

Samenes rett til land og vann, sett i lys av vekslende oppfatninger om samisk kultur i retts- og historievitenskapene

Av Øyvind Ravna

I 1892 la Norges Høyesterett til grunn at «den videnskabelige Forskning maa ansees

at have godtgjort, at de Fastboendes Rettigheder [...] er ældre end Lappernes» i en sak fra Rørosområdet. Dette innebar at den inntil da rådende oppfatningen om at samene var de opprinnelige beboerne i hele eller store deler av Skandinavia, som var trengt nordover av germanske folkegrupper, ble satt til side. Det fikk stor rettslig betydning for samene sør for Trondheimsfjorden det kommende hundreåret. Hvordan oppfatningen kunne endres så dramatisk, kommer jeg tilbake til.

Oppfatningen av samene og samisk kultur har endret seg gjennom historien, hvor de tidvis er betraktet som trollmenn, innvandrere fra øst eller primitive folk hvis eneste redning var å tilegne seg norsk kultur og språk. Tidvis har de imidlertid også vært omtalt som «Findmarkens ægte Børn og Indbyggere»; dyktige på sjøen og fjellet, nøye tilpasset landet og klimaet i nord.

English
abstract
p 319

oyvind.ravna@uit.no

Øyvind Ravna er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø

INNLEDNING¹

Tema, problemstilling og kilder

ITIDEN ETTER ANDRE VERDENSKRIG skjedde det en utvikling som ledet til at Norges storting i 1988 vedtok et grunnlovstillegg (§ 110 a) som påla statens myndigheter «at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv». Dette er en forpliktende anerkjennelse av at det gjennom Norges historie har eksistert en egen samisk folkegruppe i landet vårt.² Bestemmelsen setter rettslige skranker for lovgivningen, noe som bl.a. innebærer at en assimileringpolitikk overfor samene vil være i strid med paragrafen.³ Det samme gjelder diskriminerende rettsanvendelse.

Eksemplet innledningsvis er ett av flere som viser hvordan endrede oppfatninger innen retts- og historievitenskapene har fått betydning for samenes rettsstilling. *Problemstillingen* for denne artikkelen er å belyse hvordan slike oppfatninger er endret i tråd med vekslende kulturbetingede syn på samer, og betydningen de har fått for samisk kultur, næringer og landrettigheter. Mer konkret vil jeg drøfte tre «læresetninger» som har hatt stor betydning for adgangen til å erverve rett til «land og vann» etter reglene om hevd og alders tids bruk, og derved muligheten for å drive reindrift og annen næringsvirksomhet. Det er læren om 1) hvem som kom først, 2) hvem som er kvalifisert til å erverve eiendoms- og bruksrettigheter, og 3) hvilken bruk som kvalifiserer til å erverve slike rettigheter. Mens de to sistnevnte setningene framkommer som en blanding av kulturhierarkisk stadietenkning og juss, har spørsmålet om hvem som kom først ligget innenfor historikernes domene. Felles for alle tre, også den første, er at de er menneskeskapte sannheter som har fått stor rettslig betydning for samene.

I forlengelsen av dette vil jeg også gjøre noen betraktninger om bruken av historie og juss i den dagsaktuelle debatten om fjordbefolkningen i Finnmarks rett til fiske i havet. På landjorda er det erkjent at samene «kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann [har] opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.»⁴ Når det gjelder rett til fiske i saltvann, ser man fortsatt at historie og rettsvitenskap nyttes i

1. Artikkelen har bakgrunn i et foredrag om *urfolk og sannheter* på Lørdagsuniversitetet, Universitetet i Tromsø, 12. des. 2009. Takk til professor dr.juris Jørn Øyrehagen Sunde for gjennomlesning og nyttige merknader.

2. Slik uttrykt i Innst. S. nr. 147 (1987–88) *Innstilling fra Utenriks- og konstitusjonskomitéen angående ny § 110a i Grunnloven om samiske rettigheter*: 2 sp.1.

3. Slik J. Andenæs og A. Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utg., Oslo 2006: 477.

4. Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (finnmarksloven) § 5 første ledd.

argumentasjonen mot at sjøsamene og kystbefolkningen for øvrig har opparbeidet rettigheter gjennom tilsvarende bruk.

En stor del av kildematerialet til artikkelen er rettspraksis fra rein-driftsmiljøer i det sørsamiske området, noe som kan forklares med at det er sørsamene som i størst grad har fått føle virkningene av de endrede oppfatningene. Artikkelen sikter likevel mot å gi et generelt bilde av de rettslige konsekvensene av de endrede oppfatningene. Andre kilder er i all hovedsak offentlige utredninger, lovforarbeider og retts- og historievitenskapelig litteratur.

Av tidligere forskning på området nevnes særlig arbeidene til *Steinar Pedersen, Leiv Olsen, Kirsti Strøm Bull og Gunnar Eriksen*.⁵

Noen oppfatninger om samer i historien

Samenes «trolldomsvirkosomhet er av en slik avskrekkende karakter at nordmenn [ikke] tør bosette seg i nærheten av dem»

Innledningsvis, for å illustrere utviklingen, skal jeg gå inn på noen varierende oppfatninger om samene tilbake fra middelalderen og fram mot vår tid. Oppfatningene fikk stor rettslig betydning, og de ble knapt betvilt av noen i sin samtid.

Etter at Norge ble kristnet, ble samisk religionsutøvelse og helbredelse karakterisert som trolldom. Lovgivningen forbød da kristne å oppsøke samer for å få bli spådd eller helbredet.⁶ Samene ble også anklaget for å drive med *gand*, en slags «voodoo» hvor man med tankekraft kunne påføre folk sykdom og ulykke. Angivelig ble kong Christian 4.s befalingsmann på Vardøhus festning, *Hans Olsen Koefod*, tatt av dage på slik måte i 1601, noe som bidro til en av de verste forfølgelsene av mennesker i fredstid i dansknorsk historie.⁷ De to første som led døden på bålet var samene som angivelig hadde gandet Koefod og hans norske oppdragsgiver.

5. Av flere historikere som har drøftet liknende temaer vil jeg særlig nevne S. Pedersen, Fra bruk av naturgoder etter samiske sedvaner til forbud mot jordsalg til ikke-norsktalende i NOU 2001:34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger*: 289–381, som jeg har støttet meg i drøftingen av betydningen av *den norske historiske skole*, og L. Olsen, *Sørsamisk historie i et nytt lys*, Tromsø 2010. Av rettsvitenskapelige arbeider nevnes G. Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008 (kap. 14), K. S. Bull, *Studier i reindrifftsrett*, Oslo 1997 og K. S. Bull, Yngvar Nielsen med prejudikatvirkinger i D. Michalsen (red.) *Rett, historie, metode*, Universitetet i Oslo 2005: 137–149. Se også Å. Somby, Når Høyesterett gjentar no Pardon: Høyesteretts dom i Aursunden [...] i et rettssteoretisk og folkerettslig perspektiv, i *Retfærd* 1999: 19–30, og Ø. Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindrifftsområder*, Oslo 2008 (kap. 5).

6. Se Olsen, *Sørsamisk historie i et nytt lys*: 141 hvor det vises til at det i kristenretten fra 1100-tallet bl.a. var «ubota verk [at gera finfarar. fara at] spyria spa».

7. R. B. Hagen, Den sorte katts forbandelse – Christian 4.s møte med samisk trolldomskunst, i *Siden Saxo* 2005 (22): 4–15 (14).

Mytene om samer som ugudelige trollmenn ble forsterket av Danmark og Sveriges kamp om Nordkalotten. Samene, som flyttet mellom landene, ble ikke bare beskyldt for å stå i ledtog med svenskene, men også med den onde selv, hvor det het at deres «trolldomsvirksomhet er av en slik avskrekkende karakter at verken nordmenn eller andre fromme folk tør bosette seg i nærheten av dem.»⁸ I en befaling fra 1609 ble kongens menn i nord, lensherrene i Vardøhus og Bodøgård, pålagt å forfølge samisk trolldomskunst uten nåde.⁹ Totalt er det registrert 37 kjente trolldomsprosesser mot samer i perioden 1592–1692.¹⁰

De er «ei alleene ligesaa god Søemand som en Nordmand, men oftest langt bedre»

Samene ble offisielt kristnet av «samenes apostel» *Thomas von Westen* i første halvdel av 1700-tallet. Sammen med framveksten av opplysnings-tidens idealer, ledet dette til at trolldomsbildet ble erstattet av et langt mer positivt syn på samene. Juristen og historikeren *Hans Paus*, som var født i Finnmark hvor han også virket som sorenskriver, skrev om samene eller «Finnerne» at de er:

Landets eldste beboere, som fra umindelige Tider af have besadt Findmarken, og givet den sit navn, ja om man end icke af Historien vidste, at dette folk havde beboet Landet for næsten 2000 Aar siden, saa viiste dog Finnernes Natur og Levemaade, der saa nøye passer sig på Landets Beskaffenhed, at de ere Findmarkens ægte Børn og Indbyggere, ligesom ogsaa Landet og Clima selv synes at erkiende Finnerne for sine ægte Børn og Nordmændene ligesom for Stedbørn.¹¹

«Fiældfinnerne», fortsatte Paus, «ere de rette gamle Findmarkske Landbønder, som endnu continuere og vedblive den første og ældste leve-maade [...]» Om Søefinderne het det at de er

ei alleene ligesaa god Søemand som en Nordmand, men oftest langt bedre, det Erfarenhed ofte haver viist, da Nordmanden udi paakom-

8. R. B. Hagen, På heksebål i Tromsø, *Nordlys* 23. mars 2009, jf. R. B. Hagen, Den sorte katts forbandelse: 14. Se også Norske Rigsregistrarer IV, 1603–1618: 242–245 (etter tilvisning fra Rune Blix Hagen).

9. Se brev 20. februar 1609 om Finnene og Lappene udi Nordlandene og Vardøhuus, artikkel 7, inntatt i Norske Rigsregistrarer IV, 1603–1618: 296–301 (300) punkt 7. Se også R. B. Hagen, Forfølgelsen av samiske tollfolk i Vest-Finnmark i *Heimen* 2010 (47): 35–50 (38) og J. Ø. Sunde, *Speculum legale*, Bergen 2005: 327–328.

10. R. B. Hagen, Den sorte katts forbandelse: 14, og R. B. Hagen, *Samer er trollmenn i norsk historie*, Karasjok 2005: 6.

11. H. Paus, *Indberetning av 1769 om Finmarkens økonomiske tilstand med forslag om dens forbedringer*, Vadsø 1908: 6.

mende Fare ofte haver overlevert Roret til en hurtig Find, som bedre haver vidst at bruge det.¹²

De nye og langt mer humane oppfatningene var også kommet til uttrykk i 1751, da grensen mellom Sverige og Norge ble fastlagt. Til grensetraktaten ble det utformet en kodusill, den såkalte *lappekodusillen*,¹³ hvor samenes rett til å krysse grensen mellom de to landene ble gitt rettsvern som et bidrag til å sikre deres framtid som folk. Kodusillen er i ettertiden framholdt som et vitnemål om høy rettskultur fra traktatstatenes side.¹⁴

Samene har «ingen evne til på egen hånd å heve sig op til et høiere kulturtrinn uten veien gjennom norsk språk og kultur»

I første halvdel av 1800-tallet fikk kulturstadietenkningen et begynnende fotfeste under *den norske historiske skole*.¹⁵ Den dannet grunnlag for å rangere mennesker etter antatt utviklingsnivå og kulturell dannelse, hvor jordbruk var et kjennetegn på viderekommet kulturnivå. «Finnlapperne», som aldri hadde evnet å «hævet sig over Nomade-Livet»,¹⁶ ble dermed stilt bak den norske jordbruksbefolkningen, åndelig så vel som kulturelt.

Stadietenkningen fikk bredere tilslutning i siste halvdel av 1800-tallet, bl.a. som følge av *sosialdarwinismes* framvekst.¹⁷ Den forkynte at noen kulturer eller menneskeraser var kommet lenger i utviklingen enn andre på grunn av sine kvaliteter, og således var viktigere for samfunnet. Disse kulturene besto av arbeidsomme og evnerike mennesker, som med slit og møyne ryddet jorda og bygde landet. Samene hørte ikke til blant disse. Tidstypisk er *Lappekommisjonen av 1889* sin sammenlikning av fjellsamens og jordbrukerens tilværelse. Her het det:

12. Ibid.: 7.

13. Første Codicill og Tillæg til Grendse-Tractaten imellem Kongerigerne Norge og Sverrig Lapperne betreffende, 2. oktober 1751.

14. L. I. Hansen og B. Olsen, *Samenes historie fram til 1750*, Oslo 2004: 277.

15. De toneangivende historikerne her var Rudolf Keyser og P. A. Munch. Nærmere om den norske historiske skole hos Pedersen, *Fra bruk av naturgoder etter samiske sedvaner til ...*: 342–346.

16. R. Keyser, *Nordmændenes herkomst og folke-slægtskab*. (Særskilt utgivet af Samlinger til det norske Folks Sprog og Historie, 6the Binds 2det hefte, Christiania 1839: 263–462), særtrykk 1843: 444. Se også Pedersen, *Fra bruk av naturgoder etter samiske sedvaner til ...*: 343, sp. 2.

17. Sosialdarwinismen vokste fram av avhandlingen til C. Darwin, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, London 1859, hvor det ble framsatt en tese om at de best tilpassede artene hadde det største utviklingspotensialet. Tesen var basert på studier av dyrearter. Filosofen *Herbert Spencer* m.fl. overførte teoriene på mennesker, samfunn og økonomi og ga dermed stadietenkningen et «vitenskapelig» dekke, omtalt som *sosialdarwinisme*, se *Store norske leksikon*, www.snl.no/sosialdarwinisme og www.snl.no/Herbert_Spencer. (15.01.11).

[M]an maa respektere Lappernes Rettigheder. Men også naar man skal veie Lappernes og de Fastboendes gjensidige Rettigheder og Forpligtelser mod hinanden, kan man ikke glemme deres Næringsveies forskjellige Vilkaar, og at Jordbrugeren under det flittige og møisommelige kultiverende Arbeide ofte er paalagt store Tyngsler og Byrder, medens Lappen, hvis Tilværelse vexler mellom Strabadser og Dovenskab, som Regel gaar ganske fri for saadanne.

Spesielt for Lappen selv er hans Næringsvei fra et statsøkonomisk Standpunkt af liden Betydning. Selv om han for sin Rensdyrdrift benytter betydelige Betestrækninger og meget Trævirke afgiftsfrit, er det dog sjelden at Lappen samler sig nogen Rigdom af nogen Varighed.¹⁸

Stadielæren kulminerte i mellomkrigstiden, noe et brev fra skoledirektør Chr. Brygffell i Finnmark til Kirke- og undervisningsdepartementet gir et talende uttrykk for. Her het det:

[Det samiske folk] hadde ingen evne til på egen hånd å heve sig op til et høiere kulturtrinn uten veien gjennom norsk språk og kultur. [...] Det har alltid vært skjebnens tilmålte del for et lite, veikt naturfolk, at det aldrig har kunnet stå sig mot det sterkere kulturfolk som de lever iblandt. [...] De få individer som er igjen av den oprinnelige lappiske folkestamme er nu så degenereret at det er lite håp om nogen forandring til det bedre for dem.¹⁹

Sammen med nasjonale strømninger i Norge fikk «stadielæren» etter hvert stor betydning for samenes rett til land og vann, noe jeg kommer tilbake til. Parallelt med denne utviklet det seg også en lære om at samene hadde innvandret fra øst.

HVEM KOM FØRST?

«Lapperne [er] de oprindelige Beboere af Landet»

Selv om vi beveger oss inn i en tåkelagt fortid med sparsomme kilder, har «sannheten» om hvem som kom først hatt stor betydning for retten til «land og vann». Sammen med denne finnes det naturlig nok et motstykke, nemlig at den som *ikke* kom først, har vandret inn fra fjerne himmelstrøk og således kunnet diskrediteres rettslig ut fra læresetningen «*prior tempore, potior jure*» – *først i tid, er best i rett*.

18. Indberetning fra den ved kongelig Resolution af 12te Juli 1889 til Undersøgelse af Lappeforholdene i Hedmarkens, Søndre- og Nordre Trondhjems Amter anordnede Kommission, Kristiania 1892: 33–34.

19. L. L. Meløy, *Internatliv i Finnmark. Skolepolitikk 1900–1940*, Oslo 1980: 103–104. Se også K. E. Eriksen og E. Niemi, *Den finske fare. Sikkerhetsproblemer og minoritetspolitikk i nord*, Oslo 1981: 258.

Oppfatningen om hvem som kom først har ganske sikkert hatt betydning for folks selvbylde. For samene i Midt-Norge fikk spørsmålet også stor rettslig betydning, idet den ble avgjørende for hvem som vant retten til å bruke fjellbeitene i Rørosområdet.

Fram til slutten av 1800-tallet ble samene ansett som de opprinnelige beboerne i hele eller store deler av Skandinavia, som stegvis hadde blitt trengt tilbake av germansk ekspansjon. Rudolf Keyser fremmet tidlig på 1800-tallet en teori om at det var *de norrøne stammene* som hadde vandret inn til Skandinavia gjennom «de nordlige Egne af det nuværende Russiske Rige». ²⁰ Samene, eller «Finnlapperne», hadde derimot «fra umindelige Tider have havt hjemme» i Nord-Europa. ²¹ Slik oppfattet lang på veg også Høyesterett det i dom av 21. juni 1862, hvor en godseier på Helgeland hadde anmeldt to «lappebrødre» for å ha tatt bjørketrær og never til skiemner og gammetekke. Førstvoterende uttalte her at «Lapperne [er] de opprinnelige Beboere af Landet». Det tilsa at:

man maa opretholde og beskytte den Brugsret, som hine selv efter Okkupationen fra de [indvandrede norske Eiendomsbesiddere] ere vedblevne at udøve over den tidligere herreløse Grund. Herfor kan ogsaa paaberaabes Lovens Grundsætning om Hævd på Brug. ²²

Den rettslige følgen av at samene var de opprinnelige beboere var at tiltalte ble frikjent, da han var fullt ut berettiget til å ta skog til slik bruk. ²³

Oppfatningen om at samene var områdets eldste befolkning omfattet også det sørsamiske området. Under en utskiftning på Brekken øst for Røros i 1883, uttalte utskiftningsformannen at det var «enhver fuldt bekjent» at «Lapfinnerne [...] ansees at være de eldste Beboere paa disse Kanter, [som] fra umindelige Tider, med Regjeringens og Øvrighedens Samtykke, har ernæret sig af Rensdyrdrift i Norges Kongelige Almindingsfjældstrekninger». ²⁴

20. Keyser, *Nordmændenes herkomst og folke-slægtskab*: 405. Se også Pedersen, *Fra bruk av naturgoder etter samiske sedvaner til ...*: 342.

21. Keyser, *Nordmændenes herkomst og folke-slægtskab*: 444. At samene ble betraktet som Skandinavias urbefolkning, framgår også av Olsen og Hansen, *Samenes historie*: 21–24 og L. Lundmark, «*Lappen är ombytlig, ostadig och obekvämt*». *Svenska statens samepolitik i rasismens tidevarv*, Umeå 2002: 29.

22. Dommen er delvis inntatt i Norsk Retstidende (Rt.) 1862: 654 og i fulltekst i NOU 1984:18 *Om samenes rettsstilling*: 654–657.

23. Tiltalen mot den andre av brødrene var frafalt undervegs i saken.

24. Statsarkivet i Trondheim: Utskiftningsprotokoll nr. VIII (1879–1883) for utskiftningsformann Sv. Olsen i Søndre Trondhjems amt, fol. 298a (også i modernisert form i Rt. 1968: 394 [407]).

«... de Fastboendes Rettigheder i de heromhandlede Trakter er ældre end Lappernes»

Bare noen år senere måtte denne kjensgjerningen vike. I en framstilling fra 1891 la *Yngvar Nielsen* til grunn at samene i «Throndhjems stift og Hedemarkens amt» skulle ha trengt seg inn på området til den norske, fastboende befolkning etter at disse nesten overalt hadde tatt dal- og fjellstrekningene i bruk.²⁵ I tid sammenfalt denne «framrykningsteorien» med økt norsk nasjonalisme og nasjonsbygging i et ønske om en mer selvstendig stilling i unionen med Sverige, og sosialdarwinismens framvekst i Europa.

Alt året etter la *Lappekommissjonen* av 1889 den til grunn i sin innberetning.²⁶ Det gjorde også Høyesterett i dommen jeg har vist til i ingressen, som er inntatt i Rt. 1892: 411. I dommen ble reindriftssamen *Paul Johnsen* i Røros prestegjeld pålagt å erstatte skade forårsaket av rein. Johnsen framholdt at samene var de opprinnelige beboerne i området, som var trengt tilbake av norske bureisere. Høyesterett la til grunn det motsatte og uttalte at i

en Afhandling af Professor Yngvar Nielsen om Lappernes Fremrykning mod Syd i Trondhjems Stift og Hedemarkens Amt fremgaar det nemlig, at Lapperne paa sin Fremtrængen sydovert i Norge i Aaret 1742 endnu ikke havde slaaet sig ned her. Bøndernes Seterdrift og Slaattemarken i disse Fjeldstrækninger ere selvfølgelig langt ældre (Rt. 1892: 411 [413]).

Ved at synet på hvem som var de opprinnelige beboerne i området endret seg, endret også oppfatningen av hvem som hadde krav på rettslig beskyttelse seg, noe som ble understreket av førstvoterende som samme sted uttalte:

[I] Kollision mellem Bøndernes Ret til Seterdrift og Slaattemarken og de nomadiserende Lappers Havneret, derved at Lappernes Renhjorder under sin Omstreifen ved Afbeitning og Nedtrampen ødelægger Seter voldene og Slaattemarkerne, er der liden Opfordring til at løse denne Kollision paa en saadan Maade, at de ældste existerende Rettigheder i væsentlig Grad vilde ødelægges til Fordel for de senere opkommende Rettigheder.

25. Y. Nielsen, Lappernes fremrykning mod syd i Trondhjems stift og Hedemarkens amt i *Det Norske Geografiske Selskabs Aarbog* 1891: 18–52. Yngvar Nielsen (1843–1916) var historiker og geograf. Fra 1890 professor i geografi og etnografi ved Universitetet i Oslo.

26. Indberetning fra den ved kongelig Resolution af 12te Juli 1889 [...] anordnede Kommission. Se også Bull, Yngvar Nielsen med prejudikatvirkninger: 138–141, hvor det redegjøres nærmere for kommisjonens (og domstolens) bruk av Nielsens framstilling.

Utfallet var dermed gitt. Etter en summarisk behandling av en rekke påståtte skader oppstått 15–17 år tilbake i tid, stadfestet Høyesterett stifts- overrettens dom, hvor Johnsen var blitt dømt til å betale erstatning for skade på saksøkernes setervoller og slåttemarker. Fra i 1883 å være omtalt som en rett basert på «uminnelige tider[s]» bruk, var samenes beiterettigheter ni år senere redusert til «senere opkommende Rettigheter» som ikke måtte sjenere jordbrukerne.

At det ikke var slik «som tidligere ofte har været antaget, at Lapperne i disse Strøg skulde være de oprindelige Beboere», ble gjentatt av Høyesterett fem år senere i den første Aursund-dommen, inntatt i Rt. 1897: 759, hvor Paul Johnsen på nytt var saksøkt for urettmessig beiting. Under henvisning til dommen fra 1892 ble det av overretten uttalt at:

den videnskabelige Forskning maa ansees at have godtgjort, at de Fastboendes Rettigheder i de heromhandlede Trakter er ældre end Lappernes.²⁷

At samene ikke lenger ble ansett som områdets opprinnelige befolkning, fikk nå mer dramatiske følger. Høyesterett stadfestet på s. 764 overrettens dom hvor samene ikke bare, som i 1892, måtte erstatte beiteskader, men nå ble *fradømt rett til å ferdes med rein* over ankemotpartenes eiendommer innbefattet utmark og skogstrekninger. I løpet av et tiår var rettsbildet endret så radikalt at det ikke kan forklares rettsvitenskapelig, men heller som «juridisk trylleri».²⁸ Bildet av samene som innvandrere vant også fram i rettsvitenskapelig litteratur.²⁹

Først i 1968 fikk Rørossamene oppreisning. I Brekken-dommen i Rt. 1968: 394 uttalte Høyesterett på s. 401, med bakgrunn i en utredning av språkforskeren *Knut Bergsland*, at «samene var de som først utnyttet fjellområdene i den utstrekning disse kunne utnyttes». Dette fikk betydning for utfallet; dette var den første høyesterettsdommen siden 1862 hvor samene vant fram med krav om rettigheter til land og vann. I dag er «fremrykningsteorien» forlatt av de aller fleste historikere.³⁰

27. Se Rt. 1897: 759 (766) hvor Trondhjems Overret tilkjennegir sin oppfatning av Høyesteretts dom inntatt Rt. 1892: 411.

28. Slik A. G. Arnesen, *Reindriftssamenes rettslige stilling i Norge* i T. Thuen (red.), *Samene – urbefolkning og minoritet*, Tromsø–Oslo–Bergen 1980: 69–77 (71).

29. Se f.eks. E. Solem, *Lappiske rettsstudier*, Oslo 1933: 23 med videre henvisninger. Slike bilder ble også skapt om urfolk i Russland for å forklare at de ikke hadde større rett til sine landområder enn de europeiske kolonistene, se f.eks. Ø. Ravna, *Kampen om tundraen. Nenetserne og deres historie*, *Diedut* 4/2002: 9–12.

30. Olsen, *Sørsamisk historie i nytt lys*: 18. Den siste som forsvarte den var trolig K. Haarstad, *Sørsamisk historie: ekspansjon og konflikter i Rørostraktene 1630–1900*, Trondheim 1992. At samenes opprinnelse ennå drøftes, viser en artikkel i *Sågat* 31. okt. 2009, hvor moderne genforskning sies å vise at samene kom fra Spania.

HVEM ER KVALIFISERT TIL Å ERVERVE BRUKS- OG EIENDOMSRETT?

«Saa længe folkene lever som nomader [er] ikke jorden underkastet eiendomsret»

På Rørosvidda ble en historisk kjensgjerning endret i samisk disfavør. Nord for Trondheimsfjorden, hvor samene uomtvistelig hadde holdt til fra førhistorisk tid, var slik historieomskrivning vanskeligere. Her ser vi i stedet at juridiske læresetninger ble endret. Læren om kulturstadiene ble en inngangsport til dette. Den forkynte som nevnt at noen menneskeraser var kommet lenger enn andre i utviklingen på grunn av sine kvaliteter. Disse ble ansett å ha størst økonomisk betydning for samfunnet, og dermed også størst krav på rettslig beskyttelse.

Helt fra romerretten hadde som nevnt *først i tid, er best i rett* blitt vektlagt som en rettsregel ved rettserverv. For urfolk ble det etablert en annen lære. Filosofen *John Locke* argumenterte allerede i 1690 for europeernes adgang til å erverve landområdene i Amerika på annen måte enn ved avtale.³¹ Han mente at nomadiske samfunn ikke hadde eiendomsrett til sine landområder, da slik rett ble etablert via kroppslig bearbeiding av jorden.³² Med dette ville han gi britene legitimitet til å tilegne seg landet til urfolket i Amerika i tiden etter at *Mayflower* hadde fraktet de første kolonistene over havet.

Sannheten om at man måtte kultivere jorda for å vinne eiendomsrett, passet ikke bare for erobringen av Amerika. *Lennart Lundmark* har vist at samenes livsvilkår ble drøftet i et slikt perspektiv i den svenske riksdagen alt i 1828 etter at man startet leting etter malm ved Gällivare.³³ Under debatten ble det lagt til grunn at samene hadde bebodd hele Skandinavia i fortiden, men hadde blitt trengt tilbake av germanske innvandrere. At samene var blitt tilbaketrengt, skyldtes at de sto på et lavere kulturnivå enn innvandrerne, hvor deres eneste mulighet for overlevelse gikk gjennom assimilasjon.

Oppfatningen om at jorda måtte dyrkes før eiendomsrett oppstår, synes også å ha ligget til grunn for det standpunktet som ble fremmet i en proposisjon fra 1848 som forberedte en lov om salg av allmenninger. Her ble det uttalt at Finnmark var kongens eller statens eiendom, nettopp fordi «det opprindelig kun var beboet af et Nomadefolk, Lapperne uden

31. N. Oskal, Det moralske grunnlaget for diskvalifisering av urfolks eiendomsrett til land og politisk suverenitet i NOU 2001:34: 256–264 med henvisning til J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690).

32. Ibid.: 260 sp. 1.

33. Lundmark, «*Lappen är ombytlig, ostadig och obekväm*»: 29.

faste Boliger». ³⁴ Oppfatningen kan forklares ut fra læren til Keyser og andre historikere i den norske historiske skole, hvor det som nevnt ble framholdt at de innvandrede norrøne folkestammer var kulturelt, fysisk og åndelig overlegne den opprinnelige samiske befolkningen. ³⁵ Teorien ble presentert omtrent samtidig med debatten i den svenske riksdagen. ³⁶

En naturlig følge av at Finnmarks opprinnelige befolkning ikke var kvalifisert til å eie land, var at staten kunne ta det i besittelse. Det var da også grunnsetningen i tesen rettsviteren *Fr. Brandt* vevde sammen av historikernes tankegods og lovkonsipistenes forslag. I 1863 anførte han at staten eide grunnen i Finnmark, noe som bidro til *læren om statens grunn*. ³⁷ I Brandts tingsrettsmonografi fra 1867 lød denne «læren» slik:

Det *egentlige Finnmarken* har lige fra den ældste Tid været betragtet som den norske Stats *Ejendom*. Først langt ned i den historiske Tid er dette Distrikt blevet bebygget af Indvandrede; men disse ansaaes ikke som Ejere af Grundene [...]. ³⁸

Læren om statens grunn, som kan sammenliknes med *terra nullius-doktrinen* fra Australia om at herreløst land kan tas i besittelse av en statsmakt eller andre, innbar at all usolgt grunn i Finnmark tilhørte staten, uten påhefte av andre rettigheter enn de som etter hvert ble lovfestet eller inntatt i tilliggende eiendommers skjøte.

Charles Darwins avhandling fra 1859 bidro som alt nevnt til å gi stadielæren et vitenskapelig dekke, særlig etter at den kom ut på et nordisk språk. ³⁹ Stadielæren fikk nå et nedslagsområde langt utenfor Finnmark.

Fra finsk side har *Kaisa Korpjaakko-Labba* vist at *Axel Liljenstrand* forklarte samenes manglende eiendomsrett til jord ut fra en stadietenkning. ⁴⁰ Liljenstrand skrev at så lenge menneskene levde i det første sta-

34. [Oth. Prp.] No. 21 (1848) *Angaaende naadigst Proposition til Norges Riges Storting om Udfærdigelse af en Lov om Ophævelse af § 38 i Lov af 2ode. August 1821 om det beneficerede og Statens Gods*: 23 sp. 2. Se også Pedersen, *Fra bruk av naturgodene eller samisk sedvane ...*: 313 sp. 1.

35. Se s. 193, andre asnitt (ovenfor).

36. Se Pedersen, *Fra bruk av naturgodene etter samiske sedvaner til ...*: 341 sp. 1.

37. *Ibid.*: 358 sp. 2.

38. *Fr. Brandt, Tingsretten fremstillet efter den norske lovgivning*, Kristiania 1867: 194 (uthevet av Brandt). Framstillingen gjenfinnes ordrett i senere utgaver (1878: 181–182 og 1892: 188).

39. C. Darwin, *Om Arternes Oprindelse ved Kvalitetsvalg, eller Ved de heldigst stillede Formers Sejr i Kampen for Tilværelsen*, Kjøbenhavn 1872 (se for øvrig også note 18 ovenfor).

40. K. Korpjaakko-Labba, *Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland*, Helsingfors 1994: 21–34. *Axel W. Liljenstrand* (1821–1895) var finsk professor i rettsvitenskap og filosofi. Han forsket bl.a. på rettsøkonomi, tingsrett og kulturhistorie, se http://fi.wikipedia.org/wiki/A._W._Liljenstrand (18.02.11).

diet av sin sosiale utvikling, som fangstfolk og fiskere, kunne de ikke erverve eiendomsrett til jord. Det kunne de heller ikke i det andre stadiet, nomadestadiet. Åkerbruk var det første stadiet som kunne danne grunnlag for slik rett.

Kulturforskjellen mellom finlendere og samer, som Liljenstrand antok hadde felles opphav, forklarte han ut fra at de finske stammene hadde mottatt friske impulser fra omverdenen, herunder jordbrukskulturen. Det hadde ikke de som

ströfvade omkring uti det inre landets nästan otillgängliga ödemarker; de saknade i alle stycken tillräcklig näring för framåtskridande, förblefvo fiskare och nomader samt förkrympte till Lappar. De nöjde sig [...] hellre med vildt växande örter till spis än de ville bruka jorden [slik] sina åkerbrukande stamförvänder.⁴¹

I Norge ble en av landets fremste jurister, *Fredrik Stang*, en eksponent for denne oppfatningen. I hans *Indledning til formuesretten* fra 1911 heter det:

Saa længe folkene lever som nomader, saa længe jorden er vid nok til at gi alle den plads, de behøver, er derimot ikke jorden underkastet eiendomsret. Først naar en stamme slaar sig ned og driver akerbruk, opstaar eiendomsret til grunden.⁴²

Nikolaus Gjelsvik, som var den mest framtreddende tingsrettsjuristen i første halvdel av 1900-tallet, videreførte Brandts (og Stangs) setninger på en slik måte at Finnmarks befolkning også ble fratatt sine bruksrettigheter på «statens grunn».⁴³

«Grænserne for [Flytlappernes] Krav [er] givne. Og disse Grænser maa efter Forholdets Natur blive vikende»

Oppfatningen om at retten til jorden først oppsto etter at den var oppdyrket og bebygd, hvor jordbrukskulturen ble satt foran nomadismen, var nå blitt en sannhet som knapt trengte begrunnelse.⁴⁴ Statsadvokat, senere

41. A. Liljenstrand, *Finlands jordnaturer och äldre skattväsende, jemte ett blad ur dess kulturhistoria*, Helsingfors 1879: 42–43.

42. F. Stang, *Indledning til formuesretten*, Kristiania 1911: 3. Formuleringen gjenfinnes i senere utgaver, se (1935: 3), og er av Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark*: 55 omtalt som «Stangs lære». Stang (1867–1941) var professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo fra 1897 og en av datidens fremste rettsforskere.

43. N. Gjelsvik, *Norsk tingsrett*, Kristiania 1919: 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». Framstillingen gjenfinnes ordrett i senere utgaver (1926: 134 og 1936: 141–142).

44. Se f.eks. Solem, *Lappiske rettsstudier*: 84.

riksadvokat, *Peder Kjerschow* fra Tromsø⁴⁵ bidro sterkt til at regelen vant fram i norsk lovgivning og etter hvert i rettspraksis. *Lappekommissjonen av 1897*, hvor Kjerschow var medlem, formulerte i 1904 *Motiver til Utkast til Lov om Renbeitning* hvor det het:

Saalenge Flytlappernes Næring nyder Lovgivningens Beskyttelse, har den følgelig Krav paa at bydes saadanne Vilkaar, at den kan bestaa. Men i og med dens Stilling som en historisk Overlevering, der i ikke ringe Grad virker som Hemske paa Udviklingen af bedre berettigede og formaalstjenligere Samfundsinteresser, er Grænserne for dens Krav givne. Og disse Grænser maa efter Forholdets Natur blive *vikende*.⁴⁶

Som følge av unionsoppløsningen ble ikke lovutkastet vedtatt. I 1918 ble Kjerschow gitt i oppdrag å utarbeide et nytt forslag til reindriftslov.⁴⁷ Om «Rettsgrunnlaget for flyttlappenes rendrift» uttalte han at han i det vesentlige kunne forholde seg til «hvad herom er uttalt i innstillingen fra den ved Stortingets beslutning av 27. juli 1897 [...] nedsatte lappekommission». ⁴⁸ At reindriften måtte reguleres under avgjørende hensyntagen til jordbrukets «interesser og berettigede krav», ble således lagt til grunn som en norm for loven som ble vedtatt i 1933.⁴⁹

Lovutkastet la dermed til rette for at våre domstoler kunne rangere jordbruk foran reindrift, uavhengig av hvem som var «først i tid». I Høyesterett skjedde dette første gang i dom inntatt i Rt. 1931: 57. Tvis-ten gjaldt reindriftssamen *Jakob Dergafjelds* rett til å ha «bur og jordgamme» på privat eiendom i Røyrviken nord for Trondheimsfjorden, altså igjen langt sør i de samiske områdene. Av underinstansenes dom, hvor Dergafjeld tapte, framgår det at samenes tilstedeværelse ble vurdert å være langt eldre enn de fastboendes. Førstvoterende i Høyesterett fant det ikke påkrevd å gå inn på hvem som hadde lengst tilhold i distriktet, men la til grunn at «Dergafjeldfamilien gjennom alders tids bruk har rett til under flytningene vaar og høst – i kalvetiden og i

45. Peder Kjerschow (1857–1944) jurist, statsadvokat 1891, lagmann 1902 og riksadvokat 1911–29.

46. Indstilling fra den ved Stortingets Beslutning af 27de Juli 1897 [...] nedsatte Kommission, der har havt at tage under Overveielse, hvilke Lovregler m. v. vedkommende Lappevæsenet der bliver at *istandbringe* [...], Kristiania 1904: 196 sp. 2 (uthevet av kommisjonen). Se også K.S. Bull, Reindriften rettshistorie i Finnmark 1852–1960 i NOU 2001:34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger*: 85–246 (214–218) hvor lappekommisjonens syn på reindriften rettsgrunnlag drøftes.

47. Utkast til Lov om rendriften utarbeidet av riksadvokat P. Kjerschow (1922).

48. *Ibid.*: 42 sp. 1.

49. Lov 12. mai 1933 nr. 3 om reindriften. Det siterte er fra Utkast til Lov om rendriften ...: 43 sp. 2.

slaktetiden – at ha tilhold paa Vekterliens grunn». Dette fikk likevel mindre betydning da

lappeloven i det store og hele [gir] uttrykk for den tanke at i reguleringen av forholdet mellom fastboende og flyttlapper legges hovedvekten paa at beskytte den interesse som økonomisk sett maa forutsettes at være av vital betydning for vedkommende part (Rt. 1931: 57 [59]).

Høyesterett kom enstemmig til at Dergafjeld måtte flytte sin gamle og sitt stabbur. Læren om at «først i tid, er best i rett», var dermed avløst av en sosialdarwinistisk og markedsøkonomisk tese om at «høyest i kultur og best i økonomi, er best i rett».

At reindriftssamenes bruk måtte vike for jordbrukets, kom enda klarere fram i Marsfjell-dommen i Rt. 1955: 361, hvor samiske *Jonas Marsfjell* tapte sin rett til fiske. Førstvoterende fant her at det var uten betydning at samene hadde brukt området 200 til 400 år før de fastboende, og avviste dermed at reindriftssamisk bruk i alders tid kunne etablere rett.

I kontrast til dette fant Høyesterett i to noenlunde samtidige dommer at reindrift utøvd av ikke-samer kunne danne eiendomsrett i den sørnorske fjellheimen. I Vang-dommen i Rt. 1951: 417 kom Høyesterett enstemmig til at private, og ikke staten, hadde eiendomsrett til fjellområdet nord for Bygdin og Tyin, og endret således Høyfjellskommisjonens kjennelse. Førstvoterende uttalte på s. 423 at måten «villfjellet har vært utnyttet på – jeg sikter særlig til reindriften – støtter etter min mening også oppfatningen av at villfjellet tilhører eierne av de tilstøtende havnestrekninger». Selv om tamreindriften ikke overalt hadde pågått kontinuerlig, og beitet også var nyttet av bufe og villrein, ble det lagt vekt på at den var drevet som næring.

I dom i Rt. 1954: 1055, som gjaldt utstrekning av privat eiendomsrett i Hol kommune, ble også Høyfjellskommisjonens avgjørelse endret. Førstvoterende, som representerte flertallet (tre mot to), begrunnet på s. 1060 dette bl.a. i at *tamreinbeitingen* var tillagt for liten vekt:

For de fjellstrekninger som det her gjelder, vil derfor etter min oppfatning også bruk av områdene til tamreinbeiting eller utleie av strekningene til tamreindrift kunne være momenter som må komme i betraktning når det skal avgjøres hvorledes grensene mellom privat eiendom og statsalmenning skal trekkes opp.

For øvrig deltok samme dommer i Marsfjell-dommen, avsagt mindre enn et halvt år senere. Her var han i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, som bl.a. viste til at reindriftssamers bruk av «fremmed

eiendom» var «en uskadelig Nyttets- og Brugsret, der ikke paafører Ejeren af Udmarken noget positivt Tab».

«Samenes bruk kan ikke «sidestilles med utøvelse av en uskyldig nyttesrett»

Før vi forlater stadietenkningen som ledestjerne for rettslig rangering av folkegrupperes rettigheter, vil jeg kort nevne en dom fra Frostating lagmannsrett fra 1966. Den kan stå som en siste bauta over hvilken betydning slik tenkning fikk for anvendelsen av reglene om hevd og alders tids bruk i samiske områder. Her het det 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.⁵⁰

I Brekken-dommen inntatt i Rt. 1968: 394, hvor anken på den siterte dommen ble behandlet, fikk samene som nevnt oppreisning; ikke bare i spørsmålet om hvem som kom først, men også i den rettslige konsekvensen av dette. Høyesterett kom her på s. 401 til at samenes bruk «gjennom lang tid [synes] å ha vært stedbundet og i sin kjerne så festnet at den ikke uten videre kan sidestilles med utøvelse av en uskyldig nyttesrett eller en allemannsrett», noe som ledet til at samene vant fram med krav om rett til jakt og fiske i sine tradisjonsområder, selv om disse etter hvert var blitt til privat grunn. Samene *var* dermed funnet kvalifisert til å erverve rettigheter ved alders tids bruk som lovgiver ikke fritt kunne regulere.

HVILKEN BRUK ER EGNET TIL Å SKAPE BRUKS- OG EIENDOMSRETT?

Samisk bruk er ikke tilstrekkelig regelmessig og intensiv

Til tross for at Høyesterett i 1968 satte til side læresetningen om at nomadisk bruk av land og vann ikke kunne lede til rettsdannelse, skulle det ikke bli lett for reindriftssamer å vinne rett etter reglene om hevd og alders tids bruk. Årsaken til dette var at det så sent som omkring 1980 ble fremmet en ny lære som fikk tilslutning blant domstolene. Den sa at reindriftssamisk bruk ikke kunne gi grunnlag for rettsverv, da bruken ikke var *regelmessig* og *intensiv* nok til at den kunne danne rett etter reglene om hevd og alders tids bruk.⁵¹

50. Frostating lagmannsretts dom av 14. nov. 1966 (sak 83/1964).

51. Jf. begrepene «som sin egen» og «i sammenheng» i lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd § 2. At disse reglene også gjelder for alders tids bruk, framgår av høyesterettsdom inntatt i Rt. 2001: 769 (788–789). Se også Eriksen, Alders tids bruk: 331–336.

I Trollheimen-dommen inntatt i Rt. 1981: 1215 uttrykte førstvoterende på s. 1223 dette slik:

Selv om det i eldre tid har vært samer i Trollheimen i større utstrekning enn det som hittil har kunnet konstateres gjennom historisk og arkeologisk kildemateriale, må jeg ut fra det omfattende bevismateriale som er lagt frem i saken, legge til grunn at samene ikke har brukt dette område i en slik utstrekning og over en så lang tidsperiode at det kan gi grunnlag for en historisk ervervet rett.

Førstvoterende uttalte videre på s. 1225 at det ikke var «tilstrekkelig som hevdvilkår at reinen mer leilighetsvis har kommet inn på et område. Det må kreves en mer regelmessig bruk». Denne rettssetningen ble dyrket videre i to påfølgende høyesterettsdommer om beiterett i det sørsamiske området.⁵² Her ble kravene til intensiv og regelmessig bruk for reindriftingsamene vurdert 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 Aursunden II-dommen inntatt i Rt. 1997: 1608 om at han ikke, slik anført av den samiske parten, fant at

reindriftens egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning kan føre til at det her må stilles vesentlig lempeligere krav til rettserverv ved alders tids bruk enn ellers i tingsretten (Rt. 1997: 1608 [1617]).

Rettssetningen ble etter hvert påberopt i et slikt omfang at den truet hele den sørsamiske reindriften, og dermed samekulturen sør for Trondheimsfjorden. Da en ny tvist over det samme tema kom opp for Høyesterett i 2001, kunne resultatet ha fått svært stor betydning. Derfor ble det besluttet at saken skulle avgjøres av Høyesterett i plenum.⁵³

Samisk bruk kan skape rett etter reglene om alders tids bruk

I Selbu-dommen, som ble avsagt i plenum, fravek Høyesterett oppfatningen de tre nevnte dommene bygget på. I denne dommen ble det lagt til grunn at det måtte legges vekt på «rettighetens art» ved prøving av reglene om alders tids bruk, noe som innebar at samiske kulturelle sær-

52. Se Rt. 1988: 1217 (Korssjøfjell) og Rt. 1997: 1608 (Aursunden II).

53. Se Rt. 2001: 769 (779), jf. lov 25. juni 1926 nr. 2 om forandring i lovgivningen om Høyesterett, hvor det i § 3 ble initierert slik prosessordning når «særlige grunner gjør det ønskelig [...] at et tvilsomt rettsspørsmål skal avgjøres [...] av den samlede Høyesterett. Bestemmelsen er nå opphevet og erstattet av lov 13. aug. 1915 om domstolene § 5 fjerde ledd (endret ved lov nr. 3/2007).

trekk, reinens næringsvandring og bruk av naturlandskapet måtte vektlegges. At samene har hatt en nomadisk livsform, innebar at momenter som har vært framhevet for andre beitedyr ikke uten videre kunne overføres til reindriften. Av konkrete forhold pekte førstvoterende, som representerte flertallet, på at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitenes beskaffenhet. På s. 789 uttalte han at det kunne «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». Videre ble på samme side uttalt:

Konsekvensen av at det tas hensyn til reinens natur, er at det må legges vekt på beitemønsteret. Reinen tar store områder i bruk, og omgivelsene, topografi, næringsforhold, vær og vind mv. avgjør områdebruken. Et typisk beitemønster er at den streifer [...]. Rettserverv kan dermed ikke være avskåret utelukkende fordi det er såkalt 'streifbeiting' som har funnet sted.

Regelen om at kravet til *regelmessighet* og *intensitet* måtte prøves ut fra normen som gjaldt for andre beitedyr, var dermed uttrykkelig forlatt til fordel for regelen om at dette måtte prøves ut fra «rettighetens art». Dette innebar at tradisjonell samisk bruk kunne skape rett etter reglene om alders tids bruk. I realiteten slo Høyesterett her kun fast et prinsipp som bl.a. var framhevet av tingsrettsjuristene *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* alt i 1964,⁵⁴ men som inntil da ikke hadde omfattet reindriftingsamer.

I Selbu-dommen tok flertallet også et oppgjør med Lappekommisjonens og 1890-tallets kulturbetingede syn på samer og samisk kultur, bl.a. ved å distansere seg fra kommisjonens famøse uttalelse om «lappens» dovenskap (s. 791–792).⁵⁵ Men dette var ikke ukontroversielt, selv i vår høyeste domstol i 2001. Mindretallet, som besto av seks av 15 dommere, uttalte at man «ikke [kan] se at det er holdepunkter for å anta at datidens syn på samisk reindrift har hatt betydning for kommisjonens bedømmelse av de konkrete bevis» (s. 820).

54. S. Brækhus og A. Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964: 610 uttaler at «det også [tas] hensyn til andre momenter som f. eks. rettighetens art og kvalitet [...]». Se også Eriksen, Alders tids bruk: 332, som påpeker at Høyesterett her endelig slår fast at kravene til rettsvern «må tillempe de spesielle forhold som gjelder innen reindriften».

55. Se det siterte fra Lappekommisjonen av 1889 på side 194 (ovenfor).

Retten til kyst- og fjordfiske i sjøsamiske områder

Prinsippene som skal nyttas ved rettsavklaring på landjorda i de samiske områdene, er kommet nærmere en avklaring de seneste årene, bl.a. som følge av Selbu- og Svartskog-dommene.⁵⁶ For retten til fiske i de kystnære områdene i Finnmark, pågår det derimot en kamp hvor samiske og lokale interesser står på den ene siden, mens statlige og havfiskeinteresser står på den andre. Her kan ikke skillelinjene mellom historie, juss og politikk sies å være avklarte.

Læren om eiendomsrettens rekkevidde i sjø, bygger i norsk rett på teori og rettspraksis utviklet omkring 1900, hvor det ble slått fast at eiendomsretten går til marbakken, eventuelt til to meters dyp ved middels fjære der det ikke er marbakke.⁵⁷ Man kan også merke seg at disse reglene varierer forholdsvis mye fra våre nordiske naboland, hvor eiendomsretten slutter dit høyvannet når i Danmark, mens den i Sverige og Finland kan strekke seg flere hundre meter utover i sjøen.⁵⁸ Fra myndighetshold hevdes det at det heller ikke kan eksistere selvstendige rettigheter til fiske for privatpersoner, bygdelag o.l. utenfor marbakken, hvis vi ser bort fra rett til lakseplass.⁵⁹ Dette gjelder selv om slikt fiske har foregått i fjorder som i all hovedsak er brukt eksklusivt og ubestridt av lokalbefolkningen i alders tid. Disse ressursene uttales å tilhøre staten eller «fellesskapet», jf. havressurslova (6. juni 2008 nr. 37) § 2 hvor det heter: «Dei viltlevande marine ressursane ligg til fellesskapet i Noreg.» Dette innebærer i prinsippet at den norske stat anser seg å stå fritt til å gi lover og å tildele fiskekvoter til andre, selv om kystbefolkningen har brukt området som grunnlag for næring og livberging i historisk tid. Oppfatningen ligner altså på den som domstolene tidligere uttrykte når det gjaldt reindrifts- og andre samiske fastlandsrettigheter (se s. 200–202 ovenfor).

Nyere forskning, bl.a. utført av *Jørn Øyrehagen Sunde* og *Kirsti Strøm*

56. Se Innst. O. nr. 80 (2004–2005) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)*: 36 sp. 1 hvor det uttales at disse dommene «har gitt anvisning på hvordan tradisjonell samisk bruk skal anses som grunnlag for rettserv. De vil være viktige rettskilder for [Finnmarks] kommisjonen og domstolen».

57. Se T. Falkanger og Aa. T. Falkanger, *Tingsrett*, Oslo 2007: 94–94 med videre henvisninger. Se også V. Bergtun, Grensegang i vassdrag og sjø i Ø. Ravna (red.), *Perspektiver på jordskifte*, Oslo 2009: 512–544, se 522–526 med videre henvisninger, hvor denne utviklingen utdypes.

58. Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*: 93.

59. Dette er kodifisert i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v. § 16 første ledd bokstav c hvor «eieren av nærmest tilstøtende grunn [har] enerett til fiske etter anadrome laksefisk med kilenot [...]».

Bull, viser at fjordfisket er blitt betraktet som en eksklusiv rett for fjordbefolkningen.⁶⁰ *Bull* skriver på s. 156 sp. 1:

Den bruken samene fra gammelt av har utøvd i fjordene, var på overgangen til 1800-tallet av en slik karakter at den gav grunnlag for å etablere rettigheter. Slik sett er det ikke grunn til å vurdere deres bruk annerledes enn den bruk som reindriftssamer og andre utøvde på fastlandet.

Hun anfører videre at tidlig på 1900-tallet var fjordfisket fortsatt eksklusivt for fjordbefolkningen.

Kystfiskeutvalget, ledet av tidligere høyesterettsjustitiarius *Carsten Smith*, har lagt vekt på denne forskningen, og enstemmig konkludert med at staten ikke står i en slik fri stilling når det gjaldt fiskeriforvaltningen, men at det foreligger rettslige skranker og forpliktelser til å ivareta lokalbefolkningens og særlig den samiske urbefolkningens rettigheter til fiske. Utvalget har med bakgrunn i dette foreslått å lovfeste en fjordrett til fiske for lokalbefolkningen, basert på historisk ervervede rettigheter og urfolksrettslige forpliktelser.⁶¹ Om forslaget blir vedtatt, kan det for sjøsamene bli like skjellsettende som *Brekken-dommen* var for reindriftssamene i 1968.

Forskningen viser samtidig at havressurslova er basert på en rettsoppfatning som i all hovedsak er utviklet i kjølvannet av industrifiskets etablering på 1900-tallet.

Kystfiskeutvalgets forslag har møtt sterk motstand fra fiskeriorganisasjoner og statlig fiskeriforvaltning. Tidligere kyst- og fiskeriminister *Helga Pedersen* har her uttalt:

Jeg mener veldig sterkt at det er på tide at samepolitikken kommer ut av juristenes klør, og at diskusjonen i mindre grad kan handle om i hvilke lover nye paragrafer skal hjemles, og i større grad blir en diskusjon om hvilke konkrete og praktiske løsninger som gagnar fiskerne i finnmarksfjordene.⁶²

Med dette synes nåværende nestleder i Arbeiderpartiet å signalisere at politikere og byråkrater bør kunne utforme så vel same- som fiskeripoli-

60. J. Ø. Sunde, *Fiskerettar i saltvann og lex non scriptum i norsk rett og retts historie* i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2006: 341–412, og A geographical, historical and legal perspective on the right to fishery in Norwegian tidal waters, i *Arctic Review on Law and Politics* 2010: 108–130, og K. S. Bull, *Historisk fremstilling av retten til fiske i havet utenfor Finnmark* i NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark* kap. 5.1–5.14 og 5.23.

61. Se NOU 2008:5: 14 sp. 1. Se også C. Smith, *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark* i *Arctic Review on Law and Politics* 2010: 4–27.

62. Helga Pedersen til *Sågat* (3), 7. oktober 2009.

tikken uten at rettslige normer og historiske kjensgjerninger danner avgjørende skranker.

AVSLUTNING

Kom noen først?

Gjennomgangen viser at rettsvitenskapen ikke lenger utelukker nomader fra å kunne erverve bruks- og eiendomsrett. Den stiller heller ikke lenger kravet til intensitet og regularitet i bruken som tradisjonell samisk utnytting vanskelig kan oppfylle.

Når det gjelder spørsmålet om hvem som kom først til fjellområdene i Midt-Norge, har vi sett at det har blitt endret av historikere og jurister for å underbygge de framherskende politiske strømninger og myndighetsoppfatninger. Disse endringene har fått stor betydning for de mest utsatte samegrupperingene i Norge, sørsamene.

Jeg finner ikke grunn til å gå inn på om Keyzers tese om nordmenn som innvandrere har noen støtte i dag når det gjelder spørsmålet om «hvem kom først». Derimot kan man slå fast at «fremrykningsteorien» til Nielsen ikke lenger har støtte. Spørsmålet har heller ikke lenger noen vesentlig rettslig betydning, da samene i dag er sikret retten til sine tradisjonsområder som urfolk, jf. Norges ratifisering av ILO-konvensjon nr. 169,⁶³ som ikke definerer urfolk ut fra hvem som kom først.⁶⁴ I en konkret rettstvist, under et endret politisk regime, kan man dog ikke utelukke at det fortsatt kan bli lagt vektlagt. Det kan således være nyttig å se på hva vitenskapen sier om det i dag.

Sentralt her står arbeidene til arkeologen og sosialantropologen *Knut Odner*. Han hevder at samisk etnisitet ikke oppsto som følge av innvandring østfra, men som et resultat av en «etnogenese» utviklet av sosiale og økonomiske kontakter mellom en fangstbefolkning og en bondebefolkning.⁶⁵ Odner avviser også at germansk eller skandinavisk etnisitet langs kysten av Nord-Norge kan forklares med innvandring sørfra. Han mener i stedet at det på slutten av eldre jernalder, mellom ca. 300 og 600 e.Kr.,

63. Dette også i Midt-Norge, jf. Selbu-dommen i Rt. 2001: 769 (791).

64. I ILO-konvensjon nr. 169 art. 1 nr. 1 bokstav b, defineres urfolk som: «Folk i selvstendige stater som er ansett som opprinnelige fordi de nedstammer fra de folk som bebodde landet [...] da erobring eller kolonisering fant sted eller da de nåværende statsgrenser ble fastlagt, og som – uansett deres rettslige stilling – har beholdt alle eller noen av sine egne sosiale, økonomiske, kulturelle og politiske institusjoner.»

65. K. Odner, *Finner og terfinner. Etniske prosesser i det nordlige Fenno-Scandia*, Oslo 1985: 75 og 113–119. Han viser for øvrig til P. Simonsen, Veidemenn på Nordkalotten i Stensilserie B – Historie, Universitetet i Tromsø 1979, bind 3: 506, hvor det uttales: «Samene innvandret ikke, men [oppsto] gjennom en minst fire tusen år lang prosess [...] i Nordkalottens kjerneområder». Odner reiser her kun spørsmål ved lengden på Simonsens framstilling av prosessen.

skjedde en etnisk differensiering i Fennoskandia, hvor det oppsto to folkegrupper: én som beholdt fangskulturen, og en annen som adopterer germansk jordbrukskultur. Det er det siste som skjer med folket langs kysten av dagens Nordland og Sør-Troms, hvor jordbruk erstatter fangst-kulturen.⁶⁶ Odners framstilling har støtte i standardverket *Samenes historie*.⁶⁷

Oppsummert kan det sies at denne forskningen ikke peker på at befolkningen i Skandinavia har bestått av to distinkte folkegrupper hvor én nødvendigvis har eldst tilhørighet, men at kulturelle, næringsmessige og sosiologiske prosesser over tid har ledet til at noen valgte jordbrukskultur og samkvem med kontinentet og dannet den norske eller skandinaviske kulturen, mens andre fortsatte med fangst- og nomadeliv og dannet samekulturen. Skillet mellom de to kulturene ble større da kristendommen fikk fotfeste i landet. Det forklarer lovforbudet mot å oppsøke «finner» for å la seg spå. Forbudet siktet neppe mot folk som bodde i Finnmark, over tusen kilometer borte, men til samene som da holdt til i det indre Østlandet. Framstillingen til Axel Liljestrand, om et felles opphav med forskjellige vegvalg, var kanskje ikke så gal, hvis man ser bort fra den lite flatterende omtalen av samekulturen. Konklusjonen er således at det, uavhengig av ILO-konvensjonen eller andre regler, har liten mening i å drøfte hvem som kom først.

Alders tids bruk skaper rett, uavhengig av etnisk eller kulturell bakgrunn

På 1960-tallet sluttet domstolene å fatte avgjørelser som diskrediterte nomadisk bruk av land grunnet i at slik bruk kulturelt og økonomisk ble rangert bak jordbruket. Noen år senere ble politijuristen og rettsviteren *Sverre Tønnesen* den første som tok et oppgjør med læren om statens grunn.⁶⁸ Hans avhandling påvirket rettsvitenskapen og bidro bl.a. til at *Samerettsutvalget* ble opprettet i 1980.⁶⁹

Tross skiftet i rettspraksis på 1960-tallet, kom domstolene likevel til å stille krav i rettstvister om land og vann som samisk bruk ikke kunne oppfylle. Jeg sikter da til kravet til intensitet og regularitet i reglene om hevd- og alders tids bruk. Dette innebar at bruk som under andre omsten-

66. Odner, *Finner og terfinner*: 117.

67. Se Hansen og Olsen, *Samenes historie*: 31–42.

68. S. Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark – Rettsreglene om den såkalte «Statens unatrukkerte grunn» – en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter*. Doktoravhandling. Bergen 1972.

69. Nærmere om dette i Ø. Ravna, *Retten til jorden i Finnmark, samenes rettigheter og forslaget til Finnmarkslov i Kritisk juss 2005* (31): 200–211.

digheter kunne ha ledet til rettsserverv, ennå på 1990-tallet i stedet ble et hinder for det. Kravet til intensitet og regularitet ledet så seint som i 1997, i Aursunden II-dommen, til at samisk naturbruk nettopp ble et hinder for rettsserverv, hvor jordbrukeres rett ble satt foran reineieres. Oppfatningen om at det måtte stilles slike krav ble underkjent av Høyesterett i Selbu-dommen, hvor det ble uttalt at det ved prøving av reglene om alders tids bruk måtte legges vekt på reindriftens egenart, reinens næringsvandring og samenes bruken av naturlandskapet når kravet til intensitet og regularitet skulle prøves.

I 2003 ble oppfatningen om at samisk eller nomadisk bruk ikke kunne lede til rettsdannelse, endelig også forlatt av den norske regjering, som uttalte at «[a]ll bruk over tid kan etter norsk rett være rettsskapende, uavhengig av utøvernes etniske og kulturelle bakgrunn». ⁷⁰ Det norske storting nedfelte det i forpliktende form i finnmarksloven § 5 hvor det heter: «Samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.» Det ble også erkjent at ulike former for diskriminering hadde foregått i perioder, men at «norsk rett har aldri hatt noe dogme om at samers bruk skulle ha mindre rettsvirkning enn andre norske borgeres bruk». ⁷¹

Selve «læren om statens grunn» var også svært seiglivet. Da *Rettsgruppa*, som besto av velrenommerte jurister, utredet retten til jorden i Finnmark for Samerettsutvalget på 1990-tallet, lot de den leve selv om de innså at den bygde på en misforståelse. ⁷² Om lag ti år senere sto «læren» likevel for fall. I utkastet til finnmarkslov fra 2003 uttalte regjeringen at «det etter gjeldende rett [er] vanskelig å konkludere sikkert med at statens eiendomsrett kan opprettholdes fullt ut». ⁷³ At statens eierforhold hadde vist seg å være en misforståelse, ledet igjen til at regjeringen foreslo den største eiendomsoverdragelsen i norsk historie, hvor et areal på 45 000 km² ble overført fra staten til Finnmarks befolkning. Myten om at urfolks bruk av land og vann ikke kunne lede til eiendomsrett, og at staten hadde eid grunnen i Finnmark «så langt tilbake som den norske

70. Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)*: 13 sp. 2.

71. Ibid. Det må dog være lov til å reise spørsmål ved dette postulatet.

72. Se NOU 1993:34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark*: 263 sp. 1 hvor det ble uttalt: «I norsk rett er det et faktum at det som en gang var rett, ikke behøver å være det i dag – hverken med hensyn på eiendomsrett eller andre rettighetsforhold [...] Til tross for at misforståelsen i sin tid vanskelig lot seg unnskyldes, gjelder regelen likevel.» Gjennom såkalte «festnede rettsforhold», som er en modifisering av reglene om alders tids bruk hvor det ikke stilles samme krav til god tro, kom gruppa til at statens annekasjon hadde ledet til eiendomsrett. Slik bekreftet den læren om statens grunn så sent som i 1993.

73. Ot.prp. nr 53 (2002–2003): 43 sp. 2.

soge vet å berette»,⁷⁴ var dermed uttrykkelig satt til side. Gjeldende lære er dermed i dag, slik den var for 150 år siden, at alders tids bruk kan danne rett – også for samer.

Når det gjelder *sjøområdene*, er dette fortsatt omstridt. Som vi har sett har Kystfiskeutvalget foreslått å lovfeste en fjordrett til fiske, basert på at historisk bruk og nærhet til ressursene etablerer rett. Våre myndigheter har hittil nektet å ta dette til følge, bl.a. annet ut fra en juridisk argumentasjon om at reglene om alders tids bruk ikke gjelder i saltvann, altså en slags parallell til tidligere tiders oppfatning om at reglene for rettserverv ikke gjaldt for visse folkegrupper eller for visse bruksformer.

Om myndighetenes standpunkt om at fisket er en felles ressurs staten kan fordele ut fra politiske vurderinger, må vike for oppfatningen om at fjordfisket ligger til fjordfolket, vil bare de kommende årenes utvikling vise.

Nærmere den objektive sannheten?

Gjennomgangen viser at retts- og historievitenskapene langt på veg er blitt brukt for å støtte opp om varierende kulturbetingede oppfatninger i politikken som er ført overfor samene. At forskere lar seg bruke på en slik måte, er ikke noe vi kan være stolte av, men likevel en realitet vi må forholde oss til. Dette reiser samtidig vesentlige spørsmål, både av metodisk og kildekritisk art og om forskningens uavhengighet, som i seg selv bør være gjenstand for videre drøfting. Historien viser samtidig at enkelte forskere har forsøkt å ta et oppgjør med dette, slik som Sverre Tønnesen. Praksis viser dessuten at domstolene har tatt avstand fra eldre oppfatninger om samers adgang til rettserverv, jf. dommene i Rt. 1968: 394 og Rt. 2001: 769, men at dette ofte har skjedd seint; først når de politiske vindene hadde begynt å dreie.

Så kan man jo spørre om læresetninger som i dag begrunner gjeldende rett er basert på uavhengig forskning. Eller er de nye eksempler på at vitenskapen framskaffer argumenter for de framherskende politiske trender, som om noen årtier også blir betraktet som tendensiøse? Vi får ikke håpe det. Å etterspørre objektive sannheter innen same- og urfolksretten, eller for den saks skyld innen andre deler av samfunnsvitenskapen der juss møter politikk, bør man være forsiktig med. I motsetning til naturvitenskapene kan ikke rettsvitenskapen begrunnes med tall, statistikk og formler. Om vi er kommet nærmere en objektiv sannhet på dette

74. Slik uttalt i Innstilling om lov og forskrift om Statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke (1962): 5 sp. 1.

området nå enn for 50 eller 100 år siden, bør derfor stå ubesvart. Vi må likevel tro og håpe at vi er kommet nærmere de rettslige prinsippene, nasjonale og internasjonale, som vi forholder oss til i et konstitusjonelt demokrati, og slik sett er i stand både til å gjøre opp for tidligere urett overfor samene, og til å fatte forutsigbare og gode beslutninger som regulerer forholdene mellom samer og majoritetsbefolkningen i framtiden.

Gjennomgangen viser også at det må tas hensyn til samisk historie, sedvanerett og rettskultur. Ved å gi disse disiplinene den plassen de har krav på innen norsk historie og rettskultur, kan man også motvirke at historie og rettsvitenskap blir brukt for å sette samisk kultur til side.