



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a paper published in .

Citation for the original published paper (version of record):

Brännström, M. (2018)

Samiska markrättigheter i förändring?: Hovrättens dom i Girjas-målet väcker frågor om innebörden av rättigheter till fast egendom

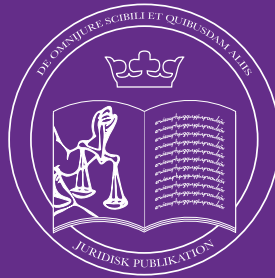
Juridisk Publikation, (1): 25-47

Access to the published version may require subscription.

N.B. When citing this work, cite the original published paper.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-147914>



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Malin Brännström

Samiska markrättigheter i förändring?
– Hovrättens dom i Girjas-målet väcker frågor om innebörden
av rättigheter till fast egendom

Särtryck ur häfte 1/2018

SAMISKA MARKRÄTTIGHETER I FÖRÄNDRING?

— HOVRÄTTENS DOM I GIRJAS-MÅLET VÄCKER FRÅGOR OM INNEBÖRDEN AV RÄTTIGHETER TILL FAST EGENDOM

Av Malin Brännström¹

I januari i år meddelade Hovrätten för Övre Norrland dom i det så kallade Girjas-målet. Tvisten gäller frågan om Girjas sameby eller staten innehar jakt- och fiskerättigheterna inom samebyns marker ovan odlingsgränsen och vem som därmed har rätt att bestämma över de upplåtelser som görs till andra. Vid en första anblick tycks målet främst gälla förhållandena i Norrland och dess intressegrupper. Tvisten berör dock flera rättsliga frågeställningar som är av intresse även ur ett mer övergripande juridiskt perspektiv. I artikeln beskrivs den historiska bakgrunden till tvisten och domstolarnas bedömningar i målet. Därefter behandlas ett antal rättsliga frågeställningar om markrättigheters innebörd som aktualiseras genom hovrättens dom. Det konstateras att det är nödvändigt att ytterligare klargöra vissa rättsfrågor, vilket gör att förutsättningarna för prövnings-tillstånd hos Högsta domstolen bör vara goda.

I. INLEDNING

Samernas jakt- och fiskerättigheter i fjällområdena har länge varit omdiskuterade. Oklarheterna om rättigheternas innebörd har gjort att det inte gått att genomföra förändringar i dagens upplåtelsesystem som sköts av länsstyrelserna. Samebyarna och deras medlemmar har länge menat att jakt- och fiskerättigheterna i fjällområden tillhör dem och de vill därmed ha ett större inflytande över hur upplåtelseerna av jakt och fiske görs till andra. Sedan slutet av 1980-talet har staten gjort gällande att den som markägare har en jakt- och fiskerätt som är överordnad samernas. Därför anser staten att länsstyrelserna kan fortsätta att fatta beslut om upplåtelser till andra. Rättsläget är oklart och frågan har inte gått att åtgärda genom politiska beslut eftersom intressekonflikterna är för stora. Representanter för samerna har därför valt att vända sig till domstol för att få innebörden av de samiska jakt- och fiskerättigheterna prövade i det så kallade Girjas-målet.

¹ Jur.dr verksam som lärare och forskare vid Juridiska institutionen, Umeå universitet och Institutet för subarktisk landskapsforskning, Silvermuseet, Arjeplog. Tidigare förbundsjurist vid Svenska Samernas Riksförbund under den tid som stämningsansökan i Girjas-målet förbereddes.

Två instanser har nu prövat målet och kommit fram till att Girjas sameby har ensamrätt till jakten och fisket i förhållande till staten.² Hovrätten för Övre Norrland har emellertid funnit att det ändå är förenligt med grundlagen och folkrätten att staten fattar beslut om de upplåtelse av jakt och fiske som görs till andra. Avsikten med denna artikel är att beskriva den historiska bakgrunden till tvisten, tvistens utformning och domstolarnas bedömning av vissa rättsfrågor. Vidare är avsikten att peka ut vissa oklarheter i de slutsatser som hovrätten drar och reflektera kring dessa ur ett fastighetsrättsligt perspektiv. I domen behandlas även frågor om diskriminering och de svenska bestämmelsernas överensstämmelse med Sveriges folkrättsliga åtaganden. Dessa frågor behandlas emellertid i princip inte i denna artikel, som har en mer fastighetsrättslig inriktning.

2. TVISTENS HISTORISKA BAKGRUND

För att förstå innebörden av de samiska markrättigheterna och dagens komplexa rättsliga situation bör de historiska förhållandena beaktas.³ Därför beskrivs i detta avsnitt tvistens historiska bakgrund. Det finns dock bara utrymme för en mer övergripande beskrivning av de historiska skeendena och rättsutvecklingen på området.⁴

2.1 SAMISK MARKANVÄNDNING OCH KOLONISATIONSPROCESSEN

Under lång tid levde samerna i princip utan konkurrens från andra i Norrlands inland.⁵ Det samiska samhället utgick från en indelning i ett siida-system, vilket innebar en fördelning av markerna mellan olika grupper, ofta familjevis.⁶ Inom ett siida-område användes alla de resurser som fanns tillgängliga i naturen för familjens försörjning och överlevnad.⁷ Jakten och fisket var centrala och helt nödvändiga inslag i hushållningen.⁸ Samerna hade hela tiden kontakt med

2 Gällivare tingsrätts dom 2016-02-03, mål nr T 323-09 och Hovrätten för Övre Norrlands dom 2018-01-23, mål nr T 214-16.

3 Bengtsson, Bertil, *Samerätt: En översikt*, Stockholm 2004, s. 12 och Brännström, Malin, *Skogsbruk och renskötsel på samma mark, En rättsvetenskaplig studie av äganderätten och renskötselrätten* (diss.), Umeå universitet, 2017, s. 87–104.

4 För en utförligare beskrivning av de historiska förhållandena vad gäller jakt och fiske, se Lennart Lundmark i *SOU 2005:79, Vem får jaga och fiska? Historia, folkrätt och miljö*, s. 9–30.

5 *SOU 2006:14, Samernas sedvanemarkar*, s. 85.

6 *SOU 2006:14*, s. 110 och Labba, Kristina, *Renskötselns interna organisering* (diss.), Tromsö universitet, 2018, s. 26–27.

7 Rautio, Anna-Maria m.fl., *People and pines 1555–1910: integrating ecology, history and archaeology to assess long-term resource use in northern Fennoscandia*, *Landscape Ecology*, 2015, 31(2), s. 337–349.

8 Lundmark, 2005, s. 9–10.

folk i de omgivande områdena och de hade viktiga handelsvaror som var eftertraktade i Skandinavien och övriga Europa, exempelvis vilt, pälsar och fisk.⁹

Fram till medeltidens slut hade kronan inga andra intressen än handel i det som idag är Norrlands inland. Vid mitten av 1550-talet införde Gustav Vasa ett nytt beskattningssystem med tillresande statliga fogdar i dessa områden. Skatten bestod till största delen av renhudar, silver och pälsverk av olika slag. Skinnhandeln var en lönsam affär för den svenska staten.¹⁰ Kronan benämnde området där samerna bodde för ”lappmarken” och detta område delades även in i olika ”lappmarker”, vilka främst utgjorde en indelning för handel och kamerala frågor.¹¹

Under 1600-talet blev kronans inflytande över Norrlands inland tydligare. Enligt kungens direktiv skulle fogdarna ”hjälpa dessa lappar till lag och rättvisa”.¹² Kronan började vidta åtgärder för att förmå människor att bosätta sig i inlandet. Viktiga drivkrafter för detta var möjligheten till skatteintäkter och att få svensk kontroll över områdena. Även bergsnäringen bidrog till att kronan ville få till stånd en befolkningstillväxt i lappmarkerna.¹³ Genom ett antal kungliga beslut under 1600- och 1700-talen öppnades områdena upp för kolonisation.¹⁴ De som bosatte sig där fick särskilda förmåner, bland annat skattebefrielse under de första femton åren och befrielse från utskrivning till det militära.¹⁵ Marken i Norrlands inland betraktades i detta skede i princip som outnyttjad eftersom den inte var uppodlad.¹⁶

Kronans inställning under den inledande perioden av kolonisationen var att om bara regelverket var tillräckligt klart skulle de renskötande samerna och de bofasta kunna leva sida vid sida eftersom de utnyttjade olika resurser. Detta har

9 SOU 2006:14, s. 91–92 och 106–107.

10 Päiviö, Nils-Johan, Från skattemannarätt till nyttjanderätt: En rättshistorisk studie av samernas rättigheter från slutet 1500-talet till 1886 års renbeteslag (diss.), Uppsala universitet, 2011, s. 92–103.

11 SOU 2006:14, s. 109–125.

12 SOU 2006:14, s. 110–111. Notera att ordet ”lapp” användes i historisk tid. Ordet används numer inte i offentliga sammanhang, utan istället används ordet ”same”. Frågan om vilket begrepp som bör användas inom ramen för Girjas-målet har varit omdiskuterad, se inledningen av hovrättens dom.

13 Hansen, Lars Ivar och Olsen, Bjørnar, Samernas historia fram till 1750, Oslo 2006, s. 289.

14 Päiviö, 2011, s. 110–116 anger 1673 års lappmarksplakat, 1673 års bergverksprivilegium, 1683 års skogsordning, 1695 års lappmarksplakat, 1749 års lappmarksplakat och 1760 års lappfogdeinstruktion som exempel på sådana beslut.

15 Hansen och Olsen, 2006, s. 290.

16 Lantto, Patrik, Tiden börjar på nytt: en analys av samernas etnopolitiska mobilisering i Sverige 1900–1950 (diss.), Umeå universitet, 2000, s. 36.

kallats för parallellteorin.¹⁷ Kronan förutsatte att samerna huvudsakligen skulle leva på renskötsel, medan nybyggarna skulle försörja sig genom djurhållning i kombination med jakt och fiske.¹⁸ Ett viktigt led i de författningar som avsåg att reglera nybyggesverksamhet var dock önskemålet att så långt som möjligt skydda samernas näringsmässiga intressen, vilket förutom renskötsel även inkluderade jakten och fisket. Motivet var inte enbart humanitärt utan även ekonomiskt, då renskötseln ansågs vara det bästa sättet att nyttja fjällområdena.¹⁹

År 1750 var Norrlands inland utomordentligt glest befolkat och så gott som uteslutande bebott av samer.²⁰ År 1749 utfärdades en mer detaljerad nybyggesförordning för lappmarken. I kungörelsen underströks att samernas näringar inte fick fördelas. Förordningen år 1749 medförde att inflyttningen till området ökade och de demografiska förändringarna kom därefter att bli stora.²¹

I mitten av 1700-talet drogs lappmarksgränsen i Västerbottens och Norrbottens län, främst för att stimulera jordbrukskolonisationen. Kustbönderna förbjöds att, som tidigare, bedriva fiske i vattendragen inom lappmarken och därmed konkurrera med samer och bofasta väster om denna gräns.²² I början av 1800-talet väcktes förslag om en odlingsgräns längre västerut än den lappmarksgräns som hade dragits. Landet väster om denna gräns skulle reserveras för samernas markanvändning och där skulle inga bosättningar få anläggas.²³ Gränsen antogs år 1867 och marken ovanför odlingsgränsen skulle ”såvitt det icke redan med behörigt tillstånd av enskilda innehaves” upplåtas till renbetesland åt samer eller andra renägare.²⁴ I praktiken kom dock viss etablering av nybyggen till stånd även väster om denna gräns.

17 Se t.ex. om 1673 års lappmarksplakat i NJA 1981 s. 1, s. 198. Samma synsätt visar sig i flera sammanhang under de följande århundradena. Se SOU 2006:14, s. 127–130 med referenser och Mörkenstam, Ulf, *Föreställningar om samiskhet i svensk samepolitik 1883–1997* (diss.), Stockholms universitet, 1999, s. 80. Även i nutid finns exempel på att denna parallellteori är utgångspunkten för lagstiftningen, se t.ex. Ds 2009:40, *Vissa samepolitiska frågor*, s. 55.

18 Hansen och Olsen, 2006, s. 289. År 1695 kom en förordning som ålade odlingsplikt för bofasta och förbjöd dem att bedriva ”överflödigt svedjande”, se Korpjaakko-Labba, Kaisa, *Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland*, Helsingfors 1994, s. 384–390.

19 Arell, Nils, *Kolonisationen i Lappmarken*, Lund 1979, s. 83.

20 SOU 2006:14, s. 18 och 85.

21 I SOU 2006:14, s. 84–86 och 127–128 redovisas den demografiska utvecklingen i de norra delarna av Sverige.

22 SOU 2006:14, s. 125–129.

23 Riksdagen 1867. Motion FK nr 22.

24 SOU 2006:14, s. 130–132.

2.2 OLIKA SYNSÄTT PÅ SAMERNAS MARKRÄTTIGHETER

Samernas rätt till marken erkändes under 1700-talet som en typ av skattemannarätt.²⁵ Under 1800-talet utgick staten från att samernas markanvändning grundade sig i sedvanerätt, och det uttalades i förarbeten och myndighetsuttalanden att dessa rättigheter måste skyddas.²⁶ Statens synsätt och retorik förändrades dock i början av 1900-talet. Staten började i olika sammanhang uttala att samernas markanvändning grundade sig i det så kallade lappprivilegiet, det vill säga en rätt given av staten som tillkom, och kunde ändras, genom lag. Inför 1928 års renbeteslag betraktades renskötselrätten närmast som en näringsrätt, som inte hade samma rättsliga skydd som äganderätten.²⁷ Statens uppfattning att samernas rätt att bedriva renskötsel grundade sig i lappprivilegiet var dominerande under stora delar av 1900-talet och utgjorde utgångspunkten för den lagstiftning som genomfördes under denna period. Denna lagstiftning gäller i stora delar även idag.²⁸ Samerna gjorde invändningar mot detta synsätt och menade att man hade rättigheter av privaträttslig karaktär till marken.²⁹ Innebörden av de samiska markrättigheterna var följaktligen omdiskuterad under stora delar av 1900-talet.

Med hänsyn till att samernas markanvändning inte ansågs grundad i rättigheter av privaträttslig karaktär valde representanter för samerna att stämma staten år 1966. Samerna gjorde gällande att de hade bättre rätt än staten till vissa skattefjäll i Jämtland. År 1981 meddelade Högsta domstolen (HD) sin dom i det så kallade Skattefjällsmålet.³⁰ Även om samerna förlorade i sak har målet fått stor betydelse för förståelsen av den rättsliga grunden för samernas markrättigheter. HD uttalade att renskötselrätten, inklusive jakt- och fiskerätten, grundar sig i urminnes hävd och inte i ett privilegium givet

25 Korpijakko-Labba, 1994, s. 464–468. Skattemannarätt innebar att skatt betalades till staten och detta utgjorde den rätt som så småningom kom att utvecklas till äganderätt, se Bengtsson, 2004, s. 19 och 39.

26 Se t.ex. Särskilda utskottets utlåtande 1886:1, s. 18.

27 SOU 1923:51, Förslag angående lapparnas renskötsel m.m., s. 101 och 123, prop. 1928:43 med förslag till lagom de svenska lapparnas rätt till renbete i Sverige m.m., s. 54 och bil., s. 16 samt Första lagutskottets utlåtande 1928:29, s. 3 och 5.

28 I renbetesmarksutredningens betänkande SOU 1966:12 framgår att utredningen ansåg att samerna med hänsyn till andra intressen kunde begränsas till att använda vissa marker. Utredningen tycks inte ha ansett att en sådan inskränkning var ett otillåtet ingrepp i en rättighet. Denna utredning föregick dagens RNL.

29 Prop. 1971:51, s. 121. Samerna organiserade sig först i mitten av 1900-talet. Dessförinnan gjordes vissa försök till organisering. Genom brev och resor till makthavarna i huvudstaden framfördes samernas syn på samiska rättigheter. För en beskrivning av samernas inställning och organisering se Lantto, 2000.

30 NJA 1981 s. 1. För en beskrivning av Skattefjällsmålet, se Allard, Christina, Renskötselrätt i nordisk belysning, Stockholm 2015, s. 244–248.

av staten. HD klarlade även att renskötselrätten omfattas av grundlagens egendomsskydd på samma sätt som äganderätten. Genom rättspraxis är det därmed klarlagt att det är det långvariga bruket som har lett fram till samiska markrättigheter av privaträttslig karaktär.³¹ Detta omfattar jakt- och fiskerätten. Av betydelse i sammanhanget är även att HD betonade att de inte tagit ställning till läget i fjällområden i övrigt och att förhållandena kunde vara annorlunda där.³²

2.3 SAMERNAS JAKT- OCH FISKERÄTT

I detta avsnitt beskrivs rättsutvecklingen vad gäller samernas jakt- och fiskerätt.³³ I den första renbeteslagen som infördes år 1886 föreskrevs att samerna hade rätt att uppehålla sig med sina renar inom de områden som angavs i lagen.³⁴ Samerna hade även rätt till jakt och fiske och kunde betjäna sig av land och vatten på ”för dem afsatta land”, vilket bl.a. utgjordes av mark ovan odlingsgränsen.³⁵ Länsstyrelsen fick uppdraget att sköta upplåtelseerna av jakt och fiske till andra mot en avgift. Upplåtelse fick dock endast ske efter att samerna blivit hörda och om det framkommit att de inte skulle lida skada. Inflytande medel skulle användas till förmån för samerna.³⁶ Det skäl som angavs för att länsstyrelsen skulle sköta upplåtelseerna var att samerna inte ansågs förmögna att klara av förvaltningen av sin jakträtt. Det anfördes att någon befogenhet i detta hänseende inte borde tillerkännas enskilda samer. Samerna ansågs inte heller vara organiserade eller lämpade att sköta sådana upplåtelse.³⁷

Under 1900-talet skötte länsstyrelserna därför upplåtelseerna av jakt och fiske. Innan länsstyrelsen fattade beslut om upplåtelse tillfrågades lappbyarna, och senare samebyarna, om hur de ansåg att upplåtelseerna skulle ske. Det beslutades

31 Detta bekräftades även i Nordmalingsmålet, NJA 2011 s. 109. Målet gällde vinterbetesrätten i Västerbottens kustland och HD uttalade att denna rätt grundade sig i sedvanerätt. För en beskrivning av Nordmalingsmålet, se Allard, 2015, s. 248–251.

32 NJA 1981 s. 1, s. 191–192.

33 För en utförligare beskrivning av rättsutvecklingen på området se Torp, Eivind, Sami Hunting and Fishing Rights in Swedish Law, i Allard, Christina och Funderud Skogvang, Susann, Indigenous Rights in Scandinavia: Autonomous Sami Law, Dorchester 2015, s. 111–126.

34 Detta är i princip samma områden som idag anges i 1 § RNL.

35 23 § 1886 års renbeteslag. Av bestämmelsen framgår även att jakt- och fiskerätten gällde på annan utmark inom lappmarkerna under den tid som samerna fick uppehålla sig på sådan utmark med sina renar.

36 22 § 1886 års renbeteslag.

37 Förslag till förordning angående de svenska Lapparne och de bofasta i Sverige samt till förordning angående renmärken afgivna af den dertill utaf Kongl. Maj:t förordnande komité, 1883, s. 105.

om upplåtelser i en mer begränsad omfattning än idag och ortsbefolkningens möjlighet till jakt och fiske prioriterades. Successivt ökade allmänhetens intresse för fjällområdena i takt med att folk fick mer fritid och då motorisering gjorde det lättare att ta sig dit. Olika intresseorganisationer började därför att arbeta för att utvidga möjligheten att jaga och fiska i fjällområdena.³⁸

När upplåtelseerna av jakt och fiske hade diskuterats i tidigare lagstiftningssammanhang tycks utgångspunkten ha varit att det var samernas rätt till jakt och fiske som upplåts av länsstyrelsen. I ett förslag till ny jaktlag år 1987 uttalades emellertid för första gången att staten som markägare hade jakt- och fiskerätt.³⁹ Från samisk sida protesterade man mot denna beskrivning.

2.4 BESLUTET ATT ÖPPNA UPP SMÅVILTSJAKTEN OCH FISKET FÖR ALLA

I oktober år 1992 lades en proposition för en ny samepolitik fram.⁴⁰ I propositionen fanns bl.a. ett förslag till ett nytt upplåtelsesystem för jakt och fiske ovanför odlingsgränsen och på renbetesfjällen. Det föreslogs att betydligt större områden än tidigare borde upplåtas för jakt och fiske och att dessa borde ”vara så stora att i princip alla jägare som så önskar samtidigt kan utnyttja ett område”.⁴¹ Det uttalades vidare att småviltsjakt borde upplåtas i väsentligt större omfattning än tidigare och att i princip all statens mark ovanför odlingsgränsen och på renbetesfjällen borde upplåtas för småviltsjakt.⁴² År 1993 genomförde regeringen därför en förändring i rennäringsförordningen (1993:384, RNF), vilket resulterade i att möjligheten att upplåta jakt- och fiskerätt vidgades.⁴³ Ändringen innebar att länsstyrelsen fick en skyldighet att upplåta jakt- och fiskerätt till alla som önskade det. Efter förändringen fördelades avgiften för jakten och fisket mellan berörd sameby och Samefonden.⁴⁴

Som motiv för att länsstyrelsen även i fortsättningen skulle sköta upplåtelseerna angavs i förarbetena att man ville skydda andras intresse av jakt och fiske. I förarbetena uttalades att ”det [inte kan] komma i fråga att överlämna ansvaret för avvägningen mellan de renskötande samerna och andra befolkningsgruppers

38 Arnesson-Westerdahl, Agneta & Sametinget, Beslutet om småviltsjakten: en studie i myndighetsutövning, rapport Sametinget, 1994, s. 23–28.

39 Prop. 1986/87:58 om jaktlag m.m., s. 45.

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

41 Prop. 1992/93:32, s. 141.

42 Prop. 1992/93:32, s. 147.

43 3 § RNF. Förändringen innebar att uttrycket ”får upplåtas” byttes ut till ”skall upplåtas”. Jordbruksverket införde därefter nya föreskrifter som reglerade det nya systemet för upplåtelser, SJVFS 1993:95.

44 Samefonden utgör en fond där medel avsätts för vissa intrång i samebyarnas markanvändning, se 6 och 16–28 §§ RNF.

intressen i fjällområdet till en sameby eller intresseorganisation”.⁴⁵ Således betraktades upplåtelseerna främst som en avvägning mellan olika intressen och inte som en fråga om samebyarnas sedvanerättsliga rättigheter. Professorn och f.d. justitierådet Bertil Bengtsson har pekat på att bakgrunden till statens nya inställning var att samernas jakt- och fiskerättigheter numera inte betraktades som fullgoda rättigheter jämställda med andra. Staten menade att den egentliga rätten tillkom fastighetens ägare, om den inte hade upplåtits till någon annan. Bengtsson menar att en sådan konstruktion gjorde det möjligt för riksdagen att acceptera förändringen trots samernas protester.⁴⁶

Samiska organisationer och företrädare protesterade högljutt mot de förändringar som genomfördes.⁴⁷ Samebyarna menade att förändringarna inte tog hänsyn till deras starka rätt till marken. Vidare menade de att förändringarna medförde negativa konsekvenser för renskötseln och att den upplåtna jakten och fisket i vissa situationer omöjliggjorde samernas egna jakt och fiske. Även andra ifrågasatte förändringen.⁴⁸

År 1995 vände sig 39 samebyar till Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna. Där argumenterade de för att de svenska reglerna för småviltsjakt och fiske utgjorde ett intrång i deras ensamrätt till jakt och fiske. Detta utgjorde i deras mening en kränkning av deras mänskliga rättigheter genom egendomsskyddet i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR). Kommissionen avvisade talan eftersom samebyarna inte ansågs ha uttömt de rättsmedel som fanns i Sverige. Kommissionen erinrade i sitt beslut bl.a. om att samebyarna kunde väcka talan i ordinarie domstol för att erhålla skydd för sin ensamrätt.⁴⁹

2.5 NUVARANDE RÄTTSLÄGE

Som redan beskrivits är det genom Skattefjällsmålet klarlagt att renskötselrätten, inklusive jakt- och fiskerätten, grundar sig i urminnes hävd.⁵⁰ Utövandet av markrättigheterna regleras främst genom rennäringslagen (1971:437, RNL). I lagstiftningen ligger fokus på renskötseln och betydligt mindre uppmärksamhet ägnas åt jakten och fisket. I 25 § RNL föreskrivs att medlem i sameby får jaga och fiska på utmark inom de delar av samebyns betesområde som

45 Prop. 1992/93:32, s. 143.

46 Bengtsson, 2004, s. 65.

47 Arnesson-Westerdahl & Sametinget, 1994, s. 33–34.

48 Se t.ex. Bengtsson i Arnesson-Westerdahl & Sametinget, 1994, s. 47–51.

49 Europeiska kommissionens beslut den 25 november 1996, 27033/95.

50 NJA 1981 s. 1. Se även NJA 2011 s. 109 om sedvanerätt som grund för rättigheterna.

hör till renbetesfjällen och lappmarkerna, när renskötsel är tillåten där.⁵¹ Av 31 § RNL framgår att samebyn och dess medlemmar inte får upplåta denna rätt, dock med undantag för upplåtelse till tidigare samebymedlem. Enligt 32 § RNL krävs för upplåtelse på kronomark ovanför odlingsgränsen att den kan ske utan avsevärd olägenhet för renskötseln. Det innebär att upplåtelsen är tillåten om den medför mindre nackdel än avsevärd olägenhet för renskötseln.⁵² Dessutom krävs det att upplåtelsen är förenlig med god jakt- eller fiskevård och inte medför besvärande intrång i samernas jakt- och fiskerätt. Upplåtelse av hela fisket i visst vatten får ske endast om samebyn medger det, 32 § 2 st. RNL. I övrigt fordras inte något samtycke av samebyarna. Av allmänna förvaltningsrättsliga principer lär dock följa att ärenden om upplåtelse av nyttjanderätt inte får avgöras utan att berörd sameby får yttra sig.⁵³

Frågan om upplåtelser prövas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer, vilket oftast är länsstyrelserna, 2 § RNF. Enligt 34 § RNL ska upplåtelser ske mot avgift, om inte särskilda skäl föreligger för avgiftsfrihet. Som redan angivits fördelas avgiften mellan Samefonden och berörd sameby, 6 § 1 st. RNF.

I sammanhanget bör även vissa bestämmelser i jakt- och fiskelagarna nämnas. Enligt 10 § 1 st. jaktlagen (1987:259) har fastighetsägaren jakträtten på den mark som tillhör fastigheten, med vissa undantag som här saknar intresse. I 10 § 3 st. jaktlagen föreskrivs att det finns särskilda bestämmelser om samernas rätt att jaga.⁵⁴ Även fiskelagen (1993:787) innehåller samma typ av bestämmelser. Enligt 9 § fiskelagen tillhör fisket i enskilda vatten som huvudregel fastighetsägaren. I 3 § 3 st. fiskelagen anges att om samernas rätt till fiske i vissa delar av landet gäller särskilda bestämmelser.

2.6 DE POLITISKA FÖRSÖKEN TILL FÖRÄNDRINGAR MISSLYCKAS

Sedan småviltsjaktreformen genomfördes år 1993 har samiska företrädare menat att regleringen av jakt- och fiskerätten måste ändras, så att samebyarna får ett tydligare inflytande över upplåtelseernas utformning. Under slutet av 1990-talet och början av 2000-talet behandlades därför frågan om samernas

51 I vilken utsträckning renskötsel får bedrivas inom olika områden regleras i 3 § RNL. I 25 § 2, 3 och 4 st. utvidgas jakt- och fiskerätten på vissa punkter, vilka inte tas upp här.

52 Bengtsson, 2004, s. 63.

53 Bengtsson, 2004, s. 63 med hänvisning till NJA 1981 s. I, s. 177–178.

54 Enligt punkt 4 i övergångsbestämmelserna till jaktlagen inskränker denna inte de rättigheter som omtalades i 8 § 1 st. lagen (1938:274) om rätt till jakt.

jakt- och fiskerätt i ett antal offentliga utredningar.⁵⁵ De mest genomgripande övervägandena genomfördes i jakt- och fiskerättsutredningen som lade fram sitt slutbetänkande år 2005.⁵⁶ I ett delbetänkande lämnade ett antal jurister sin syn på den rättsliga situationen i särskilda rättsutlåtanden.⁵⁷ F.d. hovrättsrådet Mauritz Bäärnhjelm och jur.dr i rättshistoria Kaisa Korpijaakko-Labba menade att samebyarna ensamma hade rätten till jakten och fisket ovan odlingsgränsen.⁵⁸ Tidigare nämnde Bengtsson var inte lika tydlig i sina slutsatser. Han menade att samerna hade en stark rätt till jakten och fisket, men att det inte gick att dra några säkra slutsatser om en ensamrätt av det utredningsmaterial som fanns till hands.⁵⁹ Mot denna bakgrund föreslog utredaren, f.d. generalsekreteraren Sören Ekström, bl.a. att upplåtelseerna av jakten och fisket skulle göras genom samverkansföreningar där företrädare för samebyarna och de privata markägarna skulle vara representerade.⁶⁰ Redan när förslaget lades fram stod det emellertid klart att det inte skulle vara politiskt möjligt att genomföra det på grund av den kritik som framfördes.⁶¹

Samtidigt som jakt- och fiskerättsutredningen genomfördes pågick det så kallade Nordmalingsmålet i allmän domstol.⁶² Tre samebyar hade blivit stämnda av ett stort antal markägare med yrkande om att domstolen skulle fastställa att det inte förelåg någon rätt till vinterbete för renar på deras fastigheter i Västerbottens kustland. I det målet vann samebyarna framgång med sin talan i alla tre instanser. Eftersom det politiska arbetet efter jakt- och fiskerättsutredningen hade stannat upp väcktes intresset bland samiska företrädare för att få de samiska markrättigheterna avseende jakt och fiske prövade i domstol. Svenska Samernas Riksförbund, som är en intresseorganisation för landets samebyar och många sameföreningar, fattade ett beslut om att utreda förutsättningarna för att stämna staten för att få innebörden av jakt- och fiskerättigheterna prövade. Stämningensansökan mot staten förbereddes under flera års tid och lämnades in till Gällivare tingsrätt i maj år 2009. Landets samebyar och de sameföreningar som är medlemmar i Svenska Samernas Riksförbund har ställt sig bakom Girjas samebys talan mot staten.

55 SOU 1999:25, Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige, SOU 2001:101, En ny rennäringspolitik och SOU 2005:17, Vem får jaga och fiska? Rätt till jakt och fiske i lappmarkerna och på renbetesfjällen.

56 Dir. 2003:45, Några jakt- och fiskefrågor inom renskötselområdet.

57 SOU 2005:17.

58 SOU 2005:17, s. 59–100 och 101–156.

59 SOU 2005:17, s. 11–46. Se även Bengtsson, Bertil, Om jakt och fiske i fjällmarken, Svensk Juristtidning, 2010, s. 78–87.

60 SOU 2005:116, Jakt och fiske i samverkan, s. 226–242.

61 Se t.ex. remissvar från Svenska Jägareförbundet, JO 2005/520, 2147.

62 NJA 2011 s. 109.

3. TVISTEN

Kärande i målet är Girjas sameby, vars åretruntmarker ligger på gränsen mellan kommunerna Kiruna och Gällivare.⁶³ Svarande i målet är staten genom Justitiekanslern.

3.1 PARTERNAS TALAN

I målet yrkar Girjas sameby att domstolen ska fastställa att samebyn i förhållande till staten ensam har rätt till jakt på småvilt och fiske inom samebyns område på Gällivare kronoöverlappsmark 2:1 (Området). Som en konsekvens av samebyns ensamrätt får staten inte upplåta jakt- och fiskerätt på Området och samebyn får upplåta jakt- och fiskerätt på Området utan statens samtycke. Grunden för samebyns talan är samernas långvariga bruk av Området. I första hand görs gällande att ensamrätten följer av RNL, som kodifierat den ensamrätt som förelåg när den första renbeteslagen infördes 1886. I andra hand görs gällande att samerna som ett urfolk har bedrivit renkötsel i Området och därmed har en ensamrätt till jakt och fiske.⁶⁴ I tredje hand görs gällande att samernas bruk av fastigheten lett till en sådan ensamrätt. Vidare har samebyn som relevanta omständigheter anfört ytterligare aspekter. De menar bl.a. att samerna under lång tid i princip varit ensamma om att använda Området och att bruket av marken har varit intensivt i förhållande till det landskap det rör sig om. Samebyn menar att staten främst har agerat i Området i sin roll som suverän. Staten har inte på något sätt erhållit jakt- och fiskerätt i Området som fastighetsägare, då samebyn och dess medlemmar redan upparbetat en sådan rätt.

Staten bestrider samebyns yrkande. Som grund för bestridandet anger staten att den som fastighetsägare har rätt till jakt och fiske. Staten bestrider flera av de omständigheter som samebyn gjort gällande i målet. Bl.a. ifrågasätts intensiteten i samernas markanvändning och staten menar att samer börjat använda Området mer först i och med att renkötseln vuxit fram på 1600-talet. Vidare anför staten att samerna har varit utsatta för konkurrens av andra vad gäller jakt och fiske inom Området. Parternas inställning i målet har medfört att båda sidor åberopat en omfattande bevisning om samernas markanvändning i historisk tid.

63 Samebyn är både ett geografiskt område och en juridisk person som företräder sina medlemmar i frågor som rör renkötseln och renkötselrätten, se 6, 7, 9 och 10 §§ RNL.

64 Regering och riksdag uttalade år 1977 att samerna är ett urfolk, prop. 1976/77:80, bet. 1976/77:KrU43 och rskr. 1976/77:289. Genom 1 kap. 2 § 6 st. RF erkänns samernas urfolksrättsliga status sedan år 2010, se SFS 2010:1408 och prop. 2009/10:80, s. 189–190. För en beskrivning av urfolksrättens utveckling och betydelse, se Heinimäki, Leena, *The Rapidly Evolving International Status of Indigenous Peoples: The Example of the Sami People in Finland*, i Allard & Skogvang, 2015, s. 189–204.

Girjas sameby gör även gällande att dagens regler för upplåtelser av jakt och fiske inte är förenliga med egendomsskyddet i 2 kap. 15 § regeringsformen (RF) och artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 till EKMR, samt diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § RF och artikel 14 EKMR. Samebyn menar därför att regleringen inte kan upprätthållas vid en normprövning enligt 11 kap. 14 § RF. I denna del har staten förklarat att den utgår från att det är fastighetsägarens jakt- och fiskerätt som upplåts enligt RNL och att upplåtelsereglerna i RNL annars inte är tillämpliga.

3.2 TINGSRÄTTENS DOM

Gällivare tingsrätts dom är mycket omfattande och i denna artikel beskrivs endast kortfattat delar av domskälen för att ge en bild av domstolens bedömning.⁶⁵ Tingsrätten biföll samebyns talan, vilket innebar att det fastställdes att samebyn har en ensamrätt i förhållande till staten till jakten och fisket ovan odlingsgränsen samt att samebyn har rätt att utan statens samtycke upplåta jakt på småvilt och fiske inom Området. Tingsrätten tar i sin bedömning utgångspunkt i att samer åtminstone under de senaste tusen åren använt Området och de resurser som finns där, inklusive jakten och fisket. Tingsrätten menar att svensk suveränitet uppkom i mitten av 1500-talet och att staten blev ägare av Området genom avvittringen år 1887.⁶⁶ Vidare menar tingsrätten att samernas långvariga bruk av Området ska bedömas enligt urminnes hävd som anpassas till samernas särskilda situation. Det konstateras att de samer som var bosatta i Området år 1734 innehade en rätt till jakt och fiske och att rätten inte har upphört därefter. Tingsrätten menar att uppkomsten av statens äganderätt inte har inskränkt samebyns jakt- och fiskerätt.

3.3 HOVRÄTTENS DOM

Staten överklagade tingsrätts dom och yrkade i hovrätten att samebyns talan skulle ogillas.

Hovrätts dom är betydligt mer kortfattad än tingsrätts.⁶⁷ Hovrätts domslut innebär att Girjas sameby inte får fullt bifall för sin talan. Liksom tingsrätten fastställer hovrätten att Girjas sameby har bättre rätt än staten till jakt efter småvilt och till fiske inom Området. Det fastställs vidare att

65 Tingsrätts dom är totalt 261 sidor.

66 Avvittringarna, som pågick från mitten av 1700-talet fram till 1920-talet, innebar att enskildas mark skulle skiljas ut från de marker som kronan förvaltade. Genom ett antal stadgor reglerade staten hur avvittringsförfarandet skulle gå till. Se Wernstedt, Monica, *Fastighetsrättens historia*, Stockholm 1975, s. 86–87 och Päiviö, 2011, s. 199–206.

67 Hovrätts dom är totalt 15 sidor.

staten inte i egenskap av fastighetsägare får upplåta jakt eller fiske där. Däremot ogillas Girjas samebys yrkande om att den får upplåta jakt och fiske inom Området utan statens samtycke.

I domskälen konstaterar hovrätten inledningsvis att äganderätten inte tidigare har haft samma innebörd som den har idag. Därefter går hovrätten igenom rättsutvecklingen, särskilt under 1800- och 1900-talen, vad gäller statens förfaranden. Hovrätten konstaterar att när fjällområdena diskuterades i olika sammanhang uttalades att det var samernas jakträtt som avsågs. Domstolen framhåller även att uppfattningen att staten inte hade någon ”egen” jakträtt uttrycktes i förarbeten. Utöver detta pekar hovrätten på uttalanden i olika utredningar om att samerna ”ensamma får tillgodogöra sig” jakten och fisket. Hovrätten menar att något tydligt uttalande för inställningen att staten har en jakt- och fiskerätt inte finns förrän i förarbetena till 1987 års jaktlag. Hovrätten finner att staten inte genom förarbetsuttalanden kan tillgodogöra sig samernas jakt- och fiskerätt med någon rättslig verkan när den underlåtit att hävda någon egen jakt- eller fiskerätt i åtminstone 100 år sedan den första renbeteslagen. Hovrätten konstaterar därför att staten inte har någon rätt till jakt efter småvilt eller till fiske inom Området. Som en konsekvens av det har staten inte heller rätt att som fastighetsägare upplåta småviltsjakt och fiske inom Området. Samebyns yrkande om bättre rätt än staten till småviltsjakt och fiske bifalls därför.

Efter att ha konstaterat att Girjas sameby har bättre rätt än staten till småviltsjakt och fiske går hovrätten vidare och prövar frågan om samernas bruk av Området har gett upphov till en ensamrätt till jakt och fiske. Hovrätten uttalar att en förutsättning för att en rätt ska uppkomma genom långvarigt bruk är att ingen protesterat mot utövningen av rättigheten.⁶⁸ Hovrätten hänvisar i denna del till HD:s överväganden om urminnes hävd och sedvanerätt i Skattefjällsmålet och Nordmalingsmålet. Hovrätten menar att det därmed inte räcker att samerna ensamma under lång tid jagat och fiskat samt bedrivit renskötsel kontinuerligt på Området utan konkurrens. Utöver detta krävs att de i förhållande till andra har gjort sina anspråk på ensamrätt synliga, ett slags synbarhetskrav. Eftersom ytterst få andra vistades i Området finner hovrätten det verklighetsfrämmande att så skett, då det inte anses troligt att frågan om ensamrätt aktualiserades i umgänget mellan människor i äldre tid. Hovrätten finner det utrett att samer vistats kontinuerligt inom Området

⁶⁸ För en beskrivning av kravet att nyttjandet ska ha skett utan invändningar vid urminnes hävd, se SOU 2006:14, s. 382, och Allard, Christina, Urminnes hävd som förklaringsmodell för uppkomst av samiska rättigheter och dess tillämpning i Brattström, Margareta och Strömberg, Peter, Forskningsutmaningar för fastighetsrätten, Uppsala 2010, s. 38–39 och Allard, 2015, s. 252.

sedan många århundraden tillbaka och att de livnärt sig på renkötsel, jakt och fiske. I princip har inga andra varit bosatta där, förutom ett fåtal nybyggare i utkanten av Området. Inte heller har andra jagat och fiskat där. I ett sådant läge har det enligt hovrätten knappast varit möjligt att uppfylla ett synbarhetskrav på de ”öde vidderna i Lappmarken”. Av detta drar hovrätten slutsatsen att en ensamrätt till jakt och fiske inte kan ha uppkommit genom urminnes hävd eller genom sedvana.

Hovrätten konstaterar att samebyn har åberopat ett omfattande skriftligt material till stöd för sitt påstående om ensamrätt, innefattande rätten att upplåta jakt och fiske till andra. Hovrätten finner dock att samebyns framlagda utredning sammantaget inte tillåter slutsatsen att det vid tillkomsten av 1886 års lag fanns en rättsregel som medförde att samerna inom Området genom sitt bruk hade upparbetat en rätt att upplåta jakt och fiske.

Vad sedan gäller normprövningen konstaterar hovrätten inledningsvis att den funnit att samerna på Området inte hade någon ensamrätt till jakt och fiske när 1886 års lag tillkom. De upplåtelse regler som då infördes har därför inte inneburit att någon egendomsrätt berövades samerna. Hovrätten menar att den nuvarande regleringen inte innebär någon kränkning av samebyns egendomsskydd. Slutsatsen är därför att lagregleringen inte kan underkännas på den grunden att den strider mot 2 kap. 15 § RF eller artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR.

Hovrätten tar därefter ställning till om dagens reglering av upplåtelse rna är diskriminerande. I denna del hänvisar domstolen till den bedömning som gjordes i Skattefällsmålet. Hovrätten konstaterar att samebyn inte har åberopat något objekt att jämföra med vid en sådan diskrimineringsprövning. Hovrätten menar att förhållandena i det aktuella målet är jämförbara med de förhållanden som prövades i Skattefällsmålet. För att hovrätten ska komma till en annan bedömning krävs därför antingen att samebyns rätt till Området är starkare än samernas rätt till skattefällena eller att rättsläget har ändrats. Hovrätten drar slutsatsen att förhållandena inom Området som har åberopats inte leder till slutsatsen att jakt- och fiskerätten skulle vara starkare än den rätt som prövades i Skattefällsmålet. Domstolen menar även att rättsläget beträffande förbud mot diskriminering inte har ändrats på något sätt som har betydelse för prövningen i målet. Slutsatsen blir därför att upplåtelse reglerna inte är diskriminerande mot samebyn.

Hovrätten överväger därefter om det finns en folkrättslig princip med innebörden att samebyn har upparbetat en exklusiv bruksrätt till jakt och fiske

inom Området genom att bruket varit intensivt, kontinuerligt och exklusivt. Hovrätten menar att det inte är visat att det föreligger en sådan princip som inarbetats i svensk rätt och det går därmed inte att med stöd av folkrättsligt grundade principer om urfolks rättigheter att åsidosätta bestämmelserna i RNL om upplåtelser.

Sammanfattningsvis drar hovrätten följande slutsatser. Girjas sameby har bättre rätt än staten till jakt efter småvilt och till fiske inom Området. Eftersom staten inte har någon rätt till jakt eller fiske inom Området får staten i egenskap av fastighetsägare inte upplåta dessa rättigheter. Bestämmelserna om att det ankommer på länsstyrelsen att pröva sådana frågor om upplåtelser strider inte mot de grundlagsfästa skydden för egendom och mot diskriminering. Bestämmelserna står inte heller i strid med svenska regler om urfolks rättigheter. Därför ogillas Girjas samebys yrkande om att utan statens samtycke kunna upplåta rätten till småviltsjakten och fisket inom Området.

4. NÅGRA REFLEKTIONER MED ANLEDNING AV HOVRÄTTENS DOM

Som beskrivits ovan är det den politiska oviljan eller oförmågan att hitta en hållbar lösning för upplåtelseystemet av jakten och fisket som lett fram till domstolsprövningen i Girjas-målet. Både Girjas sameby och staten har uttryckt att de önskar att domstolen klargör rättsläget vad gäller jakt- och fiskerättigheterna ovan odlingsgränsen. Det finns följaktligen en tydlig förhoppning om att domstolen ska klargöra vissa rättsfrågor. En närmare analys av hovrättens domskäl visar emellertid att flera av domstolens ställningstaganden tycks avvika från den fastighetsrättsliga systematiken utan att detta förklaras. Detta leder även till frågor om vad det egentligen innebär att vara innehavare av rättigheter till fast egendom, vilket utvecklas i detta avsnitt.

Dessförinnan bör emellertid något kort sägas om den omfattande bevisning som finns i målet. Som beskrivits ovan är de historiska förhållandena centrala för att förstå dagens rättsläge vad gäller samiska markrättigheter. I målet har käranden och svaranden beskrivit de historiska skeendena på olika sätt och de har även redovisat olika synsätt på hur det historiska materialet ska tolkas i ett rättsligt sammanhang. Domstolen måste därmed självständigt ta ställning till den historiska utvecklingen och sätta sig in de relevanta rätts- och idéhistoriska sammanhangen för att bedöma bevisningen. För en domstol är det naturligtvis en svår uppgift att inom ramen för en tvistemålsprocess bilda sig en uppfattning om det historiska förloppet, särskilt när det som i detta fall sträcker sig över 1000 år tillbaka i tiden. Det måste därför ha varit en stor utmaning för domstolarna att överblicka och hantera ett så omfattande material. Tingsrätten har

valt att utförligt redovisa vad parterna anfört och den bevisning som åberopats. Tingsrättens domskäl ger därför en relativt tydlig bild av processmaterialet och vilket material som har beaktats i tingsrättens bedömning. Hovrätten har däremot valt att i domskälen beskriva processmaterialet helt övergripande. Därför är det i vissa delar svårt att utläsa vilket material som har beaktats och varför det har bedömts vara relevant.

En utgångspunkt för denna artikel är att renskötselrätten utgör en rättighet av privaträttslig karaktär som i flera avseenden är att jämföras med andra särskilda rättigheter till fast egendom.⁶⁹ Det finns visserligen inslag i renskötselrätten som avviker från den vanliga fastighetsrättsliga systematiken, exempelvis att den grundar sig i det långvariga bruket och inte i ett avtal med fastighetsägaren eller ett myndighetsbeslut. Samtidigt utgör renskötselrätten en rättighet inom ramen för det fastighetsrättsliga systemet och man bör därmed kunna utgå från att regleringen av renskötselrätten i stor utsträckning följer denna systematik. När det föreligger en avvikelse i förhållande till regleringen av andra rättigheter och rättsförhållanden bör detta kunna motiveras och förklaras.

4.1 SAMEBYN HAR BÄTTRE RÄTT ÄN STATEN

Inledningsvis kan konstateras att hovrätten, liksom tingsrätten, har kommit fram till att Girjas sameby har bättre rätt än staten till jakten och fisket inom Området och att staten därmed saknar en sådan rätt. Tingsrätten och hovrätten har visserligen använt olika utgångspunkter för sina rättsliga överväganden, men båda instanserna landar i samma slutsats. Domstolarnas rättsliga överväganden är i denna del tydliga och lätta att följa. De rättsliga resonemangen ligger även i linje med den fastighetsrättsliga systematiken, exempelvis vad gäller upparbetandet av rättigheter genom långvarigt bruk. Domstolarnas bedömningar får därmed anses ha klargjort rättsläget i detta avseende.

Hovrätten går därefter vidare och prövar frågan om samebyn har ensamrätt till jakt och fiske samt huruvida reglerna om upplåtelse är förenliga med vissa konstitutionella värden.⁷⁰ Det är i dessa delar av domskälen svårare att följa hovrättens rättsliga resonemang ur ett fastighetsrättsligt perspektiv, vilket utvecklas nedan.

69 Brännström, 2017, s. 23.

70 Hovrätten för Övre Norrlands dom, 2018-01-23, mål nr T 214-16, s. 9–15.

4.2 FRÅGAN OM FÖRFOGANDERÄTTENS OMFATTNING

Hovrätten fastställer alltså i sitt domslut att Girjas sameby har bättre rätt än staten till småviltsjakt och fiske inom Området. Vidare fastställer hovrätten att staten som fastighetsägare saknar rätt att upplåta jakt- och fiske till andra. Samtidigt anser hovrätten att dagens upplåtelse-system inte står i strid med det konstitutionella egendomsskyddet och att det inte finns anledning att bortse från den nuvarande regleringen av upplåtelse-erna.⁷¹ Det innebär att samebyn är innehavare av jakt- och fiskerättigheterna, samtidigt som det är staten genom länsstyrelserna som fattar beslut om upplåtelse-erna. Detta väcker frågan vad det egentligen innebär att vara innehavare av en rättighet av privaträttslig karaktär inom det svenska rättssystemet.

Rätten att fatta beslut om hur rättigheterna kan utövas är vanligen ett centralt inslag i förfoganderätten både vad gäller äganderätten och särskilda rättigheter till fast egendom.⁷² När exempelvis fastighetsägaren är innehavare av rätten till jakten och fisket är möjligheten att upplåta denna rätt till andra ett viktigt inslag i rättigheten. Många fastighetsägare upplåter sin jakt till andra och kan på detta sätt tillgodogöra sig fastighetens och jaktens ekonomiska värde. När jakträtten grundar sig i en upplåtelse från fastighetsägaren får dock under-upplåtelser bara ske om fastighetsägaren har godkänt det, 14 § 1 st. jaktlagen. Samebyns rätt att jaga och fiska grundar sig emellertid inte i någon upplåtelse från fastighetsägaren, utan i det långvariga bruket, bl.a. genom jakt och fiske. Det rör sig därmed om en rätt till jakt och fiske som är självständig i förhållande till fastighetsägarens rätt. Utifrån den fastighetsrättsliga systematiken vore det naturligt att samebyn även hade rätt att fatta beslut om upplåtelser.

Girjas samebys talan bygger på synsättet att rätten till jakt och fiske omfattar flera aspekter: för det första rätten att själva använda marken för jakt och fiske, för det andra rätten att fatta beslut om utövandet av jakten och fisket, vilket inkluderar upplåtelser, samt för det tredje rätten att tillgodogöra sig fastighetens ekonomiska värden i dessa avseenden. Hovrättens bedömning är dock att samebyn och dess medlemmar har rätt att jaga och fiska samt att tillgodogöra sig avgifterna för upplåtelse-erna. Däremot ingår inte rätten att fatta beslut om upplåtelser till andra eller att bestämma hur höga avgifterna för upplåtelse-erna ska vara. Detta tycks utgöra en avvikelse från jämförbara fastighetsrättsliga situationer som bör förklaras. I denna del ger hovrättens domskäl inga besked.

71 Hovrätten för Övre Norrlands dom, 2018-01-23, mål nr T 214-16, s. 12–15.

72 Brännström, 2017, s. 56–69.

4.3 DEN RÄTTSLIGA BETYDELSEN AV ENSAMRÄTTEN

Som orsak till att samebyn inte får fatta beslut om upplåtelser anger hovrätten att samebyn inte hade någon ensamrätt till jakt och fiske när den första renbeteslagen infördes.⁷³ Samtidigt som frågan om ensamrätt står i hovrättens fokus är det oklart vilken rättslig betydelse ensamrätten egentligen har, vilket utvecklas nedan.

Hovrätten menar att samerna varit ensamma i sitt bruk av Området och att de därför inte kunnat synliggöra sin ensamrätt i förhållande till andra. Resonemanget tycks innebära att situationer där samerna nyttjat marken exklusivt och där ingen annan gjort anspråk på den inte kan leda till ensamrätt. Detta tycks motsägelserfullt ur ett fastighetsrättsligt perspektiv eftersom situationer när någon har använt marken exklusivt ofta utgör en typsituation för när ensamrätt kan ha etablerats.

Hovrätten använder kravet att nyttjandet inte får ha varit oemotsagt för att fastställa om det föreligger en ensamrätt för samebyn till jakten och fisket och hänvisar i denna del till bedömningen i Skattefjällsmålet och Nordmalingsmålet. Hovrättens sätt att använda kravet på att inga protester ska ha framförts på bruket går emellertid utöver hur detta rekvisit har använts i dessa två mål. I Skattefjällsmålet och Nordmalingsmålet har detta krav utgjort ett rekvisit för att en rättighet över huvud taget har upparbetats genom långvarigt bruk. Det har emellertid inte handlat om ett rekvisit vid en prövning om det föreligger en ensamrätt. Det är av domskälen svårt att utläsa hur hovrätten dragit slutsatsen att frånvaron av protester även får betydelse för frågan om ensamrätt. Även i denna del väcker således hovrättens bedömning frågor.

Hovrättens resonemang tycks grunda sig i synsättet att en rättighetshavare måste ha ensamrätt för att kunna fatta beslut som rör egendom, även om det utifrån domskälen är svårt att dra några säkra slutsatser i detta avseende. Ett sådant synsätt väcker emellertid frågor då det inom fastighetsrätten finns flera exempel på olika former av gemensamt beslutsfattande när fler än en rättighetshavare berörs av beslut som rör fast egendom. Lagen om samäganderätt (1904:48 s. 1) är ett exempel på när rättighetshavarna måste komma överens om nyttjandet av egendom. Vid samägande krävs att rättighetshavarna är eniga om hur egendomen ska brukas, 2 § lagen om samäganderätt. Om detta inte är möjligt kan god man utses för att sköta förvaltningen, 3 § samma lag. Ett annat exempel på ett gemensamt beslutsfattande är delägarförvaltning som innebär att alla rättighetshavare

73 Hovrätten för Övre Norrlands dom, 2018-01-23, mål nr T 214-16, s. 9–12.

är med och fattar beslut som rör egendomen. Denna typ av beslutsordning finns exempelvis i lagen om förvaltning av samfälligheter (1973:1150). Även vid delägarförvaltning krävs enighet. Om enighet inte kan uppnås kan föreningsförvaltning genomföras och då ersätts kravet på enighet med bestämmelser om majoritetsbeslut, 7 § 1 st. samma lag.⁷⁴ Ytterligare ett exempel på ett samordnat beslutsfattande inom fastighetsrätten finns i lagen om förvaltning av vissa samägda jordbruksfastigheter (1989:31). Även vid jakt och fiske krävs i vissa lägen gemensamt beslutsfattande av berörda rättighets-havare enligt lagen om viltvårdsområden (2000:592). Motsvarande reglering finns för fiskerättsägare enligt lagen om fiskevårdsområden.⁷⁵ Rättighets-havarna är då representerade vid beslut som rör jaktens och fiskets utövande.

De ovan angivna exemplen visar att det i jämförbara situationer inte krävs ensamrätt för att fatta beslut om hur den fasta egendomen och dess resurser ska användas. Med hänsyn till detta hade det varit önskvärt att hovrätten utförligare utvecklat vilken rättslig betydelse frågan om ensamrätt har i målet. I sammanhanget bör även nämnas att hovrättens slutsats att samerna inte hade någon rätt att upplåta sin jakt- och fiskerätt vid 1800-talets slut inte tycks förenlig med det argument som kronan vid den tidpunkten anförde för att länsstyrelsen skulle sköta upplåtelseerna. Som beskrivits ovan angavs i förarbetena till 1886 års renbeteslag att samerna inte var kapabla att sköta upplåtelseerna och att länsstyrelsen därför skulle sköta denna uppgift. I detta uttalande tycks det ligga ett erkännande av samernas rätt att göra upplåtelse till andra.

4.4 FRÅGAN OM VEM SAMEBYN HAR ENSAMRÄTT I FÖRHÅLLANDET TILL

Även i ett annat avseende finns det oklarheter vad gäller samebyns ensamrätt. Hovrätten konstaterar först att samebyn har bättre rätt än staten till jakt och fiske. Hovrätten går därefter vidare och prövar frågan om ensamrätt.⁷⁶ En fråga som då uppkommer är om det finns någon annan rätt som denna ensamrätt kan prövas mot. För om samebyn inte har ensamrätt måste det rimligen finnas någon annan som också är innehavare av rätten till jakt och fiske. Vem som skulle vara innehavare av en sådan rätt – t.ex. samer som inte är medlemmar i samebyn eller andra orsbor – utvecklas emellertid inte i domskälen.

Hovrättens prövning i målet omfattar inte heller några andra enskilda parter. Girjas sameby har utformat sitt yrkande om fastställande av ensamrätt till jakt och fiske i förhållande till staten. Den aktuella tvisten gäller således

74 Se även Undén, Östen, Svensk sakrätt, Fast egendom, Lund 1965, s. 159.

75 Lag (1981:533) om fiskevårdsområden.

76 Hovrätten för Övre Norrlands dom, 2018-01-23, mål nr T 214-16, s. 12–15.

rättsförhållandet mellan Girjas sameby och staten. Inget annat rättsförhållande kan därmed prövas inom ramen för detta mål och domen har inte heller rättsverkan i förhållande till andra enskilda. Teoretiskt kan det finnas andra som gör anspråk på jakt- och fiskerättigheter inom Området, även om det i dagsläget inte finns några sådana kända anspråk. Sådana krav skulle kunna prövas i ett annat mål mot samebyn. Mot denna bakgrund uppkommer frågan om hovrätten genom att pröva samebyns ensamrätt även har prövat samebyns rätt i förhållande till tredje man och därmed gått utöver karendens talan. Även i detta avseende är det emellertid svårt att dra några säkra slutsatser utifrån hovrättens domskäl.

Slutligen bör här nämnas att det hade varit naturligt om hovrätten vid en bedömning av samebyns upplåtelse rätt i stället hade beaktat hur samernas bruk har sett ut över tid då renskötselrätten grundar sig i urminnes hävd eller sedvanerätt. Frågan om renskötselrätten omfattar en rätt att upplåta jakt och fiske till andra torde därför kunna bedömas utifrån hur bruket av markerna har sett ut över tid.⁷⁷ Hovrätten berör emellertid inte frågan om sedvanerättens betydelse som rättskälla i detta sammanhang.

4.5 FRÅGAN OM I VILKEN ROLL STATEN SKÖTER UPPLÅTELSENA

Som redan har beskrivits har hovrätten uttryckligen angett i domslutet att staten i egenskap av fastighetsägare inte får upplåta rätten till jakten och fisket. Hovrättens domskäl klargör däremot inte i vilken roll och med vilken rätt staten då fattar beslut om upplåtelser. Rättsligt måste åtskiljas mellan situationer när staten är bärare av offentlig makt och när staten är innehavare av rättigheter av privaträttslig karaktär. I den offentliga makten ingår statens normgivningsmakt, den verkställande makten, finansmakten, utrikesmakten och kontrollmakten.⁷⁸ Genom den offentliga makten kan staten utöva viss förvaltning över mark och vatten genom myndigheterna, exempelvis genom tillsyn över fastighetsägares skogsbruk eller prövning av miljöfarlig verksamhet. Myndigheterna måste i sin förvaltning respektera enskildas rätt till marken, vilket främst är reglerat genom egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF. Rollen som utövare av offentlig makt måste skiljas från situationer där staten är innehavare av rättigheter av privaträttslig karaktär. Som rättighetshavare får staten använda marken på olika sätt, exempelvis genom att bygga på fastigheten eller avverka den skog som finns där.

77 NJA 1981 s. I, NJA 2011 s. 109, Bengtsson, 2004, s. 24–26 och Brännström, 2017, s. 150–153.

78 Derlén, Mattias m.fl., Konstitutionell rätt, Stockholm 2016, s. 121–132.

Som redan nämnts uttalar hovrätten tydligt att det inte är rollen som rättighets-havare som ger staten rätt att fatta beslut om upplåtelse av jakt och fiske. Det tycks därmed vara i rollen som utövare av den offentliga makten som staten fattar dessa beslut. Om så är fallet leder det till frågan om hur långt staten får gå i sin reglering av rättigheter av privaträttslig karaktär. Det framstår som en mycket långtgående åtgärd att fatta beslut om upplåtelse av jakt och fiske när rätten innehas av enskilda.

4.6 STATENS REGLERING AV RÄTTIGHETER AV PRIVATRÄTTSLIG KARAKTÄR

Utöver att bestämma förfoganderättens innehåll och begränsa andras möjlighet att använda egendomen ger rättigheter till fast egendom även ett skydd i förhållandet till staten.⁷⁹ Innehavet av en rättighet av privaträttslig karaktär sätter därmed gränsen för hur långt staten får gå i sin reglering av förfoganderätten. Denna gräns uppställs främst i det konstitutionella egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF och artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR. Både äganderätten och renskötselrätten, inklusive jakt- och fiskerättigheterna, omfattas av det konstitutionella egendomsskyddet.⁸⁰

Utgångspunkten för egendomsskyddet är att den enskilde fritt ska kunna förfoga över sin egendom och att det är statens ansvar att tillse att detta är möjligt.⁸¹ I de angivna bestämmelserna anges under vilka förutsättningar undantag kan göras från denna huvudregel. För att begränsa rättighetshavarens möjlighet att förfoga över sin egendom krävs för det första att det föreligger ett angeläget allmänt intresse; för det andra att det föreligger proportionalitet mellan den nytta som nyttjanderegleringen leder till i förhållande till de konsekvenser åtgärden får för den enskilde; för det tredje att ersättning utgår i vissa situationer.⁸² Det uppställs även ett krav på att lagstiftaren, domstolarna och myndigheterna redovisar de avvägningar som gjorts vid en avvägning inom ramen för egendomsskyddet.

Vid bedömningen av upplåtelse-systemets förenlighet med egendomsskyddet bör man således utgå från att samebyn och dess medlemmar ska kunna utöva

79 Brännström, 2017, s. 73–82.

80 NJA 1981 s. 1.

81 Åhman, Karin, *Egendomsskyddet: Äganderätten enligt artikel 1 första tilläggsprotokollet till den Europeiska konventionen om de mänskliga fri och rättigheterna (diss.)*, Uppsala 2000, s. 425–426.

82 Bull, Thomas, och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Lund 2015, s. 83–84, Brännström, 2017, s. 73–79, Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010, s. 75–112, Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Stockholm 2015, s. 579–587.

sina rättigheter. För att staten som ett undantag ska kunna begränsa denna möjlighet krävs att det är förenligt med kraven i 2 kap. 15 § RF och artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 EKMR. Hovrättens bedömning vad gäller egendomsskyddet är ytterst kortfattad. Det konstateras att samebyn inte har haft någon ensamrätt till jakten och fisket när den första renbeteslagen infördes år 1886 och att det därför inte var i strid med egendomsskyddet att länsstyrelsen fick uppgiften att sköta upplåtelseerna. Hovrättens bedömning tycks därmed vara att det även i nutid är förenligt med det konstitutionella egendomsskyddet att upplåtelseerna sköts av myndigheterna, även om samebyn är rättighetshavare.

Det nuvarande upplåtelsesystemet innebär att staten genom länsstyrelsen upplåter jakt och fiske utan att samebyarna som rättighetshavare samtycker till det eller har något större inflytande över hur upplåtelseerna görs. Bengtsson har konstaterat att det inte är något nytt att myndigheterna bestämmer vad enskilda får göra med sin egendom, men att de inte går så långt inom fastighetsrätten i övrigt.⁸³

Som motiv för att staten sköter upplåtelseerna har sedan 1990-talet anförts att staten vill skydda andras intresse av jakt och fiske.⁸⁴ En fråga som då uppkommer är om detta utgör ett tillräckligt angeläget allmänt intresse för att inskränka samebyns rätt i en sådan utsträckning. Här kan en jämförelse göras med viltvårds- och fiskevårdsområden, som har nämnts ovan. Denna typ av förvaltningsordningar införs främst för att främja vilt- och fiskevården genom en samordning av jakten och fisket. När staten i det läget menar att det finns allmänna intressen som bör beaktas har krav på hänsyn till sådana intressen införts i lagstiftningen. Det är dock rättighetshavarna och inte staten som fattar beslut om hur jakten och fisket ska utövas, inom vissa givna ramar. Utifrån denna jämförelse hade staten i lagen kunnat ange vilka allmänna intressen som samebyn har att beakta vid beslut om upplåtelse av jakt och fiske till andra.

Det är även oklart om det föreligger proportionalitet mellan intresset av att andra får jaga och fiska i förhållande till de konsekvenser detta får för samebyn. Dessa frågor övervägs emellertid inte i hovrättens domskäl. Utifrån behovet av att klarlägga vilken betydelse egendomsskyddet har för jakt- och fiskerätten hade det varit önskvärt att hovrätten på ett utförligare sätt tagit ställning till egendomsskyddets betydelse.

83 Bengtsson, 2004, s. 64.

84 Prop. 1992/93:32, s. 143.

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Både Girjas sameby och staten har uppgett att det är önskvärt med en dom som klargör rättsläget vad gäller innebörden av jakt- och fiskerättigheterna ovan odlingsgränsen. Den ovan gjorda genomgången visar att hovrättens dom inte har lett till några sådana klargöranden, utan att domskälen i flera avseenden väcker frågor. Den första frågan är om samebyns rätt även innefattar en rätt att fatta beslut om upplåtelser. Om så inte är fallet bör det klargöras varför rättigheten i detta avseende skiljer sig från andra jämförbara rättigheter och den fastighetsrättsliga systematiken. Den andra frågan är vilken rättslig betydelse en ensamrätt till jakt och fiske har. Här är det oklart om hovrätten menar att det krävs en ensamrätt för att samebyn ska få fatta beslut om upplåtelser. Detta tycks i så fall utgöra en avvikelse från fastighetsrätten i övrigt som bör förklaras. Den tredje frågan är i vilken roll staten sköter upplåtelseerna och hur långt staten får gå i regleringen av enskildas rätt i förhållande till det konstitutionella egendomsskyddet.

Domen tycks innebära att hovrätten har överlämnat till politikerna att lösa frågan om hur förvaltningen kan utformas utifrån domstolens ställningstagande att samebyn har bättre rätt än staten till jakt och fiske på Området. Som beskrivits ovan har emellertid den politiska processen stannat upp sedan länge och det är just därför frågan tagits till domstol. Det är ytterst tveksamt om avgörandet ger tillräckliga incitament för lagstiftaren att lösa frågan om förvaltningen av jakten och fisket. Mot denna bakgrund hade det varit önskvärt med fler tydliga ställningstaganden från hovrättens sida.

Hovrättens dom har överklagats av både Girjas sameby och staten. Eftersom hovrättens bedömning i flera avseenden leder till frågor om rättsläget bör förutsättningarna för prövningstillstånd i HD vara goda. 🙏