

REINDRIFTSSAMENES BRUKSRETTER OG JORDSKIFTERETTENS SAKLIGE KOMPETANSE*

AV STIPENDIAT, CAND. AGRIC. ØYVIND RAVNA, UNIVERSITETET I TROMSØ

1. Innledning	221
2. Reindrift og jordskifte i uskreven og skreven lov.	223
2.1 Allmenn lære om reindrift og jordskifte: «Flyttsamenes rettigheter faller utenfor»	223
2.2 Behov for lovendring, departementets endrede oppfatning og gjeldende rett	226
2.3 Om samenes beiterett i eldre utskiftningspraksis	228
3. Fra bruksrett til «uskadelig nyttesrett»	232
3.1 Høyesteretts avgjørelser Rt. 1892 s. 411 og Rt. 1897 s. 759	232
3.2 En ny rettsoppfatning kom til syne gjennom «lappekommisjonene»	234
3.3 Rettsoppfatningen kom til uttrykk i rettspraksis, Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361	235
4. Rettspraksis i siste halvdel av 1900-tallet	236
4.1 Rettsoppfatningen kom til uttrykk under jordskifte	236
4.2 Rettsoppfatningen tilsidesettes i Brekken-dommen, Rt. 1968 s. 394	238
4.3 Den ervervede rett er ikke beskyttet ved omdanning av beite til innmark	239

* Takk til førsteamanuensis Aage Thor Falkanger, amanuensis Gunnar Eriksen og jordskifteoverdommer Magne Reiten for gjennomlesning og nyttige innspill.

- 4.4 Det er «samenes reindrift som næring» som har
ekspropriasjonsrettslig vern241
5. Nyere rettsoppfatning: Beiteretten ligger til siidaene241
- 5.1 Om sedvaneretten i litteratur og forarbeider241
- 5.2 En erkjennelse av at beiterett ligger til siidaen, Rt. 2000 s. 1578 . .243
6. Reindriftsrettens kollektive karakter er ikke til hinder for
bruksordning etter vilkårene for jordskifte245
- Henvisninger250

1. Innledning

Oppfatningen av reindriftssamenes adgang til å nytte utmarksstrekninger til reindrift har variert opp gjennom tiden. Fra å være betraktet som en rett basert på alders tids bruk i medhold av at samene var områdets opprinnelige beboere,¹ ser man på slutten av 1800-tallet en tydelig endring i synet på reindriftssamenes rettigheter. I en Høyesterettsdom gjengitt i Rt. 1892 s. 411 ble det da uttalt at samenes rettigheter ikke måtte sjenere bøndernes rettigheter, som var av eldre dato.

Inspirert av norsk nasjonsbygging og kulturhierarkisk tenkning, skjedde det en endring i synet på samisk kultur som også påvirket retts-tenkningen. Dette kom til uttrykk hos «Lappekommisjonen av 1897», som i sin innstilling uttalte at da reindrift var en «historisk Overlevering, der i ikke ringe Grad virker som Hemske paa Udtviklingen af bedre berettigede og formaalstjenligere Samfundsinteresser, er Grænserne for dens Krav givne.»² Slik oppfatning fikk etter hvert også fotfeste hos domstolene, som ikke lenger la til grunn at den som var «først i tid», var «best i rett». I stedet ble det lagt til grunn at den minst utviklede kultur måtte vike for den mer utviklede. Dette ledet til at reindrift ble en «uskyldig nyttesrett» som måtte vike for jord- og skogbruk, jf. Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361.

Oppfatningen av reindriftsretten som en «uskadelig nyttesrett» ble tilbakevist av Høyesterett i *Brekken-dommen*, Rt. 1968 s. 394, og i *Altevann II-dommen*, Rt. 1968 s. 429. Synet på reindriftssamenes bruksrett

¹ Se eksempelvis høyesterettsdom av 21. juni 1862. Dommen er gjengitt i *NOU 1984: 18* s. 654–657 (avskrift av Skriflig Voteringsprotokol, Høyesteretts arkiv, jf. Rt. 1862 s. 654).

² *Indstilling 1904*, s. 196.

som en rett knyttet til «næring» og ikke til utøver, som vanskelig kunne innpasses i «tradisjonelle rettslige begreper», slik det ble uttrykt i *Kappfjell-dommen*, Rt. 1975 s. 1029, har derimot vedvart og gitt grunnlag for en oppfatning om at brukskonflikter internt mellom reindriftssamer fortrinnsvis burde løses av forvaltningsorganene.³

I dette arbeidet vil det bli belyst hvordan denne rettsutviklingen har påvirket reindriftssamenes adgang til å være part i jordskifte.⁴ I forarbeidet til lov nr. 8/1996 om endringer i reindriftsloven, jordskifteloven og viltloven, ble det uttalt at reindriftssamenes bruksrettigheter var av «en slik karakter at de må ansees å falle utenfor jordskiftelovens bruksrettsbegrep.»⁵ Således kunne ikke slike bruksrettigheter være gjenstand for selvstendig sak uten at det ble gitt en uttrykkelig lovhjemmel for det. Dette danner grunnlaget for dette arbeidets problemstilling, som går ut på å belyse om det ligger slike *begrensninger i reindriftrettens karakter at den ikke kan være gjenstand for bruksordning etter de materielle vilkårene for jordskifte* (se note 5), slik andre alltidvarende bruksrettigheter kan være, jf. jskl. § 5, første ledd. Foruten begrensning som følge av at særdomstolens saklige kompetanse må være gitt i lovs form, peker dette mot at det kan ligge en begrensning i *rettens karakter*.

Rettspolitisk er problemstillingen motivert ut fra at det foreligger et behov for å kunne ordne reindriftssamenes bruksrettigheter gjennom en privatrettslig tilnærming. Et lovendringsarbeid initiert gjennom St.meld. nr. 28 (1991–92) *En bærekraftig reindrift*, hadde et slikt siktemål. Under forarbeidet ble det imidlertid lagt til grunn at reindriftsretten var av en *særegen kollektiv karakter*, noe som ledet til at lovendringen ikke førte fram til det forventede resultat, men i stedet satte lovformelle begrensninger i adgangen for reindriftsberettigede til å få sin beitebruk ordnet gjennom jordskifte.⁶ I dette arbeidet vil det bli påvist

³ Se eksempelvis *Ot.prp. nr. 28 (1994–95)* s. 55.

⁴ Jordskifte betegner en prosess med formål å oppnå bedre eiendomsforhold. Hva den kan omfatte, er utfyllende fastlagt i lov 21. des. 1979 nr. 77 om jordskifte o.a. (jskl.) § 2. *Grunnleggende materielle vilkår for jordskifte* er at det er mulighet for å oppnå mer tjenlige forhold, samtidig som ingen part blir påført større kostnad og ulempe enn nytte, jf. jskl. § 1 og § 3 bokstav a.

⁵ *Ot.prp. nr. 28 (1994–95)* s. 32.

⁶ Begrensningen ligger i at adgangen til å kreve bruksordning *internt* innen reindriftsretten ble særskilt unntatt i lovhjemmelen, jf. jskl. § 2, bokstav c nr. 3 andre punktum. Den ligger også i at den enkelte reindriftsutøver heller ikke er innrømmet kravkompetanse, jf. jskl. § 5, sjette ledd.

at lovforbereders oppfatning avvek fra så vel sedvanerettslig oppfatninger som fra rettspraksis, noe som bør få betydning for de pågående revisjonene av så vel jordskifteloven som reindriftsloven.⁷

Kilder til belysning av problemstillingen vil primært være lovforarbeider, rettspraksis og litteratur som kan belyse sedvanerettslige oppfatninger og ulovfestede «læresetninger». Til hjelp for det siste vil også praksis fra jordskiftedomstolene bli belyst. Eldre lovgivning inklusive forarbeider er vanligvis viktige hvis man skal belyse utviklingen av domstolens kompetanse. En forholdsvis bred gjennomgåelse av forarbeidene til eldre utskiftnings- og jordskiftelover har ikke ledet til anvisninger rettet konkret mot reindriftssamenes bruksrettigheter. Det må imidlertid tas forbehold om at noe kan være oversett.

2. Reindrift og jordskifte i uskreven og skreven lov

2.1 Allmenn lære om reindrift og jordskifte: «Flyttsamenes rettigheter ... faller utenfor»

Adgangen til å ordne reindriftssamenes bruksrettigheter gjennom jordskifte har inntil nylig ikke vært lovregulert med særskilte regler. Likevel må det sies at det gjennom teori og uskreven tradisjon har dannet seg en «lære» som har vært en rettesnor for så vel jordskiftedommere som for lovgiver. Denne læren kom til uttrykk i *Christensens* kommentar til jordskifteloven, hvor det het: «Flyttsamenes rettigheter m. h. t. beite, flyt-teveier m. v. i henhold til reindriftslovgivningen, er av en særegen karakter som faller utenfor jordskiftelovens forskrifter om avløsning og ordning av bruksrettigheter m.v.»⁸

⁷ *Reindriftslovutvalget* ble oppnevnt av Landbruksdepartementet 5. nov. 1998. Det leverte sin innstilling NOU 2001: 35 15. mars 200. Forslagene er ikke behandlet av Stortinget. I *Ot.prp. nr. 106 (2002–2003)* foreslo Landbruks- og matdepartementet revisjon av jordskifteloven. En arbeidsgruppe er gitt i mandat å komme med forslag til «ei jordskiftelov som høver med tida og tilhøva ut frå dei behov eigarar, rettshavarar og samfunnet elles har for å løyse tvistar og problem knytt til utnytting og bruk av fast eigedom» (e-post fra Ingrid Aasen, Landbruks- og matdepartementet, 1. sept. 2006). Høringsutkast skal foreligge 1. juli 2007.

⁸ *Christensen* s. 123. Helge Christensen var byråsjef i Landbruksdepartementet 1949–1969, deretter ekspedisjonssjef samme sted og ansvarlig for forarbeidet til reindriftsloven av 1978.

Med henvisning til et rundskriv fra 1938,⁹ viste Christensen også til at det måtte tas hensyn til flyttsamenes rettigheter til beite m.m. Selv om disse rettighetene er gitt mindre plass i *Austenå og Øvstedals* kommentarutgave fra 1984, må det kunne sies at samme oppfatning er videreført.¹⁰

I en sak for Finnmark jordskifterett ble en tvist om en alternativ reinflyttee eksistens over et jordbruksområde i Tana påstått avvist av reinbeitedistrikt 7/8 med begrunnelse at jordskifteretten ikke hadde kompetanse til å behandle tvisten. Til grunn for dette ble det vist til det foran siterte hos *Christensen*. Jordskifteretten fant det ikke påkrevd å ta stilling til om den hadde adgang til å foreta ordning eller avløsning av rett til flytteveg da dette ikke forelå til behandling. Den viste i stedet til jskl. § 17 hvor det het at «[t]vist om grenser, eiendomsrett, bruksrett eller anna innen jordskiftefeltet eller med utanforstående, skal jordskifteretten, om det trengs av omsyn til jordskiftet, avgjere ved dom». Etter jordskifterettens oppfatning falt rett til flytteveg for rein innenfor oppregningen, noe som ledet til at jordskifteretten var kompetent til å ta stilling til tvisten.¹¹ I påfølgende dom kom den til at reinbeitedistrikt 7/8 ikke hadde rett til tradisjonell flytteveg. Reinbeitedistriktet påanket prinsipielt at jordskifteretten hadde kompetanse til å behandle tvisten, og subsidiært sakens realitet. Under ankeforhandlingene for lagmannsretten 9. sept. 1988 ble den prinsipielle påstanden trukket. Lagmannsretten fant at verken vilkårene for alders tids bruk eller hevd forelå i saken, og stadfestet jordskifterettens dom.¹²

I en sak for Nord-Helgeland jordskifterett om avhending og omfordeling av landbrukseiendom, jf. jskl. § 2, bokstav f, hvor det også ble drevet reindrift, uttalte jordskifteretten at «det hadde vore best om ein hadde kome fram til ei ordning [for reindriffta] før utparsellering skjer. Men jordskifteretten har ikkje heimel til å ta opp reindrifftsspørsmål.» Som grunn for dette ble det vist til det foran siterte fra kommentarutgaven til *Austenå og Øvstedal*.¹³

⁹ *Riksarkivet*: Eske 26 ark. nr. 5/01/1/2. Brev fra Landbruksdepartementet, Utskiftningskontoret til utskiftingsformennene i Hedmark (unntatt Vinger og Odal), Sør-Trøndelag, Nord-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, datert 10. desember 1938.

¹⁰ I *Austenå og Øvstedal 1984* s. 150 het det at «[a]vløsning kan gjennomførast både for reelle og personlige bruksrettar. Dei rettane flyttsamane har til beite m.m. i medhald av reindrifftsloven fell utanfor.» Som student spurte jeg Austenå om bakgrunnen for standpunktet. Han viste til at dette var en videreføring fra *Christensen*.

¹¹ *Finnmark jordskifteretts arkiv*: Utdrag av rettsbok for Finnmark jordskiftesokn, Tana og Varanger domssokn, sak 2/1971 Horbma i Tana s. 119.

¹² *Finnmark jordskifteretts arkiv*: Hålogaland lagmannsrett, dom av 11. okt. 1988, sak nr. 123/1987A, s. 14 (9).

¹³ Helgeland jordskifteretts arkiv: Maskinskrevet rettsbok for sak nr. 24/1980 i Leirfjord kommune, avsluttet 26. mai 1992.

I St.meld. nr. 28 (1991–92) var ikke Landbruksdepartementet like reservert mot jordskifterettens saklige kompetanse som lovkommentarfatterne. På s. 109 het det at jordskifteretten hadde adgang til å behandle konflikter mellom reindrift og andre arealinteresser, dog begrenset av at rett til reinbeite ikke ga hjemmel for å kreve jordskifte. I 1994 ble Austenå og Øvstedals synspunktet ført videre i annen utgave av samme verk, med en henvisning til en artikkel av *Jan E. Aasmundtveit*.¹⁴

Aasmundtveit la i likhet med departementet til grunn at reindriftssamer ikke kunne kreve bruksordning etter dagjeldende jskl. § 2, bokstav c. Dette fordi reindrifftsrettighetene *ikke* var «alltidvarande bruksrettar» i jordskiftelovens forstand, noe som var en forutsetning for å kunne kreve sak hvis en ikke er grunneier. Årsaken til dette var «at de samiske reindrifftsrettighetene faller i en annen kategori». Standpunktet ble ikke ytterligere begrunnet. I Aasmundtveits hovedoppgave, som nevnte artikkel bygget på, var spørsmålet belyst på et bredere grunnlag.¹⁵ Her sammenliknet han samisk reindrifftsrett med allmeningsrett idet han viste til RG 1960 s. 21, hvor Frostating lagmannsrett kom til at jordskifteretten ikke hadde adgang til å fastsette grensen for allmeningsrett innen en allmenning. Slike begrensninger måtte også gjelde for reindrifftsretten. Med henvisning til Rt. 1975 s. 1029, la han til grunn at reindriftssamenes rettigheter var en *kollektiv grupperett*, som falt i en annen kategori enn de rettighetene som kunne være gjenstand for krav om bruksordning. Til tross for den bredere belysningen ble ikke konklusjonen ytterligere utbygd.

Etter mitt skjønn forlot Aasmundtveit her en drøfting som ikke bare kunne vært fruktbar, men også påkrevd for å belyse reindriftssamenes adgang til å kreve jordskifte. Jeg sikter da ikke til de begrensninger som måtte ligge i om rettighetene var en kollektiv grupperett. Det kunne derimot vært interessant å se på om reindriftssamenes bruksrett har likhetstrekk med beiterett i allmenning til forskjell fra en tradisjonell servitutt. Beiterett i allmenning er definert ut fra bruksbehov og ikke en fast andel,¹⁶ og er således prinsipielt forskjellig fra en servitutt eller andel i et jordsameie, som er en fast størrelse. Allmenning kan *ikke* være

¹⁴ *Aasmundtveit 1991b* s. 263–268.

¹⁵ *Aasmundtveit 1991a*.

¹⁶ *NOU 1985: 32* s. 11.

gjenstand for tradisjonelt jordskifte gjennom oppløsning av sameie.¹⁷ Et jordsameie må derimot sies å være det *mest typiske* eiendomsobjektet for utskiftning helt tilbake fra middelalderen.¹⁸

2.2 Behov for lovendring, departementets endrede oppfatning og gjeldende rett

I St.meld. nr. 28 (1991–92) *En bærekraftig reindrift* foreslo Landbruksdepartementet på s. 13 at jordskifterettens arbeidsområde skulle utvides «til også å omfatte løsninger av konflikter mellom reineiere om fordeling av beiteressurser og organisering av den felles ressursutnyttelsen.» Dette skulle være et middel for løse brukskonflikter, og må ses i sammenheng med den fokus som var satt på overbeiting og ressursknapphet. Departementet la som nevnt til grunn at jordskifteretten *hadde* hjemmel til å behandle visse «reindriftssaker». Formålet med lovendringen, som fikk tilslutning fra *Stortingets landbrukskomité* i Innst. S. nr. 167 (1991–92), var at brukskonflikter *innad* i reindriftnæringen skulle kunne behandles, og at reineiere skulle kunne kreve sak. Dette ville «kreve enkelte mindre endringer».

Da høringsnotatet til lovendringsforslaget ble sendt ut året etter, hadde departementet endret oppfatning. Det var nå kommet til at det *ikke* var hensiktsmessig å la jordskifteretten behandle konflikter innad i reindriften.¹⁹ Høringsnotatet til tross; de fleste høringsinstansene var positive til å åpne for å la jordskifteloven omfatte interne bruksforhold.²⁰ Dette påvirket imidlertid ikke lovforbereder i synbar grad, som i Ot.prp. nr. 28 (1994–95) også hadde endret sin oppfatning av reindriftssamenes bruksrettigheter. Nå het det på s. 32 at reindriftsrettighetene, som i St.meld. nr. 28 var *uthevet* som bruksrett, var av «en slik karakter at de

¹⁷ Jf. Lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger § 1-4 og lov 19. juni 1992 nr. 60 om skogsdrift m.v. i statsallmenningene § 4-2. Se også *Innstilling fra Beitekomiteen* (1939) s. 70, hvor den prinsipielle forskjellen mellom allmenning og andre felles beite-strekninger drøftet i relasjon til jordskifterettens kompetanse.

¹⁸ *Brækhus og Hærem* s. 360 påpeker dette som et viktig kategoriskille.

¹⁹ *Landbruksdepartementet*, Høringsnotat av 27. juli 1993.

²⁰ Slik *Den Norske Advokatforening og Reindriftssjefen*. Sistnevnte uttalte bl.a. at «med den arbeidsform jordskifteretten har, vil det ganske sikkert oppnås både raskere og bedre løsninger» (Ot.prp. nr. 28 (1994–95) s. 23–24).

må anses å falle utenfor jordskiftelovens bruksrettsbegrep.» Videre het det at «regulering internt i reindriften ikke er hensiktsmessig å legge til jordskifteretten, først og fremst på grunn av rettighetenes kollektive særtrekk». På s. 55 ble dette utdypet med at «den samiske retten til tamreindrift er av en annen art enn de bruksretter som kan ordnes etter [jskl. § 2 bokstav c] nr. 2. Mens det her siktes til individuelle rettigheter, har den samiske reindriftsretten et utpreget kollektivt særtrekk.»

Reindriftssamene kunne således ikke nytte de generelle reglene som var gitt for å ordne beitebruk, jf. dagjeldende jskl. § 2 bokstav c. Om dette het det at: «Det er det særegne rettsgrunnlaget disse samiske rettighetene har, som gjør det nødvendig å gi jordskifteretten en klar hjemmel for å behandle disse rettighetene.»²¹ Dette ble utdypet på side 56, hvor det het at «det er samene som gruppe som er bærere av rettighetene. Den samiske reindriftsretten er av kollektiv karakter, som tilligger samene som folkegruppe.» At den enkelte reindriftsutøver ikke kunne nytte den hjemmel andre bruksrettshavere hadde til å kreve sak, jf. jskl. § 5 første ledd, ble med henvisning til Rt. 1975 s. 1029 grunnet i at det var «samenes reindrift som næring» som nøytt rettsvern. Dette innebar at den enkelte reineier ikke var individuell rettighetshaver»(s. 56).

Departementets oppfatning av reindriftsretten innebar at lovendringen ble begrenset. Utover at leder av reinbeitedistrikt ble gitt adgang til å kreve sak, ble det langt på veg en presisering av den adgang jordskifteretten allerede hadde i slike saker.²² Etter gjeldende rett kan områder der det «går føre seg [samisk] reindrift» under gitte betingelser være gjenstand for bruksordning og rettsutgreiing, jf. jskl. §§ 2 bokstav c nr. 3 og 88 a. Men reineiere har fortsatt begrensede muligheter til å få ordnet sine beiterettigheter gjennom jordskifte, da de ikke, som andre bruksrettshavere, kan kreve sak, jf. jskl. § 5, sjette ledd.²³ At reineierne

²¹ Dette gjaldt kun for *samisk* tamreindrift, idet tamreindrift utenfor det samiske reinbeiteområde hadde et annet rettsgrunnlag som ikke reiste de samme spørsmål om jordskifterettens saklige kompetanse, Ot.prp. nr. 28 (1994–95) s. 55. Sistnevnte er konsjongsbelagt og avhenger av grunneiertillatelse iht. reinl. § 5.

²² Slik det også er uttrykt i *Landbruksdepartementet*, Høringsnotat av 27. juli 1993 s. 2.

²³ Den enkelte reindriftsutøver kan ikke kreve sak, jf. jskl. § 5, sjette ledd. Begrensningene avspeiles trolig i saksinngangen. Det er kun fremmet tre saker, én i Troms og to i Finnmark, med hjemmel i jskl. 2 c nr. 3 etter at lov av 23. februar 1996 nr. 8 trådte i kraft 1. juli 1996 (sak nr. 3/1998 for Nord-Troms jordskifterett og sak nr. 11/1996 og 6/1998 for Finnmark jordskifterett). Ingen av disse er krevd av reinbeitedistrikter.

ikke har individuelle rettigheter til beite, er brukt som begrunnelse for at interne reindriftsspørsmål ikke kan behandles av jordskifteretten, men må behandles av forvaltningen eller de ordinære domstolene.

Det må også være lov til å påpeke en ufullstendighet i forarbeidet. Hvordan grunnleggende materielle vilkår for jordskifte skal forstås og kunne prøves, herunder hvordan skiftegrunnlag skal fastsettes, er sentralt i ethvert jordskifte, og er lovregulert når det gjelder individuelle grunneiendommer og sameier, jf. jskl. § 27-28. At reindriftsretten beskrives som særegen, burde nettopp lede til en tydelig belysning av dette i relasjon til reindriftssamens bruksrettigheter der lovgiver har valgt å åpne adgang til å nytte jordskiftelovens virkemidler. Dette har ikke skjedd.²⁴

2.3 Om samenes beiterett i eldre utskiftningspraksis

I april 1968 ble Brekken-dommen, Rt. 1968 s. 394, avsagt. Det var den første Høyesterettsavgjørelsen i nyere tid hvor reindriftssamer fikk medhold i at de hadde rettigheter basert på langvarig, stedbunden bruk. I vår sammenheng er det interessant at saken startet i jordskifteretten. Det er videre av interesse at dette jordskiftet var et av flere i Brekken i løpet av drøye hundre år. Dette gir oss anledning til å se på hvordan utskiftningsretten så på reindriftssamers rettigheter i siste halvdel av 1800-tallet,²⁵ samt å sammenlikne rettsoppfatningene hos så vel jordskifteretten som hos appellinstansene om lag 100 år senere.

I Ot.prp. nr. 28 (1994–94) ble det lagt til grunn at jordskifteretten måtte gis en særskilt lovhjemmel for å kunne ordne bruken mellom reindriftsberettigede og andre rettshavere. Hvis en går drøyt hundre år tilbake i tiden, vil en se at reindriftssamenes rettigheter i større grad ble

²⁴ I høringsnotat av 27. juli 1993 s. 71 ble det gjort forsøk på å belyse dette hvor det bl.a. het at jordskifteretten «[m]å bygge på det rettsgrunnlaget som faktisk gjelder for området (reindriftslovens regler), og den reelle konkurransen om beiteplantene mel[lo]m de to dyreartene.» Til tross for at drøftingen strakk seg over flere sider, var den ikke egnet til å belyse spørsmålet i særlig grad. Drøftingen ble ikke videreført i Ot.prp. nr. 28 (1994–95).

²⁵ *Utskiftningsrett* er en eldre betegnelse på jordskifterett som ble tatt i bruk ved Lov om utskiftning m.v. av 13. mars 1882 (i kraft 1. jan. 1883). Før dette var betegnelsen «Utskiftningsmændene». For enkelhets skyld nyttes «utskiftningsrett» for perioden fram til 1883.

vurdert på linje med andre bruksrettigheter som utskiftningsretten kunne behandle. Denne oppfatning synes å ha ligget til grunn både hos utskiftningsretten og grunneierne.

At samene som benyttet Brekkens utmark, også var av en slik oppfatning, synes å framgå av et skriv de sendte Søndre Trondhjems amt da Brekken-utskiftningen ble påbegynt i 1868. I brevet, som ble innledet med innsigelse mot utskiftningen, gjorde samene «retslig Fordring» på å få utstykket sin del av sameiet, altså ta del i utskiftningen, før oppsitterne foretok noe skifte seg imellom.²⁶ Innsigelsen ble satt fram fordi utskiftningsformann Sv. Olsen²⁷ hadde sagt til oppsitterne at han verken ville eller kunne utskifte for samene. Samene hadde da begjært utskiftningen stanset inntil amtet hadde sørget for at deres rett ble ivaretatt «thi vi troe efterat Skiftet er foregaaet, skal det intet Sameie finde Sted, hvorfor vi gjøre os Haab om Amtets mellemkomst».

Utskiftningen ble stanset. En søknad fra en del oppsittere om at utskiftning måtte fullføres, foranlediget et brev fra utskiftningsformannen hvor han ga uttrykk for at det ikke var tilfelle at han ikke kunne utskifte del av sameiet til samene. Men han hadde ikke stor lyst til å «udskifte til Finnerne fordi at baade de og Bønderne der ved vilde blive angerholdne». Han grunnga dette med at samene ikke brukte området hele året; formodenlig bare om våren. Uaktet om reinen hadde vært der, ville bøndene likevel slå sine slätter:

«Skal nu Finnernes Brugsret udskiftes da er jeg overbevist om, at dersom man skal tage ud til disse et saae stort Areal at de kan være tjente med at holde det Antal Dyr som Fædrene i Fortiden antages at have havt, paa disse Stræknin-ger, da vil Bønderne blive yderst misfornøiede. – Finnerne vil og blive utilfredse og lidet hjulpne ved at faae et mindre Areal, de kan ikke holde Dyrene paa dette, og at de faaer Slaatene, med Mere, til Eiendom, istedet for den Brugsret de have, er heller ikke til Gavn for dem, de have intet Brug for Slaattene.»²⁸

²⁶ *Brev fra Paul Johnsen Fin m.fl. til Høie Søndre Trondhjems Amt*, datert 28. april 1870. Brevet er del av Utdrag for Høyesterett i sivil ankesak nr. 58/1967 (Brekken). Sitatet er også gjengitt i Rt. 1968 s. 394 på s. 402.

²⁷ *Svend Olsen* (1807–85). Utskiftningskurs. Lensmann i Haldalen og Ålen. Fra 1860 utskiftningsformann i Sør-Trøndelag. Stortingsmann 1839. Medl. av herredsstyret og herreds-matrikuleringskommisjonen.

²⁸ *Brev fra Utskiftningsformann Sv. Olsen til foged Klingenberg*, datert 2. november 1870. Brevet er del av Utdrag for Høyesterett i sivil ankesak nr. 58/1967 (Brekken). Sitatet er også gjengitt i Rt. 1968 s. 394 på s. 402.

Utskiftningsformannen så øyensynlig *ikke* på samenes bruksrett som en «uskyldig nyttesrett» eller noe som utskiftningsretten av andre årsaker noe ikke kunne utskifte. Trolig kunne den ha blitt utskiftet hvis dette hadde vært hensiktsmessig, idet han framholdt at «dersom Finnernes Brugsret skal udskiftes saa maa man først tage ud en særskildt Strækning til dem, dette er den eneste Maade at ordne Forholdene paa.»

Da spørsmålet om utskiftning av de «Brugsberettigede Fjeldfinner ... hva deres Brugsret betræffer» ble reist i juli 1873, frarådet utskiftningsformannen «paa det alvorligste» samtlige lodeiere fra å begjære dette. Tross frarådningen var det «lang Discussion og mange ventilationer» før formannen fikk overbevist oppsitterne.²⁹ I samsvar med den bestemte frarådningen ble samenes bruksrett ikke utskiftet. I stedet ble det inngått en *overenskomst*. Den hadde slik ordlyd:

«Vestenfor en Linie, der trækkes [topografisk beskrivelse] skulle Finnerne være uberettigede til at havne med sine Dyr, hvorimod de paa østre Side af samme Linje have uhindret Havneret, og det saaledes at de ikke af Nogen skulle kunne drages til Ansvar for sin Optræden dersteds.»³⁰

I overenskomsten ble det bestemt å utvide retten med fire *voldgiftsmænd* (hvorav to samer), da det var mulig «at der paa visse Steder inden den dem [Finnernes] saaledes forbeholdte Strækning ikke vil være Skov nok til deres Behov.» Den utvidede rett, skulle med bindende virkning «ordne det Fornødne ved Liniens nærmere Fastsættelse i de mindre Detaillier.» Etter grensegangen bemerket voldgiftsmann *Paul Jonassen (Johnsen) Fin* at forholdene også burde ordnes på nordsiden av Hyllingsjøen. De andre rettsmedlemmene ønsket derimot å følge overenskomsten slik den var protokollert, og besluttet mot Johnsens stemme å avstå fra videre ordning. Linjen ble senere omtalt som *finnelinjen*.

Utskiftningen ble opphevet av grunner som ikke antas å berøre nevnte overenskomst.³¹ Ny utskiftning ble åpnet i 1880. I møte 25. sept.

²⁹ SAT: J. nr. 1839/1966: *Ekstraktutskrift av utskiftningsprotokoll nr. VI (1872–1875) for utskiftningsformannen i Søndre Trondhjems amt*, autorisert den 16. februar 1871, Fol. 114.

³⁰ SAT: J. nr. 1685/1966: *Ekstraktutskrift av utskiftningsprotokoll nr. VI (1872–1875) for utsk. formannen i Søndre Trondhjems amt*, autorisert den 16. feb. 1871, fol. 118b. Sitatet er også gjengitt i Rt. 1968 s. 394 på s. 406.

³¹ Utskiftningen ble opphevet av Gauldal underrett. Det har ikke vært mulig å finne ut hvorfor, da rettsprotokollen gikk tapt da Gauldal sorenskrivergård brant i 1881 (SAT: Brev av 30. april 2004 til artikkelforfatteren).

1882 ble overenskomsten omtalt som et «forhend indgaaet Forlig» og langt til grunn som en «Linie for Fjeldfinnerne» hvor de «Paa søndre Side af denne Linie skal have ... Adgang til fri Benyttelse baade af Skov og Havning».³²

Et relevant spørsmål i relasjon til dette, er om overenskomsten var en utskiftningsforetning eller om den var et utslag av partenes avtalefrihet.³³ Utskiftning var den gang regulert i utskiftningsloven av 1857 § 2.³⁴ I første ledd het det at sameier eller annen med «Brugsrettighed i Sameiet, kan ... naar dettes Udskiftning forlanges af Lodeier, ikke modsætte sig, at der udlegges ham en til Rettigheden svarende Andeel af Sameiet, saafremt Udskiftningsmændene ansee det fornødent til hensigtsmæssig Skifte.» Som vi har sett, var det nettopp dette oppsitterne hadde krevd, og som utskiftningsformannen *ikke* hadde funnet hensiktsmessig. Utskiftningsformannen hadde begrunnet sin motvilje mot å skifte ut reinbeiteretten nettopp med at det ikke lot seg gjøre å legge ut et areal til samene av slikt omfang at det tilfredsstilte deres beitebehov, uten at oppsitterne fikk redusert sine verdier.

I vurderingen av om dette var en utskiftningsforretning, må det vektlegges at utskiftningsformannen ikke fant at det lå formelle hindringer i vegen for å skifte ut samenes bruksrett. Overenskomstens materielle innhold og de regler i utskiftningsloven vi her har sett på, tilsier etter mitt skjønn at *vi har* med en utskiftningsforretning å gjøre. Når beiterett ikke ble avløst mot eiendomsdel, var det fordi vilkårene ikke var til stede. Bruksordning ble derimot vurdert som både hensiktsmessig og påkrevd. Dette medførte etter datidens forhold bedre forhold for begge parter; for samene, som ikke lenger skulle være ansvarlige for beiteskader øst for «finnelinjen», og for oppsitterne som fikk fredet områdene på motsatt side av linjen for reinbeiting. At overenskomsten ble stadfestet i 1882, tyder også på at den ikke var et utslag av partenes av-

³² SAT: *Utskiftningsprotokoll nr. VIII (1879-1883) for utskiftningsformann Sv. Olsen*, fol. 265 og 265b.

³³ I jordskifterettens positivt avgrensede kompetanse ligger det at det er en rekke avgjørelser den *ikke* kan beslutte, som partene likevel har frihet til å inngå avtale om. Typisk her er salg og bortleie, men man kan også under bestemte omstendigheter tenke seg arealbytte og andre avtaler hvor materielle vilkår for jordskifte ikke foreligger.

³⁴ *Lov om Udskiftning av Jord og Skovs Fællesskab av 12de oktober 1857*. Se også *Brandt 1878*, som gir en inngående fremstilling av «Jordfællesskabet og dets Udskiftning».

talefrihet, men en ordning som måtte sanksjoneres som del av utskiftningen.³⁵

3. *Fra bruksrett til «uskadelig nyttesrett»*

3.1 *Høyesteretts avgjørelser Rt. 1892 s. 411 og Rt. 1897 s. 759*

I en dom av 21. juni 1862 uttalte Høyesterett at «Lapperne» var «de oprindelige Beboere af Landet», noe som tilsa at «man maa opretholde og beskytte den Brugsret, som hine [samene] selv efter Okkupationen fra Sidstnævnte Side [indvandrede norske Eiendomsbesiddere] ere vedblevne at udøve». Dette ledet til enstemmig frifinnelse av en reindriftsame på Helgeland som var tiltalt for ulovlig å ha tiltatt seg trevirke på privat eiendom.³⁶ Utskiftningsformann Sv. Olsen var i tråd med denne oppfatningen da han i 1883 påpekte at det var «enhver fullt bekjent» at samene var de eldste beboere i Brekken-området, som «fra uminnelige tider, med regjeringens og øvrighetens samtykke, har ernæret sig av rensdyrdrift i Norges kongelige almindingsfjellstrekninger».³⁷

I dag ville verken Høyesteretts eller utskiftningsformannens uttalelser overraske noen. Men bare noen år senere ble Olsens oppfatningen grundig underkjent. I en artikkel fra 1891 la professor *Yngvar Nielsen* til grunn at samene i Sør-Trøndelag skulle ha trengt seg inn på området til den fastboende befolkning etter at disse nesten over alt hadde tatt dal- og fjellstrekningene i bruk. I tid sammenfalt artikkelen med økt norsk nasjonal bevissthet i forhold til unionen med Sverige, og sosialdarwinismens framvekst i Europa. Dette medførte et mer negativt syn på reindrift og nomadisk levesett.³⁸ Nielsens framstilling må ha falt i fruktbar jord, for allerede året etter la *Lappekommisjonen* av 1889 denne til grunn

³⁵ At oppsitterne argumenterte for at utskiftningen skulle omfatte samene, peker også i retning at dette var noe som ble ordnet gjennom utskifning. At de ønsket å løse problemene som følge av reinbeiting på sætervollur og utslåtter ved utskifning framfor å framsette erstatningskrav eller anmelde forholdet, må dessuten tyde på at de anerkjente samenes bruksrettigheter i jordfellesskapet.

³⁶ Gjengitt etter *NOU 1984: 18* s. 654 – 657.

³⁷ *SAT: Utskiftningsprotokoll nr. VIII (1879-1883) for utskiftningsformann Sv. Olsen i Søndre Trondhjems Amt*, folio 299 (også gjengitt i *Rt. 1968*, s. 394 på s. 407).

³⁸ Utviklingen er omtalt av *Arnesen* s. 69 – 86 og *Bull 2003* s. 202–218.

i sin innberetning.³⁹ Samme år la også Høyesterett «fremryknings-teorien» til grunn for en dom gjengitt i Rt. 1892 s. 411, hvor samene *Paul Johnsen* i Røros prestegjeld var pålagt å erstatte skade forvoldt av hans rein på bøndenes sætervoller og slåttemarkar.⁴⁰ I saken framholdt Johnsen at samene var de opprinnelige beboerne i området, som var trengt tilbake av nordmennene. Med henvisning til Yngvar Nielsens framstilling la Høyesterett til grunn det motsatte. Ved at synet på hvem som var den opprinnelige befolkningen, endret seg, så endret også synet seg på hvem sin rett som hadde krav på rettslig beskyttelse, noe Høyesterett selv understreket:

«Kollission mellem Bøndenes Ret til Sæterdrift og Slaattemarkar og de nomadiserende Lappers Havneret, derved at Lapperne Renhjorder under sin Omstreifen ved Arbeiting og Nedtramping ødelægger Sætervoldene og Slaattemarkar, er der liden Opfordring til at løse denne Kollission paa en saadan Maade, at de ældste eksisterende Rettigheder i væsentlig Grad vilde ødelægges til Fordel for de senere opkommende Rettigheder» (s. 413).

Domsutfallet var dermed gitt. Etter en summarisk behandling av en rekke påståtte skader oppstått 15–17 år tilbake i tid, stadfestet Høyesterett stiftsloverrettens dom, hvor Paul Johnsen var blitt dømt til å betale erstatning for skade på saksøkernes sætervoller og slåttemarkar som følge av at han hadde ført egne og andres rein på beite der i årene 1875, 1876 og 1877.⁴¹ Fra i 1883 å være omtalt som en rett basert på «uminnelige tiders» bruk, var samenes beiterett ni år senere redusert til en «senere opkommende rett» som ikke måtte sjenere de jordbrukende grunneierne.

At det ikke var slik, «som tidligere ofte har været antaget, at Lapperne

³⁹ *Indberetning av 1892*. Det må nevnes at *Nielsens* hypotese var framført som foredrag i 1889 og således kjent for «Lappekommisjonen». Kommisjonen henviste også til et foredrag av *Gustav Storm* som trakk i samme retning. Storm er for øvrig kjent for å ha oversatt *Snorres kongesaga*, sitt engasjement for å bevise at nordmenn hadde oppdaget Vinland, og å ha etablert «Vikingtiden» som historisk periode, jf. *Haavardsholm*.

⁴⁰ Johnsen hadde lenge vært talsmann for samene og var identisk med vedkommende som gjorde tjeneste som voldgiftsmann under utskiftningen av Brekken sameie knappe to tiår tidligere.

⁴¹ Dommen ble avsagt med dissens. Mindretallet, assessor Saxlund, var kritisk til at saken ikke var avvist av underretten: «Jeg kan ikke finde, at Høiesteret i noget tidligere Tilfælde har tillagt en Sag af Beskaffenhed som denne Fremme i Realiteten ... Sagen er efter min Mening behandlet høist overfladisk, paa en Maade, som ikke i Enkelthederne giver Retten nogen sand Opfatning af Forholdet», Rt. 1892 s. 411 på s. 416.

i disse Strøg skulde være de oprindelige Beboere», ble gjentatt av Høyesterett fem år senere i den første Aursunden-dommen. At samene ikke lenger ble sett på som områdets opprinnelige befolkning, fikk nå mer dramatiske følger. Høyesterett stadfestet stiftsoverrettens dom, hvor samene ikke bare, som i 1892, måtte erstatte beiteskader på sætervoller og slåttemark; men nå ble *fradømt rett til å ferdes med rein* over ankemotpartenes eiendommer innbefattet *utmark* og *skogsstrekninger*, Rt. 1897 s. 759.⁴²

3.2 En ny rettsoppfatning kom til syne gjennom «lappekommissjonene»

Ved prioritering av rettigheter er hovedregelen i norsk rett «eldst i tid, best i rett». Grunnen til at samenes rett måtte vike i de to dommene det er vist til fra 1890-tallet, var nettopp at de ble ansett å ha etablert seg i det sørsamiske området *etter* bøndene. Som jeg alt har påpekt, utviklet det seg en prinsipielt *annen* rettsoppfatning. Den var basert «læren om kulturstadiene», hvor folkegrupper og levemåter ble rangert etter utviklingstrinn. Den lavest stående kultur måtte da vike for den mer utviklede. Nomadisk bruk av land var en slik laverestående levemåte som måtte vike for det mer utviklede jordbruket. En nært beslektet oppfatning var at kultivering av jord var en forutsetning for å erverve rett til den.⁴³

Utredningene til de tre «lappekommissjonene» oppnevnt i perioden 1889 til 1897⁴⁴ for å utrede samiske forhold og komme med lovforslag, synes langt på veg å ha båret fram en slik «kulturhierarkisk» rettsoppfat-

⁴² I en sak for Gauldal og Hitra utskiftningsrett i Aursunden-området var reindrifsspørsmål oppe i 1939. Saken er imidlertid ikke særlig relevant som kilde til belysning av utskiftningsrettens praksis, da det ble lagt til grunn at spørsmålet var rettskraftig avgjort i dommen i Rt. 1897 s. 759. Også samenes påstand om beiterett under en grensegang i 1941 mellom *Gjeltsjøslåtten* og *Røros Nordre Almanning* i Glåmos herred ble avvist med henvisning til virkningen av denne dommen, jf. *SAT: Utskiftningsprotokoll 17 a for Gauldal sorenskriveri (1937–1943)* hhv. fol. 62b og fol. 142b.

⁴³ Fredrik Stang (1867–1941), som var professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo 1897–1933, og en av Norges fremste rettsvitere på denne tiden, formulerte dette slik (*Stang* s. 3): «Så lenge folkene lever som nomader, så lenge jorden er vid nok til å gi alle den plass de trenger, er derimot ikke jorden underkastet eiendomsrett. Først når en stamme slår sig ned og driver jordbruk, oppstår eiendomsrett til grunnen.»

⁴⁴ *Indberetning* av 1892, *Indberetning* av 1894 og *Indstilling 1904*.

ning. Lappekommisjonen av 1897, som var nedsatt for å se på «hvilke Lovregler m.v. vedkommende Lappevæsenet der blive at istandbringe» etter at felleslappeloven av 1883 var opphevet, gikk lengst i å vektlegge «læren om kulturstadiene». Den la, som vi har sett innledningsvis, til grunn at reindriften måtte vike for bedre stilte samfunnsinteresser. Dette gjaldt ikke bare svensk reindrift i Norge, som kommisjonen foreslo å forby, men også reindrift utøvet av norske samer i Norge.⁴⁵ At senere riksadvokat *Peder Kjerschow*, som gjennom tre tiår var statens fremste juridiske rådgiver i reindriftsspørsmål, som kommisjonsformann frambar et slikt syn,⁴⁶ samtidig som kommisjonens rettslige begrunnelse ble ført i pennen av dosent, senere professor, *Nikolaus Gjelsvik*,⁴⁷ innebar at synspunktene skulle få stor betydning for rettsoppfatningen gjennom store deler av 1900-tallet.

3.3 Rettsoppfatningen kom til uttrykk i rettspraksis, *Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361*

I en tvist mellom en reineier og to grunneiere i Røyrvik herred på 1920-tallet, gjenspeiles lappekommisjonens synspunkt. Her måtte reineierens rett vike for grunneiers bruk, *uavhengig av tidspunktet for rettens oppkomst*. For underinstansene var det lagt til grunn at reindriftssamenes tilstedeværelse var langt eldre enn de fastboendes. Høyesterett fant det ikke påkrevd å gå inn på spørsmålet om hvem som hadde hatt tilhold i distriktet lengst, men la til grunn at «Dergafjellfamilien gjennom alders tids bruk har rett til under flytningene ... at ha tilhold paa Vekterliens grunn». Retten, som var ervervet gjennom alders tids bruk, ledet likevel ikke til at samene hadde «særrettigheter av saadan art at de faller utenfor rammen av den almindelige lappelovgivnings omraade», noe som var en forutsetning for å ha rett til «ubetinget at ha stabburet staaende paa dets nuværende plass for all fremtid». Førstvoterende kom deretter til at:

⁴⁵ Se *Indstilling 1904* s. 196–197. Se også *Bull, Oskal, og Sara* s. 226 flg., *Bull 2003* og *Bull 2005*.

⁴⁶ Synet ble gjentatt: *Utkast til lov om reindriften*, som Kjerschow utarbeidet og framla i 1922.

⁴⁷ I *Gjelsvik* betraktes på s. 165 «flyttlappenes» rett til selvtørret trevirke m.v. som en «uskyldig nyttesrett» og på s. 142 beskrives bruksretter i Finnmark som noe «staten kan ta tilbake når den vil, uten at det er å gå noen privatmanns rett for nær.»

«Jordbrukeren maa kunne motsette sig at de nomadiserende lapper utøver sine rettigheter paa en saadan maate at jordbrukeren vesentlig hindres i rasjonell drift av gaarden, dette i hvert fall saa lenge flyttlappene ikke derved lider nevneverdig avbrekk eller ulempe. I det foreliggende tilfelle finner jeg det klart at buret og jordgammen er til betydelig gene for gaardsbruket. Og paa den annen side ... finnes der flere steder paa eiendommen brukelige til slakteplass med bur- og gammetomt», Rt. 1931 s. 57 på s. 59.

Høyesterett kom enstemmig til at samene måtte flytte sin gamle og sitt stabbur. At samene erkjentes å ha en rett basert på alders tids bruk av eldre dato enn grunneier, fikk dermed liten betydning da sistnevnte kunne kreve bygninger flyttet når oppdyrking gjorde dette påkrevd.

At reindriftssamer måtte vike for grunneiere, kom ennå klarere fram i Marsfjellsaken, Rt. 1955 s. 361, hvor gårdbrukere saksøkte en flyttsame for å få fastslått at han ikke hadde rett til å fiske, felle trær eller ha gammer på deres eiendommer. Namdal herredsrett gav saksøkerne medhold. Frostating Lagmannsrett kom til at saksøkte kunne ha sine gammer stående da disse ikke voldte grunneier nevnbare ulemper. Han ble derimot kjent uberettiget til fiske.⁴⁸

Høyesterett stadfestet dommen enstemmig. Selv om det ble lagt til grunn at samene hadde brukt tvisteområdet til reindrift lenge før de fastboende slo seg ned der, måtte samenes bruk vike. Høyesterett fant ikke at det var etablert noen sedvanerett og viste til forarbeidet til lappeloven av 1883, hvor «Udstrækningen af den Ret der bør tilstaaes Lapperne til Landets Benyttelse» ble karakterisert som «en uskadelig Nyttelses- og Brugsret, der ikke paafører Ejeren af Udmarken noget positivt Tab», og at lovgivningen hadde ment uttømmende å regulere flyttsamenes rett til å bruke annen manns eiendom og statens fjellstrekninger.

4. Rettspraksis i siste halvdel av 1900-tallet

4.1 Rettsoppfatningen kom til uttrykk under jordskifte

På 1950-tallet ble det krevd et nytt jordskifte over Brekken sameie.⁴⁹ Den 15. april 1964 ble jakt-, fangst- og fiskerettighetene til samene i

⁴⁸ Dissens (3–2). Mindretallet, sorenskriver Aage Thor Falkanger og lekdommer Lars Holm, fant at den ankende part, som flyttsame i det reinbeitedistrikt saken gjaldt, hadde *ervert* bruksrett til fiske til husbehov i disse vann.

⁴⁹ *STJA: Gauldal og Strinda jordskiftesokn, sak nr. 2/1953 Brekken sameie m.v., Røros herred* (Saken ble overført til Hedmark og Østerdal jordskifterett).

Riast-Hylling reinbeitedistrikt tatt til behandling.⁵⁰ Samene påsto at de hadde bruksrett som beskrevet under utskiftningen i 1883. Øst for «finnelinjen» hadde de rett til brensel, hesjemateriell og boder, samt rett til jakt og fiske. De påsto også at de hadde beiterett for rein slik den har vært «utøvd fra gammel tid». Dette ble under forhandlingene endret til at de hadde «hevdet rett til jakt og fiske i det område som ligger øst for den ovenfor beskrevne linje i Brekken sameie fra den tid loven om reindriften av 12. mai 1933 trådte i kraft.»⁵¹

Da tvisten ble tatt opp til avgjørelse, uttalte jordskifteretten at «[d]e særrettigheter som samene ble tilkjent ved utskiftningen av 1883 skulle opphøre, når forholdene er ordnet ved lov». Det ble deretter vist til lovene av 2. juni 1883 og 12. mai 1933. Om hevd uttalte jordskifteretten at en ifølge hevdslova fra 1874 ikke kunne hevde bruksrett uten synlig innretting. Unntakene i § 2 omfattet ikke rett til jakt, fangst og fiske. Det het også at samenes jakt hadde «vært sporadisk og tilfeldig og ingen av partene i Brekken sameie har gitt til kjenne at de har sett samene drive jakt eller fiske på deres eiendommer». Når det gjaldt fiske, var «jordskifteretten av den oppfatning at de båter samene har hatt i Hyllingen m.fl. plasser i hovedsak er blitt brukt til transport på Hydda og Hyllingen. Litt fiske har samene ... drevet, men ikke i den utstrekning og på en slik måte at det berettiger til hevd.» Jordskifteretten kom deretter til at samene ikke hadde «hevdet rett til jakt, fangst og fiske i Brekken sameie østenfor den linje de har påstått. Samenes rettigheter vil til enhver tid være angitt av de lover som gis av Stortinget om reindriften i Norge.»⁵²

Samene anket avgjørelsen. Vitneforklaringen til professor i finsk-ugriske språk, Knut Bergsland, medvirket til at lagmannsretten la til grunn at samene hadde oppholdt seg i «Brekken fjellmark» forut for oppsitterne. Lagmannsretten grunnet likevel sin dom på den oppfatning som Høyesterett hadde lagt til grunn i Rt. 1955 s. 361, og kom enstemmig til samme resultat som jordskifteretten:

⁵⁰ SAT: *Jordskifterettsbok for Gauldal domssøkn nr. 53 (1963-1974)* fol. 28–37.

⁵¹ I dette lå det implisitt at samenes rettigheter ble avvirket ved reindriftsloven av 1933, og at eldre bruk var uten betydning. Det må være tillatt å reise spørsmål om dette var samenes oppfatning, eller en følge av dommerens «materielle prosessledelse». Å hevde rett i medhold av datidens «snikhevslov» (Lov 23. mai 1874 angående visse Brugsrettigheter over fremmed Eiendom) må for samene sies å ha vært lite realistisk.

⁵² SAT: *Jordskifterettsbok for Gauldal domssøkn nr. 53 (1963-1974)*, fol. 36–37. Kjen-nelse 16. april 1964.

«Noe særskilt rettsgrunnlag, som skulle kunne hjemle rett for samene til å utøve fiske, fangst og jakt i de angjeldende områder, finner lagmannsretten ikke er til stede i nærværende sak. På samme måte som i Marsfjellsaken finner man at den århundre gamle bruksutøvelse, også når det gjelder fiske, fangst og jakt, som samene ubestridt har utøvd, ikke går utover den 'uskadelige nyttesrett' som samene til enhver tid har vært tillatt å utøve. Denne bruksutøvelse kan ikke ved hevd eller alders tids bruk skape et særskilt rettsgrunnlag, som senere lovgivning ikke fritt kan regulere.»⁵³

Reindriftssamisk bruk kunne ut fra dette ikke skape grunnlag for erverv av rettigheter det ikke sto lovgiver fritt til å regulere. Verken i jordskifteretten eller i ankeinstansen ble det reist spørsmål om jordskifterettens saklige kompetanse til å behandle reindriftsrettigheter, noe man må kunne formode hadde blitt gjort hvis dette var antatt å kunne være et argument for å omstøte avgjørelsen.

4.2 Rettsoppfatningen tilsidesettes i Brekken-dommen, Rt. 1968 s. 394

Samene anket lagmannsrettens dom på *prinsipielt grunnlag* og framholdt at anken rettet seg mot oppfatningen av samenes rettslige situasjon, som her og forut i Marsfjell-saken var rubrisert som en «uskadelig» eller «uskyldig nyttesrett», som samene til enhver tid har vært tillatt å utøve uten at det kan skape et særskilt rettsgrunnlag.

Da saken kom opp for Høyesterett, erkjente grunneierpartene at samene hadde nyttet det omtvistede området fra før bureisningen fant sted.⁵⁴ Det var heller ikke omstridt at samene hadde drevet et forholdsvis omfattende fiske. Likevel ble det fra grunneiernes side påstått at samene «på samme måte som utøvere av allemannsretter» ikke hadde «annen rett enn den lovgivningen til enhver tid bestemmer.» Høyesterett kom enstemmig til et annet resultat enn underinstansene, og slo fast at samisk bruk *kan* være rettsskapende. Førstvoterende uttalte at samenes bruk gjennom lang tid syntes «å ha vært stedbundet og i sin kjerne så festnet at

⁵³ STJA: *Frostatings Lagmannsretts dom av 14. nov. 1966 (ankesak 83/1964)*, maskinskrevet utdrag, s. 21–22.

⁵⁴ En «Oversikt over sydsamenes historie i Norge til 1751» av professor i finsk-ugriske språk, Knut Bergsland, framlagt for Høyesterett, var i så måte av sentral betydning.

den ikke kan sidestilles med utøvelse av en uskyldig nyttesrett eller allemannsrett». Han fant dessuten å legge «avgjørende vekt på den overenskomst som med utgangspunkt i tidligere bruk ble inngått 9. august 1873», samtidig som han tilbakeviste at det var snakk om «midlertidige rettigheter»: «[D]e rettigheter samene fikk ved overenskomsten av 1873, [ble] ikke ... begrenset ved det som ble protokollert under den etterfølgende utskiftning» (s. 402). Han kom etter dette til at «[s]amene i Riast-Hyllingen reinbeitedistrikt har under opphold med rein rett til å drive jakt, fangst og fiske til husbehov i Brekken sameie i området øst for en linje mellom Hyllingen og Dagvolsjøen fastsatt ved overenskomst av 9. august 1873 og grensegangforretning av 11. august 1873» (s. 404).

To uker senere ble Altevann II-dommen, Rt. 1968 s. 429, avsagt, hvor Høyesterett stadfestet at reindriftssamenes bruk nøy ekspropriasjonsrettslig vern. Få om noen ville etter dette hevde at reinbeiteretten utgjorde en «uskadelig nyttesrett».

4.3 Den ervervede rett er ikke beskyttet ved omdanning av beite til innmark

I relasjon til grunneiers disposisjoner ble det i Brekken-dommen uttalt at «[f]lyttsamenes mulighet for å fortsette en tidligere bruksutøvelse vil etter omstendighetene kunne bli begrenset ved at grunneierne gjennomfører nydyrking eller visse andre tiltak, og adgangen til å bruke annenmanns eiendom må også kunne reguleres ved lov» (s. 401). I praksis innebærer dette at reindriftssamene fortsatt hadde lavere prioritert der reinbeite ble omdannet til innmark, noe som skjedde som følge av jordskiftet.⁵⁵ Eksempelvis besluttet jordskifteretten i 1969 å flytte gården Haugen til Sølandet nord av Aursunden, et område som ble brukt som reinflytteveg. Dette skulle lede til to rettssaker, jf. Rt. 1975 s. 796 og Rt. 1978 s. 1202.

I Rt. 1975 s. 796, som gjaldt erstatning for beiteskade, kom Høyeste-

⁵⁵ I det påfølgende synes jordskifteretten å ha tatt *formelle* hensyn for å sikre reindriftssamenes rettigheter. I *praksis* ble dette *ikke* gjort i samme grad. Gjennom utlodning ble det etablert en eiendomsstruktur som beskar utmarksbeitene. For bufeholdere som fikk problemer som følge av oppløsning av sameie, ble det gitt overgangsordninger. For reineierne, som ikke kunne gå over til kulturbeite, ble slike ordninger ikke drøftet. (STJA: Maskinskrevet utskrift av rettsbok vedkommende sak nr. 2/1953 Jordskifte over Brekken sameie m.v., bruk under gnr. 78-102 og 132, Røros herred.)

retts kjæremålsutvalg til at selv om skaden var påført et nylig oppdyrket område som tidligere hadde vært reinbeite, gav det ikke grunnlag for en innskrenkende tolking av reindriftslovens objektive erstatningsregler. Utvalget sa at grunneier ikke hadde plikt til å sette opp eller vedlikeholde gjerde rundt innmarken til fredning mot rein. Skaden var dermed klart omfattet av lovens bokstav.

I den neste saken, Rt. 1978 s. 1202, en straffesak som kom opp i det samme området, sto en reineier tiltalt for ulovlig beiting. Han hevdet at det ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til reindriften under jordskiftet, hvor det var bestemt å legge ut det nå skadepåførte området til oppdyrking, noe som ble bekreftet av statskonsulenten i reindrift. I herredsrettens redegjørelse het det at eiendommen lå midt i reinsdyrenes trekk mellom sjøene Aursunden og Rien. Det framgikk også at bureiseren i 1971, straks etter oppdyrking startet, ble orientert om reineierens rettigheter og om at gården var blitt plassert midt i reintrekket. Reineieren ble under dissens frikjent av Nord-Østerdal herredsrett (3 mot 2). Frikjennelsen ble opphevet av Høyesterett (direkte anke) som følge av mangelfulle domsgrunner hos underinstansen når det gjaldt beiteskadene forårsaket på det området som var oppdyrket i reinflyttevegen.

For øvrig nevnes det at Høyesterett, obiter dictum, frambar et liknende syn i Rt. 1975 s. 1029 på s. 1033, hvor det het: «Gjennom nydyrking og driftsomlegging kan private grunneiere treffe tiltak som flyttsamene må avfinne seg med og må innrette sin reindrift etter.» Slikt syn ble også uttrykt i Ot.prp. nr. 9 (1976–77) s. 43: «Reindriften har aldri vært av slik art at eierens normale bruk av sin eiendom f.eks. gjennom oppdyrking, slått, bufebeiting og skogkultur har måttet vike.» Det het også at så vel eldre reindriftslovgivning som departementets utkast til lov, bygger på at retten til å utøve reindrift var uttømmende fastlagt i loven. Dette fikk stor betydning for oppfatningen av reinbeiterettens prioritet i konflikt med grunneieres rett.⁵⁶

⁵⁶ Uttalelsen på s. 43 var et svar til *Innstilling fra Reindriftslovkomiteen*, hvor det var foreslått å forby tiltak som var til vesentlig skade for reindriften dersom det ikke hadde ekspropriasjonsrett. Departementet foreslo i stedet å lovfeste regelen om at reinbeiteretten måtte vike for vanlig utnyttelse av eiendom, noe som resulterte i reinl. § 15. Regelen ble tydeliggjort angående grunneiers utnyttingsadgang ved endringslov nr. 8/1996. Avgjørelsene gjengitt i Rt. 1979 s. 1283 og RG 1984 s. 524 (Vardø) viser at domstolene la til grunn lovforbereders uttalelse om at reindriftsretten var uttømmende fastlagt i loven. Dette til tross for at landbrukskomiteen i *Innst. O nr. 37 (1977–78)* s. 6 unnlot å ta standpunkt til rettsgrunnlaget for reindriften rettigheter.

4.4 *Det er «samenes reindrift som næring» som har ekspropriasjonsrettslig vern*

I Kappfjelldommen gikk Høyesterett også langt i å omtale reindriftrrettens karakter, noe som har medvirket til at reindriftrretten er blitt betraktet som en «kollektiv næringsrett». Førstvoterende, som representerte flertallet, uttalte at det er «samenes reindrift som næring» som har ekspropriasjonsrettslig vern: «Det er selve reindriftnæringen med dens tradisjonelle og karakteristiske trekk i samenes livsform og livsgrunnlag som er gitt rettslig anerkjennelse og beskyttelse» (s. 1033).

Annenvoterende, som representerte mindretallet, var enig med flertallet i at det var «reindriften som næring» som nøt beskyttelse. Som en presisering anførte han at «karakteren av den rett som er beskyttet er ... vanskelig å innpasse i de tradisjonelle rettslige begreper». Han presiserte at det var flyttsamene som etnisk gruppe som var bærere av denne retten, og påpekte videre at det ikke var «naturlig å karakterisere den enkeltes beføyelse som utslag av en bruksrett eller servitutt eller annen individuell og eksklusiv rettighetsbeføyelse» (s. 1035).

5. *Nyere rettsoppfatning: Beiteretten ligger til siidaene*

5.1 *Om sedvaneretten i litteratur og forarbeider*

Sedvaneretten er gitt større plass innen «sameretten» gjennom ratifiseringen av ILO-konvensjon nr. 169,⁵⁷ og senest vedtagelsen av finnmarksloven.⁵⁸ Hvilken sedvanerett som eksisterer, er derfor av betydning. Allerede i 1933 beskrev *Erik Solem* «[r]einlappenes utvilsomme rett til reinbeiting» som «så gammel og hevdvunnen at det neppe vilde være adgang til å forby den», selv om det ikke fantes noen lov som hadde gitt den sanksjon. Når det gjaldt rett til beiteplass, var han utvilsomt av den oppfatning at retten lå til siidaen:

⁵⁷ ILO konvensjon nr. 169 art. 8 nr. 1 har følgende ordlyd: «Ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk, skal det tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett.»

⁵⁸ Jf. Lov 17.juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke § 3.

«[R]etten til beiteplassene vinter og sommer er felles for *siidâen*. Såvidt jeg har forstått det, er det ikke den enkelte *iseds* [siidaleders] rett til beiteplassene som gjøres gjeldende; det er *siidâens* rett representert ved *ised*. Ganske visst er denne rett av skjør natur når vi ser på den fra et moderne synspunkt på en subjektiv rett, men at den efter lappenes syn på forholdet må opfattes som en slags rett er visstnok ikke tvilsomt.»⁵⁹

I 1972 var *Sverre Tønnesen* kritisk til at man i reindriftsloven hadde konsentrert oppmerksomheten omkring retten til å drive reindrift som en næringsrett som var mindre beskyttet mot inngrep og regulering enn en tinglig rett. Tønnesen var selv ikke i tvil om at «flyttsamenes rett til å drive reindriftnæring på en bestemt måte og et bestemt sted ikke bør bedømmes annerledes enn sør-norske bondegruppers rett til å drive jordbruk, selv om disse beskyttes av termer som 'eiendomsrett' til grunn og 'særrett' til almenning.»⁶⁰

I *Kappfjell-dommen* ga Høyesterett, som vi har sett, uttrykk for en annen oppfatning, idet den anførte at det er «samenes reindrift som næring» som nyter vern, og at reindriftssamer som ble utsatt for inngrep på bestemte steder, kunne finne nye beitearealer innenfor «det vidstrakte areal som den nedarvede beiterett kan utøves på.» Dette ble kritisert av *Samerettsutvalgets rettsgruppe* som i NOU 1993: 34 uttalte at selv om dette ikke var formalisert i loven, hadde det «i alle fall hittil normalt vært uskrevne normer som har definert de forskjellige gruppers områder innenfor distriktets totale areal. I en slik situasjon vil det neppe være riktig å vurdere en driftsgruppes tap, f.eks. av beiteareal, i forhold til distriktets samlede kapasitet.»⁶¹

Spørsmålet er også belyst av *Kirsti Strøm Bull*, som har påpekt at «den enkelte siida-gruppe har gjennom sedvanemessig bruk normalt sitt faste areal for vinterbeite, har sin flyttevei og kalvingsplass samt sommerland m.v. Denne bruken vil i mange tilfeller være så fast og langvarig at man kan snakke om en bruk etablert gjennom alders tid, og dermed en sær-

⁵⁹ *Solem* s. 187–188. Arbeidet var basert på erfaring fra Solems tid som sorenskriver i Tana 1912–21.

⁶⁰ *Tønnesen* s. 188. Tønnesen påpekte også at reindriftsretten var eldre enn grunneierretten, men at førstnevnte likevel hadde lavere prioritet enn sistnevnte. Unntaket var beite i utmark, hvor «vel husdyr-beiteretten og rein-beiteretten [er] likestillet», og «de mere konsentrerte rettighetene til bestemte flytteveger», som i prinsippet ikke vek for grunneiers rett, s. 206–207.

⁶¹ *NOU 1993: 34* s. 213.

rett for den siida det gjelder.» Også reindriftslovutvalget synes i stor grad å slutte seg til dette synet.⁶²

Gjennom utredningen av samiske sedvaner og rettsoppfatninger tilknyttet Samerettsutvalget er det kommet flere bidrag som peker på det samme. *Elina Helander* legger til grunn at «siiddastallat» er et samisk begrep som betyr at reindriftsberettigede må holde seg innom et visst beiteområde som de har tradisjon for å bruke.⁶³ En informant uttrykte det slik: «Man kan inte på måfå flytta till andras betesområden ... Dessa lagar är inte nedtecknade någonstans». Hun viser også til overenskomster mellom siidaene, og at områdene der en persons forfedre har holdt til, går i arv. Liknende observasjoner ligger også til grunn for bidraget til *Nils Oskal* og *Mikkel Nils Sara* i samme utredning, og i en nylig publisert fremstilling av *Geir Hågvar*.⁶⁴

Det må dermed kunne sies at beskrivelser og observasjoner av reindriftssamenes beiterett entydig peker i retning av at vi har å gjøre med en rett som ligger til klart definerte reindriftsutøvere knyttet sammen i en siidaorganisasjon. Dette en kollektiv rett, men som sådan en rett hvor de berettigede hører til en bestemt krets. I mer generell tingsrettslig litteratur beskrives reindriftsretten som kollektiv uten at det tas stilling til rettssubjektet.⁶⁵

5.2 En erkjennelse av at beiterett ligger til siidaen, *Rt. 2000 s. 1578*

I Brekken- og Altevann II-dommene ble det slått fast at reindriftssamers bruk gjennom alders tid nøt rettsvern. Disse dommene, og flere påfølgende Høyesterettsdommer, hadde sitt utgangspunkt i tvist med grupper utenfor reindriften, eller som følge av offentlige inngrep i beiteland. Det har således ikke vært påkrevd for Høyesterett å ta stilling til spør-

⁶² *Strøm Bull* 1997 s. 51 og *NOU 2001: 35* s. 72–74.

⁶³ *Helander* i *NOU 2001: 34* s. 456. Basert på intervjuer med reindriftsutøvere i et område i Øst-Finnmark er hun kommet til at reineiere er av den oppfatning at reinen må holdes innen «siiddastallat».

⁶⁴ *Oskal* og *Sara* i *NOU 2001: 34* s. 249 flg. og *Hågvar*.

⁶⁵ Se *Falkanger 2000* s. 70 og *Falkanger 2005* s. 65–66. Sammen med allemannsrettigheter og bygdelags rett i allmenning, fremheves rettigheter «knyttet til reindriftnæringen» som kollektive rettigheter. Se også *Austenå* 1998 s. 597–599 og *Austenå og Øvstedal 2000* s. 38.

målet om reindriftsretten ligger til samene som folkegruppe, slik det prejudisielt ble lagt til grunn i Rt. 1975 s. 1029, eller om hver driftsenhet eller siidagruppe har eksklusive beiterettigheter. For å kunne fastlegge omfanget av en reindriftsparts rettsgrunnlag og således muligheten til å behandle rettigheten etter vilkår for jordskifte, er det av stor betydning om beiteretten ligger til en bestemt eller ubestemt krets.

I *Seiland-dommen*, Rt. 2000 s. 1578, behandlet Høyesterett for første gang et erstatningskrav fra en driftsgruppe og ikke et reinbeitedistrikt. Saken gjaldt erstatning for et kraftverks endrede nedtappingsmønster. Høyesterett la til grunn at en siida innen distriktet ikke kunne disponere deler av distriktet som andre siidaer hadde etablerte rettigheter til. At gruppen ikke kunne bruke hele distriktet, fikk betydning for erstatningsutmålingen. I Alta herredsrett var Alta Kraftlag blitt dømt til å betale erstatning til reindriftsgruppen. I Hålogaland lagmannsrett ble kraftlaget frifunnet. Lagmannsretten var kommet til at de ulempene som reguleringen medførte, ikke oversteg tålegrensen, da det tapte areal bare utgjorde en liten del av *distriktets* totale beiteareal.

Høyesterett kom til at den ankende part *hadde* krav på erstatning, og sa at virkningen av å miste et beiteområde var avhengig av hvilke beiter som driftgruppen ellers hadde anledning til å bruke:

«Flertallet i lagmannsrettens bemerkninger om at det beiteland Kemi-gruppen er avskåret fra representerer en meget beskjeden del av det totale beiteområdet i reindriftsdistriktet, er derfor ikke treffende. Areal som i utgangspunktet disponeres av andre driftsgrupper i distriktet, vil bare kunne trekkes inn i vurderingen dersom det kan legges til grunn at Kemi-gruppen vil få anledning til å anvende disse» (s. 1589–1590).

Høyesterett la til grunn at hele distriktets areal ikke var disponibelt for reindriftsgruppen. Det tapte areal ble vurdert i forhold til det areal gruppen disponerte. Høyesterett la dermed implisitt til grunn at reindriftsretten ikke var kollektiv i ubestemt forstand, men lå til siida eller mer presist, siidagruppens medlemmer, som rettigheter av privat karakter, og støttet dermed langt på veg den sedvanerett det er vist til foran.

Selbu-dommen, Rt. 2001 s. 769, hvor Høyesterett i plenum slo fast at reindriftsretten «er en selvstendig rett hvor rettsgrunnlaget er alders tids bruk» (s. 788), er åpenbart viktig i relasjon til status for reindriftssamenes bruksrett. Jeg har likevel ikke funnet det påkrevd å gå inn på den, da

den i relasjon til reindriftsrettens karakter, hvem som er rettssubjekt, og muligheten for jordskiftemessig behandling, ikke gir mer veiledning enn hva jeg har funnet i Seiland-dommen.

*6. Reindriftsrettens kollektive karakter er ikke til hinder for
bruksordning etter vilkårene for jordskifte*

Foran har vi sett at det har vært varierende oppfatninger om reindriftsrettens karakter og grunnlag, hvor den tidvis ikke har vært betraktet som noen selvstendig «rett». Dette har formodentlig påvirket reindriftssamenes adgang til å bli gjort til part i saker hvor de naturlig ville hatt behov for å ivareta sine bruksrettigheter, herunder også i jordskiftesaker. Det gjennomgåtte kildematerialet viser imidlertid at det *ikke* har blitt reist spørsmål ved jordskifte- eller utskiftningsrettens saklige kompetansebegrensning i nevnbare grad. Dette gjelder både sakene vi har sett på fra siste halvdel av 1800-tallet, og sakene fra 1900-tallet. De sistnevnte sakene sier imidlertid lite om jordskifterettens materielle kompetanse, da domstolene kom til at reindriftssamene *ikke* hadde rettigheter til beite, jakt eller fiske. I saken fra Finnmark jordskifterett som det vises til i punkt 2.1, ble spørsmålet reist, uten at det førte fram i jordskifteretten som kom til at den hadde kompetanse etter jskl. § 17. Under ankebehandlingen ble spørsmålet trukket før realitetsbehandling.

Brekken-utskiftningen er dermed den eneste saken fram til lov nr. 8/1996 trådte ikraft hvor reindriftssamers bruksretter har vært gjenstand for særlig materiell vurdering. Sett i forhold til den fremstilling som senere ble gitt om jordskifterettens saklige kompetanse, kan det reises spørsmål om utskiftningsformann Sv. Olsens gikk utover denne i Brekken-utskiftningen. Etter mitt skjønn må det svares benektende på det. Olsens oppfatning av reinbeiteretten som en bruksrett var i tråd med tidens oppfatning. Det er intet som peker på at han foretok seg annet enn det datidens utskiftningslov og praksis skulle tilsi. At hans praksis utmerker seg i dag, skyldes heller at Trondhjemsamtene var det eneste området med samisk reindrift hvor utmarken samtidig i stor grad besto av jordsameie. Det var således naturlig at en fikk slike saker her. At senere utskiftningsformenn og jordskiftedommere ikke betraktet reindriftssamenes rettigheter som bruksretter under jordskifte, skyldes forhold som lå utenfor deres kompetanse. Ikke lenge etter at Brekken-utskiftningen

var sluttført, fikk man en dreining både i synet på samenes tilstedeværelse i det sørsamiske området, og reindriftrrettens grunnlag og karakter. Denne dreiningen ble lagt til grunn av Høyesterett. Nær sagt selvfølgelig fikk den følger for utskiftningsrettene.

Brekken-utskiftningen, over 100 år tilbake i tid, er alene ikke nok til å slå fast at jordskifterettene hadde saklig kompetanse til å behandle reindriftssamiske bruksrettigheter før lovendringen i 1996. Hvis en imidlertid legger til grunn at reindriftrretten er en bruksrett, slik det ble gjort før den kulturhierarkiske rettstenkningen fikk fotfeste, og slik det i dag framgår av reinl. § 9, må en, selv med jordskifterettens positivt avgrensede kompetanse, formode at de som hevder at disse rettighetene *ikke* omfattes av jordskiftelovens bruksrettsbegrep, og således ikke kan være gjenstand for å jordskifte, jf. jskl. § 5, første ledd, må begrunne dette.

Foran har vi sett at jordskifterettslig teori på området fikk stor betydning og nærmest framsto som en «lære». I Christensens kommentarutgave, som var den sentrale kilden til denne læren, ble det lagt til grunn at reindriftssamenes rettigheter var av en «særegen karakter» som falt utenom jordskiftelovens «forskrifter» om bruksordning. Selv om forfatteren var tilknyttet Landbruksdepartementet, fremsto dette *kun* som en påstand, og manglet henvisning til relevante kilder. «Christensens lære» ble senere videreført av andre forfattere. I tilknytning til dette må det sies at i en etnokulturell og agrar sammenheng vil en kunne beskrive reindriftssames beitebruk som særegen. Muligens kan man også bruke begrepet i juridisk forstand, uten at det endrer ved at dette er en alltidvarende bruksrett.

Det departementale rundskriv fra 1938 som det er henvist til i nevnte kommentarutgave, setter etter det jeg kan se, ingen begrensninger i jordskifterettens kompetanse, men er tvert imot en begrunnet oppfordring om å *ta hensyn* til reindriftssamenes rettigheter ved jordskifte. Det forelå dermed ikke lovforarbeider eller departementale oppfatninger som ga uttrykk for at jordskifteretten trengte en særskilt hjemmel for å behandle reinbeitespørsmål før i St.meld. nr. 28 (1991–92). Da ble det uttalt at jordskifteretten *hadde* slik kompetanse, men trengte en egen hjemmel for at slike spørsmål kunne være gjenstand for *særskilt sak*. Først i Ot.prp. nr. 28 (1994–95) ble det lagt til grunn at jordskifteretten trengte en egen «generell» hjemmel for å behandle reindriftr-

rettigheter. Dette ble grunnlagt med at reinbeiteretten var av en «særegen kollektiv karakter» som falt «utenfor jordskiftelovens bruksrettsbegrep».

Gjennom store deler av 1900-tallet ble reinbeiteretten behandlet som en «uskadelig nyttesrett». Dette innebar en faktisk begrensning i så vel kompetanse som saksanlegg, da innehaver av en slik rett ikke hadde kravkompetanse, like lite som det var sannsynlig at andre med rettslig interesse ville stevne vedkommende for retten for å få ordnet beitebruk eller løst en rettstvist. I Brekken-dommen, Rt. 1968 s. 394, satte Høyesterett denne oppfatningen til side.

I Kappfjell-dommen, Rt. 1975 s. 1029, la Høyesterett i sine premisser til grunn at reindriftsretten var en «kollektiv næringsrett» knyttet til en ubestemt krets; nemlig samene som folkegruppe. Dommen er senere blitt tatt til inntekt for at reinbeiterettighetene er av en ubestemt kollektiv karakter som ikke kan gjøres til gjenstand for krav om jordskifte. I Seiland-dommen, Rt. 2001 s. 1578, kom Høyesterett til at reindriftsretten ikke var en kollektiv rett for reinbeitedistriktet, men knyttet til bestemte driftsgrupper som en rett av privat karakter. Dette samsvarer godt med den sedvanerettslige oppfatningen en forholdsvis samstemt gruppe av så vel juridiske som andre fagforfattere har påpekt ut fra observasjoner, kildestudier og kontakt med reindriftsberettigede.

Dette leder etter mitt skjønn til at samenes adgang til å drive reindrift må betraktes som en privatrettslig bruksrett også i sammenheng med jordskifte. Det mest nærliggende er at medlemmene av siidaen i fellesskap er rettsbærere eller rettssubjekter for beiteretten. Det avgjørende for om en bruksrett i denne sammenheng kan være gjenstand for jordskifte, kan ikke være om den er av «kollektiv karakter», men om gruppens medlemmer utgjør en *bestemt krets* med et *bestemt areal*. Det gjør siidaens medlemmer. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at reindriftsrettens «utpregede kollektive særtrekk» skulle være et større hinder for bruksordning basert på vilkårene for jordskifte enn et jordsameie. Den argumentasjon som er nyttet i Ot.prp. nr. 28 (1994–95) for å avgrense jordskifterettens saklige kompetanse i relasjon til reindriftssamenes bruksretter, var i stor grad basert på premissene i Kappfjell-dommen, hvor tvisten ikke sto om saklig kompetanse eller om privatrettslige forhold mellom reindriftsutøvere. Etter mitt skjønn er det lagt for stor

vekt på denne dommen.⁶⁶ Samtidig er andre rettskilder i liten grad blitt vektlagt. At oppfatningen i Rt. 1975 s. 1029 langt på veg ble tilsidesatt i Rt. 2000 s. 1578, må også tas i betraktning.⁶⁷

Etter en samlet gjennomgang av rettskildene, må det kunne sies at det er tvilsomt om det standpunkt departementet inntok i forarbeidet til lov nr. 8/1996, og som ledet til at jordskifteloven i liten grad fikk anvendelse for reindriften, var basert på en korrekt rettsoppfatning i samtiden. Den tvil som eventuelt måtte foreligge på midten av 1990-tallet, er nå satt til side av de seneste årenes rettsutvikling. Departementets begrunnelse om at reindriftsretten er en kollektiv grupperett som faller utenfor jordskiftelovens bruksrettsbegrep, synes langt på veg å være en argumentasjon for nødvendigheten av et påstartet lovarbeid etter at departementet hadde endret standpunkt. At den kollektive karakteren ble tillagt betydning for ordningen av interne reindriftsforhold, men ikke for forhold mellom reindriftsutøvere og jordbrukere, underbygger det.

Arealkonflikter og uklare rettsforhold, som påvirker reindriften negativt både privatøkonomisk, miljømessig og samfunnsøkonomisk, var blant grunnene til at departementet i St.meld. nr. 28 (1991–92) ønsket å tilrettelegge for at reindriftsutøvere kunne nytte jordskiftelovens regler. Behovet for å kunne ordne beitebruk innen de samiske reinbeiteområdene har ikke blitt redusert det siste tiåret. En økt erkjennelse av at reindriftsassamene har rettigheter av privatrettslig karakter, har derimot økt behovet, herunder også for å kunne se om de mekanismer som har vært nyttet for å ordne beitebruk og annet i utmarkssameier, kan gis anvendelse. Når det nå kan pekes på at den oppfatning av reindriftsrettens karakter som lå til grunn for lov nr. 8/1996 ikke var treffende, samtidig som lovarbeidet var ufullstendig mht. belysning av reindriftsretten i relasjon til skiftegrunnlag og de materielle vilkårene for jordskifte, bør dette etter mitt syn lede til at bestemmelsene blir sett på i den pågående revisjonen av jordskifteloven, se note 8.

Rettspolitisk må det kunne anføres at reglene i jskl. § 2 bokstav c nr. 3

⁶⁶ Nevnes kan at *Hågvar* s. 169 har påpekt at fremstillingen av reindriftsretten som kollektivt tilliggende det samiske folk i Ot.prp. nr. 28 (1994–95) er unyansert og nærmest framstår som en dogme.

⁶⁷ For begge disse dommene kan det påpekes at tvisten ikke gjaldt privatrettslige forhold mellom reindriftsutøvere, men erstatningsutmåling for inngrep i beiteland som følge av vassdragsregulering. Dette må vektlægges når man skal vurdere disse dommens prejudikatverdi i forhold til dette arbeidets problemstilling.

og § 5 sjette ledd, som ble vedtatt i 1996 og i dag langt på veg er til *hinder* for at reindriftssamer har reell adgang til jordskiftelovens virkemidler, bør sees på ved en slik revisjon. Erkjennelsen av at reindriftssamer kan ha bruksrettigheter av privatrettslig karakter, bør innebære at de i større grad blir likestilt med andre bruksrettshavere, også i jordskifterettslig sammenheng.

Hindringene for at reindriftsutøvere skal kunne kreve bruksordning, ligger etter mitt skjønn ikke i at reindriftssamenes bruksrettigheter er av en særegen kollektiv karakter, slik det ble lagt til grunn av lovgiver i 1996. Derimot kan det ligge begrensninger i *reindriftssamisk sedvane* (jf. note 59). Likeledes kan det ligge begrensninger i reindriftsrettens *dynamiske eller forandelige karakter*, slik det gjør for bruksrettigheter på et *allmenningsrettslig grunnlag*. Utover dette må begrensningene vurderes ut fra de grunnleggende materielle vilkårene for jordskifte; altså om det totalt sett er mulig å oppnå mer tjenlige forhold, samtidig som ingen part blir påført tap. Noe av reindriften egenart ligger nettopp i at enkeltindivider eller siidaer ikke har hatt noen fast størrelse på sin andel av fellesskapet. For å kunne ta stilling til om de materielle vilkårene er til stede, kreves det belyst hvordan skifte- eller fordelingsgrunnlag kan fastsettes. Dette ble ikke gjort ved forrige lovrevisjon og bør nå få den oppmerksomhet det fortjener.

Hvordan dette skal skje, gir ikke rammene for dette arbeidet grunnlag for å drøfte. En tilnærming ut fra etablert, historisk bruk, bør være et utgangspunkt her, som det er for fastsetting av omfanget av andre tinglige rettigheter. At jordskiftedommerne også må få en bredere faktisk kompetanse i reindrift og samisk kultur, samtidig som reindriftssamer må være representert i domsutvalg, er andre forutsetninger. I likhet med forvaltningen og de alminnelige domstolene må også jordskifterettene være åpne for at reindriftssamene, som en del av det samiske folk, har en egen rettskultur, så vel som materiell kultur, og således også egne sedvaner.

Henvisninger

Arkivmateriale

Finnmark jordskifteretts arkiv: Utdrag av rettsbok for Finnmark jordskiftesokn, Tana og Varanger domssokn, sak 2/1971 og Hålogaland

lagmannsrett, dom av 11. okt. 1988, sak nr. 123/1987A; *Helgeland jordskifteretts arkiv* Maskinskrevet rettsbok Nord-Helgeland jordskifterett sak nr. 24/1980. *Statsarkivet i Trondhjem (SAT)*: Ekstraktutskrift av utskiftningsprotokoll nr. VI (1872-1875) for utskiftningsformannen i Søndre Trondhjems amt, Utskiftningsprotokoll nr. VIII (1879-1883) for utskiftningsformann Sv. Olsen i Søndre Trondhjems amt, Utskiftningsprotokoll 17 a for Gauldal sorenskriveri (1937-1943), Jordskifterettsbok for Gauldal domssokn nr. 53 (1963-1974) sak 2/1953; *Sør-Trøndelag jordskifteretts arkiv (STJA)*: Maskinskrevet utskrift av rettsbok vedkommende sak nr. 2/1953 Jordskifte over Brekken sameie m.v., bruk under gnr. 78-102 og 132, Røros herred, Frostating Lagmannsretts dom av 14. nov. 1966 (ankesak 83/1964), maskinskrevet utdrag; *Riksarkivet*: Eske 26 ark. nr. 5/01/1/2.

Forarbeider:

Høringsnotat: Forslag til endringer i lov om reindrift og lov om jordskifte, av 27. juli 1993; *Indberetning* fra den ved kongelig Resolution af 12de Juli 1889 til Undersøgelse af Lappeforholdene i Hedmarkens, Søndre- og Nordre Trondhjems Amter anordnede Kommission (*Indberetning av 1892*); *Indberetning* fra den ved kongelig Resolution af 6te Juli 1892 til Undersøgelse af Lappeforholdene i Nordlands Amt anordnede kommission (*Indberetning av 1894*); Indstilling fra den ved Stortingets Beslutning af 27de Juli 1897 og kongelig Resolusjon af 9de September s. Å. nedsatte Komission, 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 2den Juni 1883 er traadt ud af Kraft (*Indstilling 1904*); *Innstilling fra beitekomiteen* opnevnt (av Landbruksdepartementet) 1935. Avgitt desember 1939; *Innstilling fra Reindriftslovkomiteen*. Komiteen oppnevnt ved kongelig resolusjon av 29. april 1960. Avgitt 23. november 1966; *Innst. O. nr. 37 (1977-78)* Innstilling fra landbrukskomiteen om lov om reindrift. *Innst. S. nr. 167 (1991-92)* Innstilling fra landbrukskomiteen om framtidig reindriftpolitikk (En bærekraftig reindrift.); *NOU 1984: 18* Om samers rettsstilling; *NOU 1985: 32* Revisjon av almenningslovgivningen; *NOU 1993: 34* Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark – bakgrunnsmateriale for Same-rettsutvalget; *NOU 2001: 34* Samiske sedvaner og rettsoppfatninger –

bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget; *NOU 2001: 35* Forslag til endringer i reindriftsloven; *Ot.prp. nr. 9 (1976–77)* Om lov om reindrift; *Ot.prp. nr. 28 (1994–95)* Om lov om endringer i reindriftsloven, jordskifteloven og viltloven; *Ot.prp. nr. 106 (2002–2003)* Om lov om endringer i domstolloven og jordskifteloven; *St.meld. nr. 28 (1991–92)* En bærekraftig reindrift; *Utkast til lov om reindriften*. Etter landbruksdepartementets anmodning, utarbeidet av riksadvokat P. Kjerschow (1922).

Litteratur

Arne G. Arnesen: Reindriftsamenes rettslige stilling i Norge, i *Trond Thuen* (red.) Samene - urbefolkning og minoritet (Oslo 1980); *Torgeir Austenå*: «Rettskraftsproblemer i saker om reinbeiterett» i David R. Doublet, Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken (red.) Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen, 19. februar 1998 (Bergen 1998). *Torgeir Austenå og Sverre Øvstedal*: Jordskifteloven med kommentarer (Oslo 1984); *Torgeir Austenå og Sverre Øvstedal*: Jordskifteloven med kommentarer, 2. utg. (Oslo 1994); *Torgeir Austenå og Sverre Øvstedal*: Jordskifteloven med kommentarer, 3. utg. (Oslo 2000); *Fr. Brandt*: Tingsretten, fremstille tefter den norske lovgivning, 2. opplag (Kristiania 1878); *Sjur Brækhus og Axel Hærem*: Norsk Tingsrett, (Oslo 1964); *Kirsti Strøm Bull*: Studier i Reindriftsrett (Oslo 1997); *Kirsti Strøm Bull, Nils Oskal og Mikkel N. Sara*: Reindriften i Finnmark. Rettshistorie (Oslo 2001); *Kirsti Strøm Bull*: Samiske sedvaner som rettsgrunnlag for medbestemmelse i *Bjørn Bjørkli og Per Selle, P.* (red.) Samer, makt og demokrati (Oslo 2003); *Kirsti Strøm Bull*: Lappekodisillen og 1905, i *Ola Mestad og Dag Michalsen* (red.) Rett, Nasjon og Union, Den svensk-norske unionenes rettslige historie 1814–1905 (Oslo 2005); *Helge Christensen*: Jordskifteloven med kommentar, 2. utg. (Oslo 1962); *Thor Falkanger*: Tingsrett, 5. utg. (Oslo 2000); *Thor Falkanger*: Fast eiendoms rettsforhold, 3. utg. (Oslo 2005); *Nikolaus Gjelsvik*: Norsk tingsrett, 3. utg. ved Erik Solem (Oslo 1936); *Elina Helander*: «Samiska rättsuppfattningar i Tana og Rätt i Deanodat» i *NOU 2001: 34*; *Geir Hågvær*: Den samiske rettsdannelse i indre Finnmark: om nordsamenes rettsorden, grunnlovsvernet og selvbestemmelsen, (Diedut 2/ 2006); *Jørgen Haavardsholm*: Hva er vikingtiden? i *Dagbladet* 29. mai 2004; *Yngvar Nielsen*: Lappernes fremrykning mod syd i Thronhjems stift og Hedemarkens amt, i *Det norske geografiske selskabs årbog* 1 1889/1890 (Kristiania 1891); *Oskal, Nils og Sara, Mikkel Nils*: «Reindriftsamiske sedvaner og rettsoppfatninger om land» i *NOU 2001: 34*; *Fredrik Stang*: Innledning til formueretten, 3. utg. (Oslo 1935); *Erik Solem*: Lappiske rettsstudier (Oslo 1933). *Sverre Tønnesen*: Retten til jorden i Finnmark (Bergen 1972); *Jan Endre Aasmundtveit*: Om jordskifte og reindriftsrettigheter (Ås-NLH 1991a); *Jan Endre Aasmundtveit*: «Jordskifte og reindriftsrettigheter», i *Kart og Plan* 51 s. 263–268 (1991b).