

1 | 2017

# DIEÐUT

## Identifisering og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn

- en analyse av finnmarksloven § 5

Susanne Vars Buljo



Diedūt 1/2017

Čujuhus/Adresse/Address: Hännoluohkká 45, NO-9520 Guovdageaidnu  
Telefuvdna/Telefon/Telephone: +47 78 44 84 00  
Šleatgaboasta/E-post/E-mail: postmottak@samiskhs.no  
Ruovttusiidu/Hjemmeside/Website: www.samas.no

DIEĐUT lea mánggadiedlaš čálaráidu mas dutkanbohtosat leat almmuhuvvon 1974 rájes. DIEĐUT-ráiddu leat monografiijat ja artihkalčoakkáldagat servodatdutmamis, gielladutkamis ja láhkadiehtagis. Almmuheamit leat sámeg-, dárog-, ruoteg-, suomeg-, engalg- ja ruoššagillii. DIEĐUT-čálaráidu áhahuvvui Sámi Instituhta dutkanbohtosiid almmuheami várás. Sámi Instituhta laktojuvvui Sámi allaskuvlii 2005:s. Sámi allaskuvla vuodduuvvui 1989:s, ja dat lea oahpahus- ja dutkanášahus man ulbmil lea sealluhit ja ovddidit sámegiel, kultuvrra ja servodateallima buotsámi perspektiivvas. Davviriikkaid ministtarráđdi (NORDEN) ja Máhtodepartemeanttat Suomas, Ruotas ja Norggas leat mielde ruhtadeamen Sámi allaskuvlla dutkama.

DIEĐUT er en skriftserie som omfatter utgivelser innenfor flere fag og har blitt publisert siden 1974. Skriftserien DIEĐUT publiserer både artikkelsamlinger og monografier innenfor samfunnsvitenskap, språkvitenskap og juss. Publiseringsspråkene er samisk, norsk, svensk, finsk, engelsk og russisk. Skriftserien DIEĐUT ble etablert for å formidle Nordisk Samisk Institutt (NSI) forskningsresultater. NSI ble tilknyttet Sámi allaskuvla / Sámi University College (SA/SUC) i 2005. SA/SUC ble etablert 1989. SA/SUC er en institusjon for høyere utdanning og har som formål å styrke og utvikle samisk språk, kultur og samfunnsliv sett i et allsamisk perspektiv. Nordisk Ministerråd (NORDEN) og Kunnskapsdepartementene i Finland, Sverige og Norge bidrar til finansiering av forskningen ved SA/SUC.

DIEĐUT is a multi-disciplinary research series, in which research findings have been published since 1974. The series publishes collections of articles and monographs in the social sciences, linguistics and law. DIEĐUT publishes in Sámi, Norwegian, Swedish, Finnish, English and Russian languages. DIEĐUT research series was established in order to publish research findings of the Nordic Sámi Institute (NSI). NSI was affiliated with Sámi allaskuvla in 2005. Sámi allaskuvla / Sámi University College (SA/SUC) was established in 1989. SA/SUC is an institution of high education and research. SA/SUC's purpose is to strengthen and develop the Sámi language, society and culture. SA/SUC's research is partly funded by the Nordic Council of Ministers (NORDEN) and the Ministries of Education and Research in Finland, Sweden and Norway.

DIEĐUT 1/2017

Namma/Tittel/Title: Identifisering og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarks-eiendommens grunn - en analyse av finnmarksloven § 5.

Diedut-ráiddu doaimmaheaddji/Faglig redaktør/Academic editor: Seija Risten Somby.

Giella/Språk/Language: dárogiella/norsk/Norwegian.

Ovdasiidogovva/Forsidebilde/Cover picture: Emil L. Larsen. Bildet viser Seiland i Vest-Finnmark.

Bordin/Layout: Gunnlav Ballovarre, Sámi allaskuvla.

Deaddileapmi/Trykk/Print: Fagtrykk idé, Alta

ISBN: 978-82-7367-012-0

ISSN: 0332-7779

© Susanne Vars Buljo ja Sámi allaskuvla 2017

Diedut 1/2017

**Identifisering og anerkjennelse  
av eksisterende rettigheter på  
Finnmarkseiendommens grunn  
- en analyse av finnmarksloven § 5**

Susanne Vars Buljo



*Dutnje, árbeeanan*



# Forord

Denne fremstillingen er basert på min mastergradsavhandling «Betydningen av finnmarksloven § 5 for identifisering og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn» som ble levert til bedømmelse våren 2014.

Finnmarksloven ble vedtatt den 17. juni 2005. Vedtakelsen kan på mange måter betegnes som starten på en ny æra i den samiske rettighetskampen i Finnmark. For selv om loven er etnisk nøytral, er den uløselig knyttet til samiske landrettighetsspørsmål som for alvor ble satt på dagsorden under utbyggingen av Alta-Kautokeinovassdraget på 1970- og 80-tallet. Som en følge av protestene rundt utbyggingen, oppnevnte Regjeringen i 1980 Samerettsutvalget som fikk i mandat å utrede blant annet de samiske rettighetene knyttet til land og vann i Finnmark.

Etter en 25 år lang lovgivningsprosess fikk man endelig en lov som organiserer eiendomsforholdene i Finnmark på en ny måte og gir regler om utnyttelse og styring av naturressursene. Gjennom finnmarksloven fikk man også endelig en erkjennelse fra Norges Storting at også samisk bruk av land og vann kan danne rett. Denne erkjennelsen følger direkte av finnmarksloven § 5 første ledd. Bestemmelsen er imidlertid ikke bare en anerkjennelse av at samene har opparbeidede rettigheter til grunnen i Finnmark. Den initierer også en prosess for å identifisere, anerkjenne og avgjøre disse eksisterende bruks- og eierrettighetene på det som nå er Finnmarkseiendommens grunn. Prosessen utføres av utredningsorganet Finnmarkskommisjonen og en særdomstol: Utmarksdomstolen for Finnmark.

I denne teksten forsøker jeg å tolke betydningen av finnmarksloven § 5. Målet er å finne ut hvilke føringer bestemmelsen legger på den pågående rettskartleggingsprosessen i Finnmark.

Finnmarkskommisjonen har vært i drift siden 2008, og har frem til skrivende stund utredet ferdig fem felt: Stjernøya/Seiland, Nesseby, Sørøya, Varangerhalvøya øst og Varangerhalvøya vest. Da jeg leverte inn min mastergradsavhandling hadde kommisjonen ferdigutredet de tre førstnevnte feltene.

Kommisjonens konklusjoner i disse feltene dannet dermed det empiriske materialet for analysen.

Etter at jeg ble ferdig med studiene i 2014 begynte jeg å jobbe som juridisk utreder for Finnmarkskommisjonen. Analysen her vil ta utgangspunkt i de tre første rapportene som kommisjonen avga før min ansettelse. De to siste rapportene er imidlertid kort omtalt i teksten.

Boka er ajourført med Høyesteretts dom om Stjernøya som ble avsagt i september 2016. Utmarksdomstolens dom i saken om Nesseby bygdelag, avsagt januar 2017, blir ikke omtalt i teksten, men her kan nevnes at Høyesteretts ankeutvalg nylig besluttet at saken skal behandles i Høyesterett. Denne boka går i trykken før dommen blir avsagt.

Arbeidet med denne teksten har vært en spennende og intens prosess. De samiske rettighetsspørsmålene vil alltid vekke et spesielt engasjement i meg, og jeg er takknemlig for at jeg har fått mulighet til å fordype meg i noen av disse gjennom dette arbeidet.

Nå som arbeidet er sluttført ønsker jeg først og fremst å takke min veileder, Øyvind Ravna, for at han med sin enestående kunnskap i faget har bidratt til at teksten nå foreligger som den gjør. Lite ante jeg hvor mye jeg skulle lære om finnmarksloven de påfølgende årene da jeg på slutten av fjerde avdeling sto på Øyvind sitt kontor og forhørte meg om aktuelle temaer innen samerett til mastergradsavhandlingen. Øyvind har vært min *ofelaš* gjennom hele det komplekse systemet finnmarksloven legger opp til, og har gjennom faglige innspill, inspirerende samtaler og en stor dose tålmodighet stadig ført meg videre. Takk, Øyvind. Det har vært en berikelse å ha deg som veileder.

Under arbeidet med teksten har jeg byttet jobb. I denne anledning ønsker jeg å takke begge mine arbeidsgivere: Takk til min tidligere arbeidsgiver, Finnmarkskommisjonen, for et godt og kreativt arbeidsmiljø. En særlig takk til kommisjonsleder Jon Gauslaa og sekretariatsleder Gro Dikkanen for oppmuntring til å trykke teksten i Diedut. Takk til min nåværende arbeidsgiver, Sámi Allaskuvla, for et like godt og inspirerende arbeidsmiljø, og for et godt samarbeid i forbindelse med trykningen av teksten.

En takk rettes også til familie og venner for nyttige diskusjoner rundt tekstens tema og for støtte under skrivingen. En stor takk til Liv for korrekturlesing.

Herunder ønsker jeg også spesielt å takke min aller største støttespiller og samtidig min desidert mest utfordrende diskusjonspartner: Takk, Jon Ailo, for at du har stilt opp døgnet rundt under skriveprosessen – ja, til og med hentet meg fra universitetet klokka tre på natta da tidsfristen for innlevering var farlig nær og jeg fortsatt hadde et par drøftelser å få ned på papiret. Troen din på meg og engasjementet ditt rundt temaet jeg selv er så interessert i, motiverer meg stadig til å tilegne meg mer kunnskap innen faget.

Og sist, men ikke minst, til Májjá Kathrine, som kom til underveis: Alle timer jeg har brukt på å fundere over krevende problemstillinger forstår jeg nå er verdt det, for alt er fundert over og skrevet for *deg*.

Guovdageaidnu, juli 2017.  
Susanne Vars Buljo



# Sammendrag

Målsettingen med arbeidet har vært å gi et bidrag til forståelsen av en av de mest sentrale bestemmelsene i finnmarksloven, herunder finnmarksloven § 5. Bestemmelsen erkjenner at samene har opparbeidede rettigheter til land og vann i Finnmark samtidig som den initierer et kartleggingsarbeid for å identifisere og anerkjenne disse. Drøftelsen forsøker å tolke bestemmelsen med mål om å se hvilke føringer bestemmelsen legger på den pågående rettskartleggingsprosessen i Finnmark.

Drøftelsen er bygd opp i to deler der det i første del, som består av kapitlene 3, 4 og 5, undersøkes hva som kan utledes av finnmarksloven § 5 og hvilke føringer denne legger på rettsanvendelsen i rettskartleggingsprosessen. Denne delen starter med at det gis en generell innføring i reglene for kartleggingen og anerkjennelsen av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn (kap. 3). Her drøftes også hvorvidt finnmarksloven § 5 kan anses som en presumsjon for samenes rettigheter til grunnen i Finnmark.

Finnmarksloven § 5 har nær tilknytning til ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. I kapittel 4 drøftes det hvilke krav konvensjonens bestemmelser om landrettigheter stiller til rettskartleggingsprosessen. Her pekes det blant annet på at lokalbefolkningen i Finnmark som har opparbeidet rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn bør gis stor innflytelse på styring og forvaltning for å møte kravene i konvensjonen.

Kapittel 5 er en drøftelse av hvordan reglene om hevd og alders tids bruk bør anvendes i samiske områder. Samisk sedvanerett undersøkes også som et alternativt ervervsgrunnlag for rettigheter i samiske områder.

I drøftelsens andre del, kapittel 6, ser jeg på hvordan finnmarksloven § 5 er anvendt i rettskartleggingsprosessen. Finnmarkskommisjonens rapporter i dens tre første utredede felt (Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya) danner det empiriske grunnlaget for analysen.

Avslutningsvis kommer noen betraktninger rundt finnmarkslovens regler om kartleggingen av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn.

Boka aktualiseres av den pågående kartleggingsprosessen i Finnmark. Høyesterett har allerede behandlet sin første sak med utgangspunkt i rettskartleggingen (Stjernøydommen) og en ny, Nessebysaken, står for tur. Det er dermed stadig behov for tolkninger og avklaringer av finnmarkslovens regler om rettskartleggingsprosessen. Denne boka er ett bidrag til disse.

# Čoahkkáigeassu

Barggu ulbmil lea leamaš leat mielde addime stuorát ipmárdusa ovtta daid deháleamos mearrádusaide Finnmárkolágas, namalassii Finnmárkolága § 5:ii. Mearrádus dovddasta ahte sámiin leat gártaduvvon vuoigatvuodát eatnamiidda ja čáziide Finnmárkkus seammás go dat bidjá johtui kártenbarggu dáid identifiseret ja dohkkehit. Suokkardallan geahččala dulkot mearrádusa oaidnin dihte makkár láidestemiid mearrádus bidjá riektekártenprosessii Finnmárkkus.

Suokkardallan lea guovtti oasis mas vuosttaš oassi, kapihtal 3, 4 ja 5, guorahallá Finnmárkolága § 5 mearkašumi ja makkár láidestemiid dat bidjá riektgeavaheapmái riektekártenproseassas. Dát oassi álgá oppalaš čilgehusain njuolggadusaide mat gusket § 5 kártenbargui (kap. 3). Suokkardallo maiddái sáhtta go Finnmárkoláhka leat presumpšuvdna sámiid vuoigatvuodaide Finnmárkku eatnamiidda.

Finnmárkolága § 5:s lea čanastupmi ILO-konvenšuvdnii nr. 169 álgoálbmogiid ja čearddalaš álbmogiid birra iešbirgejeddji stáhtain. Kapihtal 4:s suokkardallojit makkár gáibádusaid konvenšuvnna mearrádusat eananvuoigatvuodaide bidjet riektekártenprosessii. Dás čujuhuvvo earret eará ahte Finnmárkku báikegotteolbmot geat leat gártadan vuoigatvuodaid Finnmárkkuopmodaga eatnamiidda berrejit oažžut eanet váikkuhanfámu stivremii ja hálldašeapmái dusten dihte konvenšuvnna gáibádusaid.

Kapihtal 5:s suokkardallo movt oamasteami ja dološ áiggi rájes geavaheami njuolggadusat berrejit geavahuvvot sámi guovlluin. Sámi vieruiduvvan vuoigatvuohta guorahallojuvvo maiddái molssaevttolaš háhkanvuodđun vuoigatvuodaide sámi guovlluin.

Suokkardallama nuppi oasis, kapihtal 6:s, guorahallo movt Finnmárkkolága § 5 lea geavahuvvon riektekártenproseassas. Finnmárkokomišuvnna raporttat daid golbma vuosttaš kártenguovlluin (Stierdná/Sievju, Unjárga ja Sállan) leat empiralaš vuodđu analysai.

Loahpas ovdanbuktojuvvojit árvvoštallamat Finnmárkolága njuolggadusaide mat gusket vuoigatvuodaide Finnmárkkuopmodaga eatnamiin.

Girjji fäddá lea áigeguovdil. Riektekártenproseassa lea jođus Finnmárkkus. Seammás lea Alimusrikti juo meannudan vuosttaš ášši čadnon riektekártemii (Stiertnáduopmu), ja ođđa ášši, Unjárggaášši, lea plánejuvvon meannuduvvot Alimusrievttis. Nu leage jámma dárbu dulkomiidda ja čielggademiide Finnmárkolága njuolggadusaide mat gusket riektekártenprosessii. Dát girji lea lassi dáidda.

# Summary

The aim of this work has been to give a greater understanding of one of the central provisions of the Finnmark Act, i.e. the Finnmark Act's § 5. The provision acknowledges that the Sami have acquired rights to land and natural resources in Finnmark, while at the same time initiating a survey to chart, identify and recognize these rights. The discussion contained in this book attempts to interpret the provision with the aim of discerning what guidelines it imposes on the current process of survey and identification of rights in Finnmark.

The discussion is in two parts, of which the first, which consists of chapters 3, 4 and 5, is taken up with an examination of what can be deduced from § 5 of the Finnmark Act and of what guidelines this imposes on the application of law in the aforementioned process of survey and identification of rights. This section starts with a general introduction to the rules governing the survey and identification of existing rights on land managed by the Finnmark Estate (Ch.3). Here, the question of whether § 5 of the Finnmark Act can be considered as a presumption of Sami rights to the land in Finnmark, is also discussed.

The Finnmark Act's § 5 is closely linked to ILO-Convention no.169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. The discussion in Chapter 4 deals with the question of what demands the convention's provisions on land-rights put on the process of charting and identifying rights in Finnmark. Here, the point is made that the local population in Finnmark, who have acquired rights on land administered by the Finnmark Estate, ought to be granted considerable influence with respect to management and administration in order to meet the requirements laid down in the Convention.

Chapter 5 contains a discussion of how the rules on established custom and time-honoured usage should be applied in Sami areas. Sami common law is also examined as an alternative basis for rights in Sami areas.

Chapter 6 constitutes the second part of the discussion, in which there is an examination of how §5 of the Finnmark Act is applied in the process of survey and identification of rights. The Finnmark Commission's reports from

the three initial fields that were the subject of its deliberations (Stjernøya/Seiland, Nesseby and Sørøya) form the empirical basis for the analysis.

In conclusion, there is some comment on the Finnmark Act's rules on the charting of existing rights in the area managed by the Finnmark Estate.

The book is both relevant and topical due to the ongoing identification process in Finnmark. In addition, the Supreme Court has already dealt with its first case based on the identification process (Stjernøy case), and a new case, case of Nesseby, is up next. There is therefore a steady need for interpretation and clarification of the Finnmark Act's rules regarding the charting and identification of rights, to which this book is a valuable contribution.

# Sisdoallu

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Sammendrag .....                                                                                                             | 9  |
| Čoahkkáigeassu.....                                                                                                          | 11 |
| Summary .....                                                                                                                | 13 |
| <b>1 Innledning</b> .....                                                                                                    | 19 |
| 1.1 Tema og problemstilling .....                                                                                            | 19 |
| 1.2 Bakgrunn og aktualitet .....                                                                                             | 21 |
| 1.3 Videre fremstilling .....                                                                                                | 24 |
| <b>2 Metodespørsmål</b> .....                                                                                                | 25 |
| 2.1 Innledning.....                                                                                                          | 25 |
| 2.2 Metodisk tilnærming og relevante rettskilder for analysen.....                                                           | 26 |
| 2.3 Behandling av temaet i rettslig teori .....                                                                              | 28 |
| <b>3 Finnmarksloven</b> .....                                                                                                | 30 |
| 3.1 Bakgrunn og historikk .....                                                                                              | 30 |
| 3.2 Reglene for kartlegging av eksisterende rettigheter på<br>Finnmarkseiendommens grunn .....                               | 37 |
| 3.3 Utredningenes parter .....                                                                                               | 41 |
| 3.4 Betydningen av finnmarksloven § 5 første ledd – en presum-<br>sjon for samenes rettigheter til grunnen i Finnmark? ..... | 43 |
| 3.4.1 Forutsetningsvis .....                                                                                                 | 43 |
| 3.4.2 Generelt om presumsjonsregler .....                                                                                    | 45 |
| 3.4.3 Finnmarkskommisjonen har selv hovedansvaret<br>for sakens opplysning .....                                             | 48 |
| 3.4.4 Finnmarkskommisjonen § 5 første ledd er en<br>bevisoverveksregel .....                                                 | 50 |
| <b>4 ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i<br/>    selvstendige stater</b> .....                          | 51 |
| 4.1 Generelt om ILO-konvensjon nr. 169 .....                                                                                 | 51 |
| 4.1.1 Innledningsvis .....                                                                                                   | 51 |
| 4.1.2 Håndhevelse av konvensjonen .....                                                                                      | 52 |
| 4.2 ILO-169s betydning som rettskilde i norsk rett .....                                                                     | 54 |
| 4.2.1 Betydning av gjennomføringsakten .....                                                                                 | 54 |

|                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.2.2 Kan enkelte av bestemmelsene i ILO-169 karakteriseres som internasjonal sedvanerett? .....                                              | 56 |
| 4.2.3 Betydningen av at en rettighet nyter vern gjennom flere konvensjoner, domsavsigelser og avgjørelser fra menneskerettighetsorganer ..... | 59 |
| 4.2.4 Finnmarksloven § 3 .....                                                                                                                | 60 |
| 4.3 Bestemmelsene om landrettigheter .....                                                                                                    | 62 |
| 4.3.1 Årsaken til at det er inngått internasjonale avtaler for å beskytte urfolks landrettigheter .....                                       | 62 |
| 4.3.2 Innholdet i ILO-169 artikkel 14 nr. 1 .....                                                                                             | 63 |
| 4.3.3 Innholdet i ILO-169 artikkel 14 nr. 2 og 3 .....                                                                                        | 68 |
| 4.4 Andre relevante bestemmelser .....                                                                                                        | 77 |
| 4.4.1 Urfolks sedvaner og sedvanerett .....                                                                                                   | 77 |
| 4.4.2 Den generelle konsultasjonsplikten i art. 6 og urfolks deltakelsesrett i saker som angår dem i art. 7 .....                             | 79 |
| 4.4.3 Urfolks styringsrett over naturressurser i artikkel 15 .....                                                                            | 81 |

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>5 Hevd, alders tids bruk og samisk sedvanerett som ervervsgrunnlag for rettigheter i samiske områder</b> .....             | 82  |
| 5.1 Innledning .....                                                                                                          | 82  |
| 5.2 Reglene om hevd og alders tids bruk generelt .....                                                                        | 84  |
| 5.2.1 Rådighet .....                                                                                                          | 85  |
| 5.2.2 Hevdstid .....                                                                                                          | 86  |
| 5.2.3 Aktsom god tro .....                                                                                                    | 87  |
| 5.2.4 Hva skiller reglene om alders tids bruk fra reglene om hevd? .....                                                      | 87  |
| 5.3 Hevd og alders tids bruk i samiske områder .....                                                                          | 91  |
| 5.3.1 Rettspraksis' betydning for rettighetserverv gjennom alders tids bruk i samiske områder .....                           | 91  |
| 5.3.2 Selbu- og Svartskogsakene .....                                                                                         | 94  |
| 5.3.3 Enkelte problemer når godtrokravet i reglene om hevd og alders tids bruk skal prøves i samiske områder i Finnmark ..... | 106 |
| 5.4 Samisk sedvanerett .....                                                                                                  | 110 |
| 5.4.1 Grunnlag for drøftingen .....                                                                                           | 110 |
| 5.4.2 Kravene til sedvanen .....                                                                                              | 111 |
| 5.5 Oppsummering .....                                                                                                        | 115 |

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>6 Kartleggingen av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn</b>                           | 116 |
| 6.1 Kort om de fem første utredningene                                                                     | 116 |
| 6.1.1 Rapport Felt 1 Stjernøya og Seiland                                                                  | 116 |
| 6.1.2 Rapport Felt 2 Nesseby                                                                               | 117 |
| 6.1.3 Rapport Felt 3 Sørøya                                                                                | 117 |
| 6.1.4 Rapport Felt 5 Varangerhalvøya Øst                                                                   | 118 |
| 6.1.5 Rapport Felt 6 Varangerhalvøya Vest                                                                  | 119 |
| 6.2 Videre fremstilling                                                                                    | 120 |
| 6.3 Lokalbefolkningens rettigheter                                                                         | 120 |
| 6.3.1 Finnmarkskommisjonens konklusjoner                                                                   | 120 |
| 6.3.2 Noen metodiske betraktninger om bruk som bevismiddel vs. uttrykk for sedvanerettsoppfatning          | 122 |
| 6.3.3 Vurderingene av statens disposisjoner i utredningsfeltene                                            | 123 |
| 6.3.4 Vurderingene av lokalbefolkningens styring over utmarksressursene                                    | 127 |
| 6.3.5 Vurderingene av lokalbefolkningens rettsoppfatning                                                   | 129 |
| 6.3.6 Er alders tidsbruk-reglene kulturtilpasset i vurderingen?                                            | 133 |
| 6.4 Høyesteretts dom om Stjernøya                                                                          | 139 |
| 6.4.1 Innledning                                                                                           | 139 |
| 6.4.2 Saksgang og sammendrag av dommen                                                                     | 140 |
| 6.4.3 Betydningen av statens tidligere eierskap og faktiske og rettslige disposisjoner i utredningsfeltene | 142 |
| 6.4.4 Betydningen av inkorporeringen av ILO-konvensjon nr: 169 og Selbu- og Svartskogdommene               | 144 |
| 6.4.5 Avsluttende bemerkning                                                                               | 147 |
| <b>7 Avslutning</b>                                                                                        | 149 |
| 7.1 Anvendelsen av finnmarksloven § 5 første ledd i rettskartleggingen                                     | 149 |
| 7.2 Noen betraktninger de lege ferenda                                                                     | 150 |
| <b>Kilderegister</b>                                                                                       | 152 |



# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Da finnmarksloven<sup>1</sup> trådte i kraft 1. juli 2006 ble eierskapet til den tidligere umatrikulerte grunnen i Finnmark overført fra staten ved Statskog SF til Finnmarks befolkning gjennom etableringen av et nytt eierorgan.<sup>2</sup> Det fikk navnet Finnmarkseiendommen (FeFo).<sup>3</sup> De overførte arealene utgjør omkring 45 000 km<sup>2</sup> og tilsvarer anslagsvis 95 % av det totale landareal i Finnmark. Overføringen av eiendomsretten markerte slutten på statens flere hundre år gamle grunnforvaltnings- og eierskapsregime til jorden i Finnmark. Det tilsier at dette er en vesentlig endring av eiendomsforvaltningen i Finnmark.

Store deler av det overførte arealet er og har vært bebodd av samene fra før vår tidsregning,<sup>4</sup> og samene har i lang tid kjempet for retten til å forvalte sine egne landområder. Med finnmarksloven er samene og andre beboere i Finnmark ett steg nærmere avklaring av striden om rettighetene til land og vann i Finnmark, samtidig som det må formodes at de har fått et forvaltningssystem hvor de har større innflytelse på styring og disponering av naturressursene.

I Finnmarksloven § 5 erkjenner det norske Storting at samene har historiske rettigheter til “land og vann” i Finnmark. I første ledd slås det fast at “samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.” Videre heter det i annet ledd at loven “gjør ikke inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som

---

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

2 Slik uttalt i Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 7.

3 “FeFo” er sammensatt av det norske “Finnmarkseiendommen” og det samiske “Finnmárkuopmodat.” Finnmarkseiendommen ledes av et styre på seks personer hvorav tre er valgt av Sametinget og resten av Finnmark fylkesting, jf. § 7.

4 I Samerettsutvalgets første utredning, NOU 1984: 18, gis det på s. 70-79 en historisk fremstilling av den samiske bosetningen. Grunnet mangel på skriftlige kilder i samisk historie, viser utvalget til arkeologiske funn og stedsnavn som kan dokumentere samisk bosetning i dagens Finnmark helt tilbake til Kristi fødsel, se s. 71. Ellers vises det til hålogalendingen Ottars fortelling om samene fra ca. år. 890 e.Kr. som den første pålitelige beretningen om samene i Nord-Norge, se utredningen s. 70. Se for øvrig Lars Ivar Hansen og Bjørnar Olsen, *Samenes historie frem til 1750*, Oslo 2004.

samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk.” For å fastslå omfanget av rettighetene som er opparbeidet på dette grunnlaget, forutsetter loven at det opprettes en kommisjon som skal utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, jf. § 5 tredje ledd og kapittel 5. *Finnmarkskommisjonen* ble oppnevnt av Kongen i statsråd 14. mars 2008.<sup>5</sup> På grunnlag av “gjeldende nasjonal rett”, skal kommisjonen utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen som Finnmarkseiendommen har overtatt fra Statskog SF, jf. § 29.

Problemstillingen for denne analysen er å drøfte betydningen av finnmarksloven § 5 første ledd, herunder hvilke føringer regelen legger på den pågående rettskartleggingsprosessen i Finnmark. Da mastergradsavhandlingen min ble innlevert våren 2014 hadde Finnmarkskommisjonen utredet tre felt: Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya. Frem til skrivende stund, sommer 2017, har kommisjonen avgitt to nye rapporter: Rapport nummer fire dekker kommunene Vardø og Vadsø i Øst-Finnmark og ble avgitt 24. juni 2014. Rapport nummer fem dekker kommunene Berlevåg og Båtsfjord og ble avgitt 16. oktober 2015.

I denne analysen vil Finnmarkskommisjonens tre første rapporter danne grunnlag for analyse. De to siste avgitte rapportene vil ikke bli analysert, men jeg omtaler disse kort under kapittel seks.

Bestemmelsens nære tilknytning til ILO-konvensjon nr. 169 (ILO-169) om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 innebærer at temaet også danner et grunnlag for å drøfte hvordan forpliktelsene i artikkel 14 i praksis er anvendt i norsk rett.

Analysen innebærer at det må gjøres en selvstendig undersøkelse av betydningen av § 5, før det gås inn på drøftingen av Finnmarkskommisjonens praksis og dens anvendelse av § 5.

---

5 Finnmarkskommisjonen består pr. 30. juni 2017 av Jon Gauslaa (leder), Hilde Agathe Heggelund, Ole Henrik Magga, Veronica Andersen og John Bernhard Henriksen, se Finnmarkskommisjonen, Rapport 16. oktober 2015: *Felt 6: Varangerhalvøya vest s. 10-11* og <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Finnmarkskommisjonen/Aktuelt/nytt-kommisjonsmedlem-oppnevnt1/>. Sist besøkt 30. juni 2017.

## **1.2 Bakgrunn og aktualitet**

Finnmarksloven er et resultat av en lang politisk prosess der man har ønsket å avklare rettighetene til land og vann i Finnmark. Uklarhetene er imidlertid ikke løst ved at finnmarksloven er vedtatt. Kartleggingen av bruks- og eierrettigheter har gitt grobunn for ytterligere diskusjoner om rettighetene til land og vann i Finnmark.

Samerettsgruppa ved juridisk fakultet, Universitetet i Tromsø, holdt blant annet et seminar den 16. mai 2013 der Finnmarkskommisjonens rettsanvendelse og konklusjoner i de første feltene var tema. Professor dr. juris Øyvind Ravna, professor dr. juris Mattias Åhrén og førsteamanuensis Jussi E. Pedersen var tre av foredragsholderne<sup>6</sup>.

Sametinget har også hatt rettskartleggingsprosessen til behandling under sitt plenumsmøte den 2.-6. juni 2014. I vedtaket til saken går det blant annet frem at Sametinget er kritisk til en manglende anerkjennelse av lokalbefolkningens rettigheter i Finnmarkskommisjonens første rapporter. Tinget påpeker at grunnen til den manglende anerkjennelsen av lokale rettigheter synes å være grunnlagt i statens tidligere rettslige og faktiske disposisjoner i utredningsfeltene:

“Sametinget viser til at Finnmarkskommisjonen i feltene de har utredet har kommet til at lokalbefolkningens rettigheter er av langt eldre dato enn statens hevdning av eierskap av grunnen i Finnmark. Likevel har Finnmarkskommisjonen i de utredede feltene nærmest utelukkende konkludert at Finnmarkseiendommen eier all grunn og at det heller ikke foreligger grunnlag for å anerkjenne individuelle eller kollektive bruksrettigheter av annen art enn de som allerede anerkjennes etter finnmarksloven §§ 22 og 23. Finnmarkskommisjonen begrunner sine konklusjoner med at staten har hatt så aktive og omfattende disposisjoner at det utelukker eiendoms- eller bruksrett for lokalbefolkningen. Sametinget er kritisk til de manglende funn av individuelle og kollektive rettigheter. I den sammenheng ser Sametinget det nødvendig å vise til statens tidligere disposisjoner som hevder av eiendomsrett i Finnmark i stor utstrekning

---

6 Avisa Ságat fulgte seminaret og skriver om det i Ságat nr. 101 04.06.2013, nr. 102 05.06.2013 og nr. 104 datert 07.06.2013.

har skjedd i strid lokale oppfatninger, og blitt brukt som virkemiddel for en statlig politikk der målet var å fornorske samisk kultur.”<sup>7</sup>

Kartleggingsarbeidet har også blitt drøftet av to FN-organer: FNs rasediskrimineringskomité og FNs spesialrapportør for urfolks rettigheter. Rasediskrimineringskomiteen (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD) drøftet kartleggingsarbeidet i forbindelse med sin periodiske høring av Norge den 17. og 18. august 2015. I sine “concluding observations” uttrykker komiteen, slik Sametinget, bekymring for at de kollektive og individuelle rettighetene som samene har opparbeidet seg i Finnmark gjennom lang tids bruk av land og ressurser i liten grad blir gjennomført i praksis:

“The Committee is concerned that, while the Finnmark Act recognizes that the Sami have acquired collective and individual rights in Finnmark through long-term usage of land and resources, there remain significant gaps in translating the legal recognition into practice, thus resulting in reality in limited recognition and protection of rights over their land.”<sup>8</sup>

FNs spesialrapportør for urfolks rettigheter, Victoria Tauli-Corpuz, har også sett på rettsutredningsprosessen i sin rapport om samenes rettigheter i landene Norge, Sverige og Finland utgitt 9. august 2016. På samme måte som Sametinget setter hun spørsmålstegn ved vektleggingen av statens tidligere disposisjoner i rettsutredningen, og hvordan dette synes å ha medført at lokalbefolkningen ikke har fått anerkjent individuelle eller kollektive rettigheter i Finnmarkskommisjonens første rapporter. Hun skriver blant annet:

“While the process for identifying rights in the entire County of Finnmark has yet to conclude, the Special Rapporteur notes that in the investigations concluded to date, the Commission has almost exclusively found no grounds for recognizing Sami individual or collective ownership or usage rights

---

7 Vedtak i sak 19/14, pkt. 16. Sametingets plenum 2.-6. juni 2014

8 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on the twenty-first and twenty-second periodic report of Norway (CERD/C/NOR/CO/21-22)*. Rapporten finnes i sin helhet på [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=978&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=978&Lang=en). Sist besøkt 14. juli 2017.

beyond usage rights already granted to all inhabitants in Finnmark. Such conclusions seem to have been motivated by the State's active and extensive disposition of land and resources in the investigated fields which is seen to have precluded property or usage rights for the local population.

The Special Rapporteur is of the view that the State's earlier dispositions as the claimant of property rights in Finnmark cannot be considered to create law in order to support its continued ownership of land. The importance of that point can be further underscored by the fact that in many cases, the Sami communities' severed connection to their lands and resources is a result of earlier government policies and assimilation efforts toward the Sami. A starting point for any measures to identify and recognize indigenous peoples' land and resource rights should be their own customary use and tenure systems.”<sup>9</sup>

Per 17. juli 2017 har dessuten Høyesterett avsagt sin første dom med grunnlag i rettskartleggingen, Stjernøysaken<sup>10</sup>, og nylig ble det kjent at en ny sak, saken om Nesseby bygdelag, er av Høyesteretts ankeutvalg tillatt fremmet for Høyesterett<sup>11</sup>. Til Utmarksdomstolen for Finnmark har det innkommet 15 saker, hvorav 14 er behandlet og én er berammet til neste år.<sup>12</sup>

Dette viser at finnmarksloven § 5 har stor betydning for samfunnet, og at det er knyttet store forventninger til rettskartleggingen. Bestemmelsen er således aktuell og det er et behov for å drøfte denne nærmere.

---

9 United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the Human Rights Situation of the Sami People in the Sápmi Region of Norway, Sweden and Finland*, avsnitt 23 og 24, 9. august 2016. Rapporten kan leses ved å følge denne lenken: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/documents/country-reports/155-report-sapmi-2016>. Sist besøkt 14. juli 2017.

10 Se HR-2016-2030-A avsagt 28. september 2016.

11 Se beslutning fra Norges Høyesteretts ankeutvalg HR-2017-1205-U

12 Telefonsamtale med utmarksdomstolens sekretariat den 17. juli 2017. Sakene gjelder fire dommer, syv kjennelser og tre beslutninger. I Stjernøyasaken ble dom og kjennelse forent til felles behandling. Saken som er berammet til neste år omhandler saken om Gulgoffjord bygdelag.

### 1.3 Videre fremstilling

I det følgende gjøres det først rede for metode- og rettskildesituasjonen; generelt i sameretten og i særdeleshet det som er av betydning for denne avhandlingen (kapittel 2).

Analysen tar for seg betydningen av finnmarksloven § 5 for identifisering og anerkjennelse av rettigheter samer og andre har ervervet gjennom langvarig bruk av land og vann. I denne sammenheng vil det derfor være nødvendig å først foreta en nærmere redegjørelse av bakgrunnen for finnmarksloven (kapittel 3). Videre gjennomgås innholdet i bestemmelsene som regulerer identifiserings- og kartleggingsprosessen, jf. finnmarksloven § 5 og kapittel 5. Her drøftes også betydningen av finnmarksloven § 5 første ledd.

I kapittel 4 presenteres ILO-konvensjon nr. 169 med særlig vekt på konvensjonens art. 14. Finnmarkslovens § 5 tredje ledd lister opp hevd, alders tids bruk og annet grunnlag som ervervsgrunnlag for rettigheter i Finnmark. En nærmere redegjørelse av disse ervervsgrunnlagene vil bli foretatt i kapittel 5 og videre rettspraksis' betydning for vurderingen av om det foreligger rettigheter ervervet ved disse grunnlagene. I kapittel 6 blir kommisjonens tre første rapporter undersøkt med sikte på i hvilken grad finnmarksloven § 5 første ledd er fulgt i kartleggingsarbeidet.

Avslutningsvis, i kapittel 7, kommer mine vurderinger, samt noen betraktninger de lege ferenda.

## 2 Metodespørsmål

### 2.1 Innledning

Den juridiske metodelære er læren om hvordan man bruker rettskildene, hvordan man finner og stiller rettsspørsmål, hvordan man kommer frem til relevant rettsgrunnlag, og på hvilken måte man resonnerer og svarer på en rettslig problemstilling.<sup>13</sup> Dette er slik forfatteren av læreboka “Rettsgrunnlag og standpunkt,” Nils Nygaard uttrykker læren. Formålet med metodelæren er ifølge Nygaard

“å få innsikt i å stille rettsspørsmål og å skilja mellom ulike typer rettsspørsmål; korleis ein skal finna rettsgrunnlag eller korleis rettsgrunnlag kan dannast; kor fritt ein står eller kor bunden ein er til å velja standpunkt til løysning. (...) Når læreboka i materiell rett gjennomfører ei lovtolkning og forklarar kva lova går ut på i ulike typetilfelle, kan rettskjeldelæra forklara nærmere kva for tolkningsreglar og tolkningsmetodar som ligg til grunn for dette.”<sup>14</sup>

Ved å ta utgangspunkt i den juridiske metodelære vil man i de fleste tilfeller kunne finne frem til en riktig rettsregel som kan benyttes til løsning av et gitt rettsspørsmål. Læren redegjør for hvilke faktorer som er relevante å ta i betraktning, hvordan man tolker hver enkelt faktor og til sist hvordan man avveier de forskjellige faktorer mot hverandre. Torstein Eckhoff, en sentral formidler av rettskildelæren, kaller disse for *rettskildeprinsipper* som han deler i tre faser: relevans, slutning og vekt.<sup>15</sup> I den tradisjonelle metodelæren har det vært vanlig å ta utgangspunkt i Eckhoffs relevansliste for rettskildefaktorer. Han opererer med syv rettskildefaktorer: Lov, forarbeider, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privates praksis, juridisk litteratur og reelle hensyn.<sup>16</sup>

---

13 Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Oslo 2004 s. 24.

14 *Op. cit* s. 23-24.

15 Eckhoff presenterer denne tredelingen i sin lærebok, se Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan Helgesen, Oslo 2001, se spesielt innledningskapittelet s. 15-37.

16 Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 23.

## 2.2 Metodisk tilnærming og relevante rettskilder for analysen

Lovgivning er den fremste rettskildefaktor i relevanslisten. Finnmarksloven vil være et naturlig utgangspunkt for denne analysen.

Finnmarksloven er spesiell. Den ble vedtatt etter en lang og omfattende lovgivningsprosess og fikk også en uvanlig avslutning på Stortinget. I lovprosessen er det utarbeidet flere offentlige utredninger som er relevante som rettskilder når man arbeider med finnmarksloven.<sup>17</sup> For denne teksten vil disse være relevante, i tillegg til regjeringens lovforslag fremlagt som Ot.prp.nr. 53 (2002-2003). Innstillingen fra Justiskomiteen, Innst.O.nr. 80 (2004-2005) er av årsaker jeg kommer tilbake til i kapittel 3 også en sentral rettskilde i denne sammenheng.

Relevanslisten for rettskildefaktorer omfatter også etterfølgende utsagn fra lovgiverhold som kan bli tillagt vekt ved lovtolkning. For denne teksten er utredningen fra Samerettsutvalget II, NOU 2007: 13, en sentral rettskilde. Det gjenoppnevnte Samerettsutvalget fikk i oppgave å utrede rettigheter til land og vann i samiske områder fra og med Troms og sørover. I utredningen ser utvalget på hvorvidt forvaltningen i Finnmark er egnet for samiske områder utenfor Finnmark og finner det nødvendig med en rekke lovendringer som bedre legger til rette for å gjennomføre statens folkerettslige forpliktelser overfor samene.

Sameretten er nært knyttet til internasjonale bestemmelser som staten Norge har forpliktet seg til å følge. ILO-konvensjon nr. 169 (ILO-169) er en relevant rettskilde i denne sammenheng ved at rettskartleggingen er et sentralt moment i oppfyllelsen av statens rettsforpliktelser overfor samene. Slik jeg kommer tilbake til i kapittel 4 er ILO-169 også delvis inkorporert gjennom finnmarksloven § 3.

ILO-169 skal tolkes på grunnlag av folkerettslig metode. Utgangspunktet for tolkningen er de tolkningsprinsipper som er nedfelt i Wien-konvensjonen om

---

17 NOU 1984: 34 *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark*, NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling*, NOU 1993: 34 *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark*, NOU 1994: 21 *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv*, NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*, NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett* og NOU 2001: 34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger*

traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31-33. Norge har ikke ratifisert denne konvensjonen, men det er antatt at prinsippene i det vesentlige kodifiserer gjeldende uskrevet folkerett.<sup>18</sup>

Andre folkerettslige kilder er FNs deklarasjon om urfolksrettigheter.<sup>19</sup> Av spesiell betydning er deklarasjonens bestemmelser om urfolks landrettigheter og retten til selvbestemmelse. Denne kommer jeg tilbake til i kapittel 4. Videre i relevanslisten for rettskildefaktorer finner man rettspraksis. I norsk rett har rettspraksis en stor betydning som rettskildefaktor.<sup>20</sup> Hva angår finnmarksloven § 5 og betydningen for identifisering og anerkjennelse av rettigheter samer og andre har ervervet gjennom langvarig bruk av land og vann, er Høyesterettsdommene inntatt i Rt. 2001 s. 769 (Selbudommen) og i Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogdommen) to prinsipielt viktige dommer. En gjennomgang av disse vil bli gitt i kapittel 5. Den nylig avsagte Stjernøydommen inntatt i HR-2016-2030-A, er også relevant for analysen og gjennomgå under kapittel 6.

Reelle hensyn og sedvanerett vil også være av betydning for tekstens tema. Reelle hensyn er “vurderinger av resultatets godhet.”<sup>21</sup> Disse vil være en relevant rettskilde da en i kartleggingsprosessen har som mål å komme fram til et hensiktsmessig resultat for begge parter.

At sedvaner er relevante i rettskartleggingen følger eksplisitt av ILO-169 artikkel 8, jf. artikkel 14. Samisk sedvanerett kan endog være et alternativt ervervsgrunnlag. En kort gjennomgang om dette blir foretatt i kapittel 5.<sup>22</sup>

---

18 Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utg., Tromsø 2009 s. 52.

19 United Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Kan leses i sin helhet på: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf). Sist besøkt 17. juli 2017.

20 Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 95.

21 Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 371.

22 Om samiske sedvaners betydning i norsk rett, se f.eks. Carsten Smith, “Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?” i *Jussens Venner* 39 nr. 03-04, 2004 s. 137-143.

## 2.3 Behandling av temaet i rettslig teori

Det er publisert en del forskning på finnmarkslovens område. Her nevnes kun noen. Sverre Tønnesens avhandling om retten til jorden i Finnmark var og er et viktig bidrag i denne forbindelse.<sup>23</sup> Av nyere forskning nevnes *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* av Øyvind Ravna.<sup>24</sup> Boken er en antologi basert på tidligere publiserte og nye tekster, og er den første større fremstillingen som analyserer rettighetene til Finnmarkseiendommens grunn etter at loven ble vedtatt. Otto Jebens' *Om eiendomsrett til grunnen i Indre-Finnmark* er også svært relevant.<sup>25</sup> Andre fremstillinger om emnet er annen utgave av læreboka *Samerett* skrevet av Susann Funderud Skogvang<sup>26</sup> og *Finnmarksloven* av Hans-Kristian Hernes og Nils Oskal (red.)<sup>27</sup>

Om finnmarksloven § 5 og anvendelsen av reglene om hevd, alders tids bruk og lokal samisk sedvanerett i rettsidentifiseringsprosessen, og som vil være sentrale for denne boken, har Øyvind Ravna skrevet et par artikler om emnet.<sup>28</sup> Gunnar Eriksen har rettet et kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993:34 og spør om norsk tingsrett i Sápmi er en uting i Retfærd nr. 69/1995.<sup>29</sup> og Kirsti Strøm Bull drøfter i sin artikkel i Lov og Rett nr. 9/2007 om Finnmarkseiendommens disposisjonsadgang over grunnen i Finnmark.<sup>30</sup>

---

23 Sverre Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark*, Bergen 1972.

24 Øyvind Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark*, Oslo 2013.

25 Otto Jebens, *Om eiendomsretten til grunnen i Indre-Finnmark*, Oslo 1999.

26 Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utg., Tromsø 2009.

27 Hans-Kristian Hernes og Nils Oskal (red.), *Finnmarksloven*, Oslo 2008.

28 Se for eksempel Øyvind Ravna, "Er rettskartleggingen i Finnmark en hensiktsmessig ordning i nasjonal rett? Sett i lys av Finnmarkskommisjonens mandattolkning", *Lov og rett* 51, nr. 10, 2012, s. 612-631. Øyvind Ravna, "Rettskartleggingen i Finnmark og reglene om alders tids bruk", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* utg. 128, nr. 01, 2015, s. 53-90. *Retfærd* 31, nr. 2/121, 2008, s. 26-57.

29 Gunnar Eriksen, "Norsk tingsrett i Sápmi - en uting? Kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993:34", *Retfærd* 18, nr. 2/1995 s. 66-86.

30 Kirsti Strøm Bull, "Finnmarksloven – Finnmarkseiendommen og kartleggingen av rettigheter i Finnmark", *Lov og Rett* 46, nr. 9, 2007, s. 545.

Det meste av litteratur er skrevet før rettskartleggingsarbeidet startet. Fremstillinger med utgangspunkt i de foreløpige resultatene av kartleggingsarbeidet er det derfor få av foreløpig.<sup>31</sup>

Ellers er det publisert en del studentavhandlinger om finnmarksloven innen forskjellige fag.<sup>32</sup>

Til sist vil Finnmarkskommisjonens rapporter og dommene avsagt av Utmarksdomstolen for Finnmark, være viktige kilder for analysen. Disse viser hvordan finnmarksloven skal forstås og dermed hvordan reglene om hevd, alders tids bruk og lokal samisk sedvanerett er anvendt i kartleggingsprosessen. Disse vil også vise ILO-169s betydning i norsk rett.

Finnmarkskommisjonens rapporter vil som sagt danne grunnlaget for denne analysen. Selv om rapportene ikke er rettslig bindende, er de et interessant kildemateriale både empirisk og rettslig, ettersom det foreløpig foreligger lite rettspraksis på dette området.

- 
- 31 Øyvind Ravna har et par artikler som er særskilt relevant for denne teksten: "Norway and its Obligations under ILO-169 - Some Considerations after the recent Stjernøy Supreme Court Case", *Arctic Review on Law and Politics* 7, nr. 2, 2016, s. 201-204. "Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter", *Tidsskrift for eiendomsrett* 12, nr. 1, 2016 s. 51-67. "Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse - drøftet ut fra dens to første rapporter", *Lov og Rett* 52. nr. 8. 2013 s. 555-574. Mattias Åhrén har også en relevant artikkel i *Refærd* 36, nr. 4/143, 2013 s. 1-20: "Några folkrättsliga aspekter på Finnmarksloven läst i ljuset av Finnmarkskommisjonens första rapport."
- 32 Laila Jernsletten, *Herre i eget hus? : en studie av virkningen av Finnmarksloven i et lokalsamfunn*, masteroppgave i sosialantropologi Tromsø 2011. Simon Christiansen, *Forholdet mellom finnmarksloven og ILO-konvensjon nr. 169, eksemplifisert gjennom lovens regler for jakt og fiske på Finnmarkseiendommens grunn*, stor masteroppgave i rettsvitenskap Tromsø 2008. Ingrid Aamodt, *Forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 og finnmarksloven – En rettslig analyse av finnmarksloven § 3*, liten masteroppgave i rettsvitenskap Bergen 2006. Helga Østtveit, *Rett og politikk. En studie av prosessen frem til vedtakelsen av Finnmarksloven*, stor masteroppgave i sammenliknende politikk Bergen 2007. Stine Celius, *Betydningen av ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 for kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn*, liten masteroppgave i rettsvitenskap Tromsø 2012. Stig Tore Johansen, *Rettighetsbegrepet etter finnmarksloven: en studie av rettighets-situasjonen i Finnmark*, stor masteroppgave i rettsvitenskap Oslo 2010. Jannicke Persen, *Finnmarksloven og Norges oppfyllelse av samenes rettigheter: en analyse av finnmarksloven § 5*, liten masteroppgave i rettsvitenskap Tromsø 2006. Trond Presthus Ingebritsen, *I hvilken utstrekning kan innlandsfisket i Finnmark forbeholdes personer bosatt i Norge?*, liten masteroppgave i rettsvitenskap Tromsø 2015.

## 3 Finnmarksloven

### 3.1 Bakgrunn og historikk

Finnmarksloven er et resultat av en lang og omfattende politisk prosess med bakgrunn i en forhistorie som det kort skal gjøres rede for i det følgende. Samene er et folk bosatt i fire stater – Norge, Sverige, Finland og Russland. Samenes tradisjonelle landområder går på tvers av disse riksgrensene og kalles *Sápmi* som er samenes egen betegnelse på sine områder. Dagens Finnmark er den mest sentrale delen av Sápmi og har som nevnt innledningsvis vært befolket av samer fra før Kristus. Som stat regnes Norge for dannet gjennom Harald Hårfagres samling i 872 e.Kr., men den første norske permanente bosetning antas ikke etablert i Finnmark før i høy- eller senmiddelalderen.<sup>33</sup> Kystene og fjordstrøkene av dagens Finnmark regnes for å ha kommet under dansk-norsk enejuridiksjon etter Kalmarkrigens slutt i 1613 i forbindelse med at Sverige avsto sitt krav på kystområdene i Finnmark og Troms. Resten av fylket, herunder innlandet og de østlige delene, kom ikke under et norsk herredømme før grensen mot henholdsvis Sverige og Russland ble fastlagt i 1751 og 1826.<sup>34</sup>

Grensen mellom Norge og Sverige ble trukket gjennom sentrale deler av Sápmi og ble dermed en trussel for reindriftssamenes mulighet til å fortsette sine sedvanemessige flyttinger mellom innland og kyst. Det ble derfor av statene, Danmark-Norge og Sverige, utformet et tillegg til grensetraktaten, den såkalte *lappekodisillen*.<sup>35</sup> Denne skulle sikre samenes mulighet til fortsatt flytting over den traktatfestede grensen, og var ment å stadfeste et rettsvern for de samene som ble berørt av grensefastsettingen.<sup>36</sup> Lappekodisillen viser

33 Lars Ivar Hansen og Bjørnar Olsen, *Samenes historie frem til 1750*, Oslo 2004 s. 150.

34 Se Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 83-84. Se også Oscar Albert Johnsen, *Finnmarkens politiske historie. Aktmæssig fremstilling*, A.W Brøgers Boktrykkeri, Kristiania 1923.

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

36 Se Ravna, "Lappekodisillen av 1751 og dens rettslige betydning i dag" i *Lov og Rett* 49, nr. 07, 2010 s. 392-406. Se også Steinar Pedersen, "Lappekodisillen i nord 1751-1859. Fra grenseavtale og sikring av samenes rettigheter til grensesperring og ulykke", *Kautokeino, Diedut* nr. 3, 2008 s. 17.

et positivt syn på den samiske kulturen som i den tid eksisterte, hvor man lot samene få fortsette sitt nomadiske levesett. Kodisillen har således stått i en særstilling som folkerettslig traktat i samisk sammenheng helt frem til nyere tid. Lappekodisillen gjelder forøvrig ennå etter at reinbeitekonvensjonen mellom Norge og Sverige av 1972 trådte ut av kraft i 2005.

I 1775 ble det åpnet for organisert jordutmåling i Finnmark ved jordutvisningsresolusjonen, som flere steder i juridisk litteratur senere er blitt betegnet som den første finnmarkslov.<sup>37</sup>

1800-tallet var preget av kulturstadietenkning og en fremvekst av sterke nasjonalstater. I Norge utviklet det seg med dette gradvis fram en oppfatning om at staten var eier av all umatrikulert grunn i Finnmark uten påhefte av andre rettigheter enn de som fremgikk av lov eller tilgrensede eiendommers skjøter.<sup>38</sup> “Læren om statens grunn” kommer tydelig til uttrykk i en odels-tingsproposisjon til en lov om salg av allmenninger og annen statsgrunn fra 1848 hvor det uttales:

“Det egentlige Finnmarken har (...) fra gammel Tid af været betragtet som tilhørende Kongen eller Staten, fordi det oprindeligt kun var beboet af et Nomadefolk, Lapperne uden faste Boliger.”<sup>39</sup>

Oppfatningen ble lagt til grunn i jordsalgslovene av 1863<sup>40</sup> og 1902.<sup>41</sup> Den nasjonalistiske dimensjonen kommer særlig til uttrykk i reglement gitt av jordsalgsloven av 1902 § 2. Den stiller som vilkår at man må beherske det norske språk og tilegne seg norsk jordbrukskultur for å bli grunneier:

“Afhændelse maa kun ske til norske statsborgere og under særligt hensyn til at fremme bosættelsen af en for distriktet, dets opdyrking og øvrige nyttiggjørelse

---

37 Se f.eks. Ravna *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 216.

38 Ravna *op.cit* s. 152.

39 Ot.prp.nr. 21 (1848) *Angaaende naadigst Proposition til Norges Riges Storting om Udfærdigelse af en Lov om Ophævelse af § 38 i Lov af 20de. August 1821 om det beneficerede og Statens Gods*, s. 23. Se også Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 90 flg.

40 Lov av 22de Juni 1863 om afhændelse af Statens jord i Finnmarksen Landdistrict.

41 Lov 22. mai 1902 nr. 7 om afhændelse af statens jord og grund i Finnmarksens amts landdistrict.

skikket befolkning, som kan tale, læse og skrive det norske sprog og benytter dette til dagligt brug.”<sup>42</sup>

Bestemmelsen er ett av mange utslag av norske myndigheters harde fornorskingspolitikk som strakk seg fra ca. 1850 til 1950.<sup>43</sup> I tillegg til kravet om norsk bruk i dagligtale for å kunne erverve grunn i Finnmark, fikk man også et forbud mot å bruke samisk i grunnskolen.<sup>44</sup>

Samisk bruk som rettsdannende ble i denne perioden flere ganger avslått av domstolene.<sup>45</sup> I Dergafjeldsaken inntatt i Rt. 1931 s. 57 fikk en grunneier nord for Trondheimsfjorden medhold fra en enstemmig Høyesterett i at en reindriftssame måtte flytte sitt stabbur og gamme fra hans eiendom, til tross for at reindriftssamene ved alders tids bruk ble antatt å ha rett til slike oppføringer på eiendommen. I Marsfjelldommen i Rt. 1955 s. 361 tapte en reindriftssame sin rett til fiske. Høyesterett betvilte ikke at samene hadde brukt det aktuelle området i flere hundre år før de fastboende, men fant likevel at denne bruken var uten betydning, og avviste dermed at reindriftssamisk bruk i alders tid kunne danne rett.

Den menneskerettslige utviklingen i kjølvannet av annen verdenskrig<sup>46</sup> bidro til et endret syn på samisk kultur blant myndighetene. I 1956 oppnevnte Kirke- og undervisningsdepartementet en komité til å utrede samespørsmål.<sup>47</sup> Samekomiteen skulle utrede “prinsipielle sider av de samfunnsspørsmål som knytter seg til samene, og foreslå konkrete tiltak av økonomisk og kulturell art for å gjøre det mulig for samene å dyktiggjøre seg og utfolde seg i

42 Reglement 7. juli gitt i medhold av Lov 22. mai 1902 nr. 7 § 2, gjengitt etter Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 93.

43 Gunnar Eriksen betegner denne perioden som “det mørke århundret” for samene i Gunnar Eriksen, “Tilvenningen til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis”, *Kart og plan* nr. 62, 2002 s. 230-245 på s. 235.

44 Henry Minde, “Fornorskinga av samene – hvorfor, hvordan og hvilke følger?”, *Gáldu čála – tidsskrift for urfolks rettigheter*, nr. 3, 2005 s. 12-14.

45 For en grundigere gjennomgang av rettspraksis rundt samisk bruk i denne perioden, se Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008 pkt. 14.1-14.3 på s. 304-318.

46 De forente nasjoner ble etablert 24. oktober 1945. Den 10. desember 1948 ble Verdenserklæringen om Menneskerettigheter vedtatt. Den 4. november 1950 ble Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen vedtatt.

47 Komiteen til å utrede samespørsmål (*Samekomiteen*), oppnevnt 3. august 1956.

samfunnet.”<sup>48</sup> Komiteen leverte sin innstilling tre år senere som understreket betydningen av gjensidig respekt mellom samer og nordmenn.<sup>49</sup> Komiteen foreslo å opprette et rådgivende organ for norske myndigheter i samiske saker. Resultatet var Norsk Sameråd som ble oppnevnt i 1964.

I 1972 ble en doktorgradsavhandling levert til forsvar som tok et oppgjør med læren om statens grunn. Avhandlingen til Sverre Tønnesen var et av de første tyngre akademiske innspillene til debatten om rettigheter til land og vann i Finnmark. Den presenterte et nytt syn på disse rettighetsspørsmålene i Finnmark.<sup>50</sup>

Samiske rettighetsspørsmål ble for alvor satt på dagsorden i striden om utbyggingen av Alta-Kautokeinovassdraget på 1970-tallet. Som en følge av denne oppnevnte Regjeringen i 1980 Samerettsutvalget som fikk i mandat å utrede blant annet de samiske rettighetene knyttet til land og vann i Finnmark.<sup>51</sup> Det ble også opprettet arbeidsgrupper som utarbeidet særskilte utredninger for utvalget som bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalgets vurderinger.<sup>52</sup> Samerettsutvalget avga sin første delinnstilling i 1984, NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling*. Den dannet grunnlaget for at en egen samelov ble vedtatt i 1987<sup>53</sup> som hjemlet opprettelsen av Sametinget. Utvalget foreslo i samme innstilling et eget grunnlovsvvern for samisk kultur og språk. Sameparagrafen (Grunnloven § 108) ble inntatt i Grunnloven året etter; i

---

48 St. meld. nr. 21 (1962-1963). Om kulturelle og økonomiske tiltak av særlig interesse for den samisktalende befolkning s.1.

49 Innstilling fra komité til å utrede samespørsmål avgitt 3. august 1959. Den ledet senere til en egen stortingsmelding om samepolitikken i Norge, St. meld. nr. 21 (1962-63). Innstillingen fra samekomiteen er inntatt som vedlegg i denne meldingen. Meldingen med vedlegg kan leses på <https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1962-63&paid=3&wid=b&psid=DIVL599>. Sist besøkt 18. juli 2017.

50 Sverre Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark*, Bergen 1972. Det finnes en “2. utgave” av avhandlingen fra 1979, men denne er kun en nedfotografering og oppkopiering av avhandlingen. Sidetallene er derfor de samme.

51 NOU 1984: *Om samenes rettsstilling* 18 s. 42 sp. 1.

52 NOU 1993: 34 *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark*, NOU 1994: 21 *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv* NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett* og NOU 2001: 34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger*. (Den siste er en samling av forskningsarbeider om samisk sedvanerett.)

53 Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold.

1988.<sup>54</sup> I 1990 ratifiserte Norge, som første stat i verden, ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater av 20. juni 1990.<sup>55</sup>

“Jerngrepet” rundt den samiske befolkning så ut til å ha løsnet. Ved domstolene var dette kommet til uttrykk allerede to tiår tidligere. Dommene inntatt i Rt. 1968 s. 394 (Brekken-dommen) og Rt. 1968 s. 492 (Altevaan II-dommen) var de første sakene hvor Høyesterett anerkjente samenes rettigheter basert på alders tids bruk. Brekken-dommen gjaldt jakt- og fiskerett på privatgrunn hvor samene hadde rett til å drive reindrift. Altevaan II-dommen gjaldt ekspropriasjonserstatning for oppdemming av bl.a. beiteområder.

I Rt. 1979 s. 492 (Varfjell/Stifjell-dommen) la Høyesterett til grunn at rettsforholdene i Finnmark var særegne “med delvis uklare regler om omfanget av statens rett til umatrikulert grunn” (s. 498). I saken ble rettsuvidenheter akseptert som grunn for at en gruppe reindriftssamer hadde oversittet foreldelsesfristen for å kreve erstatning for skader ved oppføring og drift av et telekommunikasjonsanlegg.

På 1990-tallet fortsatte Samerettsutvalget sitt arbeid som resulterte i flere innstillinger.<sup>56</sup> Læren om statens grunn viste seg imidlertid å være seiglivet. I NOU 1993: 34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark*, konkluderte Rettsgruppas flertall med at “staten må anses som eier av de tidligere umatrikulerte arealer i Finnmark.”<sup>57</sup> Rettsgruppa erkjente riktignok at læren kunne betraktes som en misforståelse, men lot den likevel gjelde. Staten ble tilkjent eierskap til grunnen i hele Finnmark gjennom “festnede rettsforhold.”<sup>58</sup>

---

54 Frem til grunnlovsrevisjonen i 2014 fremgikk bestemmelsen i Grunnloven § 110a, mens den nå finnes i paragraf 108.

55 Konvensjonen trådte i kraft 5. september 1991.

56 Se fotnote nr. 17.

57 NOU 1993: 34 s. 266 2. sp. Mindretallet besto av Otto Jebens som mente at samene var berettiget til naturressursene, i alle fall i indre Finnmark. Dette begrunnet han med støtte både i interne og folkerettslige kilder gjennom en rekke særuttalelser i utredningen. Jebens skrev senere en doktorgradsavhandling basert på uttalelsene i utredningen. (Otto Jebens, *Om eiendomsretten til grunnen i Indre-Finnmark*, Oslo 1999.)

58 Se NOU 1993: 34 s. 263 1. sp.

Utredningen ble møtt med mye kritikk. Sametinget var særlig misfornøyd med at flertallet ikke hadde utredet statens folkerettslige forpliktelser og at de i liten grad vektla samiske rettsoppfatninger når de la til grunn at staten er grunneier i Finnmark.<sup>59</sup> Dette førte til opprettelsen av en “Folkerettsgruppe” som skulle gjøre rede for Norges folkerettslige forpliktelser overfor det samiske folk. Gruppen leverte sin utredning i 1997<sup>60</sup> samtidig som Samerettsutvalget avga sin andre innstilling, NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*. I utvalgets andre innstilling var et samlet utvalg av den oppfatning at det burde etableres en sterkere lokal styring av grunnforvaltningen i Finnmark.<sup>61</sup> Flertallet i gruppa foreslo at eiendomsretten til grunnen i Finnmark skulle overføres til og forvaltes av et selvstendig rettssubjekt med navn “Finnmark grunnforvaltning” som var fristilt fra den øvrige statsforvaltning, daværende Statskog SF.<sup>62</sup> Utvalget foreslo også en kommunal forvaltningsmodell hvor lokalbefolkningen skulle sikres innflytelse på ressursforvaltningen gjennom lokalt oppnevnte utmarksstyrer.<sup>63</sup> Det var for øvrig dissens i utvalget selv om samtlige medlemmer ønsket en lokal forvaltning. Mindretallet foreslo en modell med “Samisk grunnforvaltning” bygd på de samme prinsippene, men der Sametinget oppnevner et flertall og fylkestinget et mindretall til forvaltningsstyret.<sup>64</sup>

I 2003 fremmet Regjeringen Bondevik sitt forslag til finnmarkslov.<sup>65</sup> Hovedinnholdet i regjeringens proposisjon var opprettelsen av et nytt og selvstendig rettssubjekt som skulle få overført eierrådigheten over den grunn som lå under Statskog SF, med navnet “Finnmarkseiendommen.”<sup>66</sup> Samerettsutvalgets

---

59 Se folkerettsgruppas beskrivelse av bakgrunnen for sitt oppdrag i NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett* s. 5.

60 NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett*.

61 NOU 1997: 4 s. 118 under pkt. 4.3.1.4.

62 *Op.cit.* s. 103 under pkt. 4.1.4.

63 *Op.cit.* s. 362 flg. under pkt. 5.3.

64 *Op.cit.* s. 53. flg. under pkt. 3.3.7.

65 Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven)*.

66 Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 107 flg. under pkt. 7.4.

forslag om lokale utmarksstyrer og mulighet for å få fastlagt bygdebruksområder for anerkjennelse av bygdefolks rettigheter, ble ikke videreført.<sup>67</sup> Regjeringens lovforslag møtte bred kritikk. Kritikken gikk blant annet ut på at Samerettsutvalgets arbeid ikke var fulgt opp og at innstillingen ikke tilfredsstilte Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene.<sup>68</sup> Sametinget forkastet lovforslaget og krevde betydelige endringer i forslaget, vidt-favnende konsultasjoner med Sametinget og at Stortinget sikret at det ble gjennomført en folkerettslig forsvarlig prosess for å sikre samiske rettigheter i den videre lovprosessen.<sup>69</sup>

Som en følge av kritikken ba Stortingets justiskomité Justisdepartementet om å “skaffe til veie en kvalifisert uavhengig folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov.”<sup>70</sup> Justisdepartementet gav oppdraget til Hans Petter Graver og Geir Ulfstein som i sin utredning konkluderte med at lovforslaget ikke oppfylte kravene i art. 14 og art. 15 i ILO-konvensjon nr. 169.<sup>71</sup> Selv om Regjeringen ikke sa seg enig i dette og svarte med å be Carl August Fleischer foreta en tilsvarende vurdering, hvor det ble konkludert med at lovforslaget ikke var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene,<sup>72</sup> foreslo den på forespørsel fra Justiskomiteen at det ble opprettet en dømmende kommisjon til å identifisere bestående rettigheter i Finnmark.<sup>73</sup> En slik rettkartleggingsprosess ville i større grad sikre en lojal oppfyllelse av ILO-169.

---

67 *Op.cit* s. 99-100 under pkt. 6.3.3-6.3.4. Motsetningsvis Samerettsutvalgets forslag i NOU 1997: 4 s. 362 flg. under pkt. 5.3.

68 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven)* s. 14.

69 Sametingets vedtak nr. 21/2003 i møte 23. mai 2003.

70 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 14.

71 Hans Petter Graver og Geir Ulfstein, “Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov” levert 3. november 2003.

72 Carl August Fleischer, Vurdering av dokument offentliggjort 3/11-2003 “Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov.” (2004).

73 Brev fra Justisdepartementet til Justiskomiteen av 14. juni 2004. Brevet er vedlagt i Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 64 sp.1.

Etter konsultasjoner med Sametinget og Finnmark fylkesting la Justiskomiteens flertall til grunn at “identifisering av bestående rettigheter må inngå som et sentralt element i finnmarksloven”<sup>74</sup> for å kunne oppfylle ILO-169 art. 14:

“Viktig i denne sammenhengen er også etter flertallets oppfatning at Norge ikke vil oppfylle sine forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 hvis rettighetshaverne kun henvises til de alminnelige domstolene for å få kartlagt sine rettigheter. Bakgrunnen for forslaget om en ordning for identifisering av opparbeidete rettigheter er nettopp å finne her.”<sup>75</sup>

Komiteen fremla dermed et vesentlig endret lovforslag til Odelstinget i Innst.O.nr.80 (2004-2005). Sametinget sluttet seg enstemmig til denne.

Den 17. juni 2005 ble lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og andre naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) sanksjonert.

Finnmarkslovens regler om kartlegging og identifisering av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn er således tungt forankret i ILO-konvensjon nr. 169 art. 14. Kartleggingsordningen initieres i finnmarkslovens § 5 og reguleres i lovens kapittel 5.

I det følgende vil Finnmarkslovens bestemmelser om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter bli gjennomgått for i den videre prosessen å kunne analysere hovedproblemstillingen; finnmarksloven § 5s betydning for identifisering og anerkjennelse av rettigheter ervervet gjennom langvarig bruk av land og vann. Finnmarksloven § 5 er, som nevnt, uløselig knyttet til ILO-konvensjon nr. 169 art. 14. Det vil derfor være nødvendig med en gjennomgang av dennes artikkel 14. Denne blir gjennomgått under kapittel 4.

### **3.2 Reglene for kartlegging av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn**

Finnmarksloven § 5 første ledd slår fast at samene kollektivt og individuelt, gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark. I annet ledd fremkommer det at dette også gjelder “andre” i og

---

74 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 14 sp. 2.

75 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 28 sp. 1 og 2.

med at det slås fast at loven ikke gjør “inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som *samer* og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk”. Det er med andre ord ikke bare *samenes* rettigheter som må kartlegges, men også den øvrige Finnmarksbefolkningens rettigheter. Dette understrekes av at komitéflertallet uttaler at finnmarksloven er etnisk nøytral og vil dermed gjelde alle som er bosatt i Finnmark fylke.<sup>76</sup>

Første ledds fremhevelse av at *samer* gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark, er et resultat av konsultasjonsprosessen mellom Stortingets justiskomité, Sametinget og Finnmark fylkesting. Bestemmelsen ble inntatt for å understreke at også samisk bruk av grunn og naturressurser kan danne grunnlag for erverv av rettigheter, jf. den tidligere dominerende oppfatningen om at samisk bruk ikke kunne danne rett. Bestemmelsen er således en viktig prinsippbestemmelse.<sup>77</sup>

For å fastslå omfanget og innholdet i de eksisterende rettigheter på Finnmarks-eiendommens grunn forutsetter loven at det opprettes en kartleggings-kommisjon for å utrede disse og en særdomstol for å avgjøre eventuelle tvister som måtte oppstå etter utredningen.

Finnmarksloven § 5 tredje ledd regulerer opprettelsen av Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen.<sup>78</sup> Den formulerer Finnmarkskommisjonens mandat til å “fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som *samer* og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag”, jf. finnml. § 29, mens særdomstolen skal “avgjøre tvister om slike rettigheter, jf. § 36.

Hevd og alders tids bruk er de praktisk vanligste grunnlagene for erverv av rettigheter gjennom langvarig bruk.<sup>79</sup> “Annet grunnlag” er også listet opp som et mulig ervervsgrunnlag. Justiskomiteens flertall går ikke inn på hva som ligger i uttrykket “på annet grunnlag,” men markerer dermed

76 Se Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 15.

77 *Op.cit.* (2004-2005) s. 36.

78 Finnmarkskommisjonen ble oppnevnt av Kongen i statsråd 14. mars 2008 med hjemmel i finnmarksloven § 5 tredje ledd, jf. finnmarksloven § 29 første ledd. Utmarksdomstolen ble utnevnt 24. januar 2014 av Innstillingsrådet for dommere med hjemmel i finnmarksloven § 36.

79 Se Kirsti Strøm Bull og Nikolai K. Winge, *Fast eiendoms rettsforhold*, Oslo 2009 s. 71 flg.

at hevd og alders tids bruk ikke er de eneste aktuelle grunnlagene for rettighetserverv eller anerkjennelse av rettigheter. Justiskomiteen er for øvrig innom kontraktsrettslig adkomst som et mulig ervervsgrunnlag.<sup>80</sup> Lokale sedvanerettsdannelser kan også være et mulig rettsgrunnlag.<sup>81</sup> I denne teksten vil hevd, alders tids bruk og samisk sedvanerett bli drøftet som rettsgrunnlag i rettsidentifiseringsprosessen etter finnml. § 5.<sup>82</sup>

I finnmarkslovens kapittel 5 er det gitt nærmere regler for kartleggingen og anerkjennelsen av slike rettigheter som fremkommer av § 5.

Finnmarkskommisjonen fastsetter selv felt for utredningsarbeidet og bestemmer rekkefølgen i behandlingen, jf. § 30. Ved avgjørelsen skal det blant annet legges vekt på hensynet til en naturlig og hensiktsmessig avgrensning av feltet når det gjelder utstrekning og i rettslig og historisk sammenheng, samt behovet for avklaring av rettsforholdene.

Finnmarkskommisjonen har selv ansvaret for at saken blir “tilstrekkelig opplyst”, jf. finnml. § 32 første ledd. Dette innebærer at rettighetspretendentene ikke selv er ansvarlige for å fremskaffe bevis for sin rettsstilling slik det er vanlig i sivile saker for de alminnelige domstolene, se lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 11-2 annet ledd. Dette er imidlertid ikke til hinder for at partene selv kan gjøre rede for faktiske forhold eller føre bevis for kommisjonen, se finnml. § 32 annet ledd.

Finnmarkskommisjonen er ikke en domstol,<sup>83</sup> og skal dermed ikke fatte rettslige bindende avgjørelser. Den skal i stedet avgi rapporter om eier- og bruksrettsforhold, jf. finnml. § 33 første ledd. Rapportene skal gi opplysninger om:

- “a) hvem som etter kommisjonens oppfatning er eiere av grunnen,
- b) hvilke bruksrettigheter som etter kommisjonens oppfatning eksisterer,

---

80 Se Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 19-20.

81 Samerettsutvalget II skriver om forskjellige rettserverv ved lang tids bruk under punkt 8.3, s. 299 flg. i *NOU 2007: 13 Den nye sameretten*.

82 Mer om disse rettsgrunnlagene under kapittel 5.

83 Innst.O.nr.80 (2004-2005) s. 21 sp. 1.

c) de saksforhold kommisjonen bygger sine konklusjoner på.”

Rapportene bør være så presist utformet at den i ettertid kan legges til grunn for oppmålinger og tinglysing, eventuelt slik at utmarksdomstolen eller de ordinære domstolene kan ta utgangspunkt i rapporten under sin behandling.<sup>84</sup> Etter at rapporten er avgitt, skal kommisjonen straks kunngjøre den i henhold til finnml. § 31, jf. § 33 tredje ledd.

Finnmarkseiendommen skal uten ugrunnet opphold ta stilling til kommisjonens konklusjoner, jf. finnml. § 34 første ledd. I den grad Finnmarkseiendommen er enig med kommisjonen i at andre har rettigheter, plikter Finnmarkseiendommen å gi skriftlig uttrykk for det, og uten ugrunnet opphold sørge for at rettigheten blir tinglyst eller i tilfelle bringe saken inn for jordskifteretten etter § 45 for grensemerking, koordinatfesting og kartlegging av grensene.

Etter finnml. § 35 kan parter som ikke er enige i kommisjonens konklusjoner, eller trenger bistand til å få konklusjonene nedfelt i bindende avtaler, be Finnmarkskommisjonen om mekling. Plikten til å mekle faller bort når fristen for å bringe tvisten inn for utmarksdomstolen er løpt ut.

Utmarksdomstolen for Finnmark (§ 36) skal behandle tvister om rettigheter som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt. Dersom personer eller grupper mener å ha rettigheter av privatrettslig karakter som ikke blir akseptert av Finnmarkskommisjonen, eller dersom Finnmarkseiendommen avviser kommisjonens konklusjoner, kan disse bringes inn for utmarksdomstolen. Partene er ilagt en frist på ett år og seks måneder etter at kommisjonen har avgitt sin rapport for å bringe saken inn for domstolen, jf. finnml. § 38 første ledd første punktum. Dersom en sak ikke bringes inn for utmarksdomstolen forutsettes det at resultatet blir gjeldende mellom partene og at det skal sikres gjennom avtale, etterfølgende grenseoppmerking av jordskifteretten og tinglysing, jf. § 45 første ledd.

Saker som hører inn under utmarksdomstolen kan ikke bringes inn for de alminnelige domstolene eller jordskifteretten, med mindre utmarksdomstolen

---

84 *Op. cit.* s. 21 sp. 1.

har avvist saken etter § 39, søkmålsfristen etter § 38 første ledd er løpt ut, eller utmarksdomstolen har tatt saken til behandling etter § 38 annet ledd.

Domstolens avgjørelser har begrenset ankemulighet idet de kun kan påankes til Høyesterett, jf. § 42.<sup>85</sup>

### **3.3 Utredningenes parter**

I denne sammenheng er et relevant spørsmål hvem som er *parter* i Finnmarkskommisjonens utredninger. Svaret kommer ikke eksplisitt frem av lovteksten, men etter finnml. § 34 skal FeFo “uten ugrunnet opphold ta stilling til kommisjonens konklusjoner. For vedtak som går ut på å godta konklusjoner fra kommisjonen om at andre har rettigheter, gjelder § 10 sjette ledd tilsvarende.”

Av ordlyden kan man for det første utlede at Finnmarkseiendommen er den ene part ettersom den plikter å ta stilling til kommisjonens konklusjoner. Denne oppfatningen bekreftes også av forarbeidene hvor justiskomiteens flertall bemerker: “Finnmarkseiendommen vil [...] i kraft av å være registrert som grunneier, også være part i sakene.”<sup>86</sup> Det andre man kan utlede av ordlyden til § 34 er at FeFo har en motpart, jf. “For vedtak som går ut på å godta [...] at *andre* har rettigheter.” (min uthevelse). Spørsmålet er hvem som er de “andre.” Heller ikke dette kommer eksplisitt frem av lovteksten. Forarbeidene definerer imidlertid “andre” til å være private parter, jf. Innst.O. nr. 80 (2004-2005) s. 25 sp. 2 i merknad til finnml. § 43 om utgiftene ved saken: “Dekningen av utgifter for den private parten er [...] gjort betinget av at Finnmarkseiendommen har motsatt seg kravet.”

Av dette utleder jeg at Finnmarkskommisjonens ene part er Finnmarksbefolkningen gjennom FeFo ettersom FeFo er Finnmarksbefolkningens eier- og forvaltningsorgan, se komitéflertallets uttalelse om FeFo:

“Utviklingen i Finnmark har ført til en rettstilstand som er markert annerledes enn ellers i landet. Dette tilsier en lovfesting av en særegen rettstilstand for Finnmark, som gradvis har utviklet seg som følge av de “tre stammers” møte,

---

<sup>85</sup> Jeg kommer tilbake til dette under pkt. 4.3.2.

<sup>86</sup> Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 21 sp. 1.

statsmaktens tilstedeværelse, og en sedvanemessig, kollektiv bruk av utmarksressursene i lokalsamfunn i hele fylket. Det er etter departementets syn i denne sammenheng avgjørende at representanter for samene og lokalbefolkningen får reell innflytelse over grunnen. Grunnbokshjemmel til statens grunn i Finnmark må derfor overføres fra Statskog til det nye finnmarksorganet. På denne måten gjøres det nye organet entydig til et grunneierorgan, og ikke i utgangspunktet et forvaltningsorgan. Eierrådigheten legges med dette til finnmarkingene.”<sup>87</sup>

Finnmarksbefolkningens eierrådighet over grunnen i Finnmark kommer også til uttrykk gjennom at FeFo ledes av et styre av seks representanter hvorav tre stykker er oppnevnt av Sametinget og tre er oppnevnt av Finnmark fylkesting, jf. finnml. § 7 første ledd.

De andre partene er private, herunder må forstås individuelle personer som mener å ha eier- eller bruksrettigheter på Finnmarkseiendommens grunn – og som setter fram krav overfor Finnmarkskommisjonen.

Det er imidlertid mye som taler for en annen forståelse av hvem som er parter i sakene for Finnmarkskommisjonen. Som nevnt har Finnmarkskommisjonen til nå utredet fem felt. I disse feltene har FeFo vært den ene part, mens lokalbefolkningen i feltene og reindriften har vært motpartene. Dette gjelder både de som har fremsatt kollektive og individuelle krav for kommisjonen, og de som kommisjonen har vurdert rettsstillingen til uten at disse har fremsatt noen krav.<sup>88</sup> Av dette forstår jeg at Finnmarksbefolkningen gjennom FeFo er motparter til lokalbefolkningen i henholdsvis Stjernøya/Seiland, Nesseby, Sørøya, Varangerhalvøya øst og Varangerhalvøya vest.

At FeFo i realiteten ikke representerer lokalbefolkningen i feltene understøttes også av ordlyden i finnmarksloven § 20 som sier at FeFo “har ikke vern mot at dens rettsstilling eller rettigheter endres, innskrenkes eller oppheves ved lov.” Denne bestemmelsen medfører at FeFo-grunn ikke har vern mot ekspropriasjon etter grunnloven § 105 ettersom Stortinget når som helst kan erstatte finnmarksloven med en ny lov som overfører FeFo-grunnen

---

87 Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 8 sp. 1.

88 Se Finnmarkskommisjonens rapport fra Stjernøya/Seiland Felt 1 s. 13, rapport fra Nesseby Felt 2 s. 14, rapport fra Sørøya Felt 3 s. 13, rapport fra Varangerhalvøya Øst Felt 5 s. 13 og rapport fra Varangerhalvøya Vest Felt 6 s. 13.

tilbake til staten. Bakgrunnen for regelen finnes i Innst.O nr. 80 (2004-2005) der komitéflertallet uttaler at de har funnet det “rimelig” at staten bør kunne benytte grunn i Finnmark til forskjellige formål som kommer innbyggerne til fylket til gode. Dersom staten trenger arealer til formål som ikke vil komme innbyggerne i fylket til gode, må den kjøpe det av FeFo eller ekspropriere og betale erstatning.<sup>89</sup> Essensen i regelen er at staten når som helst kan ta i bruk FeFo-grunn, enten dette skjer til fordel eller ulempe for finnmarksbefolkningen.

Praksis viser også at det er motsetninger mellom lokalbefolkningen og FeFo. En debattert sak er den såkalte “5 km-regelen.” FeFo vedtok å ikke gjeninnføre en regel som forbyr utlendinger å fiske på innlandet utenfor en femkilometers sone fra hovedvei i Finnmark. Daværende styreleder for FeFo oppnevnt av Sametinget, Marit Kirsten Anti Gaup, uttalte til NRK Sápmi at hun hadde trodd det skulle være mulig å innføre en slik regel, men etter å ha gjennomgått et kurs om “blant annet lover, så viser det seg at vi ikke har mulighet til å gjøre det ifølge loven.”<sup>90</sup>

Både finnml. § 20 og vedtaket om å ikke gjeninnføre 5-km regelen strider åpenbart med lokalbefolkningens interesser. Selv om FeFo formelt er Finnmarksbefolkningens grunneierorgan, ser man at realiteten er annerledes. Finnmarkskommisjonens parter må derfor anses å være FeFo og lokalbefolkningen i Finnmark.

### **3.4 Betydningen av finnmarksloven § 5 første ledd – en presumsjon for samenes rettigheter til grunnen i Finnmark?**

#### **3.4.1 Forutsetningsvis**

Jeg nevnte ovenfor at finnmarksloven § 5 er en viktig prinsippbestemmelse ettersom den forutsetter at samisk bruk også kan være rettsdannende på samme

---

<sup>89</sup> Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 10-11.

<sup>90</sup> Slik gjengitt i NRK Sápmis sak om “5 km-sonen blir ikke gjeninnført”, publisert 25.02.2014. <http://www.nrk.no/sapmi/5-km-sonen-blir-ikke-innfort-1.11568152>. Sist besøkt 19. juli 2017.

måte som norsk bruk. Bestemmelsen kan ses på som et utslag av at finnmarksloven langt på veg er motivert ut fra Norges forpliktelser overfor samene i ILO-169, som er inkorporert med forrang på lovens område, jf. finnml. § 3. Finnmarksloven § 5 er regelen som prinsipielt sikter mot å oppfylle ILO-169 art. 14 (1) om at urfolks rettigheter til eierskap og besittelse av de landområder der de tradisjonelt lever, skal anerkjennes. Justiskomiteens flertall slår fast at bestemmelsen er en “prinsipiell og politisk anerkjennelse” av at samene har opparbeidet rettigheter til grunnen i Finnmark.<sup>91</sup> Samtidig understrekes det at man ikke av “den politiske prinsipperklæringen” kan utlede *hva slags* rettigheter samene har opparbeidet og heller ikke hvor det har skjedd. Anerkjennelsen av disse rettighetene er det Finnmarkskommisjonen som skal gjøre.<sup>92</sup> Regelen reiser noen bevismessige spørsmål som ikke drøftes i forarbeidene til loven.

Av komitéflertallets uttalelse kan det være nærliggende å anse § 5 første ledd som en ren prinsipperklæring for å understreke at samene har rettigheter i Finnmark. En ren prinsipperklæring vil imidlertid ikke sette rettslige skranker for lovgivningen. Dersom finnml. § 5 første ledd er en rettslig uforpliktende prinsipperklæring, vil den ikke være i samsvar med ILO-169 art. 14 (1) som er gjeldende rett på finnmarkslovens område, jf. finnml. § 3. ILO-169 art. 14 pålegger statene å anerkjenne urfolk eiendoms- og besittelsesrettigheter til sine tradisjonelle landområder, herunder iverksette nødvendige tiltak for å identifisere slike landområder. Finnml. § 5 første ledd må derfor anses å gi uttrykk for en rettslig forpliktelse. Denne forståelsen styrkes av at finnmarksloven §§ 5 og 3 er knyttet tett opp mot hverandre. I regjeringens Ot.prp.nr. 53 (2002-2003) var ikke finnmarksloven § 5 første ledd en del av forslaget. I regjeringens proposisjon var første ledd det som nå er annet ledd i gjeldende § 5. Den nåværende ordlyden i § 5 første ledd kom som nevnt inn under konsultasjonsprosessen for å påpeke betydningen av at samenes tradisjonelle bruk av landområder kan være rettsskapende. Samtidig ble også ILO-169 inkorporert med forrang på lovens område, jf. § 3. I regjeringens forslag til § 3 var første punktum det som nå er annet punktum i någjeldende § 3. Finnml. § 5 må derfor leses i sammenheng med § 3 med videre henvisning til ILO-169 art. 14.

---

91 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 37 sp. 1.

92 *Op. cit.*

At finnmarksloven § 5 første ledd er mer enn en prinsipperklæring understøttes også av at Høyesteretts bevisbedømmelse i Selbu- og Svartskogdommene er løftet fram i forarbeidene til finnmarksloven i tilknytning bestemmelsen, som en viktig rettskilde for Finnmarkskommisjonen og en “anvisning på hvordan tradisjonell samisk bruk skal anses som grunnlag for rettserverv.”<sup>93</sup> Med denne henvisningen pålegger komitéflertallet Finnmarkskommisjonen å gjøre tilsvarende tilpasninger i bevisvurderingene og rettsbruken som Høyesterett, og gir dermed uttrykk for at bestemmelsen setter rettslige skranker for bevisvurderingen.

I lys av dette må finnmarksloven § 5 første ledd etter mitt skjønn være en presumpsjon for at samenes kollektive og individuelle rettigheter til grunnen i Finnmark eksisterer.<sup>94</sup>

### **3.4.2 Generelt om presumsjonsregler**

En presumsjonsregel innebærer at ett bestemt faktum legges til grunn dersom ikke noe annet blir sannsynliggjort.<sup>95</sup> Undertiden må bestemmelser som inneholder en eller annen form for presumpsjon, oppfattes slik at de snur bevisbyrden eller stiller krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, men dette gjelder ikke for alle slike presumsjonsregler. Noen presumsjonsregler bygger på alminnelige erfaringssetninger, og sier ikke mer enn det som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse.<sup>96</sup> Dette prinsippet står sentralt i norsk prosessordning. Fri bevisbedømmelse vil si at det er opptil retten etter en samvittighetsfull prøvelse av det som kommer frem under saken, å vurdere hva som kan utledes av de ulike bevismidler, og hvilken vekt disse skal tillegges. Stort sett legger ikke rettsreglene konkrete føringer på

---

93 *Op. cit.* s. 36 sp. 2.

94 Slik også Øyvind Ravna i Ravna, “Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter”, *Lov og Rett* 52, nr. 8, 2013 s. 555-575 på s. 564.

95 Jf. Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 608-609 og Jens Edvin Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utg. Oslo 2001 s. 609.

96 Jf. Skoghøy, *Tvistemål* (2001) s. 669.

hvordan de ulike bevismidlene skal vurderes. Retten må i det enkelte tilfelle foreta en konkret vurdering av de beviser som er ført.<sup>97</sup>

Andre presumpsjonsregler kan imidlertid, i tillegg til å legge til grunn ett bestemt faktum, også snu bevisbyrden. Et eksempel på en slik regel er lov av 15. juni 2007 nr. 40 – reindriftsloven § 4 annet ledd:

“Innenfor det samiske reinbeiteområdet skal det legges til grunn at det foreligger rett til reinbeite innenfor rammen av denne lov, med mindre annet følger av særlige rettsforhold.”

Av første ledd følger at den samiske reindriften bygger på alders tids bruk. Av annet ledd følger presumsjonen for rett til reinbeite innenfor det samiske reinbeiteområdet. Regelen legger til grunn at det foreligger reinbeiterett innenfor områdene nevnt i bestemmelsens første ledd. Dette må oppfattes slik at dersom det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt for at der ikke foreligger reinbeiterett, skal det legges til grunn at det foreligger reinbeiterett innenfor områdene som følger av reindriftsloven. Regelen legger dermed bevisbyrden på den som mener at der *ikke* foreligger reinbeiterett på tvisteområdet.

Foranledningen for regelen kan spores tilbake til 1988 da Høyesterett avgjorde den såkalte Korssjøfjelldommen inntatt i Rt. 1988 s. 1217.<sup>98</sup> Saken ble behandlet etter dagjeldende reindriftslov av 1978. Tvisten sto mellom grunneierne og reindriftsamene om retten til reinbeite innenfor et område i Sør-Trøndelag. Høyesterett vurderte beitespørsmålet ut fra norske tingsrettslige prinsipper som blant annet stiller krav om intensiv og kontinuerlig bruk i hevdstid. Reindriftsbruken ble ikke funnet intensiv nok og næringen ble dermed ikke ansett å være rettsdannende. Reindriftsamene tapte saken.

Dommens resultat ga ikke reindriftsamene det rettsvernet de hadde i medhold av grunnloven og folkeretten. Dette var etter lovgivers syn uholdbart. Landbruksdepartementet utformet derfor et forslag til en ny lovregel i etterkant av dommen som snudde bevisbyrden på den som mente at det

---

<sup>97</sup> *Op. cit* s. 437.

<sup>98</sup> Mer om denne dommen under kapittel 5.

*ikke* forelå reinbeiterett på tvisteområdet.<sup>99</sup> Forslaget passerte med liten margin i Stortinget. Ved behandlingen i Odelstinget 13. desember 1995 ble departementets forslag vedtatt med 54 mot 40 stemmer.<sup>100</sup> Under Lagtingets behandling 18. desember 1996 ble Odelstingets vedtak ikke bifalt.<sup>101</sup> En av grunnene til at forslaget ikke fikk støtte i Lagtinget var usikkerhet omkring hvilke rettslige konsekvenser presumsjonsregelen medførte, herunder om regelen var i strid med ekspropriasjonsbestemmelsen i Grunnloven § 105. Landbruksdepartementet innhentet en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling som konkluderte med at regelen ikke var i strid med § 105.<sup>102</sup> Forslaget ble igjen behandlet i Odelstinget 23. januar 1996.<sup>103</sup> I møte 30. januar 1996 vedtok Lagtinget forslaget fra Landbruksdepartementet med 14 mot 13 stemmer.<sup>104</sup>

På denne måten fikk man i loven en bedre beskyttelse for den antatt svakere part, reindriftssamene, samtidig som staten i større grad ville bli i stand til å overholde sine rettslige forpliktelser overfor samene.

Finnmarksloven § 5 første ledd vil i lys av å være en presumsjonsregel legge til grunn at samene har opparbeidede rettigheter til grunnen i Finnmark. Den stiller dermed krav om bevisovervekt, altså at det må sannsynliggjøres

---

99 Se St. meld. nr. 28 (1991-1992) s. 83.

100 Forh. O. 1995-1996 s. 106-107. Odelstingets behandling av saken kan leses ved å følge denne lenken: [https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL13&pgid=a\\_0092&vt=a&did=DIVL57](https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL13&pgid=a_0092&vt=a&did=DIVL57). Behandlingen starter på s. 88 i dokumentet. Sist besøkt 25. juli 2017.

101 Jf. Forh. L. (1995-1996) s. 18-19 Lagtingets behandling av saken kan leses ved å følge denne lenken: [https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL173&pgid=a\\_0624&vt=a&did=DIVL191](https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL173&pgid=a_0624&vt=a&did=DIVL191). Behandlingen av saken begynner på s. 10 i dokumentet. Sist besøkt 25. juli 2017.

102 Jf. brev av 17. januar 1996 fra Justisdepartementets lovavdeling.

103 Se Forh. O. 1995-1996. Forhandlingene finnes på [https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL13&pgid=a\\_0175&vt=a&did=DIVL69](https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL13&pgid=a_0175&vt=a&did=DIVL69). Behandlingen av saken begynner på s. 179 i dokumentet. Sist besøkt 25. juli 2017.

104 Se Forh. L. (1995-1996). Forhandlingene finnes på [https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL173&pgid=a\\_0637&vt=a&did=DIVL195](https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1995-96&paid=8&wid=a&psid=DIVL173&pgid=a_0637&vt=a&did=DIVL195). Behandlingen av saken starter på s. 24 i dokumentet. Sist besøkt 25. juli 2017.

at der ikke finnes grunnlag for å anerkjenne eiendomsrett eller eksklusive bruksrettigheter til samene.

Selv om Finnmarkskommisjonen ikke er en domstol, skal den på grunnlag av gjeldende nasjonal rett ta stilling til bruks- og eierrettigheter på FeFo-grunnen. Det må derfor antas at de alminnelige sivilprosessuelle regler vil gjelde for kommisjonen også, herunder prinsippet om fri bevisbedømmelse.

### **3.4.3 Finnmarkskommisjonen har selv hovedansvaret for sakens opplysning**

Som nevnt er det én vesentlig forskjell mellom Finnmarkskommisjonens prosessregler og de alminnelige sivilprosessrettslige reglene. Finnmarkskommisjonen har selv hovedansvaret for sakens opplysning, jf. finnmarksloven § 32 første ledd. Dette betyr at bevisfremskaffelsesplikten ikke ligger på partene, men på kommisjonen som på “den måten som den finner hensiktsmessig, [kan] innhente forklaringer, dokumenter og annet materiale samt foreta undersøkelser og utredninger”, jf. § 32 første ledd. Etter de generelle sivilprosessuelle reglene er det partene etter det såkalte forhandlingsprinsippet som har hovedansvaret for å skaffe til veie det faktiske grunnlag for rettens avgjørelse, jf. § 11-2 annet ledd i tvisteloven. Forhandlingsprinsippet er bl.a. begrunnet i at en annen ordning ville kunne bringe rettens nøytralitet i fare, f.eks. om den ene parten ikke er like flink som den annen til å skaffe frem faktiske opplysninger som er til fordel for ham, og retten til stadighet skal måtte hjelpe til med dette.<sup>105</sup>

At en rettskartleggende kommisjon selv har ansvaret for sakens opplysning er ikke ukjent i norsk rett. Både Høyfjellskommisjonen for Sør-Norge (1908-1953) og Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms (1985-2004) hadde en liknende ordning. Høyfjellskommisjonen kunne belyse saken på selvstendig grunnlag inntil en viss grad; når kommisjonen fant det “fornødent til sakens opplysning, [...] [å] foreta rettergangsskridt, saasom indkalde, avhøre og edfæste vidner, likesom den kan begjære dette foretat av de almindelige underretter”, jf. lov av 8. august 1908 nr. 6 (høyfjellskommisjonsloven) § 5 første ledd. For Utmarkskommisjonen gjaldt etter lov av

---

105 Skoghøy skriver om dette i Skoghøy, *Tvistemål* (2001) s. 433.

7. juni 1985 nr. 51 (utmarkskommisjonsloven) § 13 at “Kommisjonen har selv ansvaret for at saken så langt det er mulig, blir fullstendig opplyst.” Forarbeidene til utmarkskommisjonsloven begrunner ordningen med et ønske om at retten skal komme frem til en avgjørelse som er materielt riktig:

“Det bevismateriale som skal legges frem for kommisjonen, er [...] av særegen art. Det dreier seg i vid utstrekning om vanskelig tilgjengelig materiale som det kreves særskilte forutsetninger for å finne fram til og gjøre seg nytte av. Departementet antar at det så vel for statens som for de private parters representanter ville oppstå store problemer dersom innhenting av bevismidler ble overlatt dem alene. Kommisjonen vil ved sitt sekretariat ha personell som er egnet til å foreta slike arkivundersøkelser og kildegranskinger som er nødvendig for å sikre en rask, hensiktsmessig og sikker opplysning av sakens faktum.”<sup>106</sup>

For Finnmarkskommisjonen synes å gjelde den samme begrunnelse selv om forarbeidene er sparsomme med opplysninger om hvorfor en slik ordning er valgt. Justiskomiteens flertall uttaler i sin merknad til finnmarksloven § 32 at: “Det skal [...] ikke være slik at de som mener å ha rettigheter i det aktuelle feltet, skal være nødt til selv å fremskaffe alle bevisene for sin rettsstilling.”<sup>107</sup> Uttalelsen indikerer at bevisene som skal fremskaffes for kommisjonen kan være vanskelig tilgjengelig på samme måte som for Utmarkskommisjonen. For å spare partene for dette arbeidet og dermed sikre et mest mulig materielt riktig resultat, pålegger lovgiver Finnmarkskommisjonen å fremskaffe nødvendig dokumentasjon.

At Finnmarkskommisjonen selv har hovedansvaret for bevisfremskaffelsen, legger et særlig ansvar på kommisjonen angående bevis og dokumentasjon. En selvstendig opplysningsplikt kan medføre at enkelte sider av et sakskompleks kan bli bedre belyst enn andre, noe som kan gå i den ene

---

106 Jf. Ot.prp.nr. 59 (1984-1985) under pkt. 3.9.

107 Jf. Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 20 sp. 2.

partens favør. Dette vil kunne medføre at saken ikke får et materielt riktig resultat. Likeledes kan mangelfull opplysning være en saksbehandlingsfeil.<sup>108</sup>

### 3.4.4 Finnmarkskommisjonen § 5 første ledd er en bevisoverveksregel

Ettersom bevisfremskaffelsesplikten ligger på Finnmarkskommisjonen og ikke på partene, kan begrepet “bevisbyrderregel” være villedende. Finnml. § 5 første ledd pålegger ikke en bevisbyrde på noen av partene, men den gir et utgangspunkt for kommisjonens vurderinger av rettsspørsmålene. Utgangspunktet er at samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunnen i Finnmark. Dersom man skal komme til det motsatte, altså at samene *ikke* har rettigheter, må det være en bevisovervekt for at dette ikke er tilfellet. Slik sett kan et bedre begrep for regelen være “bevisoverveksregel.”

Finnml. § 5 første ledd medfører etter mitt syn at Finnmarkskommisjonen må ta utgangspunkt i at samene har rettigheter til grunnen i Finnmark, og om det ikke er bevisovervekt for det motsatte, må dette legges til grunn. Om det er bruks- eller eiendomsrett må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet, jf. § 5 første ledd “rettigheter.”

Til slutt minner jeg på at Finnmarksloven ikke skiller på etnisk grunnlag. Finnmarksloven § 5 første ledd vil dermed også gjelde ikke-samer som bor i Finnmark. Dette kommer klart til uttrykk ved bestemmelsens annet ledd, jf. “og andre.”

---

108 Ravna peker på de samme utfordringene i forhold til Utmarkskommisjonen og Høyfjellskommisjonen i Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 367. Det kan i denne sammenheng nevnes at til forskjell fra Finnmarkskommisjonen hadde Høyfjellskommisjonen og Utmarkskommisjonen dømmende myndighet. Dette betød at domstolen hadde ansvar for sakens opplysning, samtidig som den skulle avgjøre de rettsspørsmål som oppsto. Dette medførte andre betenkeligheter, f.eks. om ordningen rokket ved domstolens upartiskhet. Dette er imidlertid ikke tilfelle for Finnmarkskommisjonen der kommisjonen kun skal utrede og opplyse saken, mens utmarksdomstolen skal fatte de bindende avgjørelsene.

## 4 ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater

### 4.1 Generelt om ILO-konvensjon nr. 169

#### 4.1.1 Innledningsvis

Sentralt i folkerettens regler om urfolk og minoriteter som Norge er bundet av, står ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO Convention no. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, ILO-169). Konvensjonen inneholder et eget sett av bestemmelser om landrettigheter for urfolk (konvensjonens del II).<sup>109</sup>

ILO-konvensjon nr. 169 ble vedtatt på ILOs 76. arbeidskonferanse i Genève i 1989. Dens formål er å sikre urfolks rett til å bevare sin identitet som folkegruppe, og at de skal kunne bevare og videreutvikle sin livsform og sin kultur på egne premisser, og at myndighetene skal ha plikt til å aktivt støtte dette arbeidet.<sup>110</sup> Konvensjonen ble ratifisert av Norge som første stat den 20. juni 1990. ILO er en forkortelse for “International Labour Organization” som er FNs særorganisasjon for arbeidslivet.<sup>111</sup> Organisasjonen ble etablert i 1919 som en del av fredsslutningen etter første verdenskrig og har siden vært engasjert i arbeidsforholdene for bl.a. urfolk. I starten arbeidet den med å forhindre slavearbeid i kolonistater, og har siden utviklet seg til å ta for seg både arbeidsforhold, levekår, helse, organisering, utdanningsmuligheter samt tradisjonelle arbeidslivsrettigheter.<sup>112</sup>

---

109 Konvensjonsteksten kan leses i sin helhet på [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169). Sist besøkt 19. juli 2017.

110 Se ILOs guide to ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples (ILO-guide), prepared by Manuela Tomei and Lee Sweptson (Genève 1996), s. 2-3. Dette følger også av konvensjonens fortale.

111 <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>. Sist besøkt 19. juli 2017.

112 Skogvang, *Samerett* (2009) s. 122.

ILO-konvensjon nr. 169 er en revisjon av ILO-konvensjon nr. 107 av 1957 om vern og integrering av urfolk og andre folkegrupper som helt eller delvis lever under stammeforhold.<sup>113</sup> ILO-107 hadde integrasjon som hovedmålsetning for på denne måten å hindre diskriminering av urfolk.<sup>114</sup> ILO-107 er ratifisert av 27 stater, Norge er ikke en av dem. Spørsmålet om ratifikasjon har vært oppe, sist gang i forbindelse med striden om utbyggingen av Alta-Kautokeinovassdraget, men man fant da at samene ikke passer inn under konvensjonens formulering.<sup>115</sup> Konvensjonen er ikke lenger åpen for ratifikasjon.

ILO-107 ble i sin tid kritisert av urfolkene for å basere seg i for stor grad på assimilasjon og integrasjon på statenes premisser, uten en erkjennelse av at urfolks egne kultursamfunn kunne være et alternativ.<sup>116</sup> Konvensjonen ble som følge av kritikken revidert, hvilket resulterte i ILO-169. Ved ILO-169 har man gått bort fra assimilasjonsmålsettingen, i stedet er urfolks medbestemmelse og medinnflytelse vektlagt.

ILO-169 trådte i kraft 5. september 1991. Konvensjonen er pr. 19. juli 2017 ratifisert av 22 stater.<sup>117</sup>

#### 4.1.2 Håndhevelse av konvensjonen

Her redegjøres kort om ILOs klage- og rapportsystem ettersom jeg i det følgende vil gjengi noen uttalelser i konkrete klagesaker utarbeidet av ILOs trepartskomite og deretter tiltrådt av ILOs styre, og videre uttalelser fra ILOs ekspertkomité som er direkte rettet mot enkeltstatene.

ILO-169 har ikke selv noen regler om klageadgang. Konvensjonen er imidlertid en del av det generelle ILO-systemet. De alminnelige regler om klageadgang og håndhevelse i ILOs konstitusjon vedtatt i 1919 vil

---

113 *ILO Convention no. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries* (1957).

114 Se Tomei og Swepston, ILO-guide (1996) s. 1.

115 NOU 1980:53: Vern av urbefolkninger s. 16 flg.

116 Tomei og Swepston, ILO-guide (1996) s. 1.

117 [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314). Sist besøkt 19. juli 2017.

dermed komme til anvendelse.<sup>118</sup> Etter konstitusjonens artikkel 24 kan såkalte “representations” eller klagesaker fremsettes av arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner som anfører at en medlemsstat i ILO ikke har overholdt en konvensjon den er part i. Legg merke til at enkeltindivider eller urfolksgrupper ikke selv har klageadgang. ILO kan imidlertid ta opp saker av eget initiativ, jf. artikkel 26 nr. 1.

Dersom ILOs styre tar saken til realitetsbehandling, vil det bli nedsatt en trepartskomité, bestående av én representant fra arbeidsgiversiden, en fra arbeidstakersiden og en representant fra ILOs medlemsstater. Denne komiteen foretar deretter en undersøkelse av saken. Trepartskomiteens rapport og konklusjoner vedtas deretter av styret, og publiseres på ILOs hjemmesider. Den nærmere oppfølgingen av konklusjonene ligger til ekspertkomiteen.<sup>119</sup> I denne sammenheng kan det nevnes at trepartskomiteens uttalelser ikke er rettsavgjørelser. Ifølge ILO-konstitusjonen artikkel 37 nr. 1 er Den internasjonale domstolen (International Court of Justice, ICJ) det eneste internasjonale organet som har myndighet til å avsi rettslig bindende avgjørelser i saker som gjelder tvister om tolkningen av bestemmelser i ILOs konvensjoner.<sup>120</sup> Saken kan bringes inn for denne domstolen etter ILO-konstitusjon artikkel 29 nr. 2.

I tillegg til klagesystemet, etablerer artikkel 22 i ILO-konstitusjonen en plikt for statene til å avgi periodiske rapporter om hvilke tiltak de har gjort i forbindelse med iverksettelse av ILO-konvensjoner. Rapportene blir blant annet gjennomgått av en ekspertkomité. Ekspertkomiteen avgir deretter en innstilling til Den internasjonale arbeidskonferanses kontrollkomité. Ved brudd på noen av ILOs konvensjoner kan saken bli tatt opp på Den internasjonale arbeidskonferanse.

---

118 Konstitusjonen har gjennomgått enkelte endringer siden 1919. Per 19. juli 2017 er den tilgjengelig på ILOs hjemmeside.

119 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR. Se Samerettsutvalgets fremstilling av dette systemet i NOU 2007: 13 s. 242 flg.

120 Den internasjonale domstolen er FNs juridiske hovedorgan og har sitt sete i Haag i Nederland. Hovedoppgaven til domstolen er å avgjøre stridigheter og konflikter som kan oppstå mellom to medlemsland. Det er bare stater som kan bringe saker opp for domstolen.

Selv om klagesakene og ekspertkomiteens uttalelser ikke har rettslig bindende karakter, er de sentrale kilder for forståelsen av ILO-169 ettersom ILO på denne måten håndhever konvensjonen i mangel på domstolsavgjørelser. ILO-organenes uttalelser er dermed det nærmeste man kommer en autorativ tolkning av konvensjonen.<sup>121</sup>

## 4.2 ILO-169s betydning som rettskilde i norsk rett

### 4.2.1 Betydning av gjennomføringsakten

Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp. Dette innebærer at folkerettslige bestemmelser ikke vil være en del av gjeldende norsk rett uten at de er inkorporert i eller transformert til norsk rett ved lov eller vedtak av kompetent myndighet, alternativt at man konstaterer rettsharmoni (passiv transformasjon).<sup>122</sup>

En konsekvens av det dualistiske prinsipp er at folkerettslige bestemmelser som ikke er inkorporert eller transformert, vil i tilfelle motstrid måtte vike for norsk rett. Folkerettslige bestemmelsers betydning avhenger derfor av hvilken gjennomslagskraft de har i norsk rett.

Det dualistiske prinsipp modifiseres imidlertid av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet sier at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Poenget med prinsippet er at man ved tolkningen av norske rettsregler skal forsøke å unngå tolkningsresultater som fører til konflikt med folkerettslige regler.<sup>123</sup> Som en følge av presumsjonsprinsippet vil en folkerettslig regel ha betydelig gjennomslagskraft i norsk rett selv om det ikke har blitt foretatt noen inkorporeringsakt.

---

121 Dette legger både Samerettsutvalget II i NOU 2007: 13 s. 432, og Graver og Ulfstein i deres vurdering av forslaget til ny finnmarkslov, jf. Hans Petter Graver og Geir Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov*, 3. november 2003 s. 2, til grunn.

122 Skogvang, *Samerett* (2009) s. 50 og Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utg. Oslo 2006 s. 58 flg.

123 Ruud og Ulstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 64.

Presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft ble behandlet av Høyesterett i “Finanger-saken” inntatt i Rt. 2000 s. 1811. Høyesteretts flertall kom her til at ved motstrid mellom norsk rett og EØS-rett, vil norske rettsregler ha forrang. Høyesterett uttaler imidlertid i samme dom at gjennomslagskraften er større for ikke-inkorporerte menneskerettigheter, enn for andre folkerettslige forpliktelser. Dette følger av Grunnloven § 92 samt menneskerettsloven § 1. For urfolkskonvensjoner vil man måtte anta at Grunnloven § 108 gis tilsvarende virkning.

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK),<sup>124</sup> FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)<sup>125</sup> og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)<sup>126</sup> ble inkorporert ved menneskerettsloven av 1999. ILO-konvensjon nr. 169 ble i denne prosessen vurdert inkorporert, men man kom fram til at det ikke var ønskelig å inkorporere konvensjonen da den på dette tidspunktet var forholdsvis ny og det ikke forelå noen entydig praksis på området.<sup>127</sup> I tillegg nøy samisk kultur allerede vern gjennom sameloven og sameparagrafen i grunnloven.<sup>128</sup>

ILO-169 er dog ratifisert av Norge – som første stat i verden. Konvensjonens vekt som rettskilde avhenger av hvordan man bruker presumsjonsprinsippet i den konkrete sak. For ILO-169 er det to grunnlovsbestemmelser som taler for en sterkere gjennomslagskraft enn for andre tilsvarende konvensjoner: Grunnloven §§ 108 og 92. Etter førstnevnte er “statens myndigheter” pålagt “å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.” Etter § 92 skal de “respektere og sikre menneskerettighetene.” Pliktsubjektet i disse to bestemmelsene er statens myndigheter som etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden kan tolkes til å gjelde alle offentlige myndigheter. Av Samerettsutvalgets første innstilling fremgår det imidlertid at forpliktelsen bare skal pålegge Stortinget og Regjeringen.<sup>129</sup> Dette ble også fastslått av Høyesterett i Rt. 1992 s. 1037 (Militærnekt-kjennelsen).

---

124 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (i kraft 3. september 1952).

125 International Covenant on Civil and Political Rights (i kraft 23. mars 1976).

126 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (i kraft 23. mars 1976).

127 Se Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) under pkt. 7.3.3.

128 *Op. cit.*

129 NOU 1984: 18 s. 439 sp. 2.

Sameretts- og menneskerettsparagrafen er begge såkalte prinsippbestemmelser hvis vesentlige innhold er de bånd som legges på statens myndighetsutøvelse.<sup>130</sup> Det kan stilles spørsmål ved bestemmelsenes reelle rettslige betydning i lys av å være prinsippformuleringer der man i begrenset grad kan gjøre regning med konkrete rettsvirkninger.<sup>131</sup> Bestemmelsene vil likevel innebære en rettslig forpliktelse for statsmyndighetene. Grunnloven er den skrevne rettskilde av høyest rang i norsk rett. Av Lex Superior-prinsippet følger det at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang. En grunnlovsbestemmelse vil dermed legge føringer på tolkninger av lovbestemmelser av lavere rang.<sup>132</sup>

I lys av dette vil ILO-169 ha betydelig gjennomslagskraft i norsk rett selv om det ikke er foretatt en fullstendig inkorporering av konvensjonen.

#### **4.2.2 Kan enkelte av bestemmelsene i ILO-169 karakteriseres som internasjonal sedvanerett?**

Et annet moment som taler for å gi konvensjonen større gjennomslagskraft er at enkelte av bestemmelsene, sammenholdt med FNs deklarasjon om urfolksrettigheter,<sup>133</sup> kan karakteriseres som internasjonal sedvanerett.<sup>134</sup>

En internasjonal sedvanerett er en fast og ensartet statspraksis over tid, utøvd i den tro at man følger rettsregler. Internasjonal sedvanerett stiller med andre ord opp et objektivt vilkår (generell statspraksis over tid) og

---

130 Skogvang, *Samerett* (2009) s. 181.

131 Dette ble tatt opp av Samerettsutvalget i NOU 1984: 18 på s. 427.

132 Skogvang, *Samerett* (2009) s. 181.

133 *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Kan leses i sin helhet her: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf). Sist besøkt 19. juli 2017.

134 Se f.eks. Mattias Åhrén, *The Saami Traditional Dress & Beauty Pageants: Indigenous Peoples' Rights of Ownership and Selfdetermination over Their Cultures*, Doctoral thesis, University of Tromsø (2010) s. 125 om "the right to property" og S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utg., Oxford University Press, New York 2004 s. 61 flg.

et subjektivt vilkår (*opinio juris*) som begge må være oppfylt.<sup>135</sup> Dersom enkelte av bestemmelsene i et folkerettslig dokument kan sies å være utslag av en internasjonal sedvanerett, vil dokumentet ikke uten videre kunne tilsidesettes med den begrunnelse at den ikke etablerer noen forpliktelser for statene.<sup>136</sup> Bestemmelsen i urfolkserklæringen art. 3 om urfolks selvbestemmelsesrett er et aktuelt eksempel i denne sammenheng. Spørsmålet hvorvidt urfolks selvbestemmelsesrett kan sies å ha blitt akseptert som internasjonal sedvanerett finnes det ikke et klart svar på. Det er ofte ved Den internasjonale domstolen (ICJ) at man får en klarere antydning på om en sedvane kan karakteriseres som en internasjonal sedvanerett. Spørsmålet om urfolks selvbestemmelsesrett kan karakteriseres som internasjonal sedvanerett gir ikke rettspraksis et klart svar på. Det er imidlertid mye som taler for at den er det.

Ett moment her er oppslutningen som Urfolksdeklarasjonen, og derav også art. 3 i deklarasjon, fikk fra statene da den ble vedtatt av FNs generalforsamling 13. september 2007. 143 stater stemte for deklarasjonen.<sup>137</sup> Norge var dessuten en av statene som jobbet aktivt for deklarasjonen og den ansvarlige statsråden har i denne sammenheng uttalt at “urfolkserklæringen [er] i tråd med regjeringens politikk overfor samene.”<sup>138</sup>

I denne sammenheng kan det bemerkes at ILO-169 på sin side kun er ratifisert av 22 stater pr. juli 2017.<sup>139</sup> Det relativt lave antallet av stater som har ratifisert konvensjonen behøver imidlertid ikke å bety at bestemmelsene

---

135 Jf. Mattias Åhrén, *The Saami Traditional Dress & Beauty Pageants: Indigenous Peoples' Rights of Ownership and Selfdetermination over Their Cultures* (2010) s. 187 flg.

136 Jf. S. James Anaya og Siegfried Wiessner, “The UN declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment”, University of Pittsburgh School of Law, *Jurist Legal News & Research*, 3. okt. 2007.

137 <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>. Sist besøkt 19. juli 2017.

138 <http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/aid/Nyheter-og-presse-meldinger/pressemeldinger/2007/111.html?id=480895>. Sist besøkt 19. oktober 2015.

139 Se [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314). Sist besøkt 19. juli 2017.

i konvensjonen ikke utgjør etablert folkerett.<sup>140</sup> Slik jeg kommer nærmere tilbake til i pkt. 4.2.3 er dessuten mange av bestemmelsene i ILO-169 svært like bestemmelsene i Urfolkserklæringen. Dette er et moment som taler for at også bestemmelsene i ILO-169 har stor vekt uavhengig av antall stater som har ratifisert konvensjonen.

Angående urfolks selvbestemmelsesrett, bemerker Åhrén at art. 3 i urfolks-erklæringen i realiteten er en ordrett gjengivelse – med unntak av at den legger til “ur” før folk – av SP og ØSK art. 1. Dette kan ikke tolkes på noen annen måte enn at erklæringen bekrefter at en juridisk bindende rett også gjelder for urfolk på likeverdig grunnlag.<sup>141</sup> Et annet moment som taler for at man har akseptert urfolks selvbestemmelsesrett som internasjonal sedvanerett er en internasjonal trend blant stater å introdusere instrumenter som gir uttrykk for urfolkets selvbestemmelsesrett. Norge har f.eks. etablert Sametinget som er samenes eget folkevalgte organ. Selv om Sametinget kun er et rådgivende organ og i så måte ikke har beslutningsmandat, vil etableringen av tinget likevel måtte forstås dithen at staten aksepterer at samene i Norge har en rett til en form for selvbestemmelse. Urfolks selvbestemmelsesrett er ikke hva denne teksten handler om, men den er

---

140 Se om dette Åhrén, *The Saami Traditional Dress & Beauty Pageants: Indigenous Peoples' Rights of Ownership and Selfdetermination over Their Cultures* (2010) s. 82-83.

141 Jf. Mattis Åhrén, “FNs deklarasjon om urfolks rettigheter – Hvordan ble den vedtatt og hvorfor er den viktig?” i *Gáldu čála* nr. 4/2007 s. 81-126 på s. 126. I denne sammenheng har det vært diskutert om urfolk kan karakteriseres som “peoples”, jf. SP og ØSK art. 1. Jeg går ikke nærmere inn på denne diskusjonen, utover å nevne at både urfolkserklæringen og annen utvikling de siste tiårene har medført at begrepet er blitt mer omfattende enn da det ble inntatt i de to FN-konvensjonene i 1966. Det kan forøvrig bemerkes at ved tolkning av internasjonale dokumenter, skal det tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden, jf. Wien-konvensjonen art. 31. UNESCOs ekspertkonferanse har lagt til grunn den såkalte Kirby-definisjonen av begrepet “folk.” Samene vil etter denne definisjonen falle innenfor begrepet “folk.” Litteratur om emnet: S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utg., Oxford University Press, New York 2004 s. 100 flg. Se spesielt s. 103 der han skriver om begrepet “folk”: “The term *peoples* in this context, a context that joins consideration of human rights with political ordering, should be understood to refer to all those spheres of community, marked by elements of indetity and collective consciouness, within which people’s lives unfold – independently of considerations of historical or postulated sovereignty. These include not just the aggregate populations of states and colonial territories but other spheres of community that define human existence and place in the world, including indigenous peoples as well as other groups.”

et eksempel på en rett som gjennom flere prosesser er blitt internasjonalt akseptert som en type internasjonal sedvanerett, og som i kraft av dette kan gi en folkerettslig forpliktelse betydelig vekt som rettskilde.

#### 4.2.3 Betydningen av at en rettighet nyter vern gjennom flere konvensjoner, domsavsigelser og avgjørelser fra menneskerettighetsorganer

En forpliktelse vil få betydelig rettskildemessig vekt dersom den er beskyttet gjennom flere folkerettslige avtaler. Samtidig vil dette gi de folkerettslige dokumenter som beskytter rettigheten økt rettskildevekt. Urfolksdeklarasjonen art. 26 om urfolks rett til landområder og ILO-169 art. 14 er eksempler på slike tilfeller. Begge artikkelene omhandler urfolks rett til egne landområder og er sammenfallende på flere punkter. I motsetning til urfolks selvbestemmelsesrett, finnes det her flere nasjonale og internasjonale dommer og uttalelser fra kommisjoner som omhandler urfolks rett til sine landområder. Felles for disse er at flesteparten i en eller annen form anerkjenner urfolkets rettigheter til sine tradisjonelle landområder. Her nevnes kun noen eksempler: Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen har i dom *Sawhoyamaxa Case* uttalt at urfolks tradisjonelle besittelse av sine landområder gir rett til “official recognition and registration of property title.”<sup>142</sup> I *Mayagna Community of Awas Tingni v. Nicaragua* er urfolket blitt anerkjent rettigheter til sine tradisjonelle landområder selv om rettighetene ikke er blitt formelt godkjent gjennom f.eks. lov.<sup>143</sup> Det samme har den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen gitt uttrykk for i sin uttalelse i *Maya*

---

142 *Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay*, The Inter-American Court of Human Rights dom avsagt 29. mars 2006, Series C. No. 146 (2006) note nr. 128. Denne er også gjengitt i Mattias Åhrén's artikkel vedrørende urfolks rett til sine landområder i Mattias Åhrén, “International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories – An Overview” i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2014 nr. 1 s. 21 – 37 på s. 29.

143 *Mayagna Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, dom av 31. august 2001, The Inter-American Court of Human Rights Series C. No. 79 (2001). Denne er også gjengitt i tilknytning Åhrén's artikkel, se Mattias Åhrén, “International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories – An Overview” i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2014 nr. 1 s. 21 – 37 på s. 28.

*Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*.<sup>144</sup> Også utenfor Amerika har urfolket fått anerkjent rettigheter til sine landområder. Her kan nevnes *Endorois Case* avsagt av The African Commission on Human and Peoples' Rights der urfolket fikk eiendomsrett til sine tradisjonelle territorier.<sup>145</sup>

I Norge har også urfolks tradisjonelle bruk av land gitt opphav til eiendoms- og bruksrett. Her er spesielt Rt. 2001 s. 769 (Selbudommen) viktig der samenes tradisjonelle bruk ble ansett rettsskapende, og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken) der samene ble tilkjent eiendomsrett til et landområde i Manndalen i Kåfjord kommune i Troms.

Dommene styrker urfolkets rettigheter til sine tradisjonelle landområder, og vil dermed også styrke de folkerettslige forpliktelsene som anerkjenner urfolkets landrettigheter. I lys av disse momentene vil ILO-169 ha betydelig gjennomslagskraft i norsk rett selv om den ikke er inkorporert (med unntak av i finnmarksloven).

#### 4.2.4 Finnmarksloven § 3

Det følger av finnmarksloven § 3 at

“Loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomst med fremmede stater om fisket i grensevassdragene.”

Gjennom denne bestemmelsen er det gjort en *sektorinkorporering* av ILO-169. En sektorinkorporering, eller en *delvis inkorporering*, innebærer at en konvensjonsbestemmelse gjøres gjeldende på et bestemt område. På slike

<sup>144</sup> *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize* Inter-American Commission on Human Rights, avgjørelse 12. oktober 2004, Case 12.053, Report no. 40/4, Inter-Am. Cm. H.R., OEA/Ser L./V/II. 122 Doc. 5 (2004).

<sup>145</sup> *Endorois People v. Kenya* Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya. Comm. 276/2003 (2010). Se også Mattias Åhrén, “International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories – An Overview,” *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2014 nr. 1 s. 21 – 37 på s. 29.

områder er det bestemt at norsk rett skal stå tilbake for folkeretten (ved motstrid). Dette kalles for sektormonisme.<sup>146</sup> Slike bestemmelser finnes blant i straffeprosessloven § 4 og tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4.

For ILO-169s vedkommende innebærer bestemmelsen i finnmarksloven § 3 at på denne lovens område er ILO-169 gjeldende norsk rett og vil dermed ha forrang ved motstrid med intern rett.

I Bølgepappkjennelsen i Rt. 1994 s. 610 ble det oppstilt et krav om at en folkerettslig bestemmelse skulle være klar dersom den skulle kunne sette til side norsk lovgivning. Førstvoterende uttalte her (på s. 616) at dersom

“en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av norske prosessregler, må den avvike den regel som kan bygge på folkerettslige kilder fremtrent som tilstrekkelig klar og entydig til å kunne tillegges en slik virkning.”

Det klarhetskrav som Høyesterett etablerte i denne kjennelsen, relaterte seg til inkorporeringsbestemmelsen i straffeprosessloven § 4. Utgangspunktet var altså at dersom konvensjonsbestemmelsene var uklare, kunne ikke disse sette til side klar og innarbeidet norsk lovgivning og praksis.

Noen år senere i Rt. 2000 s. 996 (Böhler-dommen) trakk Høyesterett opp nye tolkningsprinsipper ved motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og norsk rett. Det ble her uttalt at ved anvendelsen av inkorporerte konvensjonsbestemmelser, skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Ved harmonisering gjennom tolkning kan en tilsynelatende motstrid falle bort.<sup>147</sup>

Gjennom finnmarksloven § 3 er altså ILO-169 inkorporert som norsk rett på finnmarkslovens område. Dette betyr at uklart innhold i konvensjonen ikke vil være holdbar grunn for å sette konvensjonen til side ved motstrid mellom konvensjon og intern rett. ILO-169 vil dermed utvilsomt gå foran finnmarkslovens regler i tilfelle motstrid, samt legge føringer på tolkninger av dens bestemmelser. Dette vil bl.a. ha betydning for hvordan finnmarksloven § 5 første og andre ledd skal forstås.

---

<sup>146</sup> Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 59-60.

<sup>147</sup> Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

### 4.3 Bestemmelsene om landrettigheter

#### 4.3.1 Årsaken til at det er inngått internasjonale avtaler for å beskytte urfolks landrettigheter

ILO-169s bestemmelser om urfolks landrettigheter finnes i konvensjonens del II i artiklene 13 til 19.

I mange tilfeller har urfolket helt eller delvis tapt sine landområder, eller står i fare for å miste dem. Majoritetsbefolkningen har tradisjonelt ikke anerkjent urfolks bruk av landområder som rettsdannende ettersom urfolket ikke har dyrket jorda eller brukt den på en måte som etterlater seg spor.<sup>148</sup> Tidligere kolonimakter har hatt ulike holdninger til den opprinnelige befolkningens landrettigheter. Det har vært vanlig å utvikle doktriner som har forsvart deres rett til å ta landområdene fra urfolket. Kolonistene har f.eks. ansett områdene bebodd og brukt av urfolk som et eierløst land, “terra nullius,”<sup>149</sup> eller de har tilegnet seg territorium de har “oppdaget” selv om territoriet i realiteten allerede var bebodd (“The Doctrine of Discovery”).<sup>150</sup> I Norge

---

148 Se den forberedende rapporten utformet av ILOs sekretariat, International Labour Office, til Den internasjonale arbeidskonferanses, International Labour Conference, 75. møte i 1988: *Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention*, 1957 (No. 107) s. 44. (Report VI (1)). Rapporten omhandler ILO-konvensjon nr. 107, men den har en informativ historisk del, spesielt om urfolks tradisjonelle landområder. Rapporten finnes på ILOs hjemmesider: (under "Selected relevant ILO Instruments") <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/lang--en/index.htm>. Sist besøkt 27. juli 2017.

149 Se NOU 1997: 4 s. 532 under pkt. 7.3.4. Terra nullius-doktrinen ble særlig brukt i Australia.

150 The Discovery Doctrine ble utviklet av USAs Høyesterett (The Supreme Court of the United States) gjennom tre dommer på tidlig 1800-tall, (21. U.S (8 Wheat.) 543; 5L. Ed. 681; 1823 US Lexis 293). Opphavet til doktrinen var en rekke pavebuller som tillot kristne å erobre landområder som ikke var bebodd av kristne. I Johnson v. M'Intosh-saken hadde to parter kjøpt det samme landstykket, og tvisten gjaldt hvem som eide arealet. Den ene hadde kjøpt landstykket av det amerikanske urfolket, mens den andre hadde kjøpt landstykket fra staten. Han som hadde kjøpt landstykket fra urfolket tapte saken. Bakgrunnen for begrunnelsen var oppdagelsesdoktrinen. Se S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utg., Oxford University Press, New York 2004 s. 19 flg.

må “læren om statens umatrikulerte grunn” i Finnmark kunne anses å være basert på en sammenliknbar oppfatning.

Urfolk har som oftest sin næringsutøvelse knyttet til utnyttelse av naturressurser. Tapet av landområder utgjør derfor en trussel for urfolkets kultur og samfunnsliv. En rettslig anerkjennelse og beskyttelse av urfolks landrettigheter er dermed helt essensielt for opprettholdelse av deres livsform, kultur og språk, og dermed deres fortsatte eksistens.<sup>151</sup> Dette er bakgrunnen for ILO-169s bestemmelser om urfolks rett til sine landområder.<sup>152</sup>

Bestemmelsene i ILO-169 om landrettigheter åpner med en generell bestemmelse i artikkel 13 om at det skal vises respekt for den særlige betydning urfolks landområder har for deres kultur og åndelige verdier. Den sentrale bestemmelsen i ILO-169 om urfolks rettigheter til grunn og naturressurser, og statenes forpliktelse til å anerkjenne slike rettigheter, er inntatt i artikkel 14. Artikkel 14 er, som nevnt tidligere, særlig interessant for denne teksten da finnmarksloven § 5 er bestemmelsen som prinsipielt sikter mot å oppfylle ILO-169 art. 14. Jeg vil senere gjøre noen betraktninger om hvorvidt artikkel 14 kan sies å ha blitt oppfylt i den pågående rettsutgreiingen i Finnmark. Artikkel 14 reiser mange tolkningsspørsmål, men i det følgende skal det bare kort redegjøres for noen av dem for å forsøke å klargjøre innholdet i bestemmelsen.<sup>153</sup> Jeg vil utover det foreta en drøftelse av hvorvidt kartleggingssystemet som er valgt for Finnmark oppfyller kravene i art. 14.

#### **4.3.2 Innholdet i ILO-169 artikkel 14 nr. 1**

Nr. 1 i ILO-169 art 14 lyder:

“The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition,

---

151 Hos samene er spesielt språket brukt aktivt innen reindriften.

152 Dette ble sterkt understreket ved innledningen til behandlingen av art. 14 under ILOs 75. arbeidskonferanse i Genève 1988: International Labour Office 75th Session 1988. Report VI (1), s. 44.

153 I rettslitteraturen finnes det lengre drøftelser av art. 14, se f.eks. S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utg. Oxford University Press, New York 2004 s. 141 flg.

measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.”

Det har i lang tid hersket uklarhet omkring innholdet i og rekkevidden av artikkel 14 nr. 1. Denne uklarheten er en av grunnene til at Sverige og Finland ikke har ratifisert konvensjonen.<sup>154</sup> Noe av årsaken til at det har hersket uklarhet omkring innholdet i og rekkevidden av artikkel 14 nr. 1, er at det foreligger lite tolkningspraksis fra ILO som er egnet til å kaste lys over forståelsen av bestemmelsen. Heller ikke ILOs ekspertkomité i observasjonsuttalelser til statene, gir særlige bidrag til forståelsen av artikkel 14 nr. 1.<sup>155</sup> En må derfor trekke slutninger om innholdet i nr. 1 med bakgrunn i bestemmelsens ordlyd og foreliggende materiale. Forskjellige rettsteoretiske utredninger vil her være nyttige bidrag for å forstå innholdet i artikkelen.

Lee Swepston skriver at det underliggende formålet med ILO-169s landrettighetsbestemmelser er at urfolk har landrettigheter som skal anerkjennes, selv om disse rettighetene ikke nødvendigvis samsvarer med de som allerede er anerkjent av statens internrett.<sup>156</sup> Dette er etter min mening et greit utgangspunkt for den videre tolkingen av bestemmelsen.

Artikkel 14 nr. 1 skiller mellom “rights of ownership and possession” på den ene side og “rights to use” på den annen. “Rights of ownership and possession” kan oversettes med eiendoms- og besittelsesrettigheter, mens “rights to use” kan oversettes med bruksrett. Etter første punktum er statene forpliktet til å anerkjenne urfolket eier- og besittelsesrettigheter til “lands which they traditionally occupy.” En ordrett oversettelse av uttrykket til det norske verbet “okkupasjon” vil neppe være heldig ettersom det kan gi uttrykk for et annet anvendelsesområde enn det som er ment i konvensjonstekstens originalspråk. Mattias Åhrén argumenterer for å tolke uttrykket i en kulturell

---

154 Se NOU 2007: 13 s. 217 under pkt. 5.6.2.2.

155 *Op.cit.* s. 228.

156 Se Lee Swepston, “A New Step in The International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989 (1990)”, *Oklahoma City University Law Review*, Volume 15, 1990 s. 677-715 på s. 696.

kontekst til det bestemte urfolket.<sup>157</sup> En vil da se på konvensjonsteksten i sin helhet i stedet for å foreta ordrette begrepsfortolkninger. Dette synes å være en relevant tilnærming. Justisdepartementet har for øvrig valgt å oversette dette til “de landområder der de tradisjonelt lever.”<sup>158</sup> I rettslitteraturen finnes det også andre formeninger om forståelsen.<sup>159</sup> Jeg går ikke nærmere inn på disse.

Folkerettsgruppa i NOU 1997: 5 legger i uttrykket “Rights of ownership and possession” at vedkommende folkegruppe må ha brukt området i et visst omfang, og at den bruk vedkommende folk har utøvd, må ha vært dominerende i forhold til den bruk som måtte ha vært utøvd av andre. De stiller ingen krav om eksklusiv bruk av området, men at bruken er av slik karakter at de kan sies å ha skaffet seg faktisk rådighet over området.<sup>160</sup> Samerettsutvalget II legger på sin side stor vekt på intern norsk tingsrett ved tolkningen av artikkel 14 nr. 1:

“De områdene som norske samer i henhold til artikkel 14 (1) vil ha krav på å få anerkjent “eiendoms- eller besittelsesrettigheter” til, vil dermed være områder hvor de med grunnlag i en oppfatning om å være rettighetshavere har utøvd en bruk som har vært tilstrekkelig langvarig, intensiv og dominerende i forhold til andre brukere til at de etter de alminnelige interne tingsrettslige prinsipper for rettserverv ved alders tids bruk eller hevd, vil ha krav på å få anerkjent eiendomsrett.”<sup>161</sup>

Det kan stilles spørsmål ved om Samerettsutvalget II i denne uttalelsen legger for stor vekt på intern norsk tingsrett. Ifølge ILO-169 art. 8 nr. 1 som jeg kommer nærmere tilbake til i pkt. 4.4, skal det ved anvendelsen

---

157 Mattias Åhrén, *The Saami Traditional Dress & Beauty Pageants: Indigenous Peoples' Rights of Ownership and Selfdetermination over Their Cultures* (2010) s. 172.

158 St. prp. nr. 102 (1989-1990) s. 5-7.

159 Hans Petter Graver og Geir Ulfstein oversetter begrepet til “tradisjonelt befolkler” i Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov* (2003) s. 1. Susann F. Skogvang oversetter begrepet til “de områder de tradisjonelt råder over” eller “de områder de tradisjonelt besitter” i Susann F. Skogvang, *Samerett* (2009) s. 136. Carl August Fleischer er av den formening at bestemmelsen krever mer enn at urfolket bare har bodd i området i Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11-2003 om Folkerettslig vurdering til ny finnmarkslov* (2003) s. 13-14.

160 NOU 1997: 5 s. 42 under pkt. 3.3.3.2.

161 NOU 2007: 13 s. 231.

av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner eller sedvanerett.

ILOs ekspertkomité tar særskilt opp denne artikkelen i uttalelsen om Norges oppfølging av ILO-konvensjon nr. 169 i rettskartleggingsprosessen:

“The Committee notes that under section 29 of the Finnmark Act, the Commission “shall investigate rights of use and ownership to the land” taken over by the Finnmark Estate “on the basis of current national law.” In this connection, the Committee also notes that section 3 clarifies that “the Act shall apply within the limits that follow from ILO Convention No. 169” and that it shall be applied “in compliance with the provisions of international law concerning indigenous peoples and minorities.” The Committee trusts that the steps necessary will be taken to ensure that the process of identifying and recognizing rights of use and ownership under the Finnmark Act will be consistent with *Article 14 (1)*, and also *Article 8* of the Convention which requires due regard to customs and customary law of the indigenous peoples concerned in applying national laws and regulations” (ekspertkomiteens kursiveringer).<sup>162</sup>

Slik en ser, understreker ekspertkomiteen at dersom rettsidentifiseringsprosessen skal anses å være i samsvar med ILO-169, må det tas tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner og sedvanerett.

Samerettsutvalget II påpeker riktignok, til tross for vektleggingen av norsk internrett, at en urfolkssedvane kan etter forholdene bli tillagt større rettskildemessig vekt enn en sedvane hos majoritetsbefolkningen på grunn av at Norge er traktatforpliktet til å ta hensyn til sedvanen.<sup>163</sup> For rettskartleggingen i Finnmark må dette bety at sedvanen vil ha desto større rettskildemessig vekt på grunn av at ILO-169 er gjeldende rett på finnmarkslovens område.

---

162 ILOs ekspertkomité, *2010 Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, part II.I Observations concerning Reports of Ratified Conventions, Indigenous and Tribal Peoples (No. 169), Norway*, s. 776. Presentert under International Labour Conference 99. møte 2010. Rapporten kan leses i sin helhet ved å følge denne linken: [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportssubmittedtotheConference/WCMS\\_123424/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportssubmittedtotheConference/WCMS_123424/lang--en/index.htm). Sist besøkt 26. juli 2017.

163 NOU 2007: 13 s. 222.

At samiske sedvaner skal vektlegges ved løsning av samiske rettsspørsmål, er også slått fast av Høyesterett i Selbu- og Svartskogdommene.

Med dette som utgangspunkt forstår jeg innholdet i art. 14 nr. 1 dithen at den stiller krav om at området må ha vært brukt i et visst omfang, at bruken må ha vært dominerende i forhold til andres eventuelle bruk, dog uten at det nødvendigvis stilles krav om eksklusiv bruk. Videre må bruken ha en viss tilknytning til nåtid slik guiden til ILO-169 uttrykker det:

“There should be some connection with the present, such as relatively recent expulsion from these lands, for example, or a recent loss of title.”<sup>164</sup>

Med utgangspunkt i ekspertkomiteens uttalelse angående rettskartleggingsprosessen og Høyesteretts uttalelser i Selbu- og Svartskogdommene bør en etter mitt skjønn være forsiktig med å tillegge norsk internrett for stor betydning ved spørsmål om anerkjennelse og erverv av urfolks rettigheter til land og naturressurser. Selv om ILO-169 artikkel 14 nr. 1 ikke ble anvendt som et direkte rettsgrunnlag av Høyesterett i de to dommene, ble de internrettslige prinsippene anvendt i lys av bestemmelsen, jf. førstvoterendes uttalelse:

“Det støtter imidlertid det standpunktet jeg er kommet til, at det er i godt samsvar med reglene i ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 nr. 1 første punktum og de hensyn denne regelen skal ivareta.”<sup>165</sup>

Det følger således av denne uttalelsen og Høyesteretts rettsanvendelse i Svartskog- og Selbudommen at Høyesterett følger artikkelens underliggende formål om at urfolk har landrettigheter som skal anerkjennes, selv om disse rettighetene ikke nødvendigvis samsvarer med de som allerede er anerkjent i den nasjonale rett, jf. Swepston. Det er med andre ord internretten som må tilpasses folkerettens krav dersom artikkelen skal anses oppfylt.

En kulturell tilpassing av internrettslige vilkår følger også av retten til ikke-diskriminering. FNs menneskerettskomité har uttalt at for å oppnå en reell

---

164 Tomei og Swepston, ILO-guide (1996) s. 18-19. s.18-19.

165 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1252.

likebehandling, kreves det at ulike tilfeller behandles ulikt.<sup>166</sup> Internretten må derfor kulturtilpasses.

Å tilpasse internretten er imidlertid problematisk av en rekke årsaker når det gjelder identifisering og anerkjennelse av urfolks eiendoms- og bruksrettigheter. I kapittel 5 går jeg nærmere inn på dette.

### 4.3.3 Innholdet i ILO-169 artikkel 14 nr. 2 og 3

Etter ILO-169 artikkel 14 nr. 2 har myndighetene plikt til å ta nødvendige skritt for å identifisere de landområder som urfolk tradisjonelt har hatt rådighet over, og å sikre et effektivt vern av deres eiendoms- og besittelsesrettigheter. Den lyder slik:

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

Selv om bestemmelsen ikke eksplisitt nevner bruksrett, følger det av artikkel 14 nr. 1 annet punktum at statene også har plikt til å treffe tiltak for å sikre urfolks rett til å bruke de landområder som de tradisjonelt har hatt tilgang til.<sup>167</sup>

Artikkel 14 nr. 2 stiller etter sin ordlyd opp en todelt forpliktelse. For det første skal statene identifisere de landområder "the peoples concerned traditionally occupy", og dermed har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter, innbefattet bruksrett, til etter artikkel 14 nr. 1. For det andre skal statene sikre at disse rettighetene gis et effektivt vern ("guarantee effective protection of their rights of ownership and possession").

Bestemmelsen i artikkel 14 nr. 3 må ses i sammenheng med nr. 2 og stiller krav om at det må etableres hensiktsmessige ordninger i nasjonal rett for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder fra vedkommende folk:

---

166 FNs menneskerettskomites sak *Jacobs v. Belgium*, Comm. No. 943/2000, 7. juli 2004.

167 Se om dette i NOU 2007: 13 s. 237.

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

Ordlyden i artikkel 14 nr. 3 forplikter statene til å etablere hensiktsmessige prosedyrer (“adequate procedures”) i nasjonal rettsorden for å avgjøre urfolks rettskrav på landområder (“to resolve land claims by the peoples concerned”) etter konvensjonen.<sup>168</sup> I motsetning til Justiskomiteens flertall, anser Samerettsutvalget II en behandling av samiske rettskrav ved de alminnelige domstolene å oppfylle kravet om “adequate procedures.”<sup>169</sup>

Det skal dermed først fastslås om vedkommende urfolksgruppe oppfyller vilkårene i art. 14 nr. 1 om noenlunde permanent bosetning i et område, og har utøvd en dominerende bruksutøvelse i forhold til andre grupper. Gruppen har da krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter etter art. 14 nr. 1. Videre slår også forpliktelsene etter art. 14 nr. 2 og 3 inn for statene. Bestemmelsene i artikkel 14 nr. 2 om kartlegging av rettigheter og nr. 3 om avklaring av rettighetskrav på hensiktsmessig måte kan således betegnes som konvensjonens virkemiddel for å oppfylle resultatforpliktelsene i artikkel 14 nr. 1.<sup>170</sup>

Klagesaker behandlet av ILOs trepartskomite og ILOs ekspertkomites uttalelser til statsrapporter fra landene som har ratifisert ILO-169 vil som nevnt være sentrale kilder for forståelsen av art. 14. Samerettsutvalget II har i NOU 2007: 13 gjort en grundig gjennomgang av klagesakene tilknyttet artikkel 14 nr. 2 og 3, og ekspertkomiteens uttalelser angående bestemmelsene.<sup>171</sup> Jeg vil i det følgende basere mine synspunkter på drøftingene til Samerettsutvalget og gjengir noen av sakene for å belyse de gjennomgående kravene til bestemmelsen.

Sett i lys av disse bestemmelsene plikter konvensjonspartene å identifisere de områdetypene som er nevnt i artikkel 14 nr. 1 og dermed også tilknyttede rettigheter. Innholdet i rettighetene må samtidig fastlegges. Dette kommer frem i klagesaken mot Danmark om flyttingen av befolkningen i Thule-

---

168 Se om dette i NOU 2007: 13 s. 432 sp. 1.

169 Se Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 28 og NOU 2007: 13 s. 453 sp. 2.

170 Slik Samerettsutvalget II i NOU 2007: 13 s. 432.

171 Se NOU 2007: 13 under pkt. 12.2 på s. 431 flg.

distriktet på Grønland i forbindelse med utvidelsen av den amerikanske luftforsvarsbasen i Thule.<sup>172</sup> Foruten erstatningskrav, ble det fremsatt krav om anerkjennelse av landrettigheter for de tidligere innbyggerne i Thule-distriktet. Komiteen fant i saken at landområdene på Grønland der urfolket tradisjonelt lever allerede har blitt identifisert og består av hele Grønland. En kollektiv rett til bruk av hele dette territoriet ble ansett tilstrekkelig til at situasjonen på Grønland ikke var i uoverensstemmelse med art. 14:

“The Committee considers that the land traditionally occupied by the Inuit people has been identified and consists of the entire territory of Greenland. Section 8 (1) of the Home Rule Act of 1978 establishes that the “resident population of Greenland has fundamental rights to the natural resources of Greenland.” Noting that Greenlanders have the collective right to use the territory of Greenland and continue to have access to the land for their subsistence and traditional hunting and fishing activities, the Committee considers that the situation in Greenland is not inconsistent with the principles established in Article 14 of the Convention.”<sup>173</sup>

I samme sak ble det lagt til grunn at art. 14 nr. 2 må tolkes i lys av formålsbestemmelsen i konvensjonens artikkel 2 nr. 1 som lyder: “Governments shall have the responsibility for developing, with the participation of the peoples concerned, co-ordinated and systematic action to protect the rights of these peoples and to guarantee respect for their integrity.”<sup>174</sup>

Uttalelsen er relevant i forhold til rettskartleggingen i Finnmark. Den pålegger en plikt for staten i samarbeid med samene å utvikle et rettskartleggingssystem som gir en reell beskyttelse for samenes landrettigheter til sine tradisjonsområder i Finnmark.

Ekspertkomiteens uttalelser bekrefter dernest at statene er forpliktet til å sikre et effektivt vern av områdene. I dette ligger det at statene må sørge for

---

172 ILOs trepartskomité i *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Denmark of ILO 169 by the National Confederation of Trade Unions of Greenland (SIK)*. Avsagt 2000. Ilolox: 162000DNK169. .

173 *Op. cit.* avsnitt 37.

174 *Op. cit.* avsnitt 36: “The Committee points out that Article 14, paragraph 2 (...), must be interpreted in the light of the general policy set forth in Article 2 (1) in the Convention.”

at urfolket får reelle muligheter til å utnytte sine rettigheter. Identifiseringen må følges opp og respekteres i praksis, herunder ved at innehaverne av de identifiserte rettighetene må gis samme rettsbeskyttelse som andre innehavere av eierrettigheter eller bruksrettigheter, og dermed sikres beskyttelse mot andre interessenter i området. Dette kommer fram i en uttalelse av ekspertkomiteen i en direkte forespørsel fra 2006 angående Brasil.<sup>175</sup> Det opplyses at 70 prosent av urfolksområdene i landet er blitt identifisert og anerkjent, men ekspertkomiteen ønsker å vite hvordan konvensjonens art. 14 nr. 3 anvendes, herunder hvordan denne respekteres i praksis av private eiere mv. som etablerer seg i urfolksområder.

Videre må identifiseringen skje med *tilbørlig grundighet*. Når det gjelder forpliktelsene i artikkel 14 nr. 3 om å etablere hensiktsmessige prosedyrer for å avklare rettighetskrav, er det et grunnleggende krav at de aktuelle mekanismene må være *tilgjengelige* for rettighetspretendentene og legge opp til grundige undersøkelser av de kravene som fremsettes. Disse to kravene ble stilt av ILOs trepartskomite i Klagesaken SNTE, Radio Education mot Mexico. Kjernen i saken var et krav om at huicholfolket i Mexico skulle få tilbake 22.000 hektar land tilknyttet San Andrés Cohamiata i Mexico. Komiteen uttaler:

“Paragraph 3 of article 14 requires adequate procedures to be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned. The Committee notes that there are procedures in place to resolve land dispute, and that while it is not the intention of this Committee to determine whether or not these procedures are adequate with respect to individual claims, it perceives that they are *accessible* to indigenous communities and that, with respect to this case in particular, it appears that such land claims are being *examined in depth*.” (Mine uthevinger)<sup>176</sup>

I dette ligger at urfolket skal ha reelle muligheter for å få behandlet sine rettighetskrav. En reell behandling krever tilbørlig grundighet og tilgjengelighet for urfolket. For rettskartleggingen i Finnmark vil dette kunne bety at

---

175 ILOs ekspertkomité, *Individual Direct Request concerning ILO-169 Brazil (ratification: 2002)*. Avsagt 2006. Ilolox: 092006BRA169.

176 Treparskomiteens uttalelse i *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Trade Union Delegation, D-III-57, section XI of the National Trade Union of Education Workers (SNTE)*. Avsagt i 1998. Ilolox: 161998MEX169, avsnitt 41.

overfladiske og summariske vurderinger av utredningsfeltene ikke kan sies å oppfylle kravene i art. 14 nr. 3.

I en observasjonsuttalelse vedrørende Peru fra 2006 viser ekspertkomiteen til at landområdene der urfolk tradisjonelt lever, skal fastlegges gjennom *hensiktsmessige ordninger*.<sup>177</sup> Ekspertkomiteen anmodet regjeringen i Peru om å ta de nødvendige skritt for å identifisere og eliminere eventuelle prosessuelle og andre hindre som måtte foreligge. Denne uttalelsen viser at det påligger statene en plikt til å sørge for at ikke formelle hindre står i veien for en rettslig prøving av kravenes realitet. Dette kravet knyttes til tilgjengelighetskravet ved at urfolket også her skal ha en reell mulighet til å få prøvd sine krav.

Sammenholdt må statene, for å oppfylle artikkel 14, etter mitt skjønn etablere en effektiv og hensiktsmessig prosedyre for identifiseringen som på en grundig måte kartlegger og anerkjenner urfolkets eksisterende bruks- og eierrettigheter. Rettighetene må samtidig ha et reelt innhold. Dette må forstås dithen at rettshaver har faktisk disponerings-, styrings- og reguleringsadgang over rettighetene innen rammene av generell lovgivning. Disse rettighetene må samtidig sikres et effektivt vern slik at rettighetene følges opp og respekteres i praksis. I kartleggingsprosessen må ordningene for rettighetskartlegging være tilgjengelig for urfolket.

Jeg nevnte under pkt. 4.2 likheten mellom art. 14 og FNs urfolksdeklarasjons art. 26. Artikkel 26 lyder:

“1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.

2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.

---

<sup>177</sup> Ekspertkomiteens uttalelse i *Individual Observation concerning ILO-169, Peru (ratification: 1994)*. Avsagt i 2006. Ilolex: 062006PER169.

3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.”

En kan merke seg at erklæringen benytter det samme uttrykket “recognition” i nr. 3 som en kan finne i ILO-169 art. 14 nr. 1. Slik overfor nevnt, har urfolksdeklarasjonen en rettslig politisk betydning, og innebærer en viktig anerkjennelse av urfolks rettigheter. Ettersom landrettighetsbestemmelsene i både ILO-169 og Urfolksdeklarasjonen art. 26 kan betraktes som et utslag av internasjonal sedvanerett, bør rettsstater unngå å tilsidesette bestemmelsene.

Statene er ikke bare ansvarlig for anerkjennelse av urfolks rett til sine tradisjonelle landområder gjennom ILO-169 og FNs urfolksdeklarasjon. Det kan også stilles spørsmål ved om statene faktisk bryter med ikke-diskrimineringsprinsippet ved å unnlate å anerkjenne eiendomsrett til urfolk. Ghislain Otis og Aurélie Laurent påpeker i en artikkel om urfolks landrettighetskrav i Europa at å unnlate å anerkjenne eiendomsrett, kan stride mot International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination (CERD).<sup>178</sup> CERD er basert på nettopp ikke-diskrimineringsprinsippet, et viktig prinsipp i de moderne menneskerettighetsstatene. Artikkel 5 bokstav d og v verner spesielt om retten til eiendom:

“In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

d) Other civil rights, in particular:

(v) The right to own property alone as well as in association with others;”

---

<sup>178</sup> Ghislain Otis og Aurélie Laurent, “Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property”, *Arctic Review on Law and Politics*, 4, nr. 2, 2013. 156-180 på s. 168-169. CERD trådte i kraft 4. januar 1969. CERD er inkorporert i norsk lov gjennom lov 3. juni 2005 nr. 33 (diskrimineringsloven).

Mattias Áhrén er langt på vei av samme oppfatning som Otis og Laurent, og skriver at retten til eiendom er et særlig aspekt av retten til ikke-diskriminering, og videre at likebehandling av ulike tilfeller kan medføre diskriminering:

“The right to property is not a right to be provided with property. It merely requires that all must be free to acquire property on equal basis with others, and that, once property has been acquired, it is not arbitrarily taken. In other words, at its core, the right to property is a particular aspect of the right to non-discrimination. As a consequence, the understanding of the right to non-discrimination directly impacts on the scope and content of the right to property. As a consequence, the understanding of the right to non-discrimination directly impacts on the right to property.<sup>179</sup>

Jeg er langt på vei enig med Áhrén at for å oppnå likebehandling, er en avhengig av at en ikke behandler ulike tilfeller likt. Dersom man gjør dette vil dette være i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet ved at urfolket ikke vil ha en reell mulighet til å få oppfylt sine landrettighetskrav. For å unngå å bryte ikke-diskrimineringsprinsippet må derfor statene etablere et apparat som sikrer urfolket eiendoms- og besittelsesrettigheter til sine tradisjonelle landområder.

Løsningen for rettskartlegging som er valgt for Finnmark er som kjent en kommisjon uten dømmende myndighet som etter finnml. § 29 skal “utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen Finnmarkseiendommen overtar etter § 49” og en utmarksdomstol som etter finnml. § 36 skal “behandle tvister om rettigheter som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt.” Begrunnelsen for å opprette disse to nye rettsinstitusjonene finnes i Innst. O. nr. 80 (2004-2005). Justiskomiteen viser til at ILO-169 art. 14 nr. 2 krever at myndighetene skal ta nødvendige skritt for å identifisere landområder som urfolk tradisjonelt besitter, og sikre effektivt vern av deres eiendoms- og besittelsesrett. Det blir også vist til at art. 14 krever hensiktsmessige ordninger i den nasjonale rettsorden for å avgjøre urfolks rettskrav på landområder. Flertallet uttaler på s. 28: “Det er med andre ord etter flertallets mening klart ikke holdbart etter folkeretten å overlate

---

179 Se Mattias Áhrén, “International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories – An Overview,” *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2014 nr. 1 s. 24.

spørsmålet om hvilke og hvor omfattende rettigheter som er opparbeidet i Finnmark til de alminnelige domstolene.”<sup>180</sup> Opprettelsen av Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen er etter justiskomiteens flertall ment å være en oppfyllelse av art. 14 i ILO-169. Komiteen drøfter ikke hvorvidt dette er en mer hensiktsmessig ordning enn behandling ved de alminnelige domstolene, men konkluderer med at det ikke er holdbart å overlate urfolks landrettighetssaker til de alminnelige domstolene. Komiteen slår deretter fast at den valgte ordningen er i samsvar med ILO-169 art. 14.<sup>181</sup>

Samerettsutvalget II konkluderer i sin utredning at

“finnmarkslovens system som helhet *klart må anses å oppfylle* kravene i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 (2) og 14 (3).”<sup>182</sup> (Utvalgets kursiveringer).

Identifiseringsprosessen i Finnmark er ikke ukjent i norsk rett. En har tidligere hatt liknende særordninger for kartlegging av landrettigheter ellers i landet, slik som nevnte Høyfjellskommisjonen for Sør-Norge og Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms. Etter ILO-169 artikkel 34 har statene en viss skjønnsmargin i forhold til hvilke tiltak de anser som hensiktsmessige å iverksette for å møte konvensjonens krav. Ordningen som er valgt for Finnmark er etter min mening forenelig med ILO-169 art. 14. Finnmarkskommisjonen skal utrede alle bruks- og eierrettigheter på FeFo-grunnen. Ordningen legger dermed opp til en grundig behandling av rettighetsspørsmålene.

Samene er med denne ordningen samtidig sikret en reell mulighet til å få prøvd sine rettslige krav, i utgangspunktet gjennom flere instanser i rettssystemet. Dersom det oppstår tvister etter at kommisjonen har utredet et felt, er det mulighet for å få behandlet disse for utmarksdomstolen etter finnml. § 36. Utmarksdomstolens avgjørelser kan deretter påankes direkte til Høyesterett, jf. finnml. § 42. Det kan stilles spørsmål ved om denne direkte ankeadgangen til Høyesterett er den beste løsning. Det følger av tvisteloven

---

180 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 28. Samerettsutvalget II uttaler imidlertid i sin utredning at norsk domstolsbehandling av samiske rettskrav må anses forenelig med kravet “adequate procedures” i art. 14 nr. 3, jf. NOU 2007: 13 s. 253 sp. 2.

181 Se Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 15 der justiskomiteens flertall uttaler at finnmarksloven – med de suppleringer og justeringer flertallet foreslo i forhold til Regjeringens forslag – klart ville oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene.

182 NOU 2007: 13 s. 453 sp. 1.

§ 30-4 at samtykke til at anke kan fremmes for Høyesterett kun skal gis der anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett. Rene bevisvurderinger vil sjelden ha betydning utenfor den enkelte sak. Det er dermed få saker som slipper inn for Høyesterett. Dette medfører at rettighets-sakene i Finnmark i realiteten kun får éinstans behandling i rettssystemet. I tillegg til disse “silingsreglene” har Høyesterett begrenset prøvingsadgang for de sakene som blir tatt opp til behandling. Etter tvisteloven § 30-11, jf. § 26-2 foretar ikke Høyesterett befaringer som kan være svært viktige for denne sakstypen. Videre foretar ikke Høyesterett egne vitneavhør.

Strukturutvalget for herreds- og byrettene var sterkt kritiske til direkte anke til Høyesterett da den vurderte utmarkskommisjonens plass i domstolsystemet nettopp på grunn av den begrensede prøvingsadgangen;

“Høyesterett foretar ikke befaring, og ved behandling for Høyesterett må parter og vitner forklare seg skriftlig eller ved bevisopptak for stedets herreds- eller byrett. Topografiske forhold og opplysninger om hvordan området har vært brukt fra gammel av, står sentralt i slike saker. Det er derfor av vesentlig betydning at den dømmende rett kan foreta befaring og selv avhøre parter og vitner.”<sup>183</sup>

Den direkte ankeadgangen til Høyesterett vil med andre ord legge mange begrensninger for partene. Etter strukturutvalgets uttalelse burde man kanskje valgt en annen løsning for rettskartleggingen i Finnmark. Samerettsutvalget II mener imidlertid at dette er en hensiktsmessig ordning.<sup>184</sup>

Til slutt kan nevnes at i motsetning til for Høyfjellskommisjonen som utredet bruks- og eierforhold i fjellene i Sør-Norge, stilles det for rettskartleggingen i Finnmark spesielle krav til rettsvurderingene ved at store deler av områdene som skal kartlegges er urfolksområder. Høyesterett har tatt høyde for dette i Selbu- og Svartskogsaken, hvor den i dommene åpner for å imøtekomme forskjellene mellom den samiske og den norske rettskulturen ved å tilpasse de rettslige vurderingene til “rettighetens art.” Finnmarkskommisjonen skal utrede bruks- og eierrettigheter til FeFo-grunnen på grunnlag av gjeldende

---

183 Jf. NOU 1999: 22 *Domstolene i første instans* s. 60 sp. 1.

184 NOU 2007: 13 s. 581.

nasjonal rett (finnml. § 29). ILO-169 er gjennom finnml. § 3 inkorporert og er dermed nasjonal rett på finnmarkslovens område. For å motvirke konvensjonsstrid må en etter min mening i rettsidentifiseringen innta en tilsvarende rettskildeanvendelse som Høyesterett gjorde i Selbu- og Svartskogdommen.

Jeg vil senere i teksten gjennomgå Finnmarkskommisjonens tre avgitte rapporter for feltene Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya. Under dette punktet nøyer jeg meg med å konkludere at *rettskartleggingsordningen* som er valgt for Finnmark er forenelig med ILO-169 art. 14.

## **4.4 Andre relevante bestemmelser**

### **4.4.1 Urfolks sedvaner og sedvanerett**

Foruten ILO-169s bestemmelser om landrettigheter inneholder konvensjonen også andre bestemmelser som er relevante for analysens tema. Her redegjøres kort for noen av dem.

I nær tilknytning til konvensjonens landrettighetsbestemmelser er art. 8 om urfolks sedvaner. Bestemmelsens 1. og 2. annet ledd lyder:

“1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary law.

2. These peoples shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognised human rights.”

Ifølge Samerettsutvalget II slår nr. 1 fast at statene ved anvendelsen av nasjonal lovgivning skal ta tilbørlig hensyn til urfolkernes sedvaner og sedvanerett.<sup>185</sup> Ordlyden gir imidlertid ikke svar på den konkrete vekten av urfolkssedvanen i kollisjon med andre interne rettskilder. Samerettsutvalget uttaler at det synes som et “rimelig utgangspunkt at vekten, på samme måte

---

185 Se NOU 2007: 13 s. 221.

som vekten av annen sedvanerett, dels vil bero på innholdet og karakteren av den aktuelle sedvanen, og dels på innholdet av og karakteren av de motstridende rettskildene.”<sup>186</sup>

Jørn Øyrehagen Sunde hevder at artikkel 8 har gitt samiske sedvaner “ei heilt eksepsjonelt sterk stilling som rettsleg kilde i samiske rettsspørsmål.”<sup>187</sup> Samerettsutvalget viser til Sundes artikkel, men sier at ordlyden i bestemmelsen ikke gir samiske sedvaner forrang “som setter norsk rettskildelære til side, ved at samisk sedvanerett i samiske anliggender gis en trinnhøyde omtrent på nivå med hva de konvensjonene som er inkorporert i norsk rett har etter menneskerettsloven § 3.”<sup>188</sup>

For finnmarkslovens vedkommende vil situasjonen stille seg annerledes ettersom artikkel 8 gjennom finnml. § 3 er *inkorporert* som gjeldende rett med forrang foran norsk rett. Dette vil etter mitt skjønn likevel ikke bety at enhver påberopt sedvane vil falle inn under art. 8. Det må være opp til Finnmarkskommisjonen i den konkrete sak å foreta en konkret vurdering angående sedvanens vekt. Men dersom den finner at sedvanen eller sedvaneretten oppfyller vilkårene i art. 8, tilsier finnml. § 3 at det kan være gode grunner til å anse sedvanen som et selvstendig rettsgrunnlag, og dermed som en rettsregel. Dette kan også utledes av ILOs ekspertkomité’s uttalelse angående Norges oppfølging av ILO-169 i rettskartleggingen om at “the Committee trusts that the steps necessary will be taken to ensure that the process of identifying and recognizing rights of use and ownership under the Finnmark Act will be consistent with Article 14 (1), and Article 8 of the Convention.”<sup>189</sup>

Dette kommer jeg nærmere inn på under kapittel 5, pkt. 5.4. Der kommer jeg også nærmere inn på hvilke krav art. 8 stiller til sedvanen.

---

186 NOU 2007: 13 s. 221.

187 Jørn Øyrehagen Sunde, “Fiskerettar i saltvatn og lex non scriptum i norsk rett og rettshistorie”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 119, nr. 02.03, 2006 s. 342-412 på s. 400. 2006 s. 342-412 på s. 400.

188 NOU 2007: 13 Bind B s. 221.

189 International Labour Conference, 99th Session 2010, *Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations, part II.I Observations concerning reports on ratified Conventions, Indigenous and tribal peoples (Co. 169), Norway*, s. 776.

Forholdet mellom art. 8 nr. 1 og 2 har ikke vært, og er ennå ikke klart, noe som har gitt grobunn for to ulike tolkninger.<sup>190</sup> Tolkningene går kort forklart ut på at man enten kan lese nr. 2 som at den primært gjelder for interne urfolkssedvaner og dermed vil ha begrenset betydning for anvendelsen av avveiningsnormen i nr. 1, eller man kan lese nr. 2 som en presisering av nr. 1 som vil innebære at art. 8 i sin helhet tilsier at det skal tas tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner.<sup>191</sup> Uavhengig av hvilke av tolkningene man velger, tilsier art. 8 at det skal tas tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner, såfremt disse ikke er i strid med fundamentale menneskerettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden eller i internasjonale menneskerettigheter.<sup>192</sup>

#### **4.4.2 Den generelle konsultasjonsplikten i art. 6 og urfolks deltakelsesrett i saker som angår dem i art. 7**

Statens plikt til å konsultere de urfolksgruppene som har tilhold på deres territorier når det vurderes å sette i gang tiltak som kan få direkte betydning for disse, er en sentral del av statens urfolksrettslige forpliktelser. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 hjemler en indirekte konsultasjonsplikt, ILO-169 har bestemmelser som mer direkte enn SP art. 27 hjemler en tilsvarende plikt.

Artikkel 6 inneholder en generell regulering av konsultasjonsplikten, mens artikkel 7 hjemler urfolks rett til å delta i beslutningsprosesser i saker som angår dem.

Artikkel 6s konsultasjonsplikt omfatter alle typer vedtak og beslutninger, både lovgivning, enkeltvedtak som tillater f.eks. kraftutbygginger eller andre tiltak som medfører inngrep i grunn og naturressurser.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Se Benny Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur*, Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, skriftserie nr. 58, 2004.

<sup>191</sup> Høyesterett la til grunn den førstnevnte tolkingen i Rt. 2001 s. 1116 (Båndtvangskjennelsen), mens Benny Solheim legger til grunn den sistnevnte i sin avhandling, Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur* (2004) s. 41-42. Samerettutvalget II tar ikke stilling til hvilken av tolkningsmulighetene som er riktig da den mener at hvorvidt man velger den ene tolkingen eller den andre "neppe [vil] ha særlig betydning for hvilken vekt en konkret urfolkssedvane vil bli tillagt i kollisjon med nasjonal lovgivning," i NOU 2007: 13 s. 222.

<sup>192</sup> Se NOU 2007: 13 Bind B s. 222.

<sup>193</sup> Se NOU 2007: 13 Bind B s. 830.

Etter art. 6 nr. 1 bokstav a skal “the peoples concerned” konsulteres, og særlig gjennom dets “representative institutions.” Trepartskomiteen legger til grunn i tre klagesaker mot Mexico at kravet til representativitet innebærer en

“result of a process carried out by the indigenous peoples themselves. But it is essential to ensure that the consultations are held with the institutions that are truly representative of the peoples concerned”<sup>194</sup>

Etter disse kriteriene må Sametinget anses som et representativt organ for samene.<sup>195</sup>

Konsultasjonsplikten er fra Norges side fulgt opp gjennom forhandlingene med Sametinget under arbeidet med finnmarksloven, og gjennom den såkalte konsultasjonsavtalen mellom Regjeringen og Sametinget fra 11. mai 2005 – “Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget.”<sup>196</sup> Formålet med avtalen er å bidra til en praktisk gjennomføring av de folkerettslige forpliktelsene.

Konsultasjonsplikten henger sammen med art. 7. Etter art. 7 skal urfolket ha rett til å vedta sine egne prioriteringer. Videre skal det delta i utforming, gjennomføring og evaluering av planer og programmer for nasjonal og regional utvikling, som vil kunne påvirke dem direkte.<sup>197</sup> ILOs praksis viser

---

194 ILOs trepartskomité i følgende saker mot Mexico avsagt i 2004: *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Authentic Worker's Front (FAT)*. Ilolox: 162004MEX169. *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Workers of the Autonomous University of Mexico (STUNAM) and the Independent Union of Workers of La Jornada (SITRAJOR)*. Ilolox: 162004MEX169A. *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Academics of the National Institute of Anthropology and History (SAINAH)*. Ilolox: 162004MEX169B. Se også NOU 2007: 13 Bind B s. 833.

195 Slik også Samerettsutvalget II i NOU 2007: 13 Bind B s. 834.

196 “Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget,” inngått 11. mai 2005. Avtalen finnes i sin helhet på <http://www.sametinget.no/Om-Sametinget/Bakgrunn/Konsultasjonsavtalen>. Sist besøkt 19. juli 2017.

197 NOU 2007: 13 Bind B s. 846.

at art. 6 og 7 må tolkes i lys av hverandre, og da slik at art. 6 anses som et virkemiddel for å oppfylle deltakelsesretten i art. 7.<sup>198</sup>

#### 4.4.3 Urfolks styringsrett over naturressurser i artikkel 15

Artikkel 15 henger tett sammen med artikkel 14. Artikkelens første ledd gir regler om urfolkets rett til deltakelse i beslutningsprosesser som gjelder bruk og utnyttelse av vedkommende urfolks tradisjonelle landområder. Artikkel 15 nr. 2 har regler om konsultasjoner når det er aktuelt å utnytte naturressurser i disse områdene som staten fortsatt sitter med eierrettigheter til, for eksempel mutbare mineraler.<sup>199</sup> Artikkel 15 er i så måte en relevant bestemmelse for rettskartleggingsprosessen. Artikkel 15 nr. 1 lyder:

“The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the rights of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources.”

Bestemmelsen konkretiserer deltakelsesretten i artikkel 7 ved at den gir urfolket krav på å få delta i bruk, styring og bevaring av de ressursene det tradisjonelt har utnyttet. I dette ligger, ifølge Samerettsutvalget II, *ikke* at urfolket må gis avgjørende innflytelse, men at det må ha aktiv deltakelse i beslutningsprosessene, ved sine representative organer eller gjennom de gruppene eller individene som saken mer direkte gjelder.<sup>200</sup>

Av denne uttalelsen kan utledes at ved saker som angår én bestemt gruppe, slik som f.eks. lokalbefolkningen i utredningsfeltene til Finnmarkskommisjonen, bør lokalbefolkningen få delta i bruk, styring og bevaring av de ressursene som angår dem, for at artikkel 15 skal anses oppfylt. Dette legger også føringer for finnml. § 5 første og annet ledd.

---

198 Se f.eks. trepartskomiteens uttalelse i en sak mot Mexico i 2006 i *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Metal, Steel, Iron and Allied Workers (STIMAHCS)*. Ilolox: 162006MEX169, avsnitt 36.

199 Se NOU 2007: 13 s. 238.

200 NOU 2007: 13 s. 614.

## 5 Hevd, alders tids bruk og samisk sedvanerett som ervervsgrunnlag for rettigheter i samiske områder

### 5.1 Innledning

Bruks- og eierrettigheter på Finnmarkseiendommens grunn skal utredes på grunnlag av gjeldende nasjonal rett, jf. finnml. § 29 første ledd. Videre skal Finnmarkskommisjonen som nevnt utrede rettighetene på grunnlag av hevd, alders tids bruk eller annet grunnlag, jf. finnml. § 5 tredje ledd. Norsk intern tingsrett er dermed sentral for identifiseringen og anerkjennelsen av eksisterende rettigheter på denne grunnen. Det vil derfor være nødvendig med en redegjørelse for reglene om hevd og alders tids bruks betydning for rettsidentifiseringen.

I det følgende vil jeg gå gjennom reglene om hevd og alders tids bruk generelt, med særlig vekt på kravet til aktsom god tro ettersom denne kan bli vanskelig å prøve under rettskartleggingen i Finnmark. Videre drøfter jeg forskjellene mellom de to rettsinstituttene. Justiskomiteens flertall uttaler at ”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 kilder for kommisjonen og domstolen.”<sup>201</sup> På bakgrunn av dette vil jeg foreta en gjennomgang av Selbu- og Svartskogdommene for å se hvilke føringer dommene legger på rettskartleggingsprosessen i Finnmark.

I den alminnelige tingsretten finnes også andre aktuelle anerkjennelsesgrunnlag slik som læren om lokal sedvanerett og læren om festnede rettsforhold.<sup>202</sup> Ellers kan en stifte eiendomsrett ved originære eller derivative erverv.<sup>203</sup>

---

201 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 36 sp. 2 under pkt. 7.4.5.

202 Det diskuteres i rettslitteraturen hvorvidt læren om festnede rettsforhold er et selvstendig rettsgrunnlag, se f.eks. Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) kap. 13. Han heller mot at festnede rettsforhold er et selvstendig rettsgrunnlag, se s. 312.

203 Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utg., Oslo 2013 s. 57.

Hvilket rettsgrunnlag Finnmarkskommisjonen skal bygge sine avgjørelser vil ifølge justiskomiteens flertall avhenge av

“hva slags rettighet det er tale om og hvilket rettsgrunnlag den bygger på sammenholdt med bakgrunnen for og formålet med kartleggingsprosessen. F.eks. vil en rettighet som bygger på alders tids bruk normalt egne seg bedre enn en rettighet som bygger på kontrakt. En rett til utmarksbruk vil videre normalt egne seg bedre for utredning av kommisjonen enn f.eks. en rett til husleie eller tomteleie. Kommisjonen skal etter flertallets syn primært utrede bruks- og eierrettigheter som er basert på langvarig og tradisjonell bruk. Kommisjonens mandat kan imidlertid ikke avgrenses til dette. Det kan tenkes rettighetsforhold basert på kontrakt som det også vil være naturlig for kommisjonen å utrede. (...) Det er derfor etter flertallets oppfatning vanskelig på en presis måte å angi nærmere hvilke rettsforhold kommisjonen skal utrede.”<sup>204</sup>

Finnmarkskommisjonen er med andre ord ikke bare bundet til hevd og alders tids bruk-reglene i rettsidentifiseringen, men disse reglene står åpenbart svært sentralt ifølge lovgiver.

Å gjennomgå alle mulige rettsgrunnlag vil gå utover rammene for denne teksten. Jeg har dermed valgt å legge til grunn samisk sedvanerett som ett av rettsgrunnlagene, i tillegg til reglene om hevd og alders tids bruk. Samisk sedvanerett er et naturlig ervervsgrunnlag ettersom utredningen skjer i samiske kjerneområder. Dette påpekes også av lovgiver. Ifølge forarbeidene er begrepet ”gjeldende nasjonal rett” i finnml. § 29 første ledd nettopp brukt for “bedre å få frem at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal hensyntas.”<sup>205</sup> Dette innebærer at kommisjonen skal bygge sine konklusjoner “på gjeldende rett, i første rekke alminnelig tingsrett herunder samiske sedvaner.”<sup>206</sup>

Videre har lovgiver erkjent samisk sedvanerett som et rettsgrunnlag gjennom finnml. § 5 første ledd om at samene gjennom langvarig bruk av land og vann har ervervet rettigheter til grunn i Finnmark, og gjennom at ILO-169 art. 8 er gjort til norsk rett gjennom finnml. § 3.

---

204 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 19-20 under pkt. 7.2.2.

205 Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 19 sp. 1 under pkt. 7.2.2.

206 *Op.cit.* s. 18 sp. 2 under pkt. 7.2.2.

Det bør nevnes at det i regjeringens lovproposisjon til finnmarkslov avvises at det er holdepunkter for å operere med “samisk bruk” som et selvstendig rettsgrunnlag i norsk rett etter at dette er sammenliknet med det kanadiske “aboriginal title”- rettsgrunnlaget som jeg kommer nærmere tilbake til. Det uttales likevel at “[d]et samlede tilfanget av rettskilder og særlig de to avgjørelsene av Høyesterett i 2001 (Selbu- og Svartskogdommene) tilsier at typisk samisk bruk kan føre til en selvstendig og beskyttet rett med grunnlag i alders tids bruk.”<sup>207</sup> Som kjent ble regjeringens lovproposisjon i betydelig grad endret av Stortingets justiskomites innstilling til Odelstinget. Justiskomiteens uttalelser har dermed vesentlig vekt når en skal finne hva lovgiver har ment med finnmarksloven på disse områdene. Dette betyr at utgangspunktet for rettskartleggingsprosessen i første rekke vil være reglene om hevd- og alders tids bruk, men også samisk sedvanerett. Da finnml. § 5 første ledd ble inntatt etter forhandlinger mellom Justiskomiteen og Sametinget, kan det heller ikke utelukkes at “samisk bruk” er et selvstendig rettsgrunnlag. En del av dette kapittelet vil derfor inneholde en gjennomgang av samisk sedvanerett som ervervsgrunnlag.

Formålet med kapittelet er å vurdere hvilken betydning regelsettene som nevnes i finnmarksloven § 5 tredje ledd har for identifisering og anerkjennelsen av de rettigheter nevnt i § 5, og dermed anvendelsen av § 5.

## 5.2 Reglene om hevd og alders tids bruk generelt

En rett kan stiftes gjennom langvarig bruk av en ting, dvs. fast eiendom eller løsøre. Denne rettsskapelsen kommer til uttrykk gjennom reglene om hevd og alders tids bruk. I tillegg til bruk over lang tid, må bruken ha vært utøvet i den tro at man har en slik rett og med den intensitet og kontinuitet hhv. en eier eller bruksrettshaver ville ha hatt.<sup>208</sup> For eiendomshevd er det et vilkår at hevderen har eksklusiv rådighet.<sup>209</sup> Hensynet bak reglene er at man vil verne om etablerte rettsforhold. Å erverve en rett ved hevd, vil alltid skje på bekostning av en annen. Eksempelvis vil en bruksrett over fast eiendom ervervet gjennom hevd, innskrenke eiers råderett over den faste eiendommen.

---

207 Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 95.

208 Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 334 flg.

209 *Op. cit.* s. 337.

Det er dermed flere vilkår som må være oppfylt for at man kan vinne rett gjennom hevd eller alders tids bruk.

Rettigheter som kan erverves gjennom hevd eller alders tids bruk, er eiendomsrett og bruksrett. Det er bare rettigheter som manifesterer seg gjennom bruk av tingen, som kan erverves gjennom hevd eller alders tids bruk. Reglene om hevd er lovfestet i lov av 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova). Reglene om alders tids bruk er ikke forankret i lov, men utviklet gjennom rettspraksis. Da reglene om hevd er lovfestet, er det naturlig å starte med disse. Hevdsreglene forutsetter i sin vanligste form at en person eller gruppe er rettshavere, mens en annen person eller gruppe uten rettmessig adkomst på visse vilkår erverver eier- eller bruksrett i strid med rettshaver.<sup>210</sup>

Hevdslova oppstiller tre hovedvilkår som alle må være oppfylt for at man kan hevde eiendomsrett eller bruksrett over fast eiendom:

1. Krav om rådighet
2. Krav om hevdstid
3. Krav om god tro

### **5.2.1 Rådighet**

Krav til bruk av eller rådighet over en eiendom, følger av hevdslova § 2. Her heter det at man må ha “ein ting som sin eigen.” Det betyr at man må opptre som en eier over den faste eiendommen, dvs. bruke eiendommen på en måte som signaliserer at man anser seg som eier.

Ved hevd av bruksrett (positive servitutter) er det et krav om at man må ha brukt den faste eiendommen på en måte som samsvarer med den bruksrett man mener å ha, jf. hevdslova § 7 første ledd.

Ved erverv av eiendomsrett eller enerett til en bestemt bruksutnyttelse kreves det at bruken må ha vært eksklusiv.<sup>211</sup> I kravet ligger det at ret-

---

210 Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 183.

211 Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 580-581.

tighetspretendenten må ha hindret eller utelukket den egentlige berettiges og andres bruk av tingen.<sup>212</sup>

Loven stiller videre krav til omfanget av den faktiske bruken i hevdstid. Enten det er tale om hevd av eiendomsrett eller bruksrett, må det være *kontinuitet* i rådighetsutøvelsen (“sammenheng” jf. § 2 første ledd, jf. § 7 annet ledd), og bruken må dessuten ha skjedd med en viss *intensitet* (“som sin egen” jf. § 2 første ledd, jf. § 7 annet ledd). En ren språklig forståelse av ordlyden tilsier at opphold i bruken vil avbryte hevdstiden. Spørsmålet blir dermed hvor lange opphold i bruken som kan tolereres før hevdstiden er brutt. Videre blir det et spørsmål om hvor intensiv bruken må ha vært for å oppfylle lovens vilkår. Hvorvidt kravene er oppfylt vil bero på de nærmere omstendigheter.<sup>213</sup> Loven åpner dermed for en skjønsmessig vurdering i den konkrete sak.

### 5.2.2 Hevdstid

For eiendomshevd stilles det som utgangspunkt krav om eksklusiv bruk lik eier i hevdstid, som er 20 år, jf. hevdslova § 2 første ledd for eiendomsrett og bruk som viser seg av ei fast tilstelling.

For bruksrettshevd skiller loven mellom bruk som viser seg “av ei fast tilstelling” og den som ikke gjør det, såkalte synbare og usynbare servitutter.<sup>214</sup> Synbare servitutter kan konstateres av eieren av den tjenende eiendom og kan være konstruksjoner som vitner om bruk slik som eksempelvis en bro, en grind, en opparbeidet vei eller en demning.<sup>215</sup> For synbare servitutter er hevdstiden 20 år, jf. hevdslova § 8 første ledd om at bruken “viser seg av ei fast tilstelling.” Dersom bruksretten ikke viser seg gjennom “ei fast tilstelling” er hevdstiden 50 år, jf. hevdslova § 8 første ledd første punktum.

---

212 Sivillovbokutvalgets innstilling, Rådsegn 6 om hevd, 1961, s. 24.

213 Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 338.

214 Se Borgar Høgetveit Berg, *Hevd*, Oslo 2005 s. 366 flg; En synbar bruk vil eieren kunne verge seg mot, mens mulighetene er beskjedne i det annet tilfelle.

215 Se Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 332-333.

### 5.2.3 Aktsom god tro

Olav Lid har anført at reglene om hevd karakteriseres av at “ingen av de impliserte er merksame på den rettsendring som er i gang – ikkje før det heile er ferdig og fullført.”<sup>216</sup>

I norsk rett er det en forutsetning for å kunne hevde eiendoms- eller bruksrett til fast eiendom, at man ikke kjente til at rådigheten var uberettiget, jf. hevdslova § 4 første ledd. Den som mener å ha hevdet en rett, må med andre ord være i god tro gjennom hele hevdstiden. Kravet om god tro får tilsvarende anvendelse på hevd av bruksrett, se § 7 annet ledd som viser til § 4.

Aktsomhetskravet innebærer en aktivitetsplikt og et kunnskapskrav.<sup>217</sup> Dersom den gode troen bygger på en begrunnet misforståelse, kan det være grunn til å nekte hevd når misforståelsen kunne vært unngått ved å gjøre nødvendige undersøkelser, som f.eks. å sjekke grunnboka.

### 5.2.4 Hva skiller reglene om alders tids bruk fra reglene om hevd?

På samme måte som reglene for hevd, gir alders tids bruk mulighet til å erverve eller få anerkjent bruks- eller eiendomsrett gjennom langvarig bruk. Brækhus og Hærem skriver at bruk i alders tid skaper en “legalpresumsjon for brukens rettmessighet. Det vil si at bruken, selv om den etter en fri bevisbedømmelse må antas å være urettmessig, allikevel anses for rettsmessig så lenge dens urettmessige opprinnelse ikke positivt er bevist. Dette er en bevisbyrderegulering.”<sup>218</sup> 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. Alders tids bruk kan med andre ikke bare tjene som et selvstendig ervervsgrunnlag, men kan også være en presumsjon for at en rett består.

I motsetning til hevdsreglene, er ikke reglene om alders tids bruk lovfestet, men utviklet gjennom rettspraksis.

---

216 Jf. Olav Lid, “Dei nye lovreglane om hevd” i *Lov og Rett*, 1967 s. 289-307 på s. 289.

217 Slik Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 185.

218 Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 608-609.

Erverv av rettigheter i fast eiendom gjennom alders tids bruk hviler på de samme elementene som hevd. Det må foreligge en bruk som må ha funnet sted i lang tid og ha vært utøvet i den tro at man har en rett. Det er imidlertid noen forskjeller i vilkårene. Det mest åpenbare er kravet om hevdstid. Mens reglene om hevdstid er 20 år, eventuelt 50 år for langhevdsreglene i hevdslova § 8, er tiden for alders tids bruk ikke like eksakt. Før alders tids bruk er oppnådd, må det imidlertid ha gått lengre tid. I lys av at alders tids bruks-reglene er utviklet gjennom rettspraksis er tidskravet ikke absolutt definert slik som for hevdserverv.

Sivillovbokutvalet som ble oppnevnt ved kgl.res. 10. april 1953 og som hadde i oppdrag å utarbeide utkast til kodifikasjonslover for tingsretten og panteretten samt utkast til ny lovgivning om odels- og åsetesretten,<sup>219</sup> unngikk i sin utredning å ta stilling til tidskravet. Utvalget nøyet seg med å påpeke hva Høyesterett la til grunn i sin samlede vurdering av alders tids bruk i en gitt dom, nemlig et krav på 60-70 år.<sup>220</sup> Gunnar Eriksen har i sin doktorgradsavhandling pekt på en nedre grense på 50 år. Han begrunner bl.a. dette i harmonisering med hevdslova; at kravet må være lenger enn 50 år i langhevdsreglene.<sup>221</sup> Falkanger og Falkanger legger til grunn samme nedre grense i *Tingsrett*.<sup>222</sup> Om den sammenlagte ervervstiden legger Falkanger og Falkanger til grunn en brukstid på 50-100 år, men påpeker samtidig at dette må bero på en konkret helhetsvurdering i hvert tilfelle.<sup>223</sup> Eriksen konkluderer at rundt 100 års bruk er en retningslinje i den samlede vurderingen av om alders tids bruk foreligger.<sup>224</sup>

Det avgjørende i den samlede vurderingen av om alders tids bruk foreligger er samspillet mellom tidskravet på ene siden, og brukens *intensitet og kontinuitet* på den andre. Dette blir påpekt av førstvoterende i Rt. 2001 s. 769 der han henviser til Brækhus og Hærems *Norsk tingsrett* angående vurderingen av tidskravet:

---

219 Se Ot.prp. nr. 16 (1959) s. 2.

220 Sivillovbokutvalgets innstilling, Rådsegn 6 (1961) om hevd s. 16 sp. 2 med henvisning til Rt. 1926 s. 760.

221 Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008 s. 190.

222 Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 365.

223 *Op.cit.*

224 Eriksen, *Alders tids bruk*, (2008) s. 195.

“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. rettighetenes 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.”<sup>225</sup>

Uttalelsen viser at reglene om alders tids bruk er mer fleksible og dynamiske enn hevdsreglene. I alders tids bruk vil en mer intensiv bruk kunne bidra til at hevdstiden blir kortere og vice versa. Denne elastisiteten i tidskravet finner man ikke i langhevdsreglene hvor 50 årsgrensen kun er satt for å kompensere for rettshavers manglende mulighet til å bli oppmerksom på det pågående hevdservervet. Ravna uttaler i *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* om reglenes elastisitet: “Slik sett ser det også ut til at reglene har en elastisitet som gjør at de kan tilpasses forholdene i *Sápmi*.”<sup>226</sup>

Ved hevd av individuell eiendomsrett eller enerett til en bestemt bruksutnyttelse etter hevdsreglene stilles et krav om eksklusiv rådighet. Siden alders tids bruk-reglene hviler på de samme elementene som hevdsreglene, er det naturlig å forutsette at samme krav til eksklusivitet stilles for alders tids bruk-reglene. I Svartskogdommen drøftet Høyesterett reindriftas bruk av området og konkluderte med at den hadde vært bagatellmessig i forhold til lokalbefolkningens bruk (Rt. 2001 s. 1229 på s. 1244). Høyesterett krevde dermed i Svartskogdommen at bruken skal være tilnærmet eksklusiv når eiendomsrett kreves med grunnlag i alders tids bruk. Alders tids bruk-reglenes relative karakter taler imidlertid for en mindre streng anvendelse av vilkåret. Dette vil også være naturlig i forhold til at hevdstiden i alders tids bruk er betydelig lenger enn ved hevd. Også Eriksen argumenterer for en lempeligere praktisering av eksklusivitetsvilkåret og skriver: “Det ledende synspunkt er selvsagt at erververens bruk skal være den dominerende, men stilt overfor så lange tidsakser som ved alders tids bruk må det stilles større krav til den konkurrerende bruk enn at det bare skal dreie seg om en relativt beskjeden bruk.”<sup>227</sup>

---

225 Rt. 2001 s. 769 på s. 788 med videre henvisning til Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 610.

226 Slik Øyvind Ravna i *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 187.

227 Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) s. 155 og 156.

Hva gjelder godtrokravet i alders tids bruk, synes de samme momentene å gjelde som for hevd. Sivillovbokutvalet uttaler imidlertid at hvor det er mange pretendenter – f.eks. de som bor i en grend eller byggd – kan det ikke kreves at samtlige er i god tro:

“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.”<sup>228</sup>

Denne uttalelsen bekreftes i Selbusaken i Rt. 2001 s. 769 i godtrovurderingen:

“Jeg tilføyer at når det som i vår sak er tale om rettserverv for en næring, kan det ikke kreves at samtlige samer innenfor næringen – eller en sektor av den – har vært i aktsom god tro. Det samme gjelder for øvrig også i andre sammenhenger hvor det er tale om rettserverv for en større krets av personer.” (s. 814).

Selbusaken gjaldt erverv av kollektive bruksrettigheter ved alders tids bruk. De samme synspunkter må imidlertid langt på vei legges til grunn ved kollektivt erverv av eiendomsrett. I Rt. 2001 s. 1229, “Svartskogsaken” ble lokalbefolkningen tilkjent eiendomsrett til tross for at enkelte oppsittere hadde inngått forpaktningssavtaler med staten på utslåtter i det omtvistede området. Høyesterett refererte til Sivillovbokutvalets uttalelse og la dermed avgjørende vekt på flertallet av innbyggernes formening om eiendomsforholdene. (Rt. 2001 s. 1229 på s. 1247).

Alders tids bruksreglene karakteriseres altså av fleksibiliteten mellom vilkårene - en fleksibilitet som man ikke har i hevdsreglene. Samspillet mellom tidsaspektet på den ene side og brukens intensitet og kontinuitet på den andre vil være avgjørende for om alders tids bruk foreligger i en konkret sak.

Jeg vil i det følgende ta nevnte vilkår for hevd og alders tids bruk i nærmere ettersyn med henblikk på samiske områder. For hevd og alders tids bruk i samiske områder er Rt. 2001 s. 769 (Selbudommen) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken) av stor betydning. Disse vil bli gjennomgått i det følgende.

---

228 Sivillovbokutvalet, *Rådsegn* 6 s. 16.

## 5.3 Hevd og alders tids bruk i samiske områder

### 5.3.1 Rettspraksis' betydning for rettighetserverv gjennom alders tids bruk i samiske områder

Læren om statens grunn har, som nevnt under pkt. 3.1, medført at eiendomsforholdene i Finnmark er annerledes enn i resten av Norge. En type *terra nullius*-oppfatning har gjort det vanskelig for lokalbefolkningen å oppnå anerkjennelse av selvstendige rettigheter til for eksempel jakt, fiske og beite. Motsetningsvis har eiendomsforholdene i andre deler av landet for lengst blitt avklart, hvorav en finner ulike eierforhold som privat eie, sameie, bygdeallmenninger og statsallmenninger. Samisk bruk ble imidlertid ikke ansett som grunnlag for verken bruksrettigheter eller andre rettigheter. Den samiske reindriften ble tvert imot betraktet som en "uskyldig nyttesrett."<sup>229</sup> Dette står i skarp kontrast til hvordan tamreindriften i den sørnorske fjellheimen utøvd av ikke-samer ble oppfattet. I Rt. 1951 s. 417 (Vang) og Rt. 1954 s. 1055 ble det tilkjent privat eiendomsrett *med grunnlag i reindrifta*.<sup>230</sup> I Rt. 1951 s. 417 kom Høyesterett enstemmig til at private, og ikke staten, hadde eiendomsrett til et fjellområde i Bygdin og Tyin. 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." Eiendomsrett med grunnlag i reindrift ble tilkjent til tross for at drifta ikke overalt hadde pågått kontinuerlig, og beitet også var nyttet til bufe og villrein.

Rt. 1954 s. 1055 gjaldt utstrekning av privat eiendomsrett i Hol kommune. De private parter (mot staten) ble med dissens 3-2 tilkjent eiendomsrett.

I Marsfjellsaken inntatt i Rt. 1955 s. 361 ble som kjent reindriftssamenes bruk av eiendom ansett som en "uskadelig Nyttes- og Brugsret, der ikke paafører Ejeren af Udmarken noget positivt Tab."<sup>231</sup> Denne forskjellen

---

229 Jf. Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361 nevnt under pkt. 3.1.

230 Ravna påpeker også denne forskjellen i Øyvind Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder. En undersøkelse med henblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*, Oslo 2008 på s. 352-353.

231 Rt. 1955 s. 361 på s. 363

mellom oppfatningen av reindrifta som rettsskapende avhengig av om den var utøvd av samer eller ikke, må betegnes som en kulturhierarkisk rettsanvendelse.

Betegnende for Høyesteretts anvendelse av alders tids bruk-reglene på samisk bruk synliggjøres i en domstriologi på 1980- og 90-tallet, hvor domstolen ikke tok hensyn til *rettighetens art*, men vurderte kravene ut fra en standard tilpasset jordbrukernes måte å nytte marka på. Denne standarden medførte i flere tilfeller at reineiere ikke fikk medhold i sine krav om reinbeiteområder, blant annet på grunn av at reinen har et annet beitemønster enn husdyr. Husdyr beiter intensivt, mens reinen beiter ekstensivt og etterlater seg i utgangspunktet færre spor i terrenget. Det ble dermed umulig for reineierne å oppfylle kravet til intensitet. Domstriologien besto av Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen-dommen), Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjellsaken) og Rt. 1997 s. 1608 (Aursunddommen).

I Trollheimensaken gjaldt tvisten om de samiske familiene Renander og Kant hadde ervervet reindriftsrett i Trollheimen. Grunnlagene som var fremme var hevd, alders tids bruk og historisk bruk. Høyesterett kom til at reindriftssamisk bruk *ikke* kunne gi grunnlag for rettserverv. Dette ble begrunnet på følgende måte av førstvoterende:

“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.”<sup>232</sup>

Reindriften klarte heller ikke å oppfylle kravene til intensiv bruk i hevdstid på grunn av at den “mer leilighetsvis har kommet inn på et område. Det må kreves en mer regelmessig bruk.” (s. 1225).

I to påfølgende dommer ble denne rettssetningen videreført.

I Korssjøfjellsaken fikk reineierne prøvd sine anførsler om reinbeiterett innenfor et reinbeitedistrikt i Sør-Trøndelag. Bruken ble ikke funnet intensiv og regelmessig nok til å kunne danne rett. Grunneierne som hadde anlagt

---

232 Rt. 1981 s. 1215 på s. 1223.

saken fikk stort sett medhold i sine krav. Reineierne anførte forgjeves argumenter referert til muntlig rettstradisjon, samisk kultur og levevis. Høyesterett la til grunn at "... ikke enhver mer sporadisk bruk vil kunne gi grunnlag for en beiterett med adgang til regulær beiting i fremtiden" (Rt. 1988 s. 1217 på s. 1225) og avviste dermed reindriftsnæringen som rettsskapende.

Det kan nevnes at Høyesterett i dommen også la avgjørende vekt på Lappekommisjonens innstilling av 1892,<sup>233</sup> i tillegg til en "bekjentgjørelse" av Innenriksdepartementet fra 1894. Etter min mening er det i seg selv betenkelig at Høyesterett på 1980-tallet la avgjørende vekt på rettskilder skrevet nesten 100 år tilbake i tid, i en tid som bygget på kulturhierarkisk tenkning der samene ble betraktet som laverestående, og som man må regne med at rettskildene bar preg av.

Samme krav til intensiv og sammenhengende bruk av beiteområdet kommer enda klarere til uttrykk i Aursunddommen inntatt i Rt. 1997 s. 1608. Liksom Korssjøfjellsaken gjaldt tvisten i Aursundsaken retten til reinbeite innenfor reinbeitedistriktet til Riast-Hylling i Sør-Trøndelag. En rekke bønder og grunneiere hadde saksøkt reineierne for å oppholde seg med reinene sine på det omtvistede området, og bruke området til beite og flytteleie. To spørsmål ble avgjørende for Høyesterett; for det første om en høyesterettsdom fra 1897 hadde rettskraftvirkning på tvisten, idet denne gjaldt det vesentligste av området; for det andre om det forelå rett til å drive reindrift på grunnlag av alders tids bruk. Flertallet (Dissens 4-1) unnlot å ta stilling til tvisten på grunnlag av reglene om rettskraft. Det ble i stedet konkludert på grunnlag av 1897-dommen med at reineierne ikke kunne påberope seg alders tids bruk som rettslig grunnlag for fortsatt beite i Aursunden. Nok en gang tok man ikke hensyn til rettighetens egenart, men vurderte kravene til alders tids bruk ut fra bondekulturens mal. Betegnende er førstvoterendes uttalelse om at han ikke, slik anført av den samiske parten, fant at

---

<sup>233</sup> En kommisjon nedsatt ved kgl. res. 12. juli 1889 med tre medlemmer som skulle undersøke reindriften og reguleringen av denne i Hedmark og Sør- og Nord-Trøndelag. Kommisjonen avga sin innstilling i 1892.

“reindriftens egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning kan føre til at det her må stilles vesentlige lempeligere krav til rettsserverv ved alders tids bruk enn ellers i tingsretten.”<sup>234</sup>

Dommen har blitt kritisert fra mange hold i etterkant.<sup>235</sup>

Det kan for øvrig nevnes at dommer Matningsdal som dissenterte kom til at reindriftssamenes bruk *kunne* danne grunnlag for rettsserverv ved alders tids bruk. Dette begrunnet han med at reindriftssamene i perioden 1750-1850 i betydelig utstrekning hadde gjett sine reinsdyr i store deler av det omtvistede området:

“I området nær Aursunden har nok beitingen vært relativt sporadisk, men i den øverste del av skogbeltet og innover fjellet har det ikke dreid seg om en sporadisk bruk som minner om streifbeiting. Tvert om må beitingen ha skjedd de fleste årene slik at den gir grunnlag for rettsserverv ved alders tids bruk på denne del av grunneiernes eiendommer.” (s. 1623)<sup>236</sup>

Høyesterett anvender med andre ord norske tingsrettslige prinsipper på beitespørsmålene i de nevnte dommene uten å ta hensyn til reindriftsnæringens egenart ved rettsanvendelsen. Retten vurderer i stedet kravene til intensiv og kontinuerlig bruk for reindriftsnæringen ut fra en standard skapt av bøndenes måte å bruke marka på. Reineiernes bruk blir ikke ansett å være rettsskapende.

### 5.3.2 Selbu- og Svartskogsakene

I 2001 blåser en samevennlig vind i Høyesterett. Høyesterett avsier Rt. 2001 s. 769 (Selbudommen) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogdommen) som er blitt

---

234 Rt. 1997 s. 1608 på s. 1617.

235 Se f.eks. Ånde Somby, "Når Høyesterett gjentar no Pardon: Høyesteretts dom i Aursunden (Rt. 1997 s. 1608) i et rettsteoretisk og folkerettslig perspektiv", *Retfærd* 22, nr. 2, 1999, s. 19-30.

236 Kirsti Strøm Bull gir i "Norsk rett og samiske rettigheter", *Lov og Rett*, nr. 6, 1998 s. 321-322 sin støtte til dommer Matningsdals anvendelse av alders tids bruk-reglene, mens flertallets rettsanvendelse kritiseres.

karakterisert som et paradigmeskifte i sameretten.<sup>237</sup> Begge sakene blir avgjort på grunnlag av en fleksibel og dynamisk anvendelse av reglene om alders tids bruk. I motsetning til de to tidligere nevnte dommene legges det i Selbu- og Svartskogsakene avgjørende vekt på at reglene om alders tids bruk må vurderes ut fra *rettighetenes art*, herunder også metodeutfordringer i tilknytning den norske rettskulturs møte med den samiske. Dommene er sentrale rettskilder i tvister om erverv av reindriftsrettigheter, men også sentrale i spørsmål om erverv av bruks- og eierrettigheter i samiske områder. Dette understrekes også, som nevnt overfor, av Justiskomiteens flertall i merknadene til § 5 i finnmarksloven hva gjelder Finnmarkskommisjonens rettsanvendelse. Det er dermed naturlig å gå nærmere inn på disse to dommene.

Faktum og tvistegjenstanden i Selbusaken er på mange måter likt Kors-sjøfjell- og Aursundensaken. I saken var det tvist om Essand og Riast-Hylling reinbeitedistrikter hadde beiterett i private utmarksområder innenfor distriktsgrensene i Selbu kommune i Sør-Trøndelag. Sentralt i vurderingen sto tolkning av daværende reindriftslov av 1978 § 2 første ledd tredje punktum: “De utmarksstrekninger (jfr. § 11) som inngår i reinbeiteområdene, er å anse som lovlig reindriftsareal med slike særlige rettigheter og plikter som nevnt i første punktum, med mindre annet følger av særlige rettsforhold.”

Som nevnt i kapittel 3 var denne presumsjonsbestemmelsen kommet inn i reindriftsloven i 1996 bl.a. ved lov 23. februar 1996 nr. 8 bl.a. som en følge av Korssjøfjelldommen.

*Svartskogsaken* ble behandlet av Høyesterett kort tid etter Selbusaken. Saken skiller seg noe fra de foregående dommene da tvisten sto mellom en fastboende, hovedsakelig samisk jordbruksbefolkning og staten, og ikke reindriftsutøvere. I denne saken gjaldt det spørsmålet om staten var eier av et utmarksområde på 116 km<sup>2</sup> i Manndalen i Kåfjord kommune i Nord-Troms. Grunneierne anførte hevd og alders tids bruk som grunnlag for sitt eiendomskrav. Høyesterett kom enstemmig til at kravene til brukens omfang, varighet og god tro oppfylte vilkårene for erverv av eiendomsrett etter reglene om alders tids bruk.

---

237 Jf. Gunnar Eriksen, “Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001” i *Kritisk Juss* 30, nr. 3, 2004 s. 289-304.

De særlige momentene i disse to dommene er Høyesteretts rettsanvendelse, tilpasninger av alders tids bruks reglene for samisk bruk, språklige og kulturelle forskjellers betydning i kommunikasjon mellom samer og myndigheter, korrigering av eldre kilder og metodeutfordringer i møte mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur.

### **5.3.2.1 Bevisvurderingene**

Et av Selbuddommens mest fremtredende trekk er anvendelsen av reindriftslovens bestemmelse om reindriftsareal, eller presumsjonsregelen i reindriftsloven § 2 første ledd tredje punktum som påla grunneierne bevisbyrden for at det ikke hefter reindriftsrett på deres eiendom. Regelen er nå inntatt i gjeldende reindriftslov jf. lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift § 4. Ved alders tids bruk betyr det at grunneier må sannsynliggjøre “at bruken ikke har hatt tilstrekkelig omfang til at arealet er lovlig reindriftsareal.”<sup>238</sup> Denne regelen medførte at spørsmålet for Høyesterett ble om *grunneierne* kunne sannsynliggjøre at reinbeitedistriktene Essand og Riast/Hylling *ikke* hadde rett til reinbeite i tvisteområdet, og ikke slik som i Korssjøfjellsaken der det var reindriftsutøverne som måtte sannsynliggjøre deres rett til reinbeite i tvisteområdet. Bevisvurderingene som tidligere hadde gått i samisk disfavør, ble nå snudd i deres favør.

Ved å vedta presumsjonsregelen i reindriftsloven viste lovgiver en klar forståelse for de bevisvansker man står overfor ved avklaring av rettigheter i forbindelse med reindriftnæringen. Manglende dokumentasjon og forskning på samisk kultur bør ikke gå i negativ favør for samepartene. Dette ble understreket av Høyesterett i Selbuddommen noe som er en stor endring i bevisvurderingene fra tidligere dommer som Korssjøfjell- og Aursundensaken.

### **5.3.2.2 Korrigering av eldre kilder**

I Korssjøfjell- og Aursundendommen la Høyesterett stor vekt på Lappekommisjonens utredninger. Lappekommisjonen av 1889 var uten samisk representasjon ettersom ingen av kommisjonens tre medlemmer var samiske.

---

238 Rt. 2001 s. 769 på s. 788.

Kommisjonens arbeid bar også preg av å ha blitt skrevet i en tid samene ikke ble ansett å være likeverdig den norske befolkning. Dette ser man tydelig i kommisjonens innstilling av 1892,<sup>239</sup> og enda tydeligere i lappekommisjonen av 1897 der det klart gis uttrykk for at samiske interesser bør vike for jordbrukets:

“Saalenge Flytlappernes Næring nyder Lovgivningens Beskyttelse, har den følgerig 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*” (kommisjonens kursivering).<sup>240</sup>

I Selbuddommen tar Høyesterett et oppgjør med denne rettsoppfatningen som også er betegnende for 1889-kommisjonen, og peker på den manglende samiske representasjonen i kommisjonen og dens holdninger om at reindriften er en døende næring, samt at forholdene har endret seg siden kommisjonen skrev sin utredning (s. 791-792). Med dette slo rettens flertall fast at en må være forsiktig å tillegge eldre tekster om samiske forhold skrevet av norske myndigheter altfor stor betydning.

Distanseringen fra Lappekommisjonens uttalelser var imidlertid ikke ukontroversielt, selv i Høyesterett anno 2001. Mindretallet, som besto av 15 dommere uttalte at den kunne ikke 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).

---

239 “[N]aar man skal veie Lappernes og de fastboendes gjensidige Rettigheder og Forpligtelser mot hinanden, kan man ikke glemme deres Næringsveies forskjellige Vilkaar, og at Jordbrugerens under det flittige og møisommelige kultiverende arbeide ofte er paalagt Tyngsler og Byrder, medens Lappen, hvis Tilværelse vexler mellem Strabadser og Dovenskab, som regel gaar ganske fri for saadanne.” Inberetning fra den ved kongelig Resolution av 12te Juli 1889 til undersøgelse af Lappeforholdene i Hedemarkens, Søndre og Nordre Trondhjems Amter anordnede kommission, s. 33.

240 Indstilling fra den ved Storthingets Beslutning af 27de Juli 1897 og kongelig Resolusjon af 9de September s. A. nedsatte Kommision, der har havt at tage under Overveielse, hvilke Lovregler m.v. vedkommende Lappevæsenet der bliver at istandbringe, efterat Lov om Lapperne i de forende Kongeriger Norge og Sverige af 2de Juni 1883 er traadt ud af Kraft s. 196. (Indstilling 1904)

I tillegg til flertallets korrigerende av eldre kilder, ble også vitneforklaringer fra samiske parter vektlagt. Disse ble også vektlagt i Svartskogsaken hvor Høyesterett henviste til flere vitneforklaringer fra samiske parter, noen helt tilbake til 1913.<sup>241</sup> At vitneforklaringer om rettsoppfatninger fra samiske parter tillegges en såpass markert betydning, henger sammen med Høyesteretts anerkjennelse av den samiske rettskulturens særpreg, herunder at den i stor grad er praktisk og muntlig orientert.

### ***5.3.2.3 Metodeutfordringer i møte mellom en muntlig og en tekstbasert rettskultur***

At den samiske rettskulturen i stor grad er muntlig orientert byr på metodiske utfordringer, særlig i bevisvurderingene. En skriftlig rettskultur har sin fordel i at kildene som oftest er påvisbare i ettertid. Dette vil gå i negativ favør for den muntlige rettskulturen som ikke har samme mulighet til å fremlegge bevismateriale. Mens det i tidligere dommer ikke i stor grad har blitt tatt hensyn til dette, uttaler førstvoterende i Selbdommen:

“I saker av denne art står man overfor et særlig metodespørsmål. Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk. (...) På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises.” (s. 792).

Slik som i Svartskogsaken, legger Høyesterett i Selbusaken stor vekt på muntlige kilder. Det blir videre uttalt at ettersom samene var nomader og “stort sett brukte organiske materialer som går i forråttelse, vil det også kunne være vanskelig å finne fysiske spor etter reindrifta. Disse forhold tilsier varsomhet med å trekke slutninger av at man mangler konkrete opplysninger om samenes tilstedeværelse i et område.” (s. 792).

Med disse uttalelsene viser Høyesterett en bedre forståelse for den samiske rettskulturen, og dommene representerer således en endret og mer nyansert behandling av rettskrav basert på samisk sedvanemessig bruk.

---

241 Se Rt. 2001 s. 1229 på s. 1242.

### 5.3.2.4 *Språklige og kulturelle forskjeller i kommunikasjon mellom samer og myndigheter*

Et annet viktig moment i Selbu- og Svartskogdommene er betydningen av språklige og kulturelle forskjeller i kommunikasjon mellom samer og nordmenn. Høyesterett la i begge sakene vekt på at det må tas hensyn til at det i kommunikasjon mellom samer og nordmenn kan oppstå misforståelser fordi språklige og kulturelle forskjeller kan medføre at man oppfatter hverandre på en uriktig måte. Disse forskjellene kan i verste fall medføre i uopprettelige konsekvenser.<sup>242</sup> Dette er forhold som ikke i stor grad har vært tatt hensyn til tidligere, med unntak av Varfjell-Stifjelldommen i Rt. 1979 s. 492 der de ble pekt på uklare rettsforhold og samenes mangelfulle utdanning og språkproblemer som følge av å være en etnisk minoritetsgruppe i Norge.

I nær sammenheng med språkvansker, er betydningen av samenes egen karakteristikk av rettsforholdene. Dette fikk avgjørende betydning i spesielt Svartskogdommen. I samisk tradisjon har man vært forsiktig med å bruke begrepet eiendomsrett. Dette medførte blant annet at manndalingene i Svartskogsaken ikke fikk tilkjent eiendomsrett til Svartskogområdet av Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms som var førsteinstans i saken.<sup>243</sup> Da saken kom opp for Høyesterett uttalte imidlertid førstvoterende:

“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.”<sup>244</sup>

At samene ikke hadde “samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett” som majoritetsbefolkningen, skulle med andre ord ikke være avgjørende for

---

242 Slik også Eriksen i “Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001” i *Kritisk Juss* 30, nr. 3, 2004 s. 289-304 på s. 299.

243 Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, dom i sak nr. 2/1998, avsagt 5. mars 1999, i Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms 1995 – 2000, bind III, Statskog SF, Namsos 2001.

244 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1252.

rettsforholdets reelle karakter, og dermed føre til at manndalingene mistet sin rett til eiendom. Førstvoterende tilføyer:

“Skulle det hindre rettserverv ved alders tids bruk at det finnes flest eksempler på at de har talt om bruksrett, ville deres rådighetsutøvelse, som i innhold tilsvarer utøvelse av eiendomsrett, bli satt i en ugunstig særstilling i forhold til befolkningen for øvrig.” (s. 1252).

Dette viser at man nå tok hensyn til samiske rettsoppfatninger og samisk rettstenking, og var klar over kulturforskjeller som kunne få avgjørende betydning i rettighetsspørsmålene.

### ***5.3.2.5 Tilpasninger til samisk bruk – intensitet og kontinuitet***

Det kanskje mest interessante, etter mitt syn, ved Selbu- og Svartskogdommene er Høyesteretts tilpasninger av norske tingsrettslige regler til samisk bruk. Reglene om alders tids bruk har som nevnt vært utviklet av og tilpasset norsk bondekultur. Slik Trollheimen-, Korssjøfjell- og Aursundendommen viser, klarte ikke reindriftssamene å oppfylle vilkårene om intensiv og kontinuerlig bruk i hevdstiden. I Selbusaken var reindriftas ekstensive karakter og dens bruk av store områder, samt samenes nomadiske livsform, forhold av betydning ved vurderingen av intensivitets- og kontinuitetskriteriene:

“Kravene må tilpasses samenes og reinens bruk av området. Det må tas hensyn til at samene har hatt en nomadisk livsform. Momenter som har vært fremhevet for andre beitedyr, kan ikke uten videre overføres til reinbeite. Disse forhold må trekkes inn i vurderingen. Av konkrete momenter fremhever jeg særlig at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitens 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 adskillelig lengde. I denne sammenheng nevner jeg at i Mauken-dommen ble reindriften ansett å ha erstatningsrettslig vern selv om den siden begynnelsen av 1920-tallet ikke hadde vært utøvd i området i over en mannsalder. Men ved avbrudd må det kreves en lengre samlet tidsperiode” (s. 789).

Her tilpasser Høyesterett reglene om alders tids bruk slik at disse må vurderes ut fra den enkelte rettighets art, i dette tilfelle reindriftsnæringens, i motsetning til en tidligere gitt standard. *Rettighetens art* slik påvist av Brækhus og Hærem allerede i 1966<sup>245</sup> kommer endelig samene til gode:

“Konsekvensen av at det tas hensyn til reinens natur, er at det må legges vekt på beitemønsteret. Reinen tar store områder i bruk, og omgivelsene, topografi, næringsforhold, vær og vind mv. avgjør områdebruken. Et typisk beitemønster er at den streifer. At reinen har visse kjerneområder for eksempel kalving, betyr ikke at bruksområdet er ikke er betydelig større. Rettserverv kan dermed ikke være avskåret utelukkende fordi det er såkalt “streifbeiting” som har funnet sted.” (s. 789).

I Svartskogsaken var de samiske partene for en stor grad fastboende jordbrukere. Det ble i dommen ikke trukket frem noen forhold ved bruken som var særegent samisk, men det ble vektlagt at befolkningen var samer:

“Befolkningen har i det vesentlige vært samisk (s.1230), og som følge at dette var det ikke for dem naturlig å undersøke eierforhold da samer “tradisjonelt sett [er] mindre opptatt av formelle eierspørsmål.” (s.1247).

Videre ble den kollektive bruken av området trukket frem i intensitetsvurderingen. I Svartskogsaken hadde manndalingene i fellesskap utnyttet de bruksmåter Svartskogen ga adgang til. Den grunnleggende oppfatningen hadde vært at ingen hadde større rett enn andre til naturressursene. Høyesterett slo fast at kravet til intensitet ved bruken av Svartskogen samisk måtte således tilpasses de spesielle forhold som gjelder.

#### **5.3.2.6 Tilpasninger til samisk bruk – godtrovurderingen**

I både Selbu- og Svartskogsaken var godtrospørsmålet sentralt. En viktig forskjell mellom dommene i denne sammenheng er som alt nevnt at Selbusaken gjaldt tvist mellom reindriftsutøvere og private grunneiere (bl. a. bønder) i Sør-Trøndelag, mens saken om Svartskogen gjaldt tvist mellom staten og lokalbefolkningen i Manndalen i Nord-Troms. Statens

---

245 Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 610.

rolle som grunneier i Finnmark inntil 1. juli 2006 gjør godtrovurderingen i Svartskogsaken særskilt interessant for denne analysen.

I Svartskogsaken hadde staten ført omfattende bevis for sitt eierskap til Svartskogen. Selv om all bruk av området, med unntak av reindriftas, ble utøvd av lokalbefolkningen i Manndalen, var det staten ved skogforvalteren i Lyngen, deretter Lappefogden og videre Statskog SF som forvaltet det 116 km<sup>2</sup> store området i Kåfjord kommune. Forvalterrollen var en følge av at staten i 1885 aktivt gikk inn og kjøpte Svartskogen. Svartskogen var fra 1600-tallet en del av Tromsøgodset, som i 1783 ble delt i tre hvor dagens Kåfjord kommune ble liggende under den nordligste delen; Skjervøygodset.<sup>246</sup> Da den siste godseieren, Ovida Lyng, døde i 1848, kjøpte *Foreningen til Ophævelse af Leilændingsvæsenet i Skjervø* godset som blant annet besto av Svartskogen. I 1885 kjøpte deretter staten Svartskogen av foreningen, hvoretter rettservervet ble sikret ved tinglysing 24. oktober 1885. Årsaken til kjøpet var å forhindre ytterligere konflikt mellom deler av de fastboende i Troms og reindriftssamene, som etter stengingen av grensen mot Finland i 1852 for reinflytting hadde måttet søke til nye sommerbeiteområder.

Fra 1920-tallet begynte staten å gi et tydelig uttrykk for sin eierrådighet som til da hadde vært nokså sporadisk. Blant annet ble det kunngjort at det var forbudt å avvirke skog og høste slåtter i Svartskogen uten statens tillatelse. Da forbudet ikke ble respektert av manndalingene, ble flere personer anmeldt av skogforvalteren for “ulovlig at ha høstet utslaat i Lappevæsenets eiendom.”<sup>247</sup> Samtidig ble det inngått et betydelig antall forpaktningssavtaler for utslåtter for på denne måten å forsøke å regulere bruken av Svartskogen som ifølge Skogforvalterens brev til ordføreren i

---

246 Se Rt. 2001 s. 1229 (på side 1229). Se også Øyvind Ravna, “Kongelige disposisjoner på 1600-tallet og betydningen for bygdefolks adgang til å eie og forvalte utmark i Nord-Norge” i *Ottar* 300, nr. 2, 2014 på s. 19-25 og Bjørn Bjerkli, “Samisk befolkning, bruk av naturen og rettighetsforhold i Nord-Norge” i NOU 2007: 14, Del 12. Det kan i denne sammenheng også nevnes at staten kjøpte opp fem store allmenninger (Storskogen, Skibotn, Storfjorden, Kvænangen og Reisa, samt Manndalen) i Indre Troms fra godsene. Dette er grunnen til at innmarka i Indre-Troms i dag er statsgrunn, mens kysten er privateid, se artikkelen fra Ravna på s. 23.

247 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1233.

Kåfjord ble benyttet “helt uten kontroll.”<sup>248</sup> I perioden 1921 til 1944 forpaktet staten ut over 20 utmarksslåtter.

Straffesakene ble imidlertid henlagt og reguleringsordningene ble dårlig fulgt opp i praksis. Noen lokale søkte riktignok om utmål av dyrkingsjord uten at disse ble akseptert og utmålt. Det var også liknende episoder på 1940-, 50- og 60-tallet.<sup>249</sup>

En “streng” fortolkning av godtrokravet ville etter alminnelig tingsrettslig tradisjon trolig ført til at lokalbefolkningen ble funnet ikke å være i god tro om brukens rettmessighet, men førstvoterende i Svartskogsaken kom til at manndalingene gjennom hele ervervsperioden, tross statens tinglyste erverv av Svartskogen og gjentatte reguleringsforsøk, var i god tro.

Det kommer frem av dommen at manndalingene ikke hadde sjekket grunnboka. Å undersøke grunnboka er vanligvis et vilkår for god tro ettersom hevderen ved å gjøre nødvendige undersøkelser av hjemmelsdokument og grunnbok på denne måten kan bli brakt ut av sin villfarelse dersom det viser seg at det er noen andre som eier eiendommen.<sup>250</sup> Høyesterett fant imidlertid at det ikke var noen grunn for manndalingene å granske grunnboka ettersom staten etter salget ikke hadde oppført et planlagt gjerde. Dersom staten hadde reist dette gjerdet, ville manndalingene trolig hatt grunn til å undersøke eiendomsforholdene, men siden salget av Svartskogen “overhodet ikke gav seg fysiske utslag”, hadde ikke lokalbefolkningen noen grunn til å “tenke mer på saken.”<sup>251</sup>

Det ledende synspunkt var altså at statens manglende resultater fra straffeforfølgningen og deres passivitet i andre sammenhenger “bidro til å styrke befolkningens oppfatning om at de hadde rett til å bruke Svartskogen” (s. 1249). Sammenholdt med lokalbefolkningens omfattende bruk av området, deres manglende norskkunnskaper og kulturforskjeller (samer er “tradisjonelt sett mindre opptatt av formelle eierspørsmål”, jf. førstvoterende på s. 1247) fikk manndalingene etter en konkret helhetsvurdering eiendomsrett til

---

248 *Op.cit.*

249 *Op.cit.* på s. 1247 flg.

250 Se Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 342.

251 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1246

Svartskogen. At det var flere av lokalbefolkningen som viste seg å være klar over statens kjøp av området, f.eks. en oppsitter som i 1914 forsøkte å kjøpe hele Svartskogen, og senere de inngåtte forpaktningssavtalene mellom 1920- og 1940-tallet, var etter rettens mening ikke nok til å rokke ved lokalbefolkningens gode tro. Man kunne ikke kreve at samtlige var i aktsom god tro. Det avgjørende var hva som hadde vært den allmenne rettsoppfatningen blant lokalbefolkningen.

Høyesteretts rettsanvendelse i Svartskogsaken kan fremstå spesiell dersom man legger til grunn alminnelige tingsrettslige normer og vurderer disse opp mot saken. Rettsanvendelsen i saken må imidlertid ses i lys av at Høyesterett legger vekt på å *tilpasse den til samisk kultur*. De norske reglene om alders tids bruk blir dermed av retten anvendt på en måte som er tilpasset samisk språk og kultur. For at retten i Svartskogsaken skulle sikre et materielt riktig resultat var det dermed avgjørende at den i rettsanvendelsen tok høyde for forskjeller mellom den norske og den samiske rettskulturen.

Også i Selbusaken blir rettsanvendelsen tilpasset den samiske kulturen. Hovedspørsmålet i godtrovurderingen var om reindriftssamene 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 i vurderingen var hvorvidt samene var eller burde ha vært kjent med innholdet i Lappekommisjonens innstilling. Dette svarte Høyesterett benektende på. Samene ble dermed ansett å være i god tro. Begrunnelsen var lik som i Svartskogdommen hvor retten la vekt på kulturforskjeller, herunder reindriftssamenes “begrensede bruk av norsk skriftspråk” (s. 813) og at disse kulturforskjellene kunne medføre misforståelser i kommunikasjon mellom samer og nordmenn (s.792). Videre kunne det ikke kreves, slik som i Svartskogsaken, at samtlige innenfor næringen, var i aktsom god tro.

Slik jeg ser det ble det gjort betydelige tilpasninger i så vel bevisvurderinger som rettsanvendelsen i dommene. Dette har ikke gått ubemerket hen i rettslitteraturen. En av de krasseste kritikerne av Svartskogdommen er Borgar Høgetveit Berg som anfører at den reelle grunngevingen for resultatet i dommen, var at erververne var samer.<sup>252</sup> Han setter spørsmålstegn ved om lokalbefolkningen i Manndalen angivelig ikke har samme forståelse

---

252 Borgar Høgetveit Berg, *Hevd*, Oslo 2005 s. 237.

av rettslige begrep som den øvrige befolkningen i landet. Når gårdene i Manndalen var oppmålt og på vanlig måte gitt gårds- og bruksnummer, mener Berg at det er “direkte søkt” at erververne da ikke skulle ha en forståelse av eiendomsrettsbegrepet: “Synspunktet kan under alle omstende ikkje nyttast i andre tilfelle utan at det blir påvist at ervervarane har hatt ei tilsvarande sviktande omgrepsforståing.”<sup>253</sup>

Berg er således, stikk i strid med justiskomiteens flertall, skeptisk til å gi dommen presedensvirkning. Han skriver at Svartskogsaken er det eneste eksempelet fra høyesterettspraksis der rette eiers standpunkt eksplisitt er uttrykt overfor erververen, men denne likevel blir ansett for å være i aktsom god tro.<sup>254</sup>

Bergs kritikk har bakgrunn i den etablerte normen i norsk tingsrett at grunnboka må sjekkes før erverv kan føre frem.<sup>255</sup> Undersøkelse av grunnboka er begrunnet i notariale - og publisitetshensyn, og er en viktig beskyttelse av rette eiers rettigheter mot godtroerverv. Man kan imidlertid ikke legge skjul på at denne “undersøkelsesplikten” medfører vanskeligheter når reglene skal prøves i et område der det har vært praktisert og praktiseres en annen rettskultur. I en situasjon som i Norge der man har en urfolksgruppe med sin egen rettskultur som er pålagt å følge de regler majoritetsbefolkningen til enhver tid utformer og som ikke nødvendigvis samsvarer med urfolksgruppens rettsoppfatning, blir det et spørsmål om hvilken løsning som vil føre til det mest rettslig riktige resultat når statens regler skal prøves på urfolket. Høyesterett valgte å tilpasse de norske rettsreglene til den samiske kulturen. Dette synes etter mitt skjønn å være den mest praktisk riktige løsning. Ved å ta høyde for den samiske rettskulturen, fremstår ikke Høyesteretts rettsanvendelse i Svartskogdommen “direkte søkt,” men vil tvert om legge viktige føring for senere saker der norske rettsregler møter den samiske rettskulturen.

Godtrokravet er et interessant tilfelle i denne sammenheng. Ett av vurderingskriteriene Finnmarkskommisjonen må ta stilling til er nettopp om godtrokravet er oppfylt i de enkelte sakene i kartleggingen i Finnmark. I det følgende vil

---

253 Berg *op.cit.* s. 237.

254 Berg *op.cit.* s. 261.

255 Se Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2013) s. 342.

jeg ta de spesielle forhold som møter en når godtrokravet skal prøves der det er tvist om samisk bruk har skapt rettigheter, nærmere i ettersyn.

### 5.3.3 Enkelte problemer når godtrokravet i reglene om hevd og alders tids bruk skal prøves i samiske områder i Finnmark

Allerede i 1972 stilte Sverre Tønnesen i sin avhandling *Retten til jorden i Finnmark* spørsmål ved anvendelsen av hevd- og alders tids bruk-reglene i samiske områder. Tønnesens avhandling omhandlet forholdene i Finnmark, og selv om han ikke konkluderte, syntes han å være skeptisk til et godtrokrav med bakgrunn i den samiske rettskulturen og de særlige rettsforholdene i Finnmark. Han spør:

“Bør ikke den særlige historiske utvikling i de samiskdominerte strøk føre til at kravene til opinio juris settes lavere der enn ellers når det gjelder spørsmålet om “særrett” i almenning foreligger? Slik at man i Finnmarks fjord- og fjellbygder setter mindre krav til opinio juris enn hva man ville gjort overfor krav fra bøndene i Østerdal og på Voss om særretter? Bør ikke bruk i tid her – i samealmenningen – være nok til å konstatere en “særrett”?”<sup>256</sup>

Ifølge Tønnesen ble det ved anvendelsen av alders tids bruks-reglene i samiske områder “tatt for lite hensyn til de særlige *samiske* momenter”,<sup>257</sup> noe som medførte at den formelle likheten i loven ikke ga reell likhet for samer. Disse ulikhetene “kunne vært unngått ved klar anerkjennelse av de samiske bygdelag som særberettiget til almenningsrettene i sitt distrikt. At dette burde vært gjort ved riktig anvendelse av loven for 200 år siden, da opinio juris var klar i finnmarksbygdene, er det vel liten tvil om etter nåtidens mer forfinede rettstankegang.”<sup>258</sup> Tønnesen berører her et tema som er svært interessant for den pågående rettskartleggingen i Finnmark og urfolksrettigheter. Han skriver videre på s. 179 angående samisk bruk at “man kan tale om *diskriminering* i den betydning at samiske tradisjoner og rettsforestillinger ikke er blitt likestillet med de norske” når det gjelder å fastslå hva som er rett eller skal være rett:

---

256 Sverre Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark* (1972/1979) s. 180.

257 Tønnesen *op.cit.* s. 178. Uthevet av Tønnesen.

258 Tønnesen *op.cit.* s. 180.

“På jordrettens område har man ikke gjort noe for å undersøke om samisk bruksform krever andre synsmåter enn det som var vanlig ellers i landet når det gjaldt spørsmål om hva som kunne være rettighetsstiftende kjennsgjerninger. Man har her stort sett konstatert at samene ikke hadde tilknytning til noe bestemt jordstykke, men flyttet sine telt og gammer snart hit og snart dit innen bygda. Det drev som påvist heller ikke jordbruk. Det var ikke slik rettigheter på grunnlag av alders tids bruk ble stiftet sørpå, der brukerne hadde fast bopel og hvor jordbruksnæringen var den vesentligste. Bruken var således ikke i samsvar med det justisvesnets folk var vant til sørfra.”

Tønnesen har etter mitt skjønn noen helt sentrale poeng i denne drøftelsen. Diskrimineringen av samene er en vesentlig grunn til at rettsforholdene i store deler av Finnmark fylke har blitt – og fortsatt er uklare. Diskrimineringen har for det første medført at staten har inntatt en grunneierrolle i Finnmark som har avskåret så vel en naturlig utvikling av rettsforholdene hvor deler av utmarka kunne blitt til bygdeallmenning, statsallmenning eller realsameie. I tillegg har “læren om statens grunn i Finnmark” betydd at det ikke har vært mulig å registrere bruksrettigheter som måtte ha foreligget da så vel Statskog som offentlige instanser, slik som tinglysningmyndighetene, har levd i oppfatningen om at staten eier all usolgt grunn uten påhefte av andres bruksrettigheter, bortsett fra reindriftsrett som er nedfelt i reindriftsloven, og det private grunneiere måtte ha fått påtegnet i sine skjøter når de kjøpte jord fra staten.

Når man i dag skal avklare rettsforholdene, sier det seg selv at det ikke er en enkel oppgave. Den manglende anerkjennelsen av private rettigheter til land og vann i Finnmark har ikke gitt rom for en drøftelse av eiendomsforholdene. Rettsoppfatningene til finnmarksbefolkningen har i alle tilfeller blitt tiet i hjel av læren om statens grunn. Et spørsmål om hvorvidt befolkningen var i god tro angående eiendomsforholdene blir dermed svært vanskelig - i realiteten umulig å svare på utifra objektive kriterier.

Begrunnelsen for godtrokravet i norsk rett har utviklet seg fra helt andre forhold enn forholdene i Finnmark. Gunnar Eriksen skriver at godtrokravet er utviklet gjennom rettspraksis og viser til en byrettsdom fra 1844 (Rt. 1844 s. 273) som er sentral i forståelsen av godtrokravet i norsk rett.<sup>259</sup> I dommen

---

259 Jf. Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) s. 212 flg.

innrømmet hevderen å ha hatt kunnskap om at andre eide grunnen som han gjorde krav på etter hevdsreglene i NL 5-5-3. Disse stilte krav om ubestridt bruk (“ukært til Tinge”) i hevdstid, altså ingen krav om god tro. En slik innrømmelse må ifølge Eriksen ha provosert byretten.<sup>260</sup> I de påfølgende år begynte nemlig domstolene å kreve en aktiv opptreden fra hevderen i form av en undersøkelsesplikt.<sup>261</sup>

Kravet om god tro kan med andre ord begrunnes i et rettferdighetssynspunkt om at en ikke skal vinne rett gjennom urettmessige handlinger. Dette synspunktet kan imidlertid etter mitt skjønn vanskelig overføres til eiendomsforholdene i Finnmark hvor “uretten” må sies å ha blitt utøvd da staten proklamerte sitt eierskap over lokalbefolkningens grunn.

Videre er godtrokravet problematisk i forhold til folkeretten. ILO-169 er inkorporert gjennom finnml. § 3. ILO-169 art. 14 nr. 1 stiller ikke et godtrokrav for å etablere eiendomsrett. Å stille et godtrokrav som gjør at det i realiteten blir svært vanskelig å oppfylle forpliktelsene i ILO-169, innebærer således at det åpnes for en rettsanvendelse som ikke er i samsvar med konvensjonen. Det virker dermed svært betenkelig å stille et slikt subjektivt vilkår da ILO-169 gjennom finnml. § 3 er gjeldende rett i finnmarkslovens område. Videre kan det bli et spørsmål om det vil stride mot ikke-diskrimineringsprinsippet å stille et slikt krav.

Ved å se hen til andre land vil man se at godtrokravet også er et relativt særnorsk fenomen.

I svensk rett følger reglene om hevd til fast eiendom av kap. 16 i Jordabalken som er den svenske jordlovgivning. Hevdsvilkårene følger av § 1 i kapitlet der ett av vilkårene er god tro.<sup>262</sup> Svenskene har imidlertid hatt en lovfestet variant av alders tids bruk kalt “urminnes hävd.”<sup>263</sup> Reglene fantes i den såkalte “Eldre jordabalken” av 1734. Ved innføringen av den nye jordabalken av 17. desember 1970 (nr. 994-995) ble reglene utelatt fra

---

260 *Op. cit.* s. 206.

261 Jf. Rt. 1863 s. 786, Rt. 1871 s. 236 og Rt. 1873 s. 463.

262 Se mer om det svenske hevdsinstituttet i Lars K. Beckman mfl., *Jordabalken. En kommentar till JB och anslutande författningar*, Nordstedts juridik, Stockholm 2007 s. 406-408.

263 *Op. cit.* s. 406.

loven.<sup>264</sup> Uten å gå nærmere inn på den rettslige betydningen av urminnes hävd i svensk rett, kan nevnes at reglene har, til tross for utelatelsen fra den nye jordabalken, fremdeles betydning på en rekke områder når det gjelder utnyttelse av naturressurser i Sverige. Med “skattefjällsmålet”<sup>265</sup> fra begynnelsen av 1980-tallet kom reglene om urminnes hävd i fokus, fordi all bruk før ikrafttreddelsen av den nye jordabalken er relevant å påberope seg som grunnlag for allerede opptjente rettigheter.<sup>266</sup> Reglene er også relevante for reindriften da reindriftsretten etter rennäringslagen (1971: 437) anses grunnet på urminnes hävd i Sverige.<sup>267</sup>

Det som skiller reglene om urminnes hävd fra de norske alders tidsbruk-reglene er som sagt først og fremst at de ikke krever god tro. Urminnes hävd bygger på en ubestridt besittelse av fast eiendom eller en rettighet i lang tid. Dette kommer til uttrykk slik av den eldre jordabalken kap. 15 § 1:

“fast egendom eller rättighet i så lång tid okvald och obehindrad besuttit, nyttjat och brukat haver, att ingen minnes, eller av sanno sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först därtill komne äro.”<sup>268</sup>

Det kan også vises til reglene om hevdserverv (*adverse possession*) i britisk common law. De krever 12 års besittelse, uavhengig av god tro, for å få anerkjent eiendomsrett.<sup>269</sup>

Som en oppsummering av det som er sagt ovenfor, er det mye som taler for at man bør være forsiktig med å stille et godtrokrav i rettskartleggingen. Andre

---

264 Se Bertil Bengtsson, *Samerätt. En översikt*, Norstedts juridik, Stockholm 2004 s. 79.

265 Högtsa domstolen, Sverige, *Nytt juridisk arkiv*, 1981 s. 1.

266 Se om dette Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) s. 61.

267 Jf. Bertil Bengtsson, *Samerätt. En översikt* (2004) s. 79.

268 Kap. 15 § 1 i den eldre jordabalken av 1734 gjengitt etter Bengtsson, *Samerätt. En översikt* (2004) s. 79.

269 Utgangspunktet etter den engelske Limitation Act 1980 er at den egentlige berettigede til en eiendom mister sin vindikasjonsrett dersom eiendommen urettmessig har vært i en annens besittelse i 12 år, jf. Limitation Act section 15 (1). Regelen krever ikke at hevderen har vært i god tro. Hans Fredrik Marthinussen skriver mer om dette i "Om europeiseringen av tingsretten - særlig i lys av Den europeiske menneskerettsdomstols avgjørelser i Pye-saken" i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 121, nr. 2, 2008 s. 179-207. Se også Ravna, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 204.

lands løsninger av rettighetsanerkjennelser kan være nyttig å se hen til. Både Tønnesen, Ravna og Eriksen har tatt til orde for å være tilbakeholden med å praktisere godtrokravet altfor strengt for eiendomsforholdene Finnmark.<sup>270</sup> Dette fører videre til neste punkt; samisk sedvanerett som et alternativt rettsgrunnlag for rettskartleggingen.

## 5.4 Samisk sedvanerett

### 5.4.1 Grunnlag for drøftingen

Slik påpekt i kapittel 4 under pkt. 4.4.1 er statene etter ILO-169 art. 8 forpliktet til å ta tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner og sedvanerett i rettskartleggingen. Denne forpliktelsen gjelder således for Norge ved rettskartleggingen i Finnmark. Man kan riktignok ikke utlede av artikkelen at det følger en plikt til å vurdere urfolkssedvanen som et selvstendig rettsgrunnlag. I forarbeidene til finnmarksloven vurderte justisdepartementet hvorvidt samisk bruk kunne danne et selvstendig rettsgrunnlag. De kom her til at det ikke syntes å være holdepunkter for det.<sup>271</sup>

Det vil likevel etter min mening være et spørsmål av særlig relevans for rettskartleggingen i Finnmark å vurdere hvorvidt bruken til lokalbefolkningen eller reindriftssamene kan danne et særlig rettsgrunnlag. I forhandlingene mellom justiskomiteen og Sametinget ble det lagt vekt på samisk bruk som rettskilde, som b.la. medførte endringer i regjeringens lovforslag.<sup>272</sup> At finnml. § 5 første ledd ble tilføyd etter forhandlingene, kan ses som en

---

270 Jf. Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark* (1972/1979) s. 180, Ravna, *Finnmarks-loven og retten til jorden i Finnmark* (2013) s. 200 og Eriksen, *Alders tids bruk* (2008) s. 347.

271 Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 95.

272 Se f.eks. Sametingets arbeidsdokumenter under konsultasjonene med justiskomiteen angående ny finnmarkslov, se særlig *Arbeidsdokument 3*. På s. 5 i denne viser Sametinget til sitt vedtak i sak 21/03 om at "En fremtidig Finnmarkslov må etablere et hensiktsmessig system eller en kommisjon som skal undersøke, vurdere og avgjøre mulige rettskrav som er bygd på sedvane, hevd, alders tids bruk, urfolksrettslige grunnlag m.v, jf. ILO-konvensjonens artikkel 14 nr. 3." Arbeidsdokumentene finnes på nett under <http://www.giella.no/artikkel.aspx?MIId=993&AId=249&Back=1>. Sist besøkt 21. juli 2017.

aktualisering av et slikt rettsgrunnlag, noe som gjør det legitimt å drøfte den samiske bruken som et eget rettsgrunnlag.

Slik skissert overfor kan det være vanskelig å anvende hevds- og alders tids bruk-reglene på forholdene i Finnmark på grunn av at reglene ikke er tilpasset sakene de skal anvendes på. Ved å legge til grunn samisk sedvanerett eller *samisk bruk* som et selvstendig rettsgrunnlag, vil man få en rettsanvendelse som er mer i tråd med gjeldende rett på finnmarkslovens område, herunder ILO-169 art. 14 som ikke stiller et godtrokrav.

Som nevnt kan bruk i alders tid oppfattes både som et bevis for brukens rettmessighet, og på den annen side danne grunnlag for en selvstendig hjemmel for rettigheten. Den samiske bruken vil med bakgrunn i en slik oppfatning om bevis for brukens rettmessighet kunne anses som en tilpasset form for alders tids bruk der man ikke stiller et krav til god tro, samtidig som det gjøres andre tilpasninger til den samiske brukens egenart.

Med en slik tilnærming mener jeg at man mer forutsigbart og enklere kan prøve om beviselig og ubestridt bruk har funnet sted når rettserverv skal vurderes på den antatte FeFo-grunnen. På denne måten har man i rettskarleggingen en enklere vei å komme fram til et materielt riktig resultat. Skoghøy skriver treffende at den viktigste årsak til at man bør tillegge sedvaner vekt, er at de gir uttrykk for hva som oppfattes som en rimelig og hensiktsmessig ordning på vedkommende rettsområde.<sup>273</sup>

#### 5.4.2 Kravene til sedvanen

Under rettsavklaringen må det forutsettes at Finnmarkskommisjonen vil vurdere om en konkret sedvane danner selvstendig hjemmel for rettigheten. Høyesterett har lagt visse føringer for hvilke krav samiske sedvaner må oppfylle for å kunne ha krav på rettslig beskyttelse.

---

<sup>273</sup> Jens Edvin Skoghøy, "Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 107, nr. 5, 1994 s. 837-881 på s. 844.

I Båndtvangkjennelsen i Rt. 2001 s. 1116 stilte Høyesterett opp to krav til en urfolkssedvane etter ILO-169 art. 8 dersom den skulle ha gjennomslag overfor en norsk strafferettsbestemmelse; i) sedvanen må være klar i sitt innhold og ii) sedvanen må ha en særlig kvalitet (s. 1120). Retten gikk ikke nærmere inn på hva den legger i disse begrepene, men kom til at sedvanen som var påberopt i saken ikke oppfylte de oppstilte kravene. Faktum i saken var at en same hadde brutt reglene for båndtvang i et utmarksområde ved å la hunden sin gå løs. Spørsmålet var om dette kunne anses å være en samisk sedvane etter ILO-169 art. 8 og dermed gå foran det aktuelle straffebudet.

Kjennelsen, sammenholdt med ILO-169 art. 8, har senere vært gjenstand for adskillig drøfting i rettslitteraturen. Her kan vises til Benny Solheims avhandling “ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur”,<sup>274</sup> Jørn Øyrehagen Sundes artikkel om “Fiskerettar i saltvatn og *lex non scriptum* i norsk rett og rettshistorie”<sup>275</sup> og Samerettsutvalget IIs drøfting i NOU 2007: 13 under pkt 5.6.4.4. Solheim og Sunde inntar i varierende grad en kritisk holdning til Høyesteretts oppstilte krav i Båndtvangkjennelsen. Samerettsutvalgets kommentar til dommen er at dersom det hadde foreligget en kvalitetsmessig sterk urfolkssedvane, hvilket ikke var tilfelle i Båndtvangkjennelsen, må det antas at den hadde stått sterkere. Ved en kvalitetsmessig sterk sedvane, ville kravet om tilbørlig hensyntagen i art. 8 nr. 1 medført at sedvanen måtte ha blitt tillagt atskillig større vekt enn hva gjaldt sedvanen som var påberopt i Båndtvangkjennelsen.<sup>276</sup>

I Rt. 2008 s. 1789 (Hjertestikkdommen) behandlet Høyesterett igjen en sak vedrørende ILO-169 art. 8. Det var her spørsmål om slaktning av tamrein uten forutgående bedøvelse ved såkalt *giehtadit* – en samisk sedvane – var beskyttet av ILO-169 art. 8 slik at forholdet ikke kunne straffes. Høyesterett erkjente at sedvaneretten har krav på rettsbeskyttelse, men at *giehtadit*metoden ikke var en sedvane av en kvalitet som kunne kreve beskyttelse, særlig da en avlivning med krumkniv allerede var legalisert og kodifisert (avsnitt 43).

---

274 Benny Solheim, “ILO-konvensjon nr- 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur”, Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, skriftserie nr. 58, 2004.

275 Jørn Øyrehagen Sunde, “Fiskerettar i saltvatn og *lex non scriptum* i norsk rett og rettshistorie”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 119, nr. 02-03, 2006 s. 342-412.

276 NOU 2007: 13 s. 226.

Det kan etter disse to dommene virke som at det skal mye til for at en samisk sedvane skal anses beskyttet gjennom ILO-169 art. 8. Det er imidlertid viktig å være klar over at begge sakene omhandler strafferett, herunder hvorvidt et straffebud kan tolkes innskrenkende slik at en samisk sedvane kan gå foran. Det kan dermed tenkes at vurderingen vil stille seg annerledes på sivilrettens område.

Av dette kan man utlede at dersom en sedvane skal få rettsbeskyttelse gjennom ILO-169 art. 8, kreves det at sedvanen er klar i sitt innhold, og har en kvalitet som gir den grunn til en tilbørlig hensyntagen, som vil gi den adskillig vekt som rettskilde. Om en konkret bruk danner sedvane, må dermed vurderes i det konkrete tilfellet.

Urfolks sedvanerett som selvstendig rettsgrunnlag er ikke et ukjent fenomen. I land med britisk rettstradisjon er det utviklet en doktrine kalt *indigenous title* (eventuelt *native title*, *aboriginal title* eller *customary title*) som anerkjenner urfolks bruk som rettighetsdannende.<sup>277</sup> Doktrinen ble først etablert i Nord-Amerika, og senere i Canada, New Zealand og Australia. Urfolksdoktrinen er utviklet som et rettsgrunnlag for å kunne prøve rettskrav fra urfolk som ellers ikke har samme muligheter til å prøve sine krav etter landets ordinære rettsregler på området.

I Canada ble doktrinen i 1982 nedfelt i den kanadiske grunnloven, hvilket er et stort steg hva gjelder urfolksrettigheter i Canada.<sup>278</sup> Selv om grunnloven anerkjenner og erklærer urfolksrettigheter, definerer den ikke innholdet i rettighetene. Oppgaven med å definere det nærmere innholdet ligger derfor fremdeles til domstolene.<sup>279</sup> En grunnleggende dom vedrørende innholdet i begrepet ble avsagt i desember 1997 av Canadas Supreme Court i saken *Delgamuukw v. British Columbia*. I dommen ble det stilt opp tre vilkår:

“(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

---

277 Se Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 58 flg.

278 *Op.cit.*

279 Se nærmere om doktrinen i NOU 1997: 5 kapittel 4 (s. 110 flg.).

be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.”<sup>280</sup>

Kent McNeil spør om doktrinen krever at der foreligger urfolkssedvaner, og konkluderer basert på forskjellige rettsavgjørelser vedrørende urfolkshjemmelen i Canada at:

“... we have seen that so far Canadian courts have generally not required proof of specific Aboriginal laws and customs to establish Aboriginal title, choosing instead to rely on occupation and use of lands by an organized Aboriginal society.”<sup>281</sup>

Slik McNeil tolker rettsavgjørelsene krever altså “urfolkshjemmelen” ikke at det foreligger spesielle urfolkshjemmeler og sedvaner. Det er nok at urfolksområdene er “occupied” og at landområdene er brukt av et organisert urfolkssamfunn.

Urfolksdoktrinen, og spesielt kanadisk retts anvendelse av doktrinen, kan i så måte være nyttig å se hen til ved vurdering av samisk sedvane som et rettsgrunnlag i rettskartleggingen her hjemme. Aboriginal title er nettopp utviklet for at urfolket skal ha en reell mulighet til å vinne fram med sine rettskrav. Dette er i tråd med ILO-169 art. 14s krav om at urfolket skal ha reelle muligheter til å få anerkjent rettigheter til sine landområder. Urfolksdoktrinen viser således at man godt i rettskartleggingen i Finnmark kan vurdere andre rettsgrunnlag enn alders tids bruk og hevd der vilkårene leder til lite forutsigbar prøving.

Jeg mener at samisk sedvanerett er et anvendelig rettsgrunnlag i denne sammenheng og i så måte, til tross for regjeringens vurdering av at samisk bruk ikke kan fungere som et selvstendig rettsgrunnlag, kan danne grunnlag for eier- og bruksrettigheter i Finnmark.

---

280 Supreme Court of Canada, *Delgamuukw v. British Columbia*, 3 S.C.R 1010, 1997 avsnitt 143, gjengitt etter John J. Borrows and Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues*, 3. utg. Canada 2007 s. 259.

281 Kent McNeil, “The Meaning of aboriginal title” i *Aboriginal and treaty rights in Canada*, The University of British Columbia, Canada 2002 s. 135-154 på s. 141.

## **5.5 Oppsummering**

For å unngå at kartleggingen fører til uforutsigbare resultater eller resultater som ikke er materielt riktig i forhold til finnmarksloven § 5 første ledd, har lovgiver ved å vise til Selbu- og Svartskogdommen som eksempler for kommisjonen å følge, lagt klare føringer for hva man i rettskartleggingen skal ta hensyn til. Disse momentene har jeg forsøkt å gjøre rede for i dette kapittelet.

Etter mitt skjønn er det særlig kravet til aktsom god tro som er problematisk for kartleggingen i Finnmark. Spørsmålet er hvordan man skal kunne påvise en god tro hos befolkningen da den rådende oppfatningen har vært at staten eier grunnen i Finnmark. Dette gir små muligheter til å foreta en objektiv vurdering av den gode troen. Etter min mening burde man legge størst vekt på selve bruken som har blitt utøvd i områdene. Alders tids bruk-reglenes relative karakter vil uansett kunne gi muligheter for Finnmarkskommisjonen å behandle godtrokravet, om det skal stilles, på en mer objektiv og forutsigbar måte. På denne måten gis samene en reell mulighet til å få anerkjent sine landområder. En rett de har etter ILO-169 art. 14 som er gjeldende rett på finnmarkslovens område.

## 6 Kartleggingen av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn

### 6.1 Kort om de fem første utredningene

#### 6.1.1 Rapport Felt 1 Stjernøya og Seiland

Kartleggingen av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn har pr. juli 2017 resultert i fem rapporter fra Finnmarkskommisjonen. Den første rapporten ble fremlagt våren 2012 og dekker øyene Stjernøya og Seiland i Vest-Finnmark.<sup>282</sup> Her tas det stilling til bruks- og eierrettigheter til lokalbefolkningen og reindriftsutøverne som nytter øyene som sommerbeite. Hovedkonklusjonen for felt 1 er at det er FeFo som eier all grunn i feltet, bortsett fra et mindre grunnstykke i Store Bekkarfjord på Seiland. Med ett unntak er der heller ikke ervervet kollektive eller individuelle bruksrettigheter som er mer omfattende enn de bruksrettighetene som er regulert i finnmarksloven §§ 22 og 23. Unntaket gjelder rett til et feste for laksegarn på Seiland.<sup>283</sup>

Den fastboende lokalbefolkning har imidlertid med grunnlag i langvarig bruk opparbeidet *selvstendige bruksrettigheter*. Disse rettighetene danner ikke grunnlag for noen selvstendig disposisjons- og styringsrett, men må utøves innenfor de rammene som følger av finnmarksloven og FeFos aksept.<sup>284</sup>

Reinbeitedistrikt 25 *Stierdna* og Sara-gruppen hadde fremsatt krav om eiendomsrett til all grunn på Stjernøya, men fikk ikke medhold i sine krav. Etter kommisjonens vurderinger har ikke reindriftsutøverne brukt øya på en måte som har vært eksklusiv eller dominerende sammenliknet med lokalbefolkningens bruk. Kommisjonen konkluderer med at reindrifta har

---

282 Finnmarkskommisjonen, *Rapport Felt 1 Stjernøya/Seiland*, 20. mars 2012 (Rapport 1).

283 Rapport 1 s. 137.

284 Rapport 1 s. 145.

ervert en alminnelig bruksrett til reindrift i samsvar med presumsjonen i reinv. § 4.<sup>285</sup>

### 6.1.2 Rapport Felt 2 Nesseby

Finnmarkskommisjonens andre rapport omhandler Nesseby kommune i Øst-Finnmark.<sup>286</sup> Konklusjonen for de kollektive rettighetene er langt på vei sammenfallende med de i rapport 1. Finnmarkskommisjonen kommer til at FeFo eier all grunn omfattet av utredningen, med unntak av et mindre grunnstykke på vestsiden av Vesterelva. Med to unntak er det heller ikke ervert kollektive eller individuelle bruksrettigheter i feltet som er mer omfattende enn de som er regulert i finnmarksloven §§ 22 og 23. De to unntakene er en særlig bruksrett som gir rett til å feste et areal mot avgift og en rett til å gjenoppføre en hytte.<sup>287</sup>

De kollektive bruksrettighetene har imidlertid et selvstendig rettsgrunnlag ved siden av loven på samme måte som rettighetene for lokalbefolkningen i felt 1.<sup>288</sup>

Reinbeitedistrikt 6/5 D, organisert gjennom *Várjjat siida*, hadde fremsatt krav om kollektiv eiendomsrett eller bruksrett til hele eller deler av FeFo-grunnen i feltet. Kommisjonen konkluderer med at reineierne i distriktet ikke har ervert eiendomsrett til området, men har bruksrettigheter i medhold av reindriftsloven.<sup>289</sup>

### 6.1.3 Rapport Felt 3 Sørøya

Kommisjonens tredje rapport dekker Sørøya i Vest-Finnmark.<sup>290</sup> Konklusjonene om de kollektive rettigheter er sammenfallende med de forrige

---

285 Reineierne anket Finnmarkskommisjonens beslutning til Utmarksdomstolen for Finnmark, se UTMA-2014-162528-3). Etter å ha tapt i utmarksdomstolen anket de videre til Høyesterett, se HR-2016-2030-A. Jeg skriver om denne saken under punkt 6.4.

286 Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 2 Nesseby*, 13. februar 2013 (Rapport 2).

287 Rapport 2 henholdsvis s. 177 og s. 200.

288 Rapport 2 s. 201.

289 *Op. cit.*

290 Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 3 Sørøya*, 16. oktober 2013 (Rapport 3).

rapportene. FeFo er tilkjent all eiendomsrett til grunnen i feltet. Med to unntak har kommisjonen ikke funnet grunnlag for å anerkjenne individuelle eller kollektive bruksrettigheter som er mer omfattende enn de som alt er anerkjent i finnml. §§ 22 og 23. Unntakene er fortrinnsretter til reindrift innenfor den kollektive reindriftsretten rettighetspretendentene tradisjonelt har brukt.<sup>291</sup>

Slik som i de forrige feltene har lokalbefolkningen fått tilkjent bruksrettigheter med et selvstendig rettsgrunnlag.<sup>292</sup>

Det er ikke fremsatt krav for kommisjonen om kollektive reindriftsrettigheter i feltet. Kommisjonen har vurdert reindriftenes rettsstilling i feltet og konkludert med at det er etablert en alminnelig bruksrett til reindrift som følger av reindriftsloven § 4.

#### **6.1.4 Rapport Felt 5 Varangerhalvøya Øst**

I sin fjerde rapport har kommisjonen utredet østsiden av Varangerhalvøya som består av kommunene Vadsø og Vardø i Øst-Finnmark.<sup>293</sup> Kommisjonen konkluderer også her med at FeFo eier all grunn i feltet. Med noen unntak har kommisjonen heller ikke i dette feltet funnet grunnlag for å anerkjenne individuelle eller kollektive bruksrettigheter som er mer omfattende enn de som alt er anerkjent i finnml. §§ 22 og 23. Unntakene er en rett til uttak av sand og grus til nytteformål og en aksessorisk rett til byggverk i utmark som er nødvendig for annen utmarksutnyttelse. I tillegg har befolkningen i Vestre Jakobselv ervervet en rett til nødvendig motorferdsel i utmark langs faste ferdselstraseer i forbindelse med næringsmessig høsting av lokale utmarksressurser, og en person har ervervet en særlig rett til nødvendig motorferdsel til Tønnevannsmyra i forbindelse med multeplukking.<sup>294</sup>

---

291 Rapport 3 s. 156.

292 Rapport 3 s. 154-155.

293 Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 5 Varangerhalvøya Øst*, 24. juni 2014 (Rapport 4).

294 Rapport 4 s. 203 – 205.

Slik som i de forrige feltene har lokalbefolkningen også i dette feltet fått tilkjent bruksrettigheter med et selvstendig rettsgrunnlag.<sup>295</sup>

Siidaandelshaverne i Reinbeitedistrikt 6 *Várjjat siida* hadde også for dette feltet fremsatt krav om kollektiv eiendomsrett eller bruksrett til hele eller deler av FeFo-grunnen i feltet. Kommisjonen konkluderer med at reineierne i distriktet ikke har ervervet eiendomsrett, men har bruksrettigheter som forutsatt i reindriftsloven § 4.<sup>296</sup>

### 6.1.5 Rapport Felt 6 Varangerhalvøya Vest

Kommisjonens femte rapport ble fremlagt 16. oktober 2015 og dekker kommunene Berlevåg og Båtsfjord på Varangerhalvøya i Øst-Finnmark.<sup>297</sup> Hovedkonklusjonen er at det er FeFo som er eier av all grunn i feltet, med unntak av et areal på rundt 30 000 dekar i Gulgofjord i Berlevåg kommune. Til dette området har grunneiere og hytteiere i Gulgofjord ervervet en kollektiv eiendomsrett. Retten kan imidlertid ikke utnyttes før Gulgofjord eventuelt får en fastboende befolkning.

Med noen unntak har kommisjonen ikke funnet grunnlag for å anerkjenne individuelle eller kollektive bruksrettigheter som er mer omfattende enn de som alt er anerkjent i finnml. §§ 22 og 23. Unntakene gjelder en særlig fiskerett i Trollfjordelva i Gulgofjord, en særlig rett til båtlandingsplasser i Gulgofjord og Store Molvik, og en rett til nødvendig motorferdsel i utmark langs tradisjonelle ferdselsårer i forbindelse med næringsmessig høsting i Gulgofjord. I tillegg har en person ervervet en individuell særrett til en lakseplass i Berlevåg kommune.<sup>298</sup>

Den fastboende lokalbefolkning har imidlertid med grunnlag i langvarig bruk opparbeidet selvstendige bruksrettigheter slik som i de forrige feltene.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> *Op.cit.*

<sup>296</sup> *Op.cit.*

<sup>297</sup> Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 6 Varangerhalvøya Vest*, 16. oktober 2015 (Rapport 5).

<sup>298</sup> Rapport 5 s. 214-216.

<sup>299</sup> *Op.cit.*

Reinbeitedistrikt 6 *Várjjat siida* og Reinbeitedistrikt 7 *Rákkonjárga* hadde fremsatt krav om en kollektiv eiendoms- eller bruksrett til FeFo-grunnen i feltet. Kommisjonen konkluderer med at det i feltet er etablert en alminnelig reindriftsrett med grunnlag i alders tids bruk.<sup>300</sup>

## 6.2 Videre fremstilling

I dette kapittelet vil jeg foreta en undersøkelse av Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse med henblikk på vurderingen av lokalbefolkningens kollektive eier- og bruksrettigheter i de tre første feltene. Bakgrunnen for undersøkelsen er mine konklusjoner i de foregående kapitlene angående hvilke føringer finnmarksloven § 5 første ledd legger for rettsanvendelsen og bevisvurderingen i rettskartleggingen. Etter finnml. § 5 første ledd skal det i rettskartleggingen legges til grunn at samene har eksisterende rettigheter til grunnen i Finnmark om det ikke foreligger bevisovervekt for det motsatte. Jeg vil i det følgende drøfte i hvilken grad denne formodningen er blitt oppfylt i de tre utredningene.

Jeg kommer ikke til å foreta en analyse av kommisjonens rettsanvendelse i de individuelle rettighetskrav, og heller ikke sakene som omhandler reindriftsrett da dette vil gå utover rammene for omfanget av denne analysen.

## 6.3 Lokalbefolkningens rettigheter

### 6.3.1 Finnmarkskommisjonens konklusjoner

Kommisjonen vurderer lokalbefolkningens rettigheter i alle tre feltene etter alders tids bruk-reglene. Slik innstillingen fra justiskomiteen formoder, vurderer den sakene opp mot praksis fra Svartskogdommen.<sup>301</sup>

Med bakgrunn i materialet som er fremlagt, kommer den til, for alle tre utredningsfeltene, at de objektive vilkårene i alders tids bruk er oppfylt, herunder

---

<sup>300</sup> *Op.cit.*

<sup>301</sup> Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 36.

kravet til hevdstid og kontinuitets-, intensitets- og eksklusivitetsvilkårene.<sup>302</sup> I denne sammenheng henviser den i alle rapportene til Høyesteretts uttalelse i Svartskogdommen om at

“i stikkords form preges bruken av kontinuitet, at den har vært altomfattende og intensiv, og av fleksibilitet. Kravet både til brukens omfang og varighet for erverv av eiendomsrett er etter dette oppfylt.”<sup>303</sup>

De to første vilkårene for rettserverv eller anerkjennelse er dermed oppfylt, og kommisjonen står da igjen med vurderingen av lokalbefolkningens gode tro.

Statens disposisjoner er hovedårsaken til lokalbefolkningen ikke blir tilkjent eiendoms- eller eksklusive bruksrettigheter i noen av feltene. Selv om det ikke kommer eksplisitt frem av kommisjonens vurdering hvilket vilkår i alders tids bruk-reglene statens disposisjoner faller inn under, må man anta at de inngår i godtrovurderingen. Begrunnelsen for at lokalbefolkningen ikke får erkjent eiendoms- eller eksklusive bruksrettigheter, kan summeres opp på følgende måte:

1. Statens disposisjoner i utredningsfeltene har fremstått som mer markante enn i Svartskogdommen.
2. Lokalbefolkningen har ikke utøvd en tilsvarende aktiv styring over utmarksressursene som lokalbefolkningen i Svartskogen.
3. Lokalbefolkningen oppfatter ikke seg selv som eiere.

I det følgende vil jeg undersøke disse punktene nærmere med henblikk på å besvare hvorfor kommisjonen kommer til et annet resultat enn Høyesterett i Svartskogsaken til tross for at bestemmelsen i finnml. § 5 første ledd formoder det motsatte. Før denne drøftelsen er det nødvendig med en kort redegjørelse for den metodiske tilnærmingen jeg har valgt.

---

302 Rapport 1 s. 64, rapport 2 s. 65, rapport 3 s. 51.

303 *Op. cit.*

### **6.3.2 Noen metodiske betraktninger om bruk som bevismiddel vs. uttrykk for sedvanerettsoppfatning**

Som nevnt under pkt. 5.2.4 kan bruk i alders tid anses som et bevis for at rettigheten en gang i tiden har oppstått på en rettmessig måte. På den annen side kan slik bruk oppfattes som en selvstendig hjemmel for rettigheten, altså en rettsregel.

Lokalbefolkningens bruk i utredningsfeltene er av en slik art at den både kan være bevis for brukens rettmessighet, og samtidig gi uttrykk for en sedvanerettsregel. Spørsmålet blir hvorvidt de krav Høyesterett har stilt opp i Selbu- og Svarskogsaken om tilpasning til rettighetenes art og samisk bruk og kultur, er et krav om tilpasset bevisvurdering eller rettsanvendelse av alders tids bruk-reglene. I de nevnte sakene uttalte Høyesterett at den stod overfor særlige metodeutfordringer knyttet til den samiske rettskulturen, hvor vurderingene av så vel bevis som rettsregler måtte tilpasses den samiske kulturen. Retten uttalte bl.a. at man må være forsiktig med å stille for strenge krav til skriftlig bevis, fordi samene ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur ikke hadde noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk.<sup>304</sup> Den påpekte også at ettersom samene var nomader og stort sett brukte organiske materialer som hadde gått i forråtnelse, og reindriftas ekstensive karakter, var det vanskelig å finne fysiske spor etter den påståtte bruken. Samtidig ble kravene i alders tids bruk-reglene tilpasset den samiske kulturen med samme begrunnelse, herunder den samiske kulturens egenart.

I rettskartleggingen, hvor vi har å gjøre med tilsvarende alders tidsbruks-regler, blir det et spørsmål om hvorvidt det er naturlig å skille mellom kommisjonens bevisvurderinger i tilknytning til lokalbefolkningens bruk, og til kommisjonens tilpassinger av alders tids bruk-reglene i forhold til denne bruken.

Finnmarkskommisjonen skiller ikke metodisk mellom bevisvurderingene og rettsanvendelsen i sine rapporter. I vurderingen av lokalbefolkningens bruksrettigheter deler den drøftelsen etter de forskjellige bruksformer, blant annet utmarksbeite, trevirke og fiske i ferskvann. Den vurderer deretter om den konkrete bruken oppfyller kravene til alders tids bruk.

---

304 Rt. 2001 s. 769 på s. 792

Øyvind Ravna har drøftet Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse hva gjelder lokalbefolkningens rettigheter.<sup>305</sup> Han har valgt å skille mellom rettsanvendelsen og bevisvurderingene, der han drøfter kommisjonens vurderinger av statens disposisjoner under begge punktene. Han unngår dobbeltbehandling ved at han under punktet for bevisvurderinger vurderer hvordan kommisjonen har anvendt bevisene i forhold til Svartskogdommen, mens han under rettsanvendelsespunktet drøfter hvilken rettslig betydning kommisjonen tillegger disposisjonene.

Det kan spørres hvorvidt det er hensiktsmessig å trekke en slik linje for bruk som både er bevis og kan gi uttrykk for en sedvanerett. På mange måter vil man få et kunstig skille ettersom den samme bruken inngår i begge vurderingene. Jeg velger å følge kommisjonens linjer ved å ikke skille mellom bevisvurderinger og rettsanvendelse for bruk som kan gi uttrykk for begge deler. En slik metodetilnærming vil etter mitt skjønn være mest oversiktlig. Jeg har dermed valgt å dele drøftelsen min i fire deler, hvor jeg i første del undersøker kommisjonens vurderinger av statens disposisjoner i utredningsfeltene. I andre del ser jeg på kommisjonens vurderinger av lokalbefolkningens styring over utmarksressursene. I tredje del ser jeg på vurderingene av lokalbefolkningens rettsoppfatninger. I fjerde del undersøker jeg hvordan den metodiske korreksjonen gjort av Høyesterett i Selbu- og Svartskogdommen er anvendt i vurderingen av lokalbefolkningenes rettigheter. I mitt avslutningskapittel (kapittel 7) forsøker jeg å svare på om finnmarksloven § 5 første ledd kan anses oppfylt i rettskartleggingen.

### **6.3.3 Vurderingene av statens disposisjoner i utredningsfeltene**

Som vist overfor har kommisjonen funnet at de objektive vilkårene for alders tids bruk er oppfylt og således kunne tilsi at presumsjon i finnml. § 5 ble oppfylt. At det likevel ikke skjer, grunnes i statens disposisjoner samt lokalbefolkningens fravær av egen styring. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i dette i den videre drøftelsen.

---

305 Øyvind Ravna, "Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter" i *Lov og Rett* 52, nr. 8, 2013 s. 555-574.

Ettersom kommisjonen har vurdert statens disposisjoner i Svartskogen opp mot disposisjonene i utredningsfeltene, vil Svartskogdommen fungere som et sammenligningsgrunnlag for min analyse.

I Svartskogsaken var rettighetsobjektet et utmarksområde på 116 km<sup>2</sup> som staten kjøpte på 1800-tallet og sikret ervervet ved tinglysing 24. oktober 1885.<sup>306</sup> Statens eierskap kom bl.a. til uttrykk ved at den nektet utmål av jord og videre gjennom forpaktningssavtaler med lokalbefolkningen. I perioden 1921 til 1944 forpaktet staten bort 20 utmarksslåtter. Det ble dessuten igangsatt straffeforfølgelse av de som ikke inngikk avtaler og brukte området uten tillatelse. Eierskapet til området ble også uttrykkelig bekjentgjort ved plakatopphenginger som ga uttrykk for at staten var eier av Svartskogen. Lokalbefolkningen betraktet heller ikke seg selv som eiere av tvisteområdet, i alle fall om vi skal vektlegge deres egne utsagn om dette referert i Svartskogdommen. De ble likevel tilkjent eiendomsrett av Høyesterett.

På *Stjernøya/Seiland* som til sammen utgjør et område på 807 km<sup>2</sup> har staten fra slutten av 1700-tallet utmålt private eiendommer og utvist utmarksslåtter til lokalbefolkningen. I 1690 ga staten regler om utnyttelse av skogen på øyene, mens hogsten var underlagt en utvisningsordning i en resolusjon fra 1775.<sup>307</sup> Ifølge den sakkyndige utredningen gikk det imidlertid lang tid før dette ble etterlevd av lokalbefolkningen.<sup>308</sup> Staten har på sin side svart med å ansette oppsynsmenn og straffeforfulgt forseelser mot de til enhver tid gjeldende skogvernreglene.<sup>309</sup>

*Nesseby* utgjør et område på hele 1436 km<sup>2</sup>. Materialet kommisjonen har frembrakt, viser at de fastboendes bruk av utmarka i Nesseby var godt etablert da staten i første halvdel av 1800-tallet begynte å disponere rettslig over grunnen i området ved å utmåle grunn til private eiendommer.<sup>310</sup> Staten har også ellers disponert over grunnen ved å utmåle og bortforpakte noe over 200 utmarksslåtter i perioden 1867 til 1920. Den har også på andre måter

---

306 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1232-1233.

307 Rapport 1 s. 63.

308 *Op. cit.*

309 *Op. cit.*

310 Rapport 2 s. 60-61.

foretatt disposisjoner som etter sin art må anses som grunneierdisposisjoner, og blant annet ved å bortforpakte hytte- og gammetomter og lakseførende vassdrag.<sup>311</sup> Ellers har staten, om enn i mindre grad enn i Svartskogen, straffeforfulgt forseelser mot de til enhver tid gjeldende skogvernreglene. Det vises til et eksempel fra februar 1854 der 16 personer ble bøtelagt for å ha overtrådt regler som forbød hogst av trær under en viss størrelse og å legge igjen kvister i skogen.<sup>312</sup>

Sørøya utgjør et område på 811 km<sup>2</sup>. Øya var fra gammelt av et privatrettslig gods som i middelalderen og tidlig nytid tillå ulike adelsslekter. Adelsslektene overdro etter hvert sine eierrettigheter til Kongen og da jordutvisningsresolusjonen ble vedtatt i 1775 var Sørøya i Kongens eie.<sup>313</sup> Etter dette har staten foretatt en rekke grunneierdisposisjoner i form av utmål av jord på forskjellige deler av øya. Det har blitt utmålt 108 utmarksslåtter mellom 1886 og 1952, og 40 utmål er fornyet.<sup>314</sup> I tillegg har staten disponert over lakseplasser og jaktrettigheter på øya. Lokalbefolkningen har utnyttet så godt som alle naturressurser på øya.

Kommisjonen vurderer statens disposisjoner i utredningsfeltene som mer omfattende enn i Svartskogen.

Slik fremstillingen over viser, fremstår statens disposisjoner i feltene som mer omfattende enn i Svartskogen ettersom det f.eks. i Nesseby er blitt bortforpaktet rundt 200 utmarksslåtter mens det i Svartskogen ble bortforpaktet rundt 20. Man må imidlertid ta hensyn til at utredningsfeltene er betydelig større i areal enn Svartskogen som utgjør 116 km<sup>2</sup>. Stjernøya/Seiland utgjør 807 km<sup>2</sup>, Nesseby utgjør 1436 km<sup>2</sup>, mens Sørøya utgjør 811 km<sup>2</sup>. Ved ikke å ta hensyn til arealstørrelsen er det klart at disposisjonene fremstår som mer omfattende i feltene enn i Svartskogen.<sup>315</sup>

---

311 *Op. cit.* s. 66

312 *Op. cit.* s. 62-63

313 Rapport 3 s. 51-52.

314 *Op. cit.* s.52

315 Slik også Ravna i "Finnmarkskommisjonen bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter" i *Lov og Rett* nr 8, 2013 s. 555-574 på s. 567.

Videre består også utredningsfeltene av en rekke bygder og dermed formodentlig også bygdelag eller bygdebruksområder. Dette var ikke tilfellet i Svartskogdommen. Det må formodes at slik avgrenset lokal bruk fordrer særskilt undersøkelse og utredning av disse.

Det fremstår dermed som en svakhet at kommisjonen vurderer statens disposisjoner i feltene under ett i stedet for å dele opp feltene i forhold til forskjellige bruksområder og deretter vurdere statens disposisjoner i disse feltene. Etter mitt skjønn fremgår det i svært liten grad av kommisjonsrapportene om statens disposisjoner har vært like omfattende i alle deler av feltene fram til 1. juli 2006, eller om staten har disponert mer intensivt i spesifikke områder i feltene, og om det her har skjedd en sammenhengende disponering. Likeledes om lokalbefolkningens bruksomfang har variert innenfor feltene. I forhold til utmarksslåttene blir det f.eks. et spørsmål om staten har disponert like mye i andre deler av feltet enn der slåttene ligger. Ravna skriver at en slik vurdering

“peker mot en grovmasket vurdering uten konkret analyse av de enkelte bruksområdene. For å utelukke anerkjennelse av eksklusive rettigheter innen feltene må det etter mitt skjønn kreves at bevisene for statens disposisjoner (og de lokales passivitet) vurderes konkret for de enkelte bruksområdene.”<sup>316</sup>

Mattias Åhrén trekker de samme linjer i forhold til kommisjonens vurdering av reindriftsrettigheter på Stjernøya og Seiland. Han skriver:

“Inte bara *rättssubjekts*-, utan även *rättsobjektsfrågan*, är problematisk. FMK definierar rättsobjektet som hela Stjernöya och Seiland. Kommissionens slutsats blir därmed, som anförts, att rättsobjektet varit föremål för bruk av mer än ett rättssubjekt, varför ingen äganderätt uppkommit. Det måste dock rimligens finnas mindre avgränsade områden på öarna så som boplatser, samlingshagar etc. som varit föremål för exklusivt bruk av endast en samisk grupp. FMK:s definition av rättsobjektet medför dock att kommission inte prövar äganderätter till sådana mindre områden.” (Åhréns kursiveringer).<sup>317</sup>

---

316 Jf. *Op. cit* s. 568.

317 Åhrén, “Några folkrättsliga aspekter på Finnmarksloven läst i ljuset av Finnmarkskommisionens första rapport” i *Retfærd* 36, nr. 4/143, 2013 s. 20 på s. 13.

Selv om hans artikkel ikke omhandler lokalbefolkningens rettigheter på øyene konkret, peker han på problematikken med å vurdere hele feltet under ett.

Jeg støtter meg til Ravna og Åhréns argumentasjoner. Utredningsfeltene, spesielt Nesseby med sine 1436 km<sup>2</sup>, er såpass store (og betydelig større enn Svartskogen) at de krever en avgrensning av områder innen feltet dersom undersøkelsen skal bli meningsfull. At dette ikke er blitt gjort kan ha hatt stor betydning for resultatet av utredningen, herunder at lokalbefolkningen ikke fikk tilkjent rettigheter de ved en annen metodisk tilnærming ville ha fått. Det kan etter dette også stilles spørsmål ved om kravet til tilbørlig grundighet i ILO-169 art. 14 er oppfylt ved en slik tilnærming.

Slik fremstillingen min viser, er trolig statens disposisjoner i utredningsfeltene mindre omfattende enn i Svartskogen. Det kan dermed stilles spørsmål ved om disse burde blitt tillagt den vekten de er gitt i rapportene.

#### **6.3.4 Vurderingene av lokalbefolkningens styring over utmarksressursene**

Den andre årsaken til at lokalbefolkningene ikke har blitt tilkjent eier- eller eksklusive bruksrettigheter er at de angivelig ikke har utøvd en tilsvarende aktiv styring over utmarksressursene som manndalingene i Svartskogen. Det uttales i alle rapportene:

“Det er ikke noe i det materialet som er fremskaffet for kommisjonen, som tyder på at befolkningen i hele eller deler av feltet har utøvd en form for styring med den lokale ressursutnyttelsen som kan sammenliknes med [Svartskogsaken].”<sup>318</sup>

Selv om man vurderer feltene opp mot denne dommen, er det viktig å ta hensyn til forskjellene fra Svartskogsaken.

En viktig årsak til at Høyesterett kunne legge til grunn at manndalingene hadde utøvd en aktiv styring over utmarksressursene, var nettopp grunnet i statens omfattende forsøk på reguleringer og straffeforfølgelse av manndalingene

---

318 Rapport 1 s. 67, rapport 2 s. 68, rapport 3 s. 54.

(og rettslige og utenomrettslige konflikter som følge av dette) som hadde medført et betydelig omfang av *skriftlige kilder* om lokalbefolkningens bruk og deres rettsoppfatninger helt tilbake til 1920-tallet. Retten har f.eks. tilgang til vitneavhør helt tilbake fra 1921 av en på daværende tidspunkt 72 år gammel mann. Denne bekrefter lokalbefolkningens rettsoppfatning om at Svartskogen var “gemensam egendom.”<sup>319</sup>

Kommisjonen har ikke slik det fremkommer av rapportene slike skriftlige kilder om lokalbefolkningens rettsoppfatning i utredningsfeltene tilgjengelig. Dette har trolig sin grunn i at staten ikke har drevet en tilsvarende omfattende regulering, involvert seg i konflikter og straffeforfulgt de lokale, slik som i Svartskogen.

Fravær av skriftlige kilder angående lokalbefolkningens bruk burde ikke gå i lokalbefolkningens disfavør. Dette kommer ordrett frem av Høyesteretts uttalelser i Selbu- og Svartskogdommen. Selv om det ikke foreligger skriftlige kilder angående bruken, betyr ikke dette nødvendigvis at lokalbefolkningen ikke har utøvd en aktiv styring over sine utmarksressurser.

For det første må det spørres hvilke type “aktiv styring” man forventer av lokalbefolkningen. Styring vil jo vanligvis først komme til uttrykk når det er knapphet på ressurser. I sin tid som sorenskriver i Tana på 1920-tallet satte Erik Solem seg grundig inn i de sedvanerettsregler som ble praktisert blant samene på den tiden. I sin undersøkelse av reinbeiteplasser og flytteveier, skriver han:

“Som forholdene har vært i Finnmark, har det (...) vært stor plass for renlappenes enerådighet på dette område. Det viser sig da også at det har dannet sig visse regler om hvordan beitene bør utnyttes, og de enkelte renlapper bør forholde sig ved utøvelsen av reindriften. Disse regler er neppe så faste og bestemte at de i tilfelle vil kunne opprettholdes ved domstolenes hjelp. Men dette spørsmål mener jeg i denne forbindelse har mindre betydning, da lappene selv oftest respekterer reglene og aldri går til domstolene for å søke å få dem opprettholdt.”<sup>320</sup>

---

319 Rt. 2001 s. 1229 på s. 1242.

320 Erik Solem, *Lappiske rettsstudier*, Oslo 1933 s. 189.

Solems undersøkelser viser at det eksisterte en form for styring av beiteområdene. De viser også at det ikke var vanlig blant samene å løse tvister ved de alminnelige domstolene. Dette kan anses å være et utslag av den samiske rettskulturens egenart, og dermed en årsak til mangelen på skriftlige kilder. Det må formodes at en tilsvarende styring av naturressurser er utøvd av de fastboende også, slik som snarefangst, garnfiske og jakt.<sup>321</sup>

Elina Helander har i en undersøkelse fra 1990-tallet vist at et slikt styrings- og reguleringsystem ennå er intakt i Tana. Hun skriver:

“Jag har fått fram uppgifter som visar på ett gammalt och ännu i bruk varande system av regler för nyttjande av land och vatten utifrån samiskt samhälle och tänkande.”<sup>322</sup>

Det synes ikke som at kommisjonen, tross et selvstendig opplysningsansvar, i nødvendig grad har undersøkt dette. Etter mitt skjønn kan manglende dokumentasjon på hvorvidt lokalbefolkningen faktisk har utøvd en styring over utmarksressursene medføre at det legges til grunn at dette ikke har funnet sted. Det finnes dermed ikke grunnlag for å konkludere med at befolkningen i utredningsfeltene ikke har utøvd en tilsvarende aktiv styring over utmarksressursene som befolkningen i Svartskogen.

### **6.3.5 Vurderingene av lokalbefolkningens rettsoppfatning**

Som en følge av statens disposisjoner anser ikke lokalbefolkningen seg selv som eiere, ifølge kommisjonen.<sup>323</sup>

Det kommer imidlertid ikke klart frem hvorvidt det har vært undersøkt hva som faktisk har vært lokalbefolkningens oppfatning av statens disposisjoner.

Ravna spør om lokalbefolkningen kan ha oppfattet forpaktningene som bekreftelse av en rett, altså en sikring mot andres bruk av deres tradisjonelle

---

321 *Op. cit.* s. 87-88.

322 Elina Helander, Samiska rättsuppfattningar i Tana og Rätt i Deanodat, i NOU 2001: 35 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger – bakgrunnsmateriale for samerettsutvalget* s. 423-496 på s. 458.

323 Rapport 1 s. 66-67, rapport 2 s. 68 og rapport 3 s. 54.

slåtter, framfor at forpaktningene ble betraktet som et leieforhold og dermed en tillatelse.<sup>324</sup> Dette er et svært relevant spørsmål. Det er lite sannsynlig at lokalbefolkningen søkte om forpaktninger med hensikt å inngå et leieforhold for noe de trolig kunne høste uten at staten ville ha reagert på. Det er derimot mer sannsynlig at de, der det var konflikter eller press på bruken, i noen grad søkte for å få et dokument som ga dem en rettslig beskyttelse for bruken og et grunnlag for å holde andre borte fra slåtteeområdene – utover det lokal sedvanerett ga. Om det motsatte skal legges til grunn, bør det gjøres ytterligere undersøkelser som fremskaffer dokumentasjon. Om det ikke kan fremskaffes, kan ikke antatt fravær av styring legges til grunn som et argument for at lokalbefolkningen ikke har eksklusive rettigheter til sine ressursområder.

Sverre Tønnesen drøftet i sin tid denne problematikken og foreslo å snu bevisbyrden slik at det ikke er lokalbefolkningens rettsoppfatning som må undersøkes, men om statens disposisjoner har vært *i strid* med lokalbefolkningens interesser. Dersom statens disposisjoner skal anses å være rettsskapende må man dermed vurdere om “statens bruk som eier har vært av en så massiv karakter at bygdelagenes særrettigheter var mothevdet eller frihevdet,”<sup>325</sup> og om det utfra dette grunnlag har vært grunn til å bli oppmerksom på disposisjonene som myndighets- eller eierutøvelse.<sup>326</sup> Slik min fremstilling over viser har en slik “mothevding” fra statens side i mye større grad skjedd i Svartskogen enn i utredningsfeltene. I Svartskogsaken motsatte staten seg både jordutmåling og hindret aktivt hogst til husbruk. Det siste kommer klart frem av lappefogdens brev til ordføreren i Kåfjord datert i krigsåret 1943, hvor han skriver:

“Det som først og fremst må gjøres er å få stanset den rent meningsløse hogst av ungskog som foregår her. I den anledning må jeg anmode Dem om så snart som mulig å foreholde angjeldende oppsittere at enhver hoggst som heretter blir foretatt i angjeldende skog, uten etter på forhånd å ha inhentet spesielt

---

324 Jf. Ravna, “Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter” i *Lov og Rett* 52 nr. 8, 2013 s. 555-574 på s. 569.

325 Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark* (1972/1979) s. 183. Uthevet av Tønnesen.

326 Ravna viser også til Tønnesens uttalelser angående dette i “Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter” i *Lov og Rett* 52 nr. 8, 2013 s. 555-574 på s. 570-571.

tillatelse hos den som blir bemyndiget til å ha tilsyn med skogen, vil bli påtalt og vedkommende vil uten tvil pådrage seg bøter eller straff.”<sup>327</sup>

Av rapportene fremgår det ikke at en slik tilsvarende aktiv regulering fra statens side har foregått i feltene. I Nessebyrapporten blir det riktignok vist til et eksempel der 16 personer ble bøtelagt for ikke å overholde hogstreguleringene, men det fremgår ikke om reguleringene er av en slik karakter at rettighetene til lokalbefolkningen er mot- eller frihevdet av staten. Dessuten omfatter dette en forholdsvis spesiell sak helt tilbake til 1854 hvor det ikke ble reagert på hogsten i seg selv, men måten den ble utført på.

Hvis man følger linjene fra Svartskogdommen er det uansett mye som skal til for at statens bruk har mot- eller frihevdet bygdas etablerte bruksrettigheter. Ettersom statens relativt aktive forsøk på reguleringer og utmålinger i Svartskogsaken ikke ble ansett å være nok til at dens tinglyste eiendomsrett sto seg mot lokalbefolkningens bruk, må det bety at statens disposisjoner i utredningsfeltene reelt sett må ha vært *mer* omfattende enn disposisjonene i Svartskogsaken for at statens rettsetterfølger FeFo skal få stadfestet eiendomsrett til grunnen i feltene. Etter det jeg kan se, er det ikke ført bevis for det.

Videre er det etter min mening helt avgjørende at man tar hensyn til de forskjellige feltenes rettshistorie, som alle i større eller mindre grad har vært preget av læren om statens grunn og fornorskning.

I spørsmålet om statens eierpretensjoner har fått gjennomslag hos lokalbefolkningen, fremstår det som et paradoks at man først erkjenner den negative betydningen “læren om statens grunn” har hatt for lokalbefolkningens mulighet til å få rettigheter anerkjent og bekreftet og dermed hvilke følger dette har fått for rettsforholdene i feltene,<sup>328</sup> for så nærmest å bruke ”læren” som årsak til at lokalbefolkningen ikke klarer å oppfylle vilkåret om god tro, og at det dermed står i veien for lokalbefolkningens muligheter til å få

---

327 Rt. 2001 s. 1229 s. 1233.

328 Rapport 1, 2 og 3 henholdsvis på s. 66, 67 og s. 53 der kommisjonen siterer Otto Jebens: “Etter århundrers påvirkning ovenfra må [det] antas at statens oppfatning om eiendomsrett til den usolgte jord i dag, har slått igjennom hos lokalbefolkningen i disse områder,” jf. Otto Jebens, *Om bruk og rettsoppfatning i Finnmark under en historisk synsvinkel* i NOU 1993: 34 s. 382 flg. på s. 392.

tilkjent rettigheter til sine tradisjonelle landområder. I lovforarbeidene er det tydelig gitt uttrykk for at læren om statens grunn skulle settes til side ved vedtakelsen av den nye finnmarksloven. I Ot.prp.nr. 53 (2002-2003) uttales det på s. 13 at

“all bruk over tid kan etter norsk rett være rettsskapende, uavhengig av utøvernes etniske eller kulturelle bakgrunn. (...) Statens rolle som myndighetsutøver og eier på samme tid har vært uklar. Det har ikke vært behov for å markere tydelig og konsekvent når staten har opptrådt som myndighetsutøver, og når den har opptrådt som grunneier.”

Videre uttales det at det er “etter gjeldende rett vanskelig å konkludere sikkert med at statens eiendomsrett kan opprettholdes fullt ut.” (s. 43). Dette burde tilsi en forsiktig bruk av statens disposisjoner i begrunnelsen.

Ved å konfrontere lokalbefolkningen i Finnmark med statens disposisjoner når det gjelder godtrovurderingen, blir det slik jeg påpekte under pkt. 5.3.3, vanskelig for rettsanvenderne å påvise godtro hos befolkningen fordi det blir tilnærmet umulig for lokalbefolkningen å oppfylle kravet. For utredningsfeltene kan det se ut som at det er nettopp dette som har skjedd. Det har fra forskjellige bygdelag (f.eks. Akkarfjord bygdelag på Sørøya) fremkommet krav om eier- og bruksrettigheter til deler av feltene, noe som burde indikere på at lokalbefolkningen har visse oppfatninger om eierskap til feltene. Disse synes imidlertid ikke å være vektlagt.

Det er også viktig å merke seg at heller ikke lokalbefolkningen i Svartskogen betraktet seg som eiere, men som bruksrettshavere.<sup>329</sup> Høyesterett uttalte imidlertid at lokalbefolkningens begrepsbruk ikke kunne være avgjørende, b.la. fordi den samiske befolkningen ikke hadde ”samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett.” Dette hensynet synes ikke å bli lagt tilstrekkelig vekt på under rettskartleggingsarbeidet.

Slik gjennomgangen viser, er det flere faktorer som etter min mening ikke i tilstrekkelig grad er blitt vektlagt i vurderingen av lokalbefolkningens rettsoppfatninger. Det er dermed etter mitt skjønn ikke grunnlag for å konkludere

---

329 Jf. Rt. 2001 s. 1229 på s. 1252.

med at lokalbefolkningen ikke oppfatter seg selv som rettighetshavere i samsvar med formodningen i finnml. § 5 første ledd.

### **6.3.6 Er alders tidsbruk-reglene kulturtilpasset i vurderingen**

I sine merknader til finnmarksloven § 5 viser justiskomiteens flertall til Selbu- og Svartskogdommene som viktige rettskilder i rettskartleggingen.<sup>330</sup>

Som vist i kapittel 5 tilpasset Høyesterett sine rettslige vurderinger til rettighetens art for å imøtekomme forskjellene mellom den samiske og den norske rettskulturen. En slik kulturtilpassing av rettsreglene er også i samsvar med ILO-169 art. 14 hvis formål er å gi urfolket en reell mulighet til å få anerkjent rettighetene til sine tradisjonelle landområder. Under dette punktet foretar jeg en undersøkelse av hvorvidt en slik kulturtilpassing av alders tids bruk-vilkårene er gjort i rettskartleggingen for på denne måten å oppfylle finnml. § 5 første ledd.

For alle tre feltene vurderes kollektive rettigheter til utmarksbeite for bufé, trevirke, torv, jakt, fangst og fiske, egg og dun, og bærplukking. Med unntak av de individuelle rettighetskrav, kommer kommisjonen til at det ikke i noen av feltene er ervervet kollektive bruksrettigheter for befolkningen i feltene som er mer omfattende enn de bruksrettigheter som er regulert i finnmarksloven §§ 22 og 23. Det legges likevel til grunn at bruksrettighetene har et ”selvstendig rettsgrunnlag” ved siden av loven.<sup>331</sup>

Rettigheter med et “selvstendig rettsgrunnlag” er ifølge kommisjonen rettigheter grunnet i alders tids bruk “på samme måte som allmenningsrettighetene i Sør Norge har det, og på samme måte som reindriftsretten har det der det har vært drevet reindrift fra gammelt av.”<sup>332</sup> Dette er altså rettighetene som lokalbefolkningen har blitt tilkjent som allerede er kodifisert i finnml. §§ 22 og 23, og omfattet av FeFos disponerings- og reguleringshemler.

---

330 Se Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 36.

331 Rapport 1 s. 145, rapport 2 s. 201-202 og rapport 3 s. 154.

332 Rapport 1 s. 104, rapport 2 s. 122, rapport 3 s. 93.

Dersom lokalbefolkningen skal få tilkjent rettigheter som ikke omfattes av FeFos disponeringshjemler, måtte de ved alders tids bruk eller full hevdstid ha utøvd en bruk som går ut over rammene som i dag er nedfelt i finnmarksloven. De ville dermed ha opparbeidet seg rettigheter med et “særlig rettsgrunnlag.”<sup>333</sup>

Det er ikke enkelt å få tak på hva kommisjonen mener med dette. Skillet mellom “selvstendig” og “særlig” fremstår for meg som kunstig idet begrepene vanligvis brukes om hverandre.

Ved at kommisjonen trekker linjer til allmennings- og reindriftsretten, kan det likevel være mulig å finne noe av forklaringen på dens resonnement her.

Reindriftsloven erkjenner at reindrift hviler på alders tids bruk som et selvstendig, parallelt rettsgrunnlag ved siden av loven.

Om dette uttaler Samerettsutvalget II:

“I de områdene hvor reindriftsretten har et selvstendig grunnlag ved siden av loven, vil retten både ha rettsbeskyttelse mot tiltak fra grunneierens side som vil medføre urimelige eller unødvendige skader eller ulemper for rettighetsutøvelsen, og være beskyttet mot inngrep i samsvar med alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper.”<sup>334</sup>

At reindriftsretten hviler på et selvstendig rettsgrunnlag betyr altså at rettsgrunnlaget setter skranker for myndigheters og grunneiers disponerings- og reguleringsadgang.

Kommisjonen trekker imidlertid også linjer til allmenningsretten. Allmenningsretten kjennetegnes ved at det til gårdsbruk i et bygdelag (eller annet avgrenset område med felles bruk av utmarka) ligger bruksrettigheter til et større eller mindre utmarksområde (allmenningen). De viktigste av disse er rett til trevirke, setring og beite. At rettighetene ligger til gårdsbruket, betyr at

---

333 Rapport 1, 2 og 3 på henholdsvis s. 104, 122 og 154.

334 NOU 2007: 13 s. 383.

det er den som til enhver tid er eier av bruket, som kan utnytte rettighetene, og at disse rettighetene ikke kan skilles fra gården eller pantsettes separat.<sup>335</sup>

Det sondres vanligvis mellom bygdeallmenninger der bygdelaget er grunneier og statsallmenninger der staten er eier av grunnen. Felles for begge typene er at allmenningsretten er tilknyttet gården og har sitt rettsgrunnlag i alders tids bruk, jf. bygdeallmenningsloven (for bygdeallmenninger) av 19. juni 1992 nr. 59 § 2-1 og fjellova (for statsallmenninger) av 6. juni 1975 nr. 31 § 2.

Allmenningsretten er med andre ord forankret i jordbrukets bruk fra gammel tid og har på denne måten et selvstendig rettsgrunnlag ved siden av loven. Ettersom forskjellige gårder deler ett utmarksområde, er det behov for styringsregler som klargjør hvem som kan utnytte et område, og forholdet mellom denne utnyttelsesretten.

I dag har man valgt å regulere og beskytte de bruksberettigedes rettigheter i allmenningen gjennom forvaltningsorganer. I statsallmenningene er det tre forvaltningsorganer: Statskog (ivaretar statens grunneierinteresser), fjellstyret (velges av kommunestyret og tar hånd om de bruksberettigedes interesser – ved at flertallet i styret er folk bosatt der allmenningen ligger) og allmenningsstyret (velges blant de bruksberettigede og forvalter de bruksberettigedes skoginteresser). Dette er regulert gjennom to lover, fjellova og statsallmenningsloven av 19. juni 1992 nr. 60. I bygdeallmenningen er det bare ett forvaltningsorgan som velges av og blant de bruks- og eiendomsberettigede. Forvaltningen reguleres gjennom bygdeallmenningsloven.

De bruksberettigedes rett til selv å disponere over allmenningsrettighetene, faktisk og rettslig, er altså en viktig del av allmenningsinstituttet, og har nær sammenheng med lovens erkjennelse av at allmenningsrettighetene har et selvstendig rettsgrunnlag. Det er altså ikke dagens allmenningslover som stifter de bruksberettigedes rettigheter. Dagens allmenningslover kodifiserer disse rettighetene og erkjenner at de har et selvstendig rettsgrunnlag ved siden av loven, som igjen hjemler styrings-, og disposisjonsretten.

---

335 Jf. Thor Falkanger, *Allmenningsrett*, Oslo 2009 s. 22.

I en statsallmenning tilkommer f.eks. grunndisponeringen staten, men denne disponeringsadgangen er gitt betydelige skranker av hensyn til de bruksberettigedes interesser, jf. f.eks. fjellova § 12 første ledd.

Allmenningsretten er altså en institutt med detaljerte regler for hvordan allmenningen skal fungere og som i betydelig grad lovfester de bruksberettigedes rettigheter, samtidig som den legger begrensninger på grunneiers myndighet.

Ettersom lokalbefolkningens bruksrettigheter på Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya hviler på et tilsvarende rettsgrunnlag, slik også fremholdt av kommisjonen, må det bety at rettighetene til lokalbefolkningen har et tilsvarende rettsvern og beskyttelse mot grunneier og myndigheter. En må derfor kunne anta at finnmarksloven § 5 annet ledd om at loven ikke griper inn i rettigheter ervervet ved hevd eller alders tids bruk kommer til anvendelse. Dette vil i så fall medføre en begrensning i FeFos disponerings- og reguleringsadgang over lokalbefolkningens rettigheter, jf. Ot.prp.nr. 53 (2002-2003) s. 122 om at “opparbeidede bruksrettigheter og eierrettigheter vil (...) falle utenfor det forvaltningssystem som det er lagt opp til i loven.”

Finnmarkskommisjonen uttaler imidlertid, slik nevnt, at lokalbefolkningens rettigheter med et selvstendig rettsgrunnlag er omfattet av FeFos disponeringshjemler:

“Selv om disse rettighetene i noen grad har et selvstendig rettsgrunnlag, er de kodifisert i finnmarksloven, og dermed også omfattet av FeFos disponeringshjemler.”<sup>336</sup>

Dette betyr at lokalbefolkningen, til tross for at de har rettigheter med et selvstendig rettsgrunnlag, ikke har det rettsvern som skissert ovenfor. Dermed gis begrepet “selvstendig rettsgrunnlag” et annet og mer begrenset innhold enn ellers i jussen.<sup>337</sup> For lokalbefolkningens vedkommende betyr dette at de i realiteten ikke har fått tilkjent bruksrettigheter etter finnmarksloven § 5 tredje ledd som går utover rammene av finnml. §§ 22 og 23.

---

<sup>336</sup> Se rapport 1 s. 104, rapport 2 s. 122 og rapport 3 s. 93.

<sup>337</sup> Slik også Ravna i “Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter” i *Lov og Rett* 52 nr. 8, 2013 s. 555-574 på s. 562.

Hva ligger så i rettigheter med et ”særlig rettsgrunnlag” som kommisjonen åpner for, men som ikke lokalbefolkningen i noen av feltene blir tilkjent?<sup>338</sup> Som nevnt fremstår skillet mellom ”særlig” og ”selvstendige” rettigheter kunstig.

Svaret kan igjen ligge i allmenningsretten, hvor det tidvis er blitt skilt mellom selvstendige og særlige rettigheter. Rettigheter med et ”særlig rettsgrunnlag” kan her oppstå ved uhjemlet bruk i en allmenning som kan lede til hevdserverv av mer omfattende rettigheter enn de rettighetspretendenten gjennom lov har adgang til i allmenningen.<sup>339</sup> Dette kan f.eks. være bruk av utslåtter til kultureng eller skogplanting.

For å få anerkjent rettigheter med et *særlig rettsgrunnlag* kreves det at det har vært utøvd en uhjemlet bruk som går klart utover retten grunnet i både lov og det selvstendige rettsgrunnlaget, som viser seg gjennom en målbar ”differansebruk” mellom hva rettighetspretendenten har rett til og hva den faktisk bruker i allmenningen.<sup>340</sup>

Med andre ord vil et slikt erverv kreve at man har en rimelig klar definisjon av rettmessig bruk, et ”mål” å vurdere differansebruken opp mot slik at man får en differanse. Dette er regler utviklet under allmenningsinstituttet der man har slike klare regler for bruk i allmenning.

Det kan være grunn til å anta at det er her man har hentet dette skillet mellom selvstendige og særlige rettigheter fra. En slik form for vurdering av bruksrettigheter kan imidlertid vanskelig anvendes analogt for Finnmark, ettersom det her for det første ikke har vært regler om statsallmenninger o.l., og hvor enhver bruk med påstått hjemmel i allmenningsrett, dermed ville blitt avvist av så vel Statskog som domstolene fram til finnmarksloven trådte i kraft 1. juli 2006. Videre krever denne typen erverv at det allerede eksisterer anerkjente bruksrettigheter for på denne måten å ha mulighet til å måle differansen til den utvidede bruken. I Finnmark har lokalbefolkningen

---

338 Se rapport 1 s. 104, rapport 2 s. 122 og rapport 3 s. 154.

339 Jf. Øyvind Ravna, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder. En undersøkelse med henblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*, Oslo, 2008 s. 455 og Borgar Høgetveit Berg, *Hevd* (2005) s. 298.

340 Ravna *op. cit.* s. 456-457.

som kjent ikke hatt slike klare regler for sine bruksrettigheter og heller ikke hatt mulighet til å få sine bruksrettigheter som myndighetene i dag innrømmer har eksistert,<sup>341</sup> anerkjent og registrert.

Uavhengig av analogiproblematikken, er det betenkelig å anvende disse reglene for forholdene i Finnmark ettersom det har vist seg som svært vanskelig i sørnorske allmenninger å bevise en differansebruk og deretter få medhold i domstolene. Rt. 1917 s. 848, Rt. 1927 s. 805 og Rt. 1952 s. 769 er de tre eneste unntakene hvor erverv etter en slik differansebruk har funnet sted.

Det kan etter dette virke som at allmenningsrettens regler er anvendt for rettighetsforholdene i Finnmark. En slik anvendelse av reglene på området kan vanskelig argumenteres for å være en tilsvarende tilpassing til “rettighetsens art” som Høyesterett gjorde i Selbu- og Svartskogdommene. En slik tilnærming vil ikke gi lokalbefolkningen en reell mulighet til å anerkjennes eksklusive bruksrettigheter. Dette samsvarer ikke med finnml. § 5 første ledd, og dermed heller ikke med ILO-169 art. 14.

Det må også spørres om ILO-169 art. 15 er oppfylt. Som nevnt i kapittel 4 under pkt. 4.4.2 gir art. 15 urfolket krav på å få delta i bruk, styring og bevaring av de ressursene det tradisjonelt har utnyttet. Samerettsutvalget II tolket dette til at urfolket har krav på en aktiv deltakelse i beslutningsprosessene, ved sine representative organer eller gjennom de gruppene eller individene som saken mer direkte gjelder. Jeg kan ikke se at bruksrettighetene lokalbefolkningen har fått tilkjent, og herunder hva som ligger i disse rettighetene, kan anses å oppfylle denne styringsadgangen. Dersom art. 15 skulle anses oppfylt i lokalbefolkningens vedkommende, måtte lokalbefolkningen ha hatt en reell mulighet til å styre over utmarksressursene ved f.eks. oppnevning av lokale utmarksstyrer av og blant lokalbefolkningen selv som kan ta beslutninger om f.eks. småviltjakt, fiskeregler, hogst mv. innen rammene av generell lovgivning. Slik det er nå, styres lokalbefolkningens bruksrettigheter av Finnmarkseiendommen som forvalter hele Finnmark fylke, uten noen direkte forbindelse til de lokale rettshavere.

---

341 Se Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 43.

Den manglende kulturtilpassingen gjelder ikke bare når allmenningens rettens regler anvendes analogt for forholdene i Finnmark for bruksrettighets-spørsmålene. Ved å legge betydelig vekt på statens disposisjoner uten i tilstrekkelig grad å ta hensyn til feltenes rettshistorie, den samiske rettskulturens muntlighet og eventuelle språkproblemer, slik Høyesterett gjør i Selbu- og Svartskogdommene, vil det være vanskelig for lokalbefolkningen å oppfylle kravene i alders tids bruk. Dette var nettopp det kulturtilpassingen av “nasjonal rett” skulle forhindre gjennom at det aktivt ble tatt hensyn til samisk sedvanerett.

Det kan etter dette spørres om lokalbefolkningen i Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya har blitt gitt en reell mulighet til å få anerkjent rettighetene sine.

## **6.4 Høyesteretts dom om Stjernøya**

### **6.4.1 Innledning**

Den 28. september 2016 avsa Høyesterett enstemmig dom i den såkalte “Stjernøysaken” (HR-2016-2030-A). Saken er den første Høyesterett har behandlet med utgangspunkt i rettskartleggingsprosessen i Finnmark, og er dessuten den første saken Utmarksdomstolen for Finnmark har avsagt dom i.<sup>342</sup>

Høyesteretts dom om Stjernøya er på visse områder en viktig rettskilde i den pågående rettsavklaringen i Finnmark. Dette er første gang Høyesterett tar stilling til spørsmålet om hvilke eiendomsrettigheter samene som urfolk skal ha til grunnen i Finnmark. Ved denne dommen legger Høyesterett dermed premisser for den videre kartleggingen av bruks- og eierrettigheter i Finnmark – i alle fall der personer med bakgrunn i reindriften krever eiendomsrett ved kystområdene i Finnmark.

I dommen drøfter Høyesterett betydningen av at ILO-konvensjon nr. 169 (ILO-169) er inkorporert i finnmarksloven. Videre gjør retten en tolkning av finnmarksloven § 5 og ser i denne forbindelse på betydningen av statens tidligere eierskap og disposisjoner i Finnmark i forhold til Finnmarkseien-

---

342 Se UTMA-2014-162528-3 avsagt 20. august 2015.

dommens posisjon som nåværende grunneier. Retten løfter også frem betydningen av Selbu- og Svartskogdommene for rettsavklaringsprosessen.

Jeg vil i det følgende kort omtale dommen og drøfte Høyesteretts uttalelser i tilknytning til ovennevnte problemstillinger.

#### 6.4.2 Saksgang og sammendrag av dommen

Saken gjaldt spørsmål om de to reindriftsgrupperingene, reinbeitedistrikt 25 *Stierdná* og Sara-gruppen, hadde ervervet eiendomsrett til deler av grunnen på Stjernøya utenfor Altafjorden i Vest-Finnmark på grunnlag av sommerbeiting med rein. I tillegg reiste den spørsmål om Utmarksdomstolen for Finnmarks kompetanse til å avgjøre pengekrav avledet av den påståtte eiendomsretten.

Som nevnt under kapittel 6, pkt. 6.1.1 i denne boka, avga Finnmarkskommisjonen i mars 2012 rapporten om felt 1 som dekker Stjernøya i tillegg til naboøya Seiland, hvor kommisjonen konkluderte med at verken siidaandelshaverne i reinbeitedistrikt 25 eller Sara-gruppen hadde ervervet eiendomsrett til områdene gruppenes krav gjaldt.<sup>343</sup>

Partene tok i 2013 ut stevning for Utmarksdomstolen for Finnmark med påstand om eiendomsrett til kravsområdene, i tillegg til betaling av tonnøre og festeinntekter som Finnmarkseiendommen har oppebåret i forbindelse med mineralutvinning i tvisteområdet de tre siste årene før uttak av stevning.<sup>344</sup>

Utmarksdomstolen avsa 20. august 2015 dom og kjennelse i saken.<sup>345</sup> Verken reinbeitedistrikt 25 eller Sara-gruppen fikk medhold i noen av de nedlagte påstandene.

---

343 Se Finnmarkskommisjonen, *Rapport Felt 1 Stjernøya/Seiland*, 20 mars. 2012 (Rapport 1) s. 145.

344 Stjernøya har en betydelig forekomst av bergarten *nefelinsyenitt*. På øyas sørvestre del har denne vært utnyttet av private foretak siden begynnelsen av 1960-tallet. Grunneier, Finnmarkseiendommen, har oppebåret tonnøre fra driften og festeinntekter fra utvinningsområdet.

345 Se UTMA-2014-162528-3.

Partene anket utmarksdomstolens dom og kjennelse til Høyesterett hvor disse ble forent til felles behandling etter tvisteloven § 15-6.<sup>346</sup>

I Høyesterett krevde Stierdná reinbeitedistrikt eiendomsrett med grunnlag i at samene er det opprinnelige folk på øya med en opprinnelig ervervet eiendomsrett til tvisteområdet på linje med okkupasjon, alternativt at eiendomsretten er ervervet gjennom alders tids bruk med vekt på ILO-169 artikkel 14 nr. 1. I tillegg anførte distriktet at ettersom det ved vedtakelsen av finnmarksloven ble besluttet at det rådende synet på statens eierskap til grunnen i Finnmark ikke lenger kunne opprettholdes, må det sees bort fra statens tidligere eierpretensjon og beføyelser ved avgjørelsen av distriktets tingsrettslige krav på øya.

Sara-gruppen nedla påstand om erverv av eiendomsrett gjennom alders tids bruk med vekt på artikkel 14 i ILO-169.

Når det gjaldt pengekravet tilknyttet mineralutvinning, anførte begge parter at utmarksdomstolen ikke hadde grunnlag for å avvise kravet med henvisning til lovens ordlyd og effektivitetshensyn.

Høyesterett kom til at verken reineiernes bruk i Stierdná reinbeitedistrikt eller Sara-gruppens bruk hadde vært tilstrekkelig intensiv og dominerende til å kunne oppfylle alders tids bruk-vilkårene. Høyesterett viste til at det er fastboende på øya som også har benyttet øyas utmarksressurser i minst like lang tid som reindriftsutøverne på øya, og at staten dessuten har utøvd eierråderett over Stjernøya siden 1700-tallet. På denne bakgrunn var det ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå eiendomsrett på grunnlag av okkupasjon. Høyesterett kom dermed til samme konklusjon som Utmarksdomstolen for Finnmark,<sup>347</sup> og Finnmarkskommisjonen i dens første rapport.<sup>348</sup> Høyesterett forkastet også anken angående utmarksdomstolens kompetanse til å behandle pengekrav.<sup>349</sup>

---

346 Ankene over kjennelsen gjaldt rettsanvendelsen i tilknytning til utmarksdomstolens kompetanse til å behandle avledede pengekrav. Ankene over dommen gjaldt rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

347 Se UTMA-2014-162528-3 s. 36.

348 Se Finnmarkskommisjonen, Rapport 1, s. 50 og 55.

349 Se HR-2016-2030-A avsnitt 53.

### 6.4.3 Betydningen av statens tidligere eierskap og faktiske og rettslige disposisjoner i utredningsfeltene

Som nevnt var statens tidligere eierråderett på øya en av grunnene til at Stierdná reinbeitedistrikt ikke fikk medhold i kravet om opprinnelig eiendomsrett på grunnlag av okkupasjon. Reindriftsutøverne anførte at statens faktiske og rettslige rådighet over tvistearealene ikke skal tillegges vekt ved vurderingen av om alders tids bruk-vilkårene er oppfylt ettersom lovgiver gjennom vedtakelsen av finnmarksloven mente å sette en strek over statens tidligere erklærte eiendomsrett til grunnen i Finnmark.

Til denne anførselen foretar Høyesterett en ordlydsfortolkning av finnmarksloven § 29 om at rettsutredningene skal bygge på “gjeldende nasjonal rett” og finner at:

“statens tidligere rettslige og faktiske disposisjoner over grunnen i Finnmark på *vanlig måte* vil inngå som momenter ved vurderingen av krav om eiendomsrett på grunnlag av alders tids bruk.” (avsnitt 73, min utheving.)

Spørsmålet er hva Høyesterett mener med at statens tidligere disposisjoner skal vektlegges på “vanlig måte.”

Det er mange måter å oppfatte uttalelsen på. Én måte å tolke den på er slik Øyvind Ravna gjør i sin artikkel “Norway and its obligations under ILO 169 – Some Considerations after the recent Stjernøy Supreme Court Case” i tidsskriftet *Arctic Review on Law and Politics*.<sup>350</sup> På bakgrunn av uttalelsen trekker han analogi til alminnelige regler for hevd og ekstinksjon som innebærer at disposisjoner, så fremt disse er av *rettslig* art, og spesielt dersom disse er utført som en del av offentlig myndighetsutøvelse, har liten betydning når det gjelder å utviske etablerte bruks- og eierrettigheter. Han skriver:

“Discussing the significance of previous state ownership in Finnmark, the Supreme Court stated that the government’s former legal and factual activities as land owner and administrator of Finnmark should ‘*in a general way* be included as factors

---

350 Øyvind Ravna, “Norway and its obligations under ILO 169 – Some Considerations after the recent Stjernøy Supreme Court Case”, *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 7, No. 2, 2016 s. 201-204.

in the assessment of claims for property rights in the basis on immemorial usage.

This means that government decisions and actions are significant, but hardly to the degree that the Finnmark Commission has assumed in its previous reports. The analogy to general property law means that legal activities, especially if they are carried out as part of exercising public authority, are of little importance when it comes to establishing use and ownership rights for the state.”<sup>351</sup>

Dersom en følger Ravnas argumentasjon vil analogien til de alminnelige reglene for hevd og ekstinksjon innebære at statens *rettslige* disposisjoner i utredningsfeltene har liten betydning som momenter ved bruks- og eiendomsrettservervsvurderingene. I Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya har statens aktiviteter vært utelukkende av rettslig art.<sup>352</sup> Dette betyr, slik Ravna også bemerker, at statens disposisjoner trolig har fått større vekt enn det som er vanlig i “general property law” i Finnmarkskommisjonens rettslige vurderinger av bruks- og eiendomsrettserverv i de tre utredningsfeltene.

En kommer imidlertid ikke bort fra at etter Høyesteretts uttalelse i denne dommen *vil* statens disposisjoner, enten de er av rettslig eller faktisk art, ha betydning som momenter ved vurderingen av krav om eiendomsrett på grunnlag av alders tids bruk.

Uttalelsen er, etter mitt skjønn, problematisk i forhold til formålet bak og forutsetningen for finnmarksloven. Denne korte gjennomgangen av dommen innebærer at jeg ikke går nærmere inn på dette, utover å peke på at lovgiver tok klar avstand fra statens tiltatte eierposisjon og “læren om

---

351 *Op.cit* på s. 204.

352 Se Finnmarkskommisjonens rapporter, Rapport 1 s. 22, Rapport 2 s. 66 og Rapport 3 s. 51 flg.

statens grunn” under forarbeidene til finnmarksloven.<sup>353</sup> Slik vist ovenfor er finnmarksloven bygget på en forutsetning om at statens tilegnelse av eiendomsrett i Finnmark har vært urettmessig og at grunneierrettighetene på denne bakgrunn, gjennom finnmarksloven, overføres tilbake til de rettmessige eierne: finnmarksbefolkningen, gjennom Finnmarkseiendommen. Samtidig initierte loven en rettskartleggingsprosess med mål om å avklare eiendomsforholdene i Finnmark. Å gi statens tidligere rettslige og faktiske disposisjoner “vanlig” vekt i avveiningen av momenter i vurderingen av krav om eiendomsrett på grunnlag av alders tids bruk, slik Høyesterett legger til grunn i Stjernøydommen, er dermed ikke i tråd med forutsetningen og formålet bak finnmarksloven.

#### **6.4.4 Betydningen av inkorporeringen av ILO-konvensjon nr. 169 og Selbu- og Svartskogdommene**

Som nevnt tidligere under kapittel 4 i denne boka er ILO-169 inkorporert gjennom finnmarksloven § 3, som i første punktum fastslår at “loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater.”

---

353 Se f.eks. justiskomiteens notat til Sametinget datert 21. mars 2005 der justiskomiteen forsikrer Sametinget om at det fra lovgivers side er enighet om at Finnmarkseiendommen ikke skal være en videreføring av statens tidligere påståtte eierposisjon. Se blant annet dette sitatet fra notatets side nr. 16: “Når det gjelder eiendomsretten til grunnen, har det lenge vært bred politisk enighet om at staten ikke skal eie noe av det Statskog SF i dag har grunnbokshjemmel til. [...] Forslaget legger opp til at kommisjonen skal identifisere rettigheter på grunn som Finnmarkseiendommen har grunnbokshjemmel til. På den måten avdekker kommisjonen at dette er rettigheter som heller ikke tidligere har tilhørt staten.” Slik nevnt under kapittel 3 var forarbeidet under finnmarksloven spesiell. Under behandlingen av lovforslaget i Stortingets justiskomite ble det fra komiteens side gjort noen grep som er uvanlige i behandlingen av lovsaker. Blant annet ble det gjort en uavhengig folkerettslig utredning av det opprinnelige lovforslaget til regjeringen., Ot.prp.nr. 53 (2002-2003). I tillegg ble det holdt konsultasjonsmøter mellom justiskomiteen, Sametinget og Finnmark fylkesting om finnmarksloven hvor blant annet endringsforslag fra Sametinget og fylkestinget ble vurdert. Denne uvanlige lovbehandlingen gjør at forarbeidene til finnmarksloven ikke bare begrenser seg til regjeringens lovforslag. Den folkerettslige utredningen, forhandlingsdokumentene, herunder spesielt Sametingets arbeidsdokumenter, og justiskomiteens innstilling er vel så viktige forarbeider for å forstå finnmarksloven.

Forarbeidene omtaler bestemmelsen som en “begrenset inkorporering”.<sup>354</sup> Dette betyr det samme som “sektorinkorporering” som er begrepet jeg nytter under kapittel 4. En sektorinkorporering innebærer at en folkerettslig bestemmelse gjøres gjeldende på et bestemt område. På slike områder er det bestemt at norsk rett, ved motstrid, skal stå tilbake for folkeretten. Tilsvarende bestemmelser finnes blant annet i straffeprosessloven § 4. For ILO-169s vedkommende innebærer bestemmelsen i finnmarksloven § 3 at på denne lovens område er ILO-169 gjeldende norsk rett og vil dermed ha forrang ved motstrid med intern rett.<sup>355</sup>

I Stjernøydommen foretar Høyesterett en tolkning av finnmarksloven § 3 og formuleringen “med de begrensninger” i paragraftekstens første punktum med sikte på å finne betydningen av at ILO-169 er inkorporert gjennom finnmarksloven. Herunder henviser Høyesterett til justiskomiteens flertalls uttalelse i Innst.O.nr. 80 (2004-2005) s. 33 som sier følgende:

“Formuleringen “med de begrensninger” vil innebære at ILO-konvensjonen går foran finnmarksloven hvis det skulle vise seg at bestemmelser i loven står i motstrid til bestemmelser i ILO-konvensjonen. Hvis man derimot kommer til, på bakgrunn av ILO-konvensjonen, at loven mangler bestemmelser av et visst innhold, vil dette være en oppgave for lovgiver. Domstolen skal med andre ikke bruke ILO-konvensjonen til å bygge ut finnmarksloven. Det vil være enklere å forutse konsekvensene av en slik begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning.”

Ut fra dette legger Høyesterett til grunn at inkorporeringen av ILO-169 er “ment å begrense seg til finnmarkslovens egne bestemmelser.”<sup>356</sup> Altså sier retten at ILO-169 kun skal gjelde der finnmarkslovens egne regler skulle komme i motstrid til konvensjonen. Dette er en snever tolkning av konvensjonen. En slik tolkning gir ikke ILO-konvensjonen betydning som et selvstendig materielt rettsgrunnlag ved rettsutredningsprosessen, men begrenser den til å være en ventil mot eventuelle bestemmelser i finnmarksloven som bryter med urfolks rettigheter. Det er lite sannsynlig at loven inneholder slike bestemmelser tatt i betraktning det grundige

---

354 Innst.O.nr 80 (2004-2005) s. 33 sp. 2.

355 Jeg skriver mer om dette under pkt. 4.2.4 under kapittel 4 om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater.

356 HR-2016-2030-A avsnitt 76.

lovforarbeidet der Stortinget blant annet spurte om råd fra to folkeretts-eksperter eksperter for hvordan best ivareta og unngå at finnmarksloven brøt med nettopp urfolksrettigheter,<sup>357</sup> i tillegg til at justiskomiteen holdt fire konsultasjonsmøter med Sametinget under arbeidet med loven.

Det skal sies at Høyesteretts tolkning av konvensjonen nok er riktig i forhold til avsnittet fra justiskomiteens innstilling hvilket Høyesterett viser til, men i forhold til formålet bak inkorporeringen av ILO-169, kan en stille spørsmål ved om en slik tolkning er riktig.

Årsaken til at man vedtok å sektorinkorporere ILO-169 gjennom finnmarksloven var dels for å sikre at finnmarksloven klart var innenfor folkerettslige rammer, dels for å sikre at konvensjonen skulle gis den vekt som er nødvendig for å sikre samenes rettigheter etter konvensjonsteksten, og dels ble den inkorporert på bakgrunn av kritikk fra ILOs ekspertkomité av regjeringens opprinnelige forslag til finnmarkslov. ILOs ekspertkomité vurderte regjeringens lovforslag, Ot.prp.nr. 53 (2002-2003), under ILOs internasjonale arbeidskonferanse i 2004, og konkluderte med at forslaget ikke oppfylte kravene i ILO-169 artikkel 14.<sup>358</sup>

Høyesteretts tolkning av loven, og dermed også ILO-konvensjonen, er altså noe snever. Til tross for dette legger Høyesterett vekt på at ved anvendelsen av interne tingsrettslige regler om rettighetsserverv ved rettsutredningen vil ILO-konvensjonens artikkel 14 likevel "få betydning gjennom anvendelsen av det såkalte presumsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at norsk rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten." (avsnitt 77). Retten går deretter videre til å avklare hva prinsippet innebærer i rettsavklaringsprosessen.

357 I etterkant av regjeringens lovforslag, Ot.prp.nr.53 (2002-2003), som fikk kritikk fra Sametinget for å ikke oppfylle Norges internasjonale forpliktelser overfor samene som urfolk, engasjerte Stortinget Hans Petter Graver og Geir Ulfstein til å skrive en folkerettslig vurdering av lovforslaget med sikte på å finne om forslaget brøt med urfolksrettigheter. Utredningen heter "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov" og kan leses i sin helhet på regjeringens nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til/id278377/>. Sist besøkt 09.06.2017.

358 Se "Report III (Part 1A) of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations", *International Labour Conference 92<sup>nd</sup> Session*, 2004 s. 376 pkt 16 flg. Rapporten finnes på ILOs hjemmesider: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(2004\)1A.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(2004)1A.pdf). Sist besøkt 15. juni 2017.

sen ved vurdering av alders tids bruk-vilkårene, herunder særskilt kravet til eksklusivitet, og løfter frem betydningen av Selbu- og Svartskogdommene med henvisning til regjeringens forslag til finnmarkslov (Ot.prp. nr. 53 (2002-2003)) som siteres med følgende tekst:

“Det man kan utlede av disse dommene er at Høyesterett anvender velkjente tingsrettslige prinsipper, men på samiske premisser og i tråd med folkeretten. Det synes som Høyesterett [i Svartskogsaken] anvendte den rettsnormen en fortolkning av de folkerettslige tekstene gir i den konkrete tingsrettslige analysen. Dette medførte at samisk bruk og det samiske syn på og holdning til eierposisjon ble lagt til grunn for avgjørelsen. I Selbudommen var dette særlig tydelig i vurderingen av nomadisk bruk og i Svartskogdommen kom dette til uttrykk i vurderingen av god tro og i forhold til tradisjonell samisk rettsoppfatning av eiendomsbegrepet.” (avsnitt 84).

Retten uttaler deretter at den er enig i denne oppsummeringen av dommene, og løfter videre frem ILO-konvensjonens artikkel 8 nr. 1 om at det ved anvendelse av nasjonale regler overfor urfolk, skal tas “tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett” (avsnitt 85 i dommen).

Høyesterett slår altså fast at samiske sedvaner og sedvaner skal tillegges betydelig vekt i rettsutredningen i tråd med ILO-169 artikkel 8, og at de interne tingsrettslige prinsippene for vurdering av alders tids bruk-vilkårene må tilpasses artikkel 14 i ILO-169 slik Høyesterett har gjort i Selbu- og Svartskogdommene.

#### **6.4.5 Avsluttende bemerkning**

Til tross for at retten ikke avviser statens tidligere faktiske og rettslige disposisjoner som momenter ved ervervsvurderingene i rettskartleggingen, og tolker sektorinkorporeringen av ILO-konvensjon nr. 169, jf. finnmarksloven § 3, så vidt snevert, legger den likevel, slik vist her, stor vekt på ILO-konvensjonen og legger seg på samme linje som Høyesterett i Selbu- og Svartskogdommene hva gjelder kulturtilpasning av de tingsrettslige reglene. Dermed er det noe tvilsomt om Høyesteretts avvisning av ILO-169 som et selvstendig rettsgrunnlag, og den manglende avvisningen av statens

disposisjoner som momenter ved vurderingene i rettsutredningen, får noe særlig stor praktisk betydning i rettskartleggingen.<sup>359</sup>

---

359 Slik også Ravna i “Norway and its obligations under ILO 169 – Some Considerations after the Recent Stjernøy Supreme Court Case” i *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 7, No. 2, 2016 s. 204.

## **7 Avslutning**

### **7.1 Anvendelsen av finnmarksloven § 5 første ledd i rettskartleggingen**

Problemstillingen var å drøfte betydningen av finnmarksloven § 5 første ledd, herunder hvilke føringer regelen legger på den pågående rettskartleggingsprosessen i Finnmark og dermed også i hvilken grad regelen har påvirket resultatet av rettskartleggingsarbeidet i Finnmark.

Finnmarksloven § 5 første ledd er uttalt å være en prinsipiell anerkjennelse av at samene har opparbeidede rettigheter til grunnen i Finnmark. I min analyse har jeg kommet til at bestemmelsen innehar en presumsjon for at samene har rettigheter til grunnen i Finnmark. I kraft av å være en presumsjonsregel stiller den et krav om bevisovervekt for å komme til et annet resultat enn lovens ordlyd om “at samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.”

Analysen viser at Finnmarkskommisjonen ikke har funnet grunnlag for å erkjenne at det eksisterer rettigheter for lokalbefolkningen i de tre første utredningsfeltene med et slikt innhold som finnmarksloven § 5 første ledd forutsetter. De objektive kravene til alders tids bruk-vurderingene tilsier at lokalbefolkningen har ervervet rett til området og at disse vilkårene er oppfylt. Slik vi har sett er det statens disposisjoner og lokalbefolkningens fravær av en aktiv styring over utmarksressursene som er årsaken til at befolkningen ikke blir tilkjent verken eierrettigheter eller eksklusive bruksrettigheter i noen av utredningsfeltene.

Det er etter min vurdering for det første ikke bevist at statens disposisjoner har vært mer omfattende i utredningsfeltene enn i Svartskogen. Dernest synes det ikke å ha blitt undersøkt i tilstrekkelig grad hvorvidt lokalbefolkningen har utøvd en aktiv styring over utmarksressursene, herunder hensyntaking til den samiske rettskulturens muntlighet som innebærer at en ikke nødvendigvis vil finne skriftlige kilder på hvorvidt lokalbefolkningen har utøvd en aktiv styring.

Det synes videre ikke dokumentert at statens aktiviteter har vært i strid med lokalbefolkningens interesser i slik grad at det kan betraktes som en mot- eller frihevdning.

Om kommisjonens vurderinger av statens disposisjoner og fravær av lokal styring rent faktisk er treffende, kan det spørres om den bør gis slike rettslige konsekvenser, finnmarksloven § 5 og ILO-169 art. 14 tatt i betraktning.

Det er også nyttet spesielle sider av allmenningsretten som er utviklet og beregnet for allmenningene i Sør-Norge hvor det er statsallmenninger, for å vise at lokalbefolkningen ikke kan disponere over sine rettigheter til tross for at de har et selvstendig rettsgrunnlag.

Resultatene av utredningsarbeidet kan tyde på at finnmarksloven § 5 første ledd har blitt tolket til å være en ren prinsipperklæring uten rettslig innhold. Dersom dette er tilfellet har samene i Finnmark i liten grad oppnådd rettslig beskyttelse gjennom finnmarksloven. Utfallet av utredningsarbeidet i kommisjonens tre første rapporter, kan vanskelig sies å være i samsvar med det Sametinget og de som i lovforarbeidet fremforhandlet loven på vegne av det samiske folk hadde sett for seg. Dette har også Sametinget gitt uttrykk for i sitt vedtak i sak 19/2014 om oppfølgingen av finnmarksloven.<sup>360</sup> Dermed har vi også et resultat av utredningene som i liten grad oppfyller Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene hva gjelder anerkjennelse av bruks- og eierrettigheter til tradisjonelle landområder.

## **7.2 Noen betraktninger de lege ferenda**

Det er nå 11 år siden finnmarksloven trådte i kraft. Flere forhold jeg har påpekt i teksten, viser at det ikke bare kan settes spørsmål ved rettsanvendelsen, men også om ikke finnmarksloven er moden for revisjon. Loven mangler klare regler på enkelte områder, og det er heller ikke enkelt å få tak på hva lovgiver har ment da forarbeidene er preget av de omfattende endringene som ble gjort på slutten av lovprosessen; uten at det ligger et solid lovforarbeid til grunn for dette. På denne måten legger loven opp til et

---

<sup>360</sup> Sametingets plenumsmøte den 2. – 6. juni 2014, sak 019/14 Oppfølging av finnmarksloven. Jeg skriver mer om dette under pkt. 1.2.

stort skjønn på viktige områder, slik som i rettskartleggingsprosessen. Dette burde imidlertid ikke trenge å gå i samenes og andre i Finnmarks disfavør ettersom man har presumsjonsbestemmelsen i finnmarksloven § 5 første ledd, klare lovgiversignaler, rettspraksis og internasjonale forpliktelser som er ment å sikre befolkningens rettigheter.

Uavhengig av kommisjonens resultater, burde man vurdere å innføre klarere regler på rettskartleggingens område, altså regler i finnmarksloven kap. 5 som legger klarere føringer på rettsanvendelsen.

I tillegg burde det vurderes å innta en ny forvaltningsordning i loven. Både norsk sammenlignbar lovgivning, slik som allmenningslovgivningen, og forpliktelsene i ILO-169 art. 15 tilsier at det innarbeides lokale styrings- og forvaltningsordninger i finnmarksloven. Det opprinnelige samerettsutvalget foreslo allerede i NOU 1997: 4 en såkalt “moderne siidaordning” som innebar opprettelse av bygdebruksområder basert på tradisjonell utmarksutnytting. Denne bygdebruksordningen åpnet for lokal forvaltning av klart definerte rettigheter for bygdefolk i et avgrenset område.<sup>361</sup>

En slik forvaltningsordning i loven ville sikret lokalbefolkningen reell styrings- og disponeringsadgang over sine rettigheter, som de har i medhold av § 5. En slik ordning ville også sannsynligvis vært i samsvar med ILO-169 art. 14 og 15.

---

361 NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur* s. 239-249.

# Kilder

## Litteratur

- Anaya, S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utgave, New York 2004.
- Anaya, S. James og Siegfried Wiessner, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment i *Jurist Legal News & Research*, Bernhard J. Hibbits (red.), University of Pittsburgh 2004.
- Beckman, Lars K. mfl., *Jordabalken. En kommentar till JB och anslutande författningar*, Stockholm 2007.
- Bengtsson, Bertil, *Samerätt. En översikt*, Stockholm 2004.
- Berg, Borgar Høgetveit, *Hevd*, Oslo 2005.
- Bjerkli, Bjørn, "Samisk befolkning, bruk av naturen og rettighetsforhold i Nord-Norge" i *NOU 2007: 14 Samisk naturbruk og rettssituasjonen fra Hedmark til Troms* s. 371-411.
- Borrows, John J., og Leonard I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues*, 3. utgave, Canada 2007.
- Brækhus, Sjur og Axel Hæren, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964.
- Bull, Kirsti Strøm, "Norsk rett og samiske rettigheter" i *Lov og Rett* nr. 6 (1998) s. 321-322.
- Bull, Kirsti Strøm, "Finnmarksloven – Finnmarkseiendommen og kartleggingen av rettigheter i Finnmark" i *Lov og Rett* 46 nr. 9 2007 s. 545-560.
- Bull, Kirsti Strøm og Winge, Nikolai K., *Fast eiendoms rettsforhold*, Oslo 2009.
- Celius, Stine, *Betydningen av ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 for kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn*, masteroppgave, Universitetet i Tromsø 2012.
- Christiansen, Simon, *Forholdet mellom finnmarksloven og ILO-konvensjon nr. 169, eksemplifisert gjennom lovens regler for jakt og fiske på Finnmarkseiendommens grunn*, masteroppgave, Universitetet i Tromsø 2008.
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.
- Eriksen, Gunnar, "Norsk tingsrett i Sápmi – en uting? Kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993:34" i *Retfærd* 18 nr. 2 1995 s. 66-86.
- Eriksen, Gunnar, "Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis" i *Kart og Plan* 62 nr. 4 2002 s. 230-247.

- Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Bergen 2008.
- Falkanger, Thor, *Allmenningsrett*, Oslo 2009.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013.
- Fleischer, Carl August, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11-2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov"*, 2004.
- Graver, Hans Petter og Geir Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov* (3. november 2003)
- Hansen, Lars Ivar og Bjørnar Olsen, *Samenes historie frem til 1750*, Oslo 2004.
- Helander, Elina, "Samiske rettsoppfatninger i Tana og Rätt i Deanodat" i NOU 2001: 34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger* s. 423-488.
- Hernes, Hans-Kristian og Nils Oskal (red.), *Finnmarksloven*, Oslo 2008.
- Ingebritsen, Trond Presthus, *I hvilken utstrekning kan innlandsfisket i Finnmark forbeholdes personer bosatt i Norge?* (Universitetet i Tromsø 2015)
- Jebens, Otto, "Om bruk og rettsoppfatning i Finnmark under en historisk synsvinkel" i NOU 1993: 34 *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark* s. 382-399.
- Jebens, Otto, *Om eiendomsretten til grunnen i Indre-Finnmark*, Oslo 1999.
- Jernsletten, Laila, *Herre i eget hus? En studie av virkningen av finnmarksloven i et lokalsamfunn*, masteroppgave, Universitetet i Tromsø 2011.
- Johansen, Stig Tore, *Rettighetsbegrepet etter finnmarksloven: en studie av rettighetssituasjonen i Finnmark*, Universitetet i Oslo 2010.
- Johnsen, Oscar Albert, *Finnmarkens politiske historie. Aktmæssig fremstilling*, Kristiania 1923.
- Josefsen, Eva, "Finnmarksloven – en normalisering av rettsforhold" i *Plan* 39 nr. 2 2007 s. 42-47.
- Lid, Olav, "Dei nye lovreglane om hevd" i *Lov og Rett* 1967 s. 289-307.
- McNeill, Kent, "The Meaning of Aboriginal Title," *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Michael Ash (red.), Vancouver 1997.
- Minde, Henry, "Fornorskinga av samene – hvorfor, hvordan og hvilke følger?" i *Gáldu čála* nr. 3, 2005.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004.
- Otis, Ghislain og Aurélie Laurent, "Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the Decolonization of Property" i *Arctic Review on Politics and Law* 4 nr. 2 2013 s. 156-180.

- Pedersen, Steinar, “Lappekodisillen i nord 1751-1859. Fra grenseavtale og sikring av samenes rettigheter til grensesperring og ulykke” i *Diedut* nr. 3 2008.
- Pedersen, Jannicke, *Finnmarksloven og Norges oppfyllelse av samenes rettigheter: en analyse av finnmarksloven § 5*, masteroppgave, Universitetet i Tromsø 2006.
- Ravna, Øyvind, “Hva må til for at finnmarksloven skal lede til at samene får anerkjent sine landrettigheter?” i *Retfærd* 31 nr. 2 2008 s. 26-57.
- Ravna, Øyvind, *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder. En undersøkelse med henblikk på bruk av jordskiftelovgivningens virkemidler*, Oslo 2008.
- Ravna, Øyvind, “Lappekodisillen av 1751 og dens rettslige betydning i dag” i *Lov og Rett* 49 nr. 7 2010 s. 392-406.
- Ravna, Øyvind, “Rettsvirkningen av rettskartleggings- og anerkjennelsesprosessen i Finnmark” i *Lov og Rett* 50, nr. 4 2011 s. 220-240.
- Ravna, Øyvind, “The Finnmark Act 2005 Clarification Process and Trial “Within a Reasonable Time” i *Nordic Journal of Human Rights* nr. 2-3 2011 s. 184-206.
- Ravna, Øyvind, “Er rettskartleggingen i Finnmark en hensiktsmessig ordning i nasjonal rett? Sett i lys av Finnmarkskommisjonens mandattolkning” i *Lov og Rett* 50 nr. 10 2012 s. 555-574.
- Ravna, Øyvind, “Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse – drøftet ut fra dens to første rapporter” i *Lov og Rett* 52 nr. 8 2013 s. 555-574.
- Ravna, Øyvind, *Finnmarksloven og retten til jorden i Finnmark*, Oslo 2013.
- Ravna, Øyvind, “Kongelige disposisjoner på 1600-tallet og betydningen for bygdefolks adgang til å eie og forvalte utmark i Nord-Norge” i *Ottar* 300 nr. 2 2014 s. 19-25.
- Ravna, Øyvind, “Norway and its Obligations under ILO-169 – Some Considerations after the recent Stjernøy Supreme Court Case” i *Arctic Review on Law and Politics* 7 nr. 2 2016 s. 201-204.
- Ravna, Øyvind, “Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter” i *Tidsskrift for eiendomsrett* 12 nr. 1 2016 s. 51-67.
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2006.
- Sågat* nr. 101 den 4. juni 2013 *Finnmarkskommisjonen under lupen: Rettskartlegging gir status quo.*
- Sågat* nr. 102 den 5. juni 2013 *Finnmarkskommisjonen under lupen: Manglende evne, vilje eller mulighet?*

- Sågat* nr. 104 den 7. juni 2013 *Finnmarkskommisjonen under lupen: Trolig folkerettsbrudd.*
- Skoghøy, Jens Edvin, "Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning" i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 107 nr. 5 1994 s. 837-881.
- Skoghøy, Jens Edvind, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001.
- Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009.
- Smith, Carsten, "Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?" i *Jussens Venner* 39 nr. 03-04 2004 s. 137-143.
- Solem, Erik, *Lappiske rettsstudier*, Oslo 1933.
- Solheim, Benny, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur*, masteroppgave, Universitetet i Tromsø 2004.
- Somby, Ánde, "Når Høyesterett gjentar no Pardon: Høyesteretts dom i Aursundsaken (Rt. 1997 s. 1608) i et rettsteoretisk og folkerettslig perspektiv" i *Retfærd* 22 nr. 2 1999 s. 19-30.
- Sunde, Jørn Øyrehagen, "Fiskerettar i saltvatn og lex non scriptum i norsk rett og rettshistorie" i *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 2 2006 s. 342-412.
- Swepton, Lee, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989 " i *Oklahoma City University Law Review* 15 nr. 3 1990 s. 677-714.
- Tomei, Manuela og Lee Swepston, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169*, International Labour Organization, Genève 1996.
- Tønnesen, Sverre, *Retten til jorden i Finnmark: Rettsreglene om den såkalte "Statens umatrikulerte grunn" - en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter*, Bergen 1972.
- Østtveit, Helga, *Rett og politikk. En studie av prosessen frem til vedtakelsen av Finnmarksloven*, masteroppgave, Universitetet i Bergen 2007.
- Åhren, Mattias, "FNs deklarasjon om urfolks rettigheter – Hvordan ble den vedtatt og hvorfor er den viktig?" i *Gáldu čála* nr. 4 2004 s. 81-126.
- Åhrén, Mattias, "International Human Rights Law Relevant to Natural Resource Extraction in Indigenous Territories – An Overview" i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* nr. 1 2014 s. 21-37.
- Åhrén, Mattias, "Några folkrättsliga aspekter på Finnmarksloven läst i ljus av Finnmarkskommisionens första rapport" i *Retfærd* 36 nr. 4 2013 s. 1-24.
- Åhrén, Mattias, *The Saami traditional dress and beauty pageants: Indigenous people's rights of ownership and self-determination over their cultures*, doktorgradsavhandling, Universitetet i Tromsø 2010.

Aamodt, Ingrid, *Forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 og finnmarksloven – En rettslig analyse av finnmarksloven § 3*, masteroppgave, Universitetet i Bergen 2006.

## **LOVER, LOVFORARBEIDER OG ANDRE OFFENTLIGE UTREDNINGER**

### ***Norske lover***

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

Lov 2. oktober 1751 om Første Codicill og Tillægg til Grendse-Tractaten imellem Kongerigerne Norge og Sverrig Lapperne betreffende (Lappekodisillen).

Kongelig Resolution Angaaend Jorddelingen i Finmarkens amt Bopladses Udvisning og skyldlægning sammesteds 27. mai 1775 (Jordutvisnings-resolusjonen) (delvis opphevet).

Lov 22. juni 1863 om avhendelse av Statens jord i Finnmarkens landdistrikt (opphevet).

Lov 22. mai 1902 nr. 7 om afhændelse af statens jord og grund i Finnmarkens amts landdistrikt (opphevet).

Lov 8. august 1908 nr. 6 om ordning av retsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. (opphevet).

Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova).

Lov 6. juni 1975 om utnyttning av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova).

Lov 9. juni 1978 nr. 49 om reindrift (opphevet).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 7. juni 1985 nr. 51 om utmarkskommisjonen for Nordland og Troms (opphevet).

Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven).

Lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger (bygdeallmenningsloven).

Lov 19. juni 1992 nr. 60 om skogsdrift m.v. i statsallmenningene (statsallmenningsloven).

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdsloven).  
Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)  
Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v. (diskrimineringsloven).  
Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).  
Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).  
Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven).

### ***Internasjonale konvensjoner og erklæringer***

Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted by General Assembly resolution 217 A (Verdenserklæringen om Menneskerettighetene) vedtatt av FNs tredje Generalforsamling, 10. desember 1948.  
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettskonvensjon, *EMK*), 4. november 1950.  
ILO Convention No. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, 26. juni 1957.  
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discriminations (FNs rasediskrimineringskonvensjon, *CERD*), 21. desember 1965.  
Vienna Convention on the Law of Treaties (Wien-konvensjonen om traktatretten), 22. mai 1969.  
International Covenant on Civil and Political Rights (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, *SP*), 16. desember 1966.  
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, *ØSK*), 16. desember 1966.  
ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige-stater, *ILO-169*), 27. juni 1989.  
United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (FNs deklarasjon om urfolks rettigheter, *UNDRIP*), 13. september 2007.

## ***Utenlandske lover***

Äldre jordabalken av 1734 (Sverige, opphevet)

Lag 1970:995 om införande av den nya jordabalken (Sverige)

Rennäringslag 1971:437 (Sverige)

Limitation Act av 1980 (Storbritannia (England og Wales))

## ***Lovforarbeider, utredninger og offentlige dokumenter***

Arbeidsdokument nr. 3 *Konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets Justiskomité om finnmarksloven*, Sametinget. Lagt frem for Stortingets Justiskomité 2. mars 2005.

Finnmarkskommisjonen, Rapport felt 6, Varangerhalvøya Vest, avgitt 16. oktober 2015.

Finnmarkskommisjonen, Rapport felt 5, Varangerhalvøya Øst, avgitt 24. juni 2014.

Finnmarkskommisjonen, Rapport felt 3, Sørøya, avgitt 16. oktober 2013.

Finnmarkskommisjonen, Rapport felt 2, Nesseby, avgitt 13. februar 2013.

Finnmarkskommisjonen, Rapport felt 1, Stjernøya/Seiland, avgitt 20. mars 2012.

Indberetning fra den ved kongelige Resolution af 12de Juli 1889 til Under-søgelse af Lappeforholdene i Hedmarkens, Søndre- og Nordre Trondhjems Amter anordnede Kommission, Kristiania 1892.

Indstilling fra den ved Stortingets Beslutning af 27de Juli 1887 og kongelig Resolution af 9de September s. A nedsatte Kommission, der har havt at tage under Overveielse, hvilke Lovregler m.v. vedkommende Lappevæsenet der bliver at instandbringe, efterat Lov om Lapperne i de forende Kongeriger Norge og Sverige af 2.de Juni 1883 er traadt ud af Kraft, Kristiania 1904.

Innstilling fra Komité til å utrede samespørsmål. Oppnevnt av kirke- og undervisningsdepartementet 3. august 1959, avlevert 13. august 1959.

Innst.O.nr.80(2004-2005).*Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)*.

Justisdepartementet, Brev fra Justisdepartementets lovavdeling til Landbruksdepartementet av 17. januar 1996.

Justis- og politidepartementet, Brev fra Justis- og politidepartementet v/statsråden til justiskomiteen av 14. juni 2004, vedlegg 2 til Innst.O.nr.80(2004-2005) *Innstilling*

- fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).*
- Lagtinget, møte 18. desember 1995, sak nr. 6: *Odelstingets vedtak til lov om endringer i reindriftsloven, jordskifteloven og villloven (Besl. O. nr. 19, jf. Innst.O. nr. 8 og Ot.prp. nr. 28 for 1994-95).* Forh. L (1995-1996).
- Lagtinget, møte 30. januar 1996, sak nr. 5: *Odelstingets vedtak til Lagtingets anmerkning til Odelstingets vedtak til lov om endringer i reindriftsloven, jordskifteloven og villloven (Besl. O. nr. 38 jf. Besl. L. nr. 1 og Besl. O. nr. 19).* Forh. L (1995-1996).
- NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling.*
- NOU 1993: 34 *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark.*
- NOU 1994: 21 *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv*
- NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*
- NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett*
- NOU 1999: 22 *Domstolene i første instans. Førsteinstansdomstolenes arbeidsoppgaver og struktur.*
- NOU 2001: 34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger.*
- NOU 2007: 13 *Den nye sameretten.*
- NOU 2007: 14 *Samisk naturbruk og rettssituasjon fra Hedmark til Troms.*
- Odelstinget, møte 13. desember 1995, sak nr. 1: *Innstilling fra næringskomiteen om lov om endringer i reindriftslova, jordskiftelova og villlova (Innst.O.nr. 8, jf. Ot.prp. nr. 28 for 1994-95).* Forh. O (1995-1996).
- Odelstinget, møte 23. januar 1996, sak nr. 2: *Lagtingets anmerkning til Odelstingets vedtak til lov om endringer i reindriftsloven, jordskifteloven og villloven (Besl. L. nr. 1, jf. Besl. O. nr. 19).* Forh. O. (1995-1996).
- Ot.prp.nr. 21 (1848) *Angaaende naadigst Proposition til Norges Riges Storting om Udfærdigelse af en Lov om Ophævelse af § 38 i Lov af 20de August 1821 om det benefiverende og Statens Gods.*
- Ot.prp.nr. 59 (1984-1985) *Om lov om utmarkskommisjonen for Nordland og Troms.*
- Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.*
- Ot.prp.nr. 53 (2002-2003) *Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).*
- “Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget”, avtale inngått mellom Sametinget og Regjeringen 11. mai 2005. Godkjent av Kongen i statsråd 1. juli 2005.
- Sametinget, sak nr. 21/2003, 23. mai 2003.

Sametinget, sak nr. 19/2014, 2-6. juni 2014.  
Sivillovbokutvalet, Rådsegn 6, om hevd (1961).  
St.meld. nr. 21 (1962-1963) *Om kulturelle og økonomiske tiltak av særlig interesse for den samisktalende befolkning.*  
St.meld. nr. 28 (1991-1992) *Om bærekraftig reindrift.*  
St.prp. nr. 102 (1989-1990) *Om den 76. internasjonale arbeidskonferansen i Genève 1989.*

## RETTSPRAKSIS

### *Norges Høyesterett*

Rt. 1844 s. 273  
Rt. 1863 s. 786  
Rt. 1871 s. 236  
Rt. 1873 s. 463  
Rt. 1931 s. 57 (Dergafjeld)  
Rt. 1951 s. 417 (Vang)  
Rt. 1954 s. 1055  
Rt. 1955 s. 361 (Marsfjell)  
Rt. 1968 s. 394 (Brekken)  
Rt. 1968 s. 429 (Altevaan II)  
Rt. 1979 s. 492 (Varfjell-Stifjell)  
Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen)  
Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell)  
Rt. 1992 s. 1037 (Militærnekter-kjennelsen)  
Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp-kjennelsen)  
Rt. 1997 s. 1608 (Aursund II)  
Rt. 2000 s. 996 (Böhler)  
Rt. 2000 s. 1811 (Finanger)  
Rt. 2001 s. 769 (Selbu)  
Rt. 2001 s. 1116 (Båndtvang)  
Rt. 2001 s. 1229 (Svartskog)  
Rt. 2008 s. 1789 (Hjertestikk)  
HR-2016-2030-A (Stjernøya)

## ***Norske underrettsavgjørelser***

Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, dom 4. mars 1999, sak nr. 2/1998 (Svartskogen)

Utmarksdomstolen for Finnmark, dom 20. august 2015, sak nr. 2014-162528-3 og 2014-164564 (Stjernøya)

## ***Utenlandske domstoler***

Supreme Court of the United States, *Thomas Johnson and Graham's Lessee v. William M'Intosh*, 21. U.S (8 Wheat.) 543; 5 L. Ed. 681; 1823 U.S Lexis 293. USA.

Supreme Court of Canada, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 153 D.L.R (4.). Canada.

Högsta domstolen, *Skattefällsmålet*, Nytt juridisk arkiv, 1981 s. 1. Sverige.

## ***Internasjonale domstoler og overvåkningsorganer***

### ***FNs menneskerettskomité***

Sak *Jacobs v. Belgium*, 7. juli 2004. Communication no. 943/2000.

### ***FNs rasediskrimineringskomité***

Den 21. og 22. periodiske rapport av Norge, 25-26. august 2015. CERD/C/NOR/21-22.

### ***ILOs ekspertkomité***

*Individual Direct Request concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Brazil (ratification: 2002)*, ekspertkomiteen, 2006. Ilolox: 092006BRA269.

*Individual Observation concerning Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) Peru (ratification: 1994)*, ekspertkomiteen, 2006. Ilolox: 06200PER169.

*Report of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations*, 2010, ekspertkomiteens årlige rapport til International Labour Conference 99. møte 2010.

Det internasjonale arbeidsbyrå (ILOs sekretariat)

*Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Conventions 1957 (No. 107), forberedende rapport til Den internasjonale arbeidskonferanses 75. møte, 1988. Report VI(1), 1988.*

#### *ILOs trepartskomité*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Trade Union Delegation, D-III-57, section XI of the National Trade Union of Education Workers (SNTE), Radio Education, trepartskomiteen 1998. Ilolox: 1611998MEX169.*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Denmark of ILO-169 by the National Confederation of Trade Unions of Greenland (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat, SIK), trepartskomiteen 2000. Ilolox: 162000DNK169.*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by Authentic Worker's Front (FAT), trepartskomiteen 2004. Ilolox: 162004MEX169.*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Workers of the Autonomous University of Mexico (STUNAM) and the Independent Union of Workers of La Jornada (SITRAJOR), trepartskomiteen 2004. Ilolox: 164004MEX169A.*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Academics of the National Institute of Anthropology and History (SAINAH), trepartskomiteen 2004. Ilolox: 162004MEX169B.*

*Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Mexico of ILO-169 by the Union of Metal, Steel, Iron and Allied Workers (STIMAHCS), trepartskomiteen 2006. Ilolox: 162006MEX169.*

#### ***Regionale menneskerettighetsdomstoler og komiteer***

##### *African Commission on Human and People's Rights*

*Endorois People v. Kenya Case Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya, 25. November 2009. Comm. 276/2003 (2010).*

*Inter-American Commission on Human Rights*

*Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, 12. oktober 2004. Case 12.053, Report no. 40/4, Inter-Am. Cm. H.R., OEA/Ser L./V/II Doc. 5 (2004).

*Inter-American Court of Human Rights*

*Mayagna Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, 31. August 2001. Inter-Am. Ct. H.R., Series C. No. 79 (2001).

*Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29. Mars 2006. Inter-Am. Ct. H.R., Series C. No. 146 (2006).







**Susanne Vars Buljo** er født i 1989 og er fra Guovdageaidnu. Hun har master i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø – Norges arktiske universitet (2014). Hun har jobbet som juridisk utreder for Finnmarkskommisjonen og er for tiden doktorgradsstipendiat ved Sámi Allaskuvla – Sámi University of Applied Sciences.

## **Identifisering og anerkjennelse av eksisterende rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn**

- en analyse av finnmarksloven § 5

Retten til land og vann i Finnmark har vært et av de heteste rettspolitiske spørsmålene i Norge i nyere tid. I løpet av 1800-tallet ble det utviklet en teori om at staten var å anse som eier av jorda i Finnmark. Konflikten om utbyggingen av Alta-Kautokeino-vassdraget satte samiske rettskrav til land og vann på dagsorden. Denne ledet til flere omfattende utredninger om rettighetsforholdene i Finnmark, innledet ved opprettelsen av Samerettsutvalget i 1980. Etter en 25 år lang lovgivningsprosess, ble det i 2005 omsider vedtatt en lov om eiendomsretten til land og vann i Finnmark: finnmarksloven. Tre år senere, i 2008, ble en kartleggingsprosess, initiert gjennom loven, satt i gang med mål om å avklare rettighetsforholdene i Finnmark.

Drøftelsen analyserer finnmarksloven § 5 som erkjenner at samene har opparbeidede rettigheter til land og vann i Finnmark. Målet er å undersøke hvilke føringer regelen legger på den pågående rettskartleggingsprosessen i Finnmark. Videre undersøker den hvordan ILO-konvensjon nr. 169s bestemmelser om urfolks rettigheter er anvendt i kartleggingsprosessen. Kartleggingsorganets, Finnmarkskommisjonens, rapporter i de tre første utredningsfeltene Stjernøya/Seiland, Nesseby og Sørøya danner det empiriske materialet for undersøkelsen.

Boka aktualiseres av de pågående prosessene for å avklare rettsforholdene i Finnmark. Den baserer seg på forfatterens mastergradsavhandling fra 2014 og henvender seg til alle med interesse for samerettslige spørsmål.

Dingon | To order: [www.samas.no](http://www.samas.no)

ISSN 0332-7779

ISBN 978-82-7367-012-0