvedtak for en bygning på *Koikutouta*, tilhørende en person av samisk-kvænsk herkomst. I kjennelse 10. februar 2006 kom tingretten til at finnmarksloven hadde endret rettsforholdene på en slik måte at Finnmarkseiendommens begjæring om tvangsfullbyrdelse ikke kunne tas til følge. Det ble vist til at § 5 forutsatte at andre enn staten kan ha vært de rettmessige eierne av grunnarealer i Finnmark, og at forut for den forestående rettighetskartleggingen ville «riving av byggverkene nå framstå som et uforholdsmessig inngrep». I kjennelse i RG 2007 s. 140 satte Hålogaland lagmannsrett tingrettens avgjørelse til side. På s. 144 ble det uttalt at finnmarksloven § 5 første ledd var en kodifisering av gjeldende rett, og således ikke noen rettsendring.

Lagmannsrettens standpunkt er diskutabelt. At finnmarksloven § 5 i 2006 kunne betraktes som en kodifisering av gjeldende rett, kan nok være tilfelle, men domstolene ville neppe ha lagt til grunn et slikt standpunkt før inntil ganske nylig. Langt mindre ville Statskog SF ha gjort det.

Endringen av gjeldende rett understreker også betydningen av Erikssens anførsel om å utelate godtrokravet eller praktisere det lempeligere. Det tvinger dermed fram spørsmålet om det ikke primært bør stilles andre krav til hederlig adferd når aktsomhetskravet skal prøves, enn en undersøkelsesplikt som neppe vil bidra til å avklare rettsforholdet.

4.2 Uhjemlet bruk

I nær sammenheng med kravet til aktsom god tro, eller faktisk kunnskap, i hevdsloven § 4 første ledd, står kravet om at «den som har ein

... rett til å sitja med tingen» ikke kan hevde bruksrett, se hevdsløven § 5 annet ledd. Regelen slår fast at man ikke kan hevde i strid med egen adkomst. Den gode tro må således være til stede fra starten av; at man glemmer at man har adgang til bruk på et legalt grunnlag, kan ikke lede til rettserverv. Vilkåret om at bruken må være uhjemlet for å kunne lede til rettserverv, innebærer at hevderen ikke kan ha en rett til bruk på annet grunnlag, eller har utøvd «tålt bruk» når hevdstiden starter.⁶⁵

Som følge av endringene i gjeldende rett, kan også dette vilkåret skape problemer når rettsforholdene i Finnmark skal avklares. På samme måte som for vurderingen av den aktsomme gode troen, skaper det skiftende regimet problemer når det skal vurderes *hva som er uhjemlet bruk*, i alle fall for rettserverv som ikke var sluttført da finnmarksloven tråde i kraft.

Et annet problem, uavhengig av hvem som er grunneier, er tvister som kan oppstå mellom to eller flere rettspretendenter, for eksempel innen reindriften. I en beitetvist mellom to reindriftssiidaer kan situasjonen være at verken A eller B formelt sett er eksklusive rettshavere. Derimot kan tilfellet være at begge har en felles rett til beite.⁶⁶ Under slike forhold er det lite praktisk å tale om hjemlet eller uhjemlet bruk; hvor for eksempel siida A betraktes som rettshaveren og siida B som hevderen.

Antar vi at siida A eller B (eller begge) likevel vil påstå at de har en eksklusiv eller bedre prioritert rett til sine beitearealer enn den konkurrerende siida, vil et relevant spørsmål være om den bruk siida B har utøvd, *er* en hjemlet fellesbruk med rettmessig adkomst gjennom originært erverv eller alders tids bruk, jf. reindriftsloven § 4. Eller er dette uhjemlet bruk som går utover den rett siida B har? I det førstnevnte tilfellet vil reineiere i siida B ifølge hevdsløven § 5 ikke kunne erverve særlige beiterettigheter som fortrenger siida A. Hvis derimot siida B har en rett i fellesskap med siida A, men i *tillegg* har utøvd en særlig bruk *utover* rammen av denne fellesretten, kan den på visse vilkår erverve beiterett ved hevd. Om bruken skal føre til rettserverv, må foruten vurderingen av om lovens krav til god tro er oppfylt, også omfanget av bruken vurderes. Ut fra gjeldende regler om hevd og alders tids bruk må den være så omfattende at siida A

⁶⁵ Se Lid, «Dei nye lovreglane om hevd» s. 298.

⁶⁶ Slik har oppfatningen vært for vinterbeiteområdene i Vest- og Midt-Finnmark, se Reindriftsadministrasjonen, *Reindriften i Finnmark. Lovgivning og distriktinndeling*, Alta 1994 s. 108.

ut fra *differansen* mellom hjemlet og faktisk bruk, må ha fått en *oppfordring* til å reagere. For øvrig må den *kontinuitet og intensitet* i bruken som alminnelig reindrift tilsier, være til stede, jf. min drøfting i punkt 3.2.

Lovgivningen gir liten veiledning om hvordan slike rettstvister mellom reindriftssiidaer skal løses. Derimot kan rettspraksis fra allmenninger og sameiestrekninger være av en viss interesse. Her reises det bl.a. spørsmål om *hjemlet bruk* kan lede til erverv av mer omfattende rettigheter enn dem hevderen har adkomst til. Slik praksis viser at bruken må gå forholdsvis langt utover lovlige rammer, slik at rettshaver gis en oppfordring til å reagere, før den kan lede til rettserverv. Sivillovbokutvalet har påpekt at rådigheten «tydeleg og openbart [må gå] ut på noko anna eller meir enn særheimelen gjev høve til». Utvalget eksemplifiserte dette ved bruk av utslåtter til kulturreng eller skogplanting, eller omgjøring av nausttuft til handelsbu.⁶⁷

Sivillovbokutvalet la altså lista høyt for at overskridelse av lovlig adkomst kunne lede til rettserverv. Det uttalte at «[s]ærleg der det er tøyelig eller uklårt kor langt den opphavelege utnytingsretten går, som t. d. i allmennings- og sameigehøve, lyt ein setja etter måten strenge krav til ei rettsoverskriding som skal gje grunnlag for hevd».⁶⁸

Praksis viser også at man må være forsiktig med å konkludere med at det er enklere å erverve rettigheter etter reglene om alders tids bruk enn etter reglene om hevd. Det kan imidlertid synes som om kravet til overskridelse er større ved hevd. I de tilfellene hvor hevdserverv i allmenning har funnet sted, har hevderen tydelig utøvd bruk utover det vedkommende hadde rett til gjennom eksempelvis bebyggelse, oppdyrking eller lang tids uhjemlet hogst.⁶⁹

Kravene til rettserverv er ikke mindre strenge der det har foregått konkurrerende bruk mellom sameiere. Her synes vilkåret å være at man gjennom hevdstiden i god tro har *nektet øvrige sameiere* tilgang til sameiet. Praksis viser at ervervet primært ikke faller på manglende *god tro*,

⁶⁷ Rådsegn 6 s. 13 spalte 2. Slik også Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* s. 308 som sier at det må «kreves at overskridelsen ... kan konstateres av eieren og vel også at den ikke er helt ubetydelig».

⁶⁸ Rådsegn 6 s. 13 spalte 1 hvor det vises til Rt. 1949 s. 818 og Rt. 1953 s. 1345. Slik også Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* s. 582 som la til grunn at rådighet utøvd i kraft av sin allmenningsrett, ikke kunne lede til hevd. Av nyere praksis kan det vises til Rt. 1986 s. 583 (Soknedal søndre) på s. 593.

⁶⁹ Praksis er omtalt i Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning* s. 454–460.

men heller på at bruken ikke i tilstrekkelig grad har gått *utover den hjemmel* rettspretendenten hadde.

Reglene om hevd og alders tids bruk, sammenholdt med praksis fra den sørnorske fjellheimen, innbefattet *Selbu*-dommen, viser at reglene knapt kan sies å ta høyde for hvordan aktsom god tro og uhjemlet bruk skal kunne prøves på Finnmarkseiendommens grunn. Dette skyldes både manglende anerkjennelse av private, tinglige rettigheter i Finnmark, og de særlige forhold som gjør seg gjeldende når rettigheter mellom siidaer og liknende, skal avklares.

4.3 *Betydningen av adgangen til å nytte muntlige kilder*

I *Selbu*-dommen (s. 792) la Høyesterett til grunn at *muntlige overleveringer* må vurderes når vilkårene for rettserverv skal prøves. Lovgivers understrekning av dommens betydning⁷⁰ innebærer at slike overleveringer må vurderes og om nødvendig gis vesentlig vekt når rettighetene på Finnmarkseiendommens grunn skal utredes. Dette kan ses på som en tilpasning til samisk rettskultur, men vil samtidig skape utfordringer i utredningsarbeidet, da det ikke bare vil lede til at beretninger om bruk i alders tid og samiske sedvaner blir rettskilder, men også åpne for at personer med talegavene i behold, og ønske om å framstille egen og egne rettsforgjengeres bruk som rettsskapende, kan få et stort spillerom på de kommende rettslige arenaene.

For kommisjonen og domstolene vil det bli en krevende oppgave, ikke bare å skille rett og galt når det gjelder faktisk bruk, intensitet, sammenheng og tidsrom, men kanskje helst å vurdere om nødvendig god tro er til stede. Uten nærmere regler om hvordan muntlige overleveringer skal kvalitetssikres, og god tro prøves i forhold til disse, vil vurderingene av så vel faktum som juss kunne framstå som lite forutsigbare.

⁷⁰ Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 2.

5. Noen betraktninger de lege ferenda

5.1 Problemet

Gjennomgangen i kapittel 4 har vist at rettsanvendere vil støte på visse særlige problemer når reglene om hevd og alders tids bruk skal anvendes på Finnmarkseiendommens grunn. Problemene kan sies å ha sin bakgrunn i at staten har ansett seg som eier av den tidligere umatrikulerte grunnen «så langt tilbake som den norske soge vet å berette»,⁷¹ hvor lokalbefolkningen har hatt adkomst ut fra en oppfatning om at de kun utøvet en «tålt bruk». Det har således ikke skjedd en utvikling som kunne danne grunnlag for registrering av bruk i alders tid.⁷² *Problemet* er dermed at den etablerte regelen om at grunnboka må undersøkes før god tro påberopes, ikke vil bidra til å avklare hevderens gode tro om mange av de rettigheter det her kan være tale om. Vi står dermed uten etablerte og forutsigbare prøvingsmåter. Dette bør etter mitt skjønn lede til vurdering av behov for lovendring, eller i det minste endring av praksis.

Betydningen av *skiftet i gjeldende* rett understreker problemet. Villkåret om at hevderen *ikke må ha lovlig adkomst* (hjemmel) til bruken, eller at bruken må *overskride* lovlig adkomst, slik at den gir rettshaveren en oppfordring til å gripe inn,⁷³ kan således være vanskelig å vurdere. At rettsoppfatninger og gjeldende rett kan sies å ha endret seg vesentlig, tilsier også at det kan være vanskelig å vurdere om utøvd bruk på den tidligere umatrikulerte grunnen har vært hjemlet i en bruksrett, har vært «tålt» eller uten lovlig adkomst.⁷⁴

⁷¹ Slik uttrykt i Innst. om lov og forskrifter om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke 1962 s. 5.

⁷² Sml. Eriksen, *Alders tids bruk* s. 344 som anfører at statens pretensjoner over Finnmark har «ført til at regionen har manglet den fremste motoren for dannelse av god tro og rettsoppfatninger, nemlig gnisninger og konflikter private grunneiere imellom».

⁷³ Se Rådsegn 6 s. 12 spalte 2.

⁷⁴ At bruken er blitt anerkjent på et generelt grunnlag i finnmarksloven § 5, tilsier ikke at den er avklart. Det må skje i medhold av finnmarksloven kapittel 5 etter reglene om alders tids bruk, hevd og annet.

5.2 Analogi fra andre områder med uregistrerte eier- og rettsforhold

Rettsforholdene i deler av de områdene Finnmarkskommisjonen skal utrede, kan som nevnt et stykke på veg sammenliknes med de som hersket i den sørnorske fjellheimen før rettsforholdene der ble avklart gjennom utskiftninger og Høyfjellskommisjonens arbeid. Selv om man skal være forsiktig med å nytte gamle rettskilder, var vilkåret for hevdserverv i vår gamle hevdslovgivning ubestridt bruk («ukært til Ting») i hevdstiden, jf. NL 5-5-3. Denne regelen ble også lagt til grunn som fordelingsgrunnlag ved eldre utskiftninger, og var således av vesentlig betydning når rettsforhold i utmark skulle avklares.⁷⁵

Den gang satte ikke lovgivningen noe vilkår om «aktsom god tro» før erverv kunne finne sted. *Sivillovbokutvalet* har påpekt at grunnen til at vilkåret ikke ble stilt, lå i at «provingsvanskane var for store».⁷⁶ Vi kan også merke oss at utvalget påpekte at det generelt sett hadde blitt vanligere å inngå viktige avtaler skriftlig: «Særleg når det gjeld fast eiendom, er denne framgangsmåten godt innarbeidd og dermed er det skapt større trygd om ugreie og mistak i slike rettshøve.»⁷⁷ Det ble også påpekt at «den munnlege tradisjonen er meir ustø enn før». Utvalget anførte dette for å begrunne at hevdsinstituttet ikke lenger var like viktig som før. Samtidig beskrev det en samfunnsutvikling hvor «provingsvanskane» var blitt mindre.

Innen dagens samiske tradisjon og rettskultur er fravær av skriftlige avtaler, særlig om bruk av eiendom i utmark, fortsatt et karaktertrekk, samtidig som den muntlige tradisjonen er levende, jf. *Selbu*-dommen s. 792. *Bevisvansker* er således et argument for å vurdere om det bør gis regler som tilser at man bør utelate prøving av aktsom god tro som et kunnskapskrav, til fordel for den enklere kontrollen av beviselig og ubestridt bruk, når rettserverv skal vurderes på Finnmarkseiendommens grunn.

⁷⁵ Se O. Juvkam, «Træk av utskiftningsvæsenets historie» i *Tidskrift for det norske Utskiftningsvæsen*, 1917 s. 41–161 som på s. 61–62 vises til et lovutkast fra 1811 hvor det ble foreslått at andel i sameie, der loddeierne ikke hadde annen dokumentasjon for sin rett, skulle fastsettes «efter det Antal Kreaturer enhver Lodsejer beviisligen i de sidste 20 Aar upaatalt har havnet i Udmarken». I lov 17. august 1821 angaaende Jord og Skovs Udsifting av Fællesskab § 11 ble «Hævd eller anden lovlig Adkomst» stilt opp som det prinsipale fordelingsgrunnlaget.

⁷⁶ Rådsegn 6 s. 10 spalte 2.

⁷⁷ *Op. cit.* s. 17 spalte 1.

Fra vårt naboland Sverige kan også vises til reglene om *urminnes hävd* i Sveriges äldre jordabalk. Her er det ikke stilt krav om aktsom god tro for rettserverv.⁷⁸

Et annet argument for dette finnes i nyere norsk retts- og utredningspraksis. Da *Samerettsutvalgets rettsgruppe* kom til at staten var eier av den tidligere umatrikulerte grunnen i Finnmark,⁷⁹ var det nettopp ved å legge vekt på såkalte «festnede forhold», som er en modifisering av reglene om alders tids bruk, men hvor verken kravet til bruk eller aktsom god tro trenger å være til stede i samme grad.⁸⁰ Rettsgruppa uttalte her at det som en gang var rett, behøver ikke å være det i dag: «Dette gjelder selv om endringene ikke bygger på avtale, klare ekspropriasjons- eller lovvedtak, men har sin rot i misforståelser. Til tross for at misforståelsen i sin tid vanskelig lot seg unnskylde, gjelder regelen likevel».⁸¹ En liknende formulering om at et urettmessig forhold «nå for lengst har festnet seg», nyttet Høyesterett da den kom til at de allmenningsberettigede i Beirarn og Skjerstad ikke hadde hogstrett, se Rt. 1991 s. 1311 på s. 1321. Når reglene kan modifiseres til fordel for statens rettserverv, bør de også kunne modifiseres når samer og andres rettserverv skal avklares.

Det kan også vises til reglene i den engelske *common law* om *adverse possession*, ikke bare som en kuriositet, men som en komparativ kilde. Etter denne loven kreves det 12 års besittelse, uavhengig av god tro, for å erverve eiendomsrett.⁸² Reglene om *adverse possession* har nylig blitt prøvd av *Den europeiske menneskerettsdomstol* i to saker. Spørsmålet som var oppe for Domstolen var om det forhold at *Pye* hadde mistet sin eiendom som følge en annen parts urettmessige besittelse av eiendommen i 12 år, innebar en krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) protokoll 1 artikkel 1 om vern av eiendom. Selv om flertallet i storkammeravgjørelsen (10 mot 7), kom til at bestemmelsen ikke var

⁷⁸ Se äldre jordabalken kap. 15 § 1, samt övergångsbestämmelserna i lag (1970:995) om införande av nya jordabalken § 6.

⁷⁹ NOU 1993: 34 s. 266 spalte 2.

⁸⁰ Se Eriksen, *Alders tids bruk* s. 301–307.

⁸¹ NOU 1993: 34 s. 263 spalte 2.

⁸² Det har blitt reist kritikk mot at eiendom kan erverves så lett tross eiendomsregistrering, noe som ledet til lovendring i 2002, hvor det må registres en advarsel i registret (for registrerte eiendommer). Uregistrerte eiendommer kan som tidligere hevdes uten god tro, se Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettsdomstolens avgjørelser i *Pye*-saken» i *TfR*, 2008 s. 31–59 på s. 38 (note 23).

krenket, pekes det i begge avgjørelsene på at reglene om adverse possession kan ha sin relevans og viktighet der det foreligger *uregistrerte grunneiendommer*. Derimot stiller domstolen seg mer tvilende til slike regler der eiendommene er registrert i eiendomsregistre.⁸³

Til slutt her vil jeg peke på rettspraksis i et annet *common law*-land, Canada, og da i en sak som gjelder urfolks rettigheter. Dette er en komparativ kilde av interesse for nordisk rett.⁸⁴ Artikkel 35 i den canadiske grunnlov av 1982 lovfester såkalt *aboriginal and treaty rights*. Det innebærer at bl.a. *First Nations* under visse vilkår kan erverve rettigheter til bruk og eiendom. Rettspraksis har fått stor betydning for fylle ut innholdet i bestemmelsen. I *Delgamuukw*-saken stilte Canadas høyesterett opp tre vilkår for å avgjøre om *aboriginal title* var ervervet. Disse var: «(i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive».⁸⁵ Som vi ser kan vilkårene for rettserverv et stykke på veg sammenliknes med norsk alders tids bruk. En viktig forskjell ligger i at det ikke stilles noe krav til aktsom god tro for rettserverv. Det bør man kanskje legge seg på minne i norsk rett.

5.3 Begrunnelsen for kravet om aktsom god tro i norsk rett

I vår gamle hevdslovgivning ble det, som nevnt, ikke stilt krav aktsom god tro for å vinne hevd. I mange land i Europa er det fortsatt slik.⁸⁶ I Norge vokste kravet om god tro fram gjennom rettspraksis, hvor dommen inn tatt i Rt. 1844 s. 273 kan sies å ha vært den sentrale. For førsteinstansen (Trondhjems Bything), innrømmet hevderen, krigsråd Dick, å ha kunnskap om at andre eide grunnen han gjorde krav på etter hevdsreglene i

⁸³ *J.A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom* (klage nr. 44302/02, avsagt 15. november 2005) og *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom* (klage nr. 44302/02, behandlet i storkammer, avsagt 30. august 2007). Nærmere om disse avgjørelsene i Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten» særlig s. 39–50.

⁸⁴ Slik Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) s. 59 spalte 1.

⁸⁵ *Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R 1010 avsnitt 143, gjengitt etter John J. Borrows and Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues*, 3rd Ed., Canada 2007 p. 259. Jf. Christina Allard, *Two Sides of the Coin: Rights and Duties*, Luleå 2006 s. 193–251 og Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) s. 60.

⁸⁶ Se Eriksen, *Alders tids bruk* s. 347.

NL 5-5-3. Ifølge *Gunnar Eriksen* måtte en så åpenbar innrømmelse ha provosert byretten. Ut fra en drøfting av fundamentet for eiendomshevd, ro og stabilitet i eiendomsforholdene, kom den til at det «ikke ville tjene “Eiendomsrettens Befæstelse” men heller være i høy grad anstøtelig, om ikke “en Satire paa Retstilstanden” hvis man i ond tro skulle besitte eiendom i skjul for en uvitende eier, for så etter hevdstidens utløp stå åpent fram og kreve både eiendomsrett og “Lovens beskyttelse”». ⁸⁷

Dommen ble stadfestet av Høyesterett, dog med en noe mer moderat begrunnelse om at man ikke kunne hevde i strid med sin adkomst. Eriksen framholder at selv om denne begrunnelsen på langt nær var så radikal som underinstansens, «er det likevel nærliggende å trekke linjene fra dette negativt utformede hevdsvilkåret til begynnelsen av utviklingen av kravet til aktsom god tro». ⁸⁸ Dette ledet i sin tur til at domstolene begynte å kreve aktiv opptreden av hevderen i form av undersøkelsesplikt, se Rt. 1863 s. 786, Rt. 1871 s. 236 og Rt. 1873 s. 463. Slik sett framsto kravet om god tro som en mer finmasket prøve på at hevderen selv oppfattet adkomsten som rettmessig. Først ved hevdsløven (9. desember 1966) ble kravet lovfestet.

Eriksen viser også at hevdsløvgivningen i Danmark og Norge har tatt forskjellige veier, tross felles rettslig opphav. I Danmark stilles det krav om hederlig opptreden framfor kunnskap. ⁸⁹ Foruten 1800-tallets rettspraksis begrunner han forskjellen i den norske nasjonalromantiske oppblomstringen på slutten av 1800-tallet. I denne nasjonale settingen utviklet det seg et behov for å markere avstand til dansk lovgivning. Det kom bl.a. til uttrykk i et krav om god tro som en undersøkelsesplikt i norsk rett.

Som vi ser, har kravet om god tro utviklet seg ut fra helt andre forhold enn de vi har i Finnmark.

5.4 Særlig om behov for å beskytte statens allmenninger

En siste faktor som kan ha medvirket til innføringen av kravet om aktsom god tro ved hevd i norsk rett, kan lettere knyttes opp mot forholdene i

⁸⁷ Eriksen, «Fremveksten av kravet om god tro» s. 101. Se også Marthinussen, «Om europeisering av tingsretten» s. 32.

⁸⁸ Eriksen, «Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett» s. 106.

⁸⁹ *Op. cit.* s. 82. Se også Eriksen, *Alders tids bruk* s. 221.

Finnmark. Ifølge Eriksen tilsier «de spesielle norske forholdene med vidstrakte øde områder som for en stor del var og er statseid» at det ikke var noe «som tyder på at statens eiendomsforvaltende myndigheter hadde noe imot aktsom god tro som hevdsvilkår, ettersom det nettopp hadde den effekt at det begrenset tap av statseiendom».⁹⁰ Det er lett å slutte seg til dette argumentet, som også kunne begrunne behovet for et slikt vilkår i Finnmark. At dette rent faktisk kan ha vært slike årsaker, støttes av at vår gamle hevdslovgivning satte strengere krav for å vinne hevd i allmenning (30 års hevdstid) enn på øvrige eiendommer, se NL 3-12-2. Dette støttes også av Svalbardloven (17. juli 1925 nr. 11) § 22, hvor det i annet ledd første punktum settes forbud mot hevd på statsgrunn.⁹¹

I forarbeidene framgår det at lovgiver betraktet statsgrunnen på Svalbard som allmenning: «Man har kalt den "statens grunn" og man oppfatter den ikke som gjenstand for eiendomsrett i privatrettslig forstand, men nærmest som en statsallmenning (domaine public).»⁹² I det opprinnelige lovutkastet (s. 5) var bestemmelsen gitt slik ordlyd: «Over statens grunn kan ingen erverve eiendomsrett.» At det ble endret til dagens ordlyd ble begrunnet i at «lovi ikkje stenger for at statsgrunn vert avhend. Departementet hev difor nøgd seg med å segja at ingen kann vinna hævð på eigedomsrett eller bruksrett til statsgrunn».⁹³ Det framgår imidlertid ikke at bestemmelsen er motivert ut fra problemer med å påtale uhjemlet bruk.

Strengere regler for hevdserverv kan motiveres ut fra å beskytte statsallmenninger, da staten ikke har samme mulighet til å reagere på uhjemlet bruk som en privat grunneier vil ha. For Finnmarks del eksisterer det ikke lenger statsgrunn som kan begrunne et utvidet vern mot hevd. Nå kunne det ha vært argumentert for at Finnmarkseiendommen heller ikke har samme mulighet som private grunneiere til å reagere på uhjemlet bruk fra mulige hevdere, og således også har behov for et utvidet vern mot hevd. Det viktigste argument *mot* dette ligger etter mitt skjønn ikke i at dette ikke lenger er statsgrunn, men at det fra lovgiver *ikke er ment* at Finnmarkseiendommen skal ha et slikt vern for at samer og andre får

⁹⁰ Eriksen, «Fremveksten av kravet om god tro» s. 123.

⁹¹ Tilsvarende bestemmelser er inntatt i lov om Jan Mayen (27. februar 1930 nr. 2) § 3 og lov om Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Maud Land m.m (27. februar 1930 nr. 3) § 3.

⁹² Utkast til lover for Spitsbergen avgitt av en av Justisdepartementet 20. april 1920 opnevnt komité (avgitt 6te november 1922) s. 21 spalte 1.

⁹³ Ot.prp. nr. 48 (1925) *Um lov um Svalbard* s. 4 spalte 1.

fastslått sin rett gjennom reglene om hevd og alders tids bruk. Her kan det igjen vises til finnmarksloven § 5, hvor det i første ledd er bestemt at samene «gjennom langvarig bruk av land og vann [har] opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark» og i annet ledd første punktum at «[l]oven her gjør ikke inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk». Justiskomiteens framløfting av *Svartskog*-dommen,⁹⁴ hvor private vant eiendomsrett på det som var en slags statseid allmenning, ut fra en forholdsvis lempeleg vurdering av god tro, understreker dette.

Så lenge rettsforholdene ikke er avklart, er presisjonen i finnmarksloven § 5 vag. Men det er neppe tvil om at strenge regler for prøving av god tro kan lede til at adgangen stenges for anerkjennelse av mange rettigheter som allerede er ervervet, men ikke avklart og sikret, noe som kan være i strid med finnmarkslovens formål. Lovgiveruttalelsen i tilknytning til finnmarksloven § 29, om at «grunn som Finnmarkseiendommen står som eier av i realiteten kan eies av andre, eventuelt at det i tillegg eksisterer bruksrettigheter for tredjeperson på den samme grunnen»,⁹⁵ tilsier også at Finnmarkseiendommen ikke bør ha et bedre vern mot hevd enn andre eiere og rettighetshavere på Finnmarkseiendommens grunn. Det må videre vektlegges at finnmarksloven må anvendes innen rammene av folkeretten og da særlig ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, jf. finnmarksloven § 3.⁹⁶

Dette innebærer at det ved rettskartleggingen må være reell mulighet for at samenes rett til eierskap og besittelse av sine tradisjonelle landområder, anerkjennes, jf. konvensjonen artikkel 14 nr. 1. Å stille opp så strenge krav for rettserverv at dette ikke skjer i praksis, kan således være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.

⁹⁴ Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 2.

⁹⁵ *Op. cit.* s. 18 spalte 2.

⁹⁶ Sametinget ønsket en klarere henvisning til ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 i finnmarksloven § 5 enn det regjeringen hadde foreslått i Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) s. 144 spalte 1. Det ble ikke tatt til følge av justiskomiteen, jf. Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 1. Nytt første og tredje ledd synes likevel å være utformet for å tilfredsstillende kravet i artikkel 14. Likeledes lovens kapittel 5.

5.5 *Ubestridt bruk og hederlig adferd, framfor aktsom god tro?*

At kommisjonen og domstolene ikke lett kan prøve aktsom god tro som et kunnskapskrav på Finnmarkseiendommens grunn, bør etter mitt skjønn bety at man må være forsiktig med å stille et slikt krav for rettserverv. Det kan da lede til at samer, og andre, som reelt sett har historiske rettigheter, ikke oppnår anerkjennelse for disse gjennom rettsavklaringen. Overfor førstnevnte gruppe kan dette som nevnt innebære et brudd på ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14. For begge grupper kan dette også være et uforholdsmessig inngrep i eiendomsretten til rettigheter som er ervervet, men ennå ikke er avklart, jf. EMK protokoll 1 artikkel 1 om *vern om eiendom*.⁹⁷

Et slikt krav kan også føre til unødig prosess hvor rettsavklaringen omgjøres til en «prosedyrekonkurranse», der de som har gode talegaver og vilje til å fremstille egne rettsförgjengeres bruk som rettsskapende, kan vinne fram. Det vil ikke være en heldig utvikling. I tilknytning til dette kravet finner jeg det naturlig å nevne at også Eriksen har gjort liknende refleksjoner omkring prøvingen av den gode tro. Som vi har sett mener han at både samisk tradisjon og *Selbu-* og *Svartskog-*dommene danner «et overbevisende argument for ikke å kreve aktsom god tro overhodet, eller for å praktisere godtrokravet lempeligere overfor samisk naturbruk».⁹⁸ Til støtte for dette nytter han folkeretten og utenlandsk rett det er naturlig å sammenlikne norsk rett med, hvor det ikke foreligger tilsvarende «kunnskaps- og undersøkelsespliktfundamentert godtrokrav når det gjelder urfolks naturbruk». For øvrig anfører han også at «en “redelighetsnorm” lik det danske godtrokravet for hevd» kan være et alternativ til den norske praktiseringen av kravet.⁹⁹

Tyngst er likevel argumentet som følger av den *manglende adgangen* til tinglysning, noe som i realiteten umuliggjør en tradisjonell prøving av den gode tro.

Etter dette kan man jo spørre om en lovbestemt regel i hevdsloven kan endres. Under forutsetning om lovgivervilje, er det ingen ting i veien for

⁹⁷ Bestemmelsen er inkorporert med forrang framfor annen lovgivning, se lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

⁹⁸ Eriksen, *Alders tids bruk* s. 347.

⁹⁹ *Op. cit.* s. 221, hvor han også peker på mindretallsvotumet i Rt. 1972 s. 643 (*Bottenvoll*).

å endre lovbestemmelsen for et bestemt geografiske område, permanent eller midlertidig.

Det er også relevant å spørre om det rent faktisk *er* reglene om hevd og alders tids bruk, i den form vi kjenner dem, det er behov for i Finnmark. Har vi ikke foran oss en ganske annen situasjon enn den hevdslovgivningen er innrettet mot, hvor målsettingen ikke er å skape ro om eiendomsforholdene, men å *tilbakeføre rettigheter* til etterkommerne av rettshaverne som ble fratatt sine eiendommer som følge av uttrykte statlige eieroppfatninger gjennom «læren om statens grunn»?

På samme måte som lovgiver har gitt egne regler om hevd for Svalbard, Jan Mayen m.fl., burde det også kunne gis egne regler for Finnmark. Disse reglene burde sikre at samer og andre, som gjennom generasjoners påvirkning har vært nødt til å akseptere staten som eier, ikke av den grunn blir fratatt sine historiske eier- og bruksrettigheter som følge av et krav om aktsom god tro som vanskelig lar seg prøve. Det kan her være relevant å se på praksis fra Canada, hvor kontinuerlig og eksklusiv bruk, men ikke god tro, vurderes ved prøving av *aboriginal title*. At slik lovgivervilje kan være til stede, understrekes av justiskomiteens drøfting av om nyere rettspraksis burde kodifiseres i finnmarksloven.¹⁰⁰

Et annet argument for lovendring, eller i alle fall annen rettsanvendelse, ligger i finnmarksloven § 3 om at loven, og dermed rettskartleggingen i kapittel 5, skal skje innen rammene av folkeretten og da særlig ILO-konvensjon nr. 169. Ifølge konvensjonen artikkel 8 nr. 1 skal det «[v]ed anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk ... tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner eller sedvanerett». Etter mitt skjønn tilsier dette at det må gjøres tilpasninger, da den tradisjonelle prøvingen av aktsom god tro og uhjemlet bruk ikke synes å ha sin plass innen samisk sedvanerett, jf. *Svartskog*-dommen, hvor aktsomhetskravet som et spørsmål om kunnskap langt på veg blir satt til side. Alminnelig god tro om den *ubestridte bruks rettmessighet, samt adferd som en hederlig person*, er derimot en regel som det neppe er vanskelig å finne støtte for i samisk sedvanerett. En vurdering av om beskrevet bruk er i tråd med *tradisjonell bruk*, kan også være et kriterium.

Et tredje argument ligger i bruken av festende forhold som argument for rettserverv. I de sakene jeg har pekt på foran, for eksempel for den tidligere umatrikulerte grunnen i Finnmark, har staten ervervet rett uten

¹⁰⁰ Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36 spalte 2.

at samtlige vilkår for alders tids bruk har vært til stede. Dette tilsier også at andre rettserverv i Finnmark må kunne vurderes ut fra modifiserte regler om hevd eller alders tids bruk, i alle fall når de samtidig er bedre egnet for å løse de foreliggende rettsspørsmål.

Om ikke lovgiver finner det formålstjenlig å endre på loven, kan rettspraksis, på samme måte som den i sin tid etablerte kravet om aktsom god tro til støtte for hederlig adferd i andre deler av landet, gjennom nye tolkninger av bl.a. folkeretten, bidra til å tone ned kravet på Finnmarkseiendommens grunn. Dette nettopp ut fra bevisvansker som gjør vilkåret vanskelig å prøve. I stedet burde det etableres et krav om god tro i form av hederlig adferd som en standard i samsvar med tradisjonell samisk bruk og annen lokal sedvane. Et slikt krav om redelighet vil selvfølgelig fortsatt innebære at den som bevisst tar seg til rette på fremmed grunn, slik krigsråd Dick i sin tid gjorde, avskjæres fra ethvert rettserverv. Faktisk kunnskap om de rette forhold vil således stenge for rettserverv. Likeledes manglende kunnskap som følge av man med hensikt ikke undersøker forholdene av frykt for å finne forhold som taler mot ens rettserverv. I dette ligger det også at der eier- og bruksrettigheter er tinglyst, kan kravet om slik kunnskap vanskelig settes til side.

Ved et krav om aktsom god tro som hederlig adferd, framfor registrering, hindrer man at rettserverv blir avskåret som følge av vanskelig prøvbare krav til godtrovurderingen. Dette vil bidra til en mer forutsigbar rettsanvendelse innen rammene av folkeretten, her både ILO-konvensjon nr. 169 og EMK protokoll 1 artikkel 1. Samtidig vil en slik regelendring hindre at veltalenhet skal veie tyngre på vektskåla enn samiske tradisjoner og sedvaner, eller beviselig bruk i hevdstiden, når rettsspørsmål skal avgjøres på Finnmarkseiendommens grunn. Slik vil dette bidra til et «rimelig resultat», så vel internrettslig som folkerettslig, når rettsforholdene i Finnmark skal avklares.

Henvisninger

Forarbeider

Innst. O. nr. 80 (2004–2005) Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven). NOU 1993: 34 Rett til og forvalt-

ning av land og vann i Finnmark. NOU 1997: 4 Naturgrunnet for samisk kultur. NOU 2001: 35 Forslag til endringer i reindrifftsloven. NOU 2007: 13 Den nye Sameretten. Ot.prp. nr. 48 (1925) Um lov um Svalbard. Ot.prp. nr. 30 (1965–1966) Om lov om hevd. Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven). Rådsegn 6 frå Si-villovbokutvalet, Om hevd (avgitt 29. mai 1961). Utkast til lover for Spitsbergen avgitt av en av Justisdepartementet 20. april 1920 opnevnt komité (avgitt 6te november 1922).

Litteratur

Allard, Christina, *Two Sides of the Coin: Rights and Duties*, Doctoral thesis, Luleå, University of Technology 2006. Borrows, John J. and Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues, Cases, Materials & Commentary*, 3rd Edition, Canada 2007. Brandt, Fr., *Tingsretten fremstillet efter den norske Lovgivning*, 2. utg., Kristiania 1878. Brækhus Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964. Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Oslo 1993. Eriksen, Gunnar, «Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003 s. 79–128. Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Bergen 2008. Falkanger, Thor, *Tingsrett*, 5. utg., Oslo 2000. Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., Oslo 2007. Falkanger, Aage Thor, *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999. Gjelsvik, N, *Norsk tingsrett*, Kristiania 1919. Høgetveit Berg, Borgar, *Hevd. Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer*, Oslo 2005. Johnsen, Oscar Albert, *Finmarkens politiske historie, aktmessig fremstillet*, Kristiania 1923. Juvkam, O., «Træk av utskiftningsvæsenets historie», *Tidsskrift for det norske Utskiftningsvæsen* 1917 s. 41–161. Lid, Olav: «Kan ein hevdar vera i god tru om slike omstende som går fram av tinglysningbøkene?», *Norsk tidsskrift for jordskifte og landmåling* 1965 s. 243–254. Lid, Olav, «Dei nye lovreglane om hevd», *Lov og Rett* 1967 s. 289–307. Marthinussen, Hans Fredrik, «Om europeisering av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettsdomstolens avgjørelser i Pye-saken», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 31–59. Pareli, Leif og Anne Severinsen, «Noen metodeproblemer i sørsamisk historieforskning», *Ottar* 1979 s. 29–37. Reindrifftsadministrasjonen, *Reindrifften i Finnmark. Lovgivning og distriktsinndeling*, Alta 1994. Ravna, Øyvind, «Utmarks-kommisjonen for Nordland og Troms og de samiske interessene» i NOU 2007: 14 *Samisk naturbruk og rettsituasjon fra Hedmark til Troms* s. 607–726. Ravna, Øyvind, «Hva må til for at finnmarksloven skal lede til at samene får anerkjent sine landrettigheter», *Retfærd* 2008 s. 26–57. Ravna, Øyvind, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindrifftsområder. En undersøkelse med benblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*, Oslo 2008. Tønnesen, Sverre, *Retten til*

jorden i Finnmark. Rettsreglene om den såkalte «statens umatrikulerte grunn» – en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter, Institutt for offentlig rett – skrift nr. 3/1972, Bergen 1972. Utgård, Karl Arne, «Bruk i alders tid», *Jussens venner* 2002 s. 253–262. Vigen, Bernhard, «Finnmarksmodellen for rettighetskartlegging også utenfor Finnmark?», *Lov og rett* 2008 s. 529–545.