
Oklarhet som rättslig norm Om de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske

Eivind Torp

En viktig funktion för varje rättssystem är att rättsreglerna ska fungera som instrument för att lösa konflikter. Genom sin existens ska rättsreglerna också minska risken för att konflikter uppstår. Rättsregler som ger *upphov* till konflikter är inte lyckade. I sådana fall har lagstiftaren inte fullt ut förmått att skapa en god grund för att nå målet om ett rättssäkert samhälle. I detta sammanhang är fokus riktad mot vissa rättsregler i det svenska rättssystemet som återkommande omnämns som oklara. Nämligen bestämmelserna som reglerar samernas rätt till land och vatten.¹

Som det framgår av regeringsformen är samerna ett eget folk.² Många anser att detta ställer särskilda krav på svensk rättsskipning när det gäller att klarlägga samernas landrättigheter. Mot denna bakgrund blev frågan om Sverige kunde ratificera ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder utredd under slutet av 1990-talet. Utredningen gjordes av Sven Heurgren.³ Heurgren är jurist och har haft en rad uppdrag inom statlig förvaltning. Som utgångspunkt för sin utredning konstaterade Heurgren följande:

¹ Det är till stor del Bertil Bengtssons förtjänst att oklarheter i renbeteslagstiftningen har lyfts fram: dels har han i en rad artiklar påpekat brister och diskriminerande inslag i lagstiftningen, dels har han stimulerat andra att rikta sin uppmärksamhet mot rättsområdet.

² Jfr 1 kap 2 § sjätte stycket och 2 kap 17 § andra stycket regeringsformen samt anslutningsfördrag mellan Sverige och EU 1994-08-24, protokoll 3 om det samiska folket.

³ Marie B. Hagsgård, som har ett eget bidrag i detta nummer, var sekreterare i utredningen.

”Regelsystemen för såväl rennärning som jakten och fisket har växt fram successivt. Dessa regler har blivit oklart utformade, vilket enligt min åsikt bidragit till de konflikter som finns idag. Som exempel kan nämnas reglerna om samernas jakt och fiskerätt.”⁴

Sex år senare utsåg regeringen Sören Ekström till att utreda frågan om samebymedlemmars och markägares rätt till jakt och fiske inom lappmarkerna och renbetesfjällen. Ekström har bakgrund som statlig ämbetsman, bland annat på framträdande positioner på regeringskansliet. Som utgångspunkt för sin utredning konstaterade Ekström följande:

”Det har under lång tid rått mycket olika uppfattningar om hur samebymedlemmars jakt- och fiskerätt förhåller sig till markägarens motsvarande rättigheter. Den nu gällande lagstiftningen har uppenbarligen inte kunnat ge ett tillräckligt klart besked om detta. Oklarheten har lett till konflikter mellan parterna. Myndigheterna har också haft svårigheter att åstadkomma en fungerande tillämpning.”⁵

Ekström slog vidare fast att oklarheterna var så omfattande att samerna inte kunde använda sig av sina i lag reglerade rättigheter och fann detta särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av att

⁴ SOU 1999:25 s 15.

⁵ SOU 2005:116 s 11.

det i all huvudsak var staten som var ägare till den mark som var berörd av konflikterna.⁶

De rättsliga oklarheter som påtalas i detta sammanhang är alltså dels en följd av att rättsreglerna har getts en otydlig form och därför inte fungerar som konfliktlösningsinstrument, dels att lagstiftaren inte har klarlagt, eller fullt ut beaktat, grunden för samernas rätt till land och vatten.⁷ Det är det senare som är av intresse i detta sammanhang.

Samernas rätt till land och vatten – såsom rätten till jakt och fiske – regleras i renbeteslagstiftningen. Det innebär att det är rättsreglerna i denna lagstiftning som står i fokus här.⁸ Jag ska framförallt rikta uppmärksamheten mot frågan om hur det kan ha sig att en övervägande majoritet av samerna helt saknar rätt till jakt och fiske. Med utgångspunkt i den problemställningen ska jag försöka klarlägga lagstiftarens skiftande uppfattning om grunden för samernas rätt till jakt och fiske.⁹

Samernas rätt till jakt och fiske regleras

1886 fastställde Sveriges riksdag den första lagen som på ett genomgripande sätt reglerade rätten att bedriva renskötsel inom den delen av Nordkalotten som sedan slutet av medeltiden hade

växt fram till att bli konungariket Sverige.¹⁰ I lagen anges vem som var berättigad att bedriva renskötsel, var renskötsel fick bedrivas, när den fick bedrivas samt hur den skulle bedrivas. Det viktigaste syftet med lagen var att åstadkomma en rättslig reglering av förhållandet mellan näringsfånget för den bofasta svenska befolkningen och den nomadiserande samiska befolkningen. Alltså mellan jordbrukare och renskötare. Enligt lagstiftaren innebar lagen en kodifiering av rättigheter som samerna ansågs ha enligt föreliggande rättsprinciper om ockupation och urminnes hävd. I förarbetena till lagen konstaterades att samerna var den ursprungliga befolkningen i norra delen av Sverige och att jakt och fiske hade varit samernas viktigaste näringar men att renskötsel efterhand hade kommit att bli samernas främsta näringsfång. Jakt och fiske ansågs emellertid fortfarande vara viktiga näringsfång för den samiska befolkningen.

Av 1 § i 1886 års renbeteslag framgår att samerna är berättigade att "betjena sig af land och vatten till underhåll för sig och sina renar" i de områden de har rätt att uppehålla sig med sina renar. Rätten till jakt och fiske var således en del av samernas rätt till naturlandskapet. Ett av syftena med den nya lagen var att kodifiera rättigheter samerna ansågs ha på de landområden där samerna bedrev renskötsel. Redan i utgångspunkten var samernas rätt till underhåll för sig och sina renar således geografiskt knuten till de markområden där man bedrev renskötsel.

Av förarbetena till lagen framgår att statsmakterna ansåg, och fullt ut accepterade, att samerna var det folk som först hade tagit det aktuella landskapet i besittning. I samband med lagens tillkomst blev det därför viktigt för lagstiftaren att definiera arten av samernas besittning.

⁶ SOU 2005:116 s 11. Regleringen av den så kallade dubbla jakträtten, som har gett upphov till störst oklarhet och flest konflikter, ingick inte i utredningsuppdraget, SOU 2005:116 s 12.

⁷ Det så kallade Girjas-målet – där Gällivare tingsrätt 2016-02-03 har avkunnat dom och fastställt att Girjas sameby och dess medlemmar har ensamrätt till jakt och fiske på ett specificerat område inom samebyns året-runtmarker – är en direkt följd av sådana oklarheter (mål nr T-323-09).

⁸ För en redogörelse av gällande rätt i jakt och fiskefrågan se Bertil Bengtssons och Mauritz Bäärnhelms bidrag i SOU 2005:17. *Vem får jaga och fiska?*

⁹ För frågan om rättspraxis före första renbeteslagens tillkomst se Kaisa Korpijaakko Labbas bidrag i SOU 2005:17. *Vem får jaga och fiska?*

¹⁰ Samernas rättigheter till mark och vatten hade vid denna tid redan erkänts i vissa rättsakter men ett samlat grepp kring följderna av samernas renskötsel saknades.

Av utskottsbetänkandet som låg till grund för riksdagens beslut framgår bland annat följande:

”... lappens besittningstagande var icke till sin natur sådant, att det i sig inneslöt alla de befogenheter, hvilka tillhöra eganderättens begrepp. Det sträckte sig icke till andra än dem, nomadlivets inskränkta behov fodrade.”¹¹

Sättet som lagstiftarens resonerade om arten av samernas besittning – vilket var av betydelse i förhållande till andra rättighetshavare, exempelvis staten – kom således att påverka frågan om *hur* samernas rättigheter blev utformade. Samtidigt hade lagstiftaren de förutgående konflikter mellan fastboende svenska bönder och nomadiserande samer för ögat under lagstiftningsprocessen. Det man önskade att uppnå genom den nya lagen var att samerna skulle få ”de nödvändiga förutsättningar för sin existens som nomader” säkerställd.¹² Därmed var lagstiftarens fokus i utgångspunkten given: det var den ”nomadiserande lappens rätt” som behövde fastställas i lag. Utskottet återkom till detta i flera sammanhang och uttalade bland annat följande om den rättsliga karaktären i samernas rätt att betjäna sig av land och vatten:

”Den är endast en nyttjanderätt till det omfång, som bestämmes av villkoren för renskötselns bedrivande.”¹³

För utskottet var poängen i det sammanhanget att tydliggöra ett ställningstagande om att samerna inte skulle anses ha rätt att upplåta rätten att betjäna sig av land och vatten till annan. Men uttalandet pekar samtidigt på att rätten (exem-

pelvis jakt och fiske) skulle vara knuten till samernas renskötselverksamhet.¹⁴

Att inte alla samer bedrev renskötsel när lagen tillkom står klart.¹⁵ I en kommentar till lagen påpekades bland annat att det inom samebyarna fanns olika kategorier samer (fattiglappar, fiskarlappar och vallhjon) som inte ägde reinar och stod utanför renskötseln.¹⁶ Detta förhållande blev emellertid inte närmare kommenterat eller behandlat av lagstiftaren. Begränsningen av jakt- och fiskerätten till att enbart omfatta renskötande samer skedde således utan närmare diskussion av vilka rättigheter icke-renskötande samer hade, eller kunde anses ha. Det kan visserligen tyckas förstäligt utifrån lagstiftarens överordnade syfte med lagen, nämligen att rättsligt reglera förhållandet mellan två näringsfång, men det är betänkligt utifrån lagstiftarens eget konstaterande om att samernas rätt till jakt och fiske vilade på urminnes hävd.

Efterhand har renbeteslagen skrivits om vid fler tillfällen. Lagstiftningens struktur och bärande principer är emellertid fortfarande de samma som i den första renbeteslagen¹⁷ även om samernas rättigheter rent allmänt har kommit att begränsas allt eftersom nya lagar tillkommit.¹⁸ Vid första lagreformen 1898 genomfördes endast mindre ändringar och frågan om de icke renskötande samernas situation blev inte uppmärksammas av lagstiftaren.¹⁹ Under början av 1900-talet hade samhällsutvecklingen lett till att det ansågs nödvändigt att få till stånd en närmare specificering av samernas rättigheter. Vid lagreformen

¹⁴ Se NJA 1981 s 1 på sidan 240.

¹⁵ Cramér, Tomas & Prawitz, Gunnar, *Studier i renbeteslagstiftning*, Norstedts förlag, Stockholm 1970, s 49.

¹⁶ Tenow, Chr. L., *I lappfrågan*, Looström förlag, 1893 s 82.

¹⁷ Bengtsson, Bertil, *Samerätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2004, s 35–39.

¹⁸ Torp, Eivind, *Renskötselrätten och rätten till naturresurser*, Tromsø universitet, 2008.

¹⁹ Cramér, Tomas & Prawitz, a a s 51.

¹¹ Särskilda utskottet, bihang till riksdagens protokoll 1886, 8 saml. 1 avd. uttalande nr 1, s 18.

¹² A prop s 18.

¹³ A prop s 31.

1928 infördes således en rad förändringar i lagen. Samtidigt tycks lagstiftaren i viss mån ha ändrat uppfattning om grunden för samernas rättigheter: av förarbetena för lagen framgår att lagstiftningsarbetet var grundat på en tanke om att samernas renskötselrätt var grundat på av staten givna privilegier, och inte på urminnes hävd.²⁰ Lagstiftarens utgångspunkt för 1928 års lag kan därmed sägas vara något annorlunda än vad den hade varit vid de föregående renbeteslagarna.

Under början av 1900-talet hade ett flertal offentliga utredningar påpekat att en stor del av den samiska befolkningen inte bedrev renskötelse. Exempelvis hade 1919 års lappkommitté redovisat statistik över den samiska befolkningen som visade att 2/3 av samerna var icke-renskötande. Mot den bakgrunden ansågs det viktigt att det så kallade lapp-privilegiet, som samernas rätt till renskötelse numera benämndes, inte omfattade fler än dem som var i behov av det. Ett viktigt syfte med 1928 års lag var således att införa en rad begränsningar i renskötselrätten. För renskötande samer infördes bland annat en rad bestämmelser av privaträttslig karaktär. Exempelvis inom vilka områden man hade rätt att uppföra tältkåta respektive "fast kåta och bod", under vilka förhållanden byggnader skulle överlämnas till annan renskötande same eller rivas, hur många getter (5) man fick ha på bete på statens mark.²¹ Samernas möjligheter till att kombinera flera näringsfång – något som allt fler var i behov av – begränsades således kraftfullt genom den nya lagen. Den största förändringen var emellertid att rätten att bedriva renskötelse endast omfattade same som var medlem i sameby.²² Den samiska befolkningen blev därmed delad i två separata delar: samer med medlemskap i sameby och renskötselrätt, respektive samer

utan medlemskap i sameby och utan rättigheter alls.²³ Rätten till jakt och fiske omfattade endast same som var medlem av sameby.

Vid riksdagens behandling av lagförslaget tycks det rådande synsättet ha varit att staten var i sin rätt att göra begränsningar i renskötselrätten enligt vad man fann lämpligast. I flera riksdagsmotioner påpekades emellertid behovet av lagreform utifrån de "icke-renskötande lapparnas förtryckta ställning".²⁴ Några erinrade om att de icke-renskötande samerna stod utan rätt på sin egen mark och att lagstiftningen inte i tillräcklig grad beaktade gammal sedvana.²⁵ Denna typ av synpunkter blev dock inte beaktade vid den slutliga utformningen av 1928 års lag.

Bestämmelsernas tillämpning och samiska rättstraditioner

I vilken grad de första renbeteslagarnas bestämmelser om jakt- och fiskerätt tillämpades i Lappmarken har vi idag liten kunskap om. Historikern Lennart Lundmark gör gällande att respekten för lagar och förordningar började upprätthållas först under 1920-talet.²⁶ Vad gäller 1928 års lag skulle det emellertid visa sig att den kom att tillämpas med skärpa. Efterhand blev det också uppenbart att lagen inte var i harmoni med samiska traditioner och att flera av lagens bestämmelser inte på något sätt motsvarade vad samerna ansåg om deras rätt till land och vatten. Det var framförallt lagstiftningens strikta krav vad gällde vem som skulle anses vara medlem i sameby som orsakade problem.²⁷ Vissa bestämmelser i lagen kom att tillämpas mer strikt och

²⁰ Bengtsson, Bertil, Samernas jakt- och fiskerätt, SOU 2005:17 s 21.

²¹ SFS 1928:309, 42 §.

²² SFS 1928:309, jfr 1 § punkt 2, 7 och 8 §§.

²³ Jag ser bort från frågan om rätten att "ha renar i annans vård", SFS 1928:309 14 § punkt 2.

²⁴ Se prop. 1928:43 s 35.

²⁵ 1908 års riksdagsmotion, II nr 163.

²⁶ SOU 2005:79 s 28.

²⁷ Redan vid samernas landsmöte 1918 hade man från samernas sida preciserat att man inte skulle anses ha övergivit renskötseln för att man *uteslutande* ägnade sig åt annat. Prop. 1928:43 s 59.

det blev då uppenbart att delar av lagstiftningen stod i konflikt med samisk rättsuppfattning.²⁸ Detta manifesterade sig framförallt kring frågan om rätten till jakt och fiske. Några av de problem som samerna konfronterades med uppmärksammades vid det samiska riksmötet i Arvidsjaur 1943. Till mötet inkom följande uppmaning riktad till "dem som hava att besluta":

"Under senare år ha en hel del nomader på grund av fattigdom måst upphöra med rensköteln som enda näringsfång och ägna sig åt fiske, jakt eller annat tillfälligt arbete. Dessa ha ökat antalet av den lappbefolkning som saknar bostäder. Särskilt vid St. Lulevatten är detta förhållandet. De bostadslösa måst där bo i torvkåtor eller innebo i andra familjer, ett förhållande, som är menligt för båda parterna. Nya boplatser eller lägenheter äro därför av nöden. Nu är vår begäran, att myndigheterna måtte tillåta nybebyggelse även ovan odlingsgränsen, helst vid St. Lulevatten. Denna sjö har nämligen sedan gammalt varit deras föräldrars färdled. Där bo många av deras anhöriga, och där känna de sig hemma. [] Beträffande fiske och jakt ovan odlingsgränsen få vi framhålla önskvärdheten av att i detta hänseende må tilldelas här nämnda lappar samma rätt, som såväl nomader som äldre bofasta lappar hittills åtnjutit. Åtminstone böra de få bibehålla rätten att fiska i fjällsjöarna efter Stora Luleälvs vattenled."²⁹

De flesta samer som tog ordet under mötet ansåg att motionen var rimlig och värd att stödja.³⁰ Det fick, som man uttalade vid mötet, anses vara "ett allmänt samhällsintresse" att denna grupp samer fick "behålla sin rätt att åtminstone fiska".³¹ Som

det framgår av motionen var lagen utformat på ett sådant sätt att den som av olika orsaker var tvungen att kombinera renskötelsarbetet med annan sysselsättning riskerade att förlora sin status som renskötande same och därmed rätten till jakt och fiske.

Att samerna var av en annan uppfattning i frågan om jakt- och fiskerätten kommer också till uttryck i samband med olika domstolsförhandlingar. Under mitten av 1940-talet prövade HD bestämmelsen om jakt och fiskerätt i två separata mål. I 1944 åtalades en same i Vapsten sameby för att ha bedrivit fiske i en insjö inom samebyns betesområden. Det var i målet ostridigt att medlemmar i samebyn hade fiskerätt i det aktuella området men åklagaren gjorde gällande att den åtalade skulle anses ha förverkat sitt medlemskap i samebyn. Det var klarlagt att vederbörande ägde ett 90-tal renar och att vederbörande varje år i viss omfattning deltog i rensköteln. Den åtalade hade alltså rätt till att bedriva renskötelse. Rättsfrågan var däremot huruvida han hade "stadigvarande ägnat sig åt annat yrke".³² Han skulle i så fall kunna anses ha förlorat rätten till medlemskap i sameby. Under domstolsförhandlingarna uppgav den åtalade att han från 15 till 23 års ålder hade ägnat sig enbart åt renskötelse och därefter hade tagit tillfälliga arbetsuppdrag i tillägg till renskötelsarbete, att han visserligen ägde en del av en mindre jordbruksfastighet men att den saknade byggnader och djur och i övrigt var obrukad och att han alltjämt deltog i arbetet med egna och andras renar och därför var att anse som medlem i samebyn. I första domstolsinstans friades den åtalade med hänvisning till att vederbörande varje år i viss omfattning deltog i rensköteln och därför skulle anses som medlem i samebyn. I sitt genmäle till åklagarens överklagande av domen anförde den åtalade att det förhållandet att han inte kunde leva på in-

²⁸ Samefolkets Egen Tidning, 1944 nr 4 s 1 och 40–41.

²⁹ Samefolkets Egen Tidning, 1944 nr 1, s 5.

³⁰ A a s 6.

³¹ A a s 6.

³² Jfr SFS 1928:309, 8 § punkt b.

komsterna från sin renhjörd och därför tvingades skaffa sidoinkomster, inte kunde innebära att han hade förlorat de rättigheter som ingick i renskötselrätten så länge han fortfarande bedrev renskötsel och hade renskötselrätt. Den åtalade förlorade i Hovrätten. Även HD ansåg det bevisat att den åtalade hade ägnat sig stadigvarande åt annat yrke än renskötsel och utdömde därför straff för olovligt fiske.³³

Två år senare prövade HD samma rättsfråga i ett liknande mål. I målet stod tre samer i Sirkas sameby åtalade för att ha deltagit i älgjakt trots att de ansågs sakna jakträtt enligt samma bestämmelse som i ovannämnda mål. Åtalet gällde att man biträtt vid jakt – ingen av de åtalade hade själv fält något villebråd. Det var i målet ostridigt att alla åtalade hade egna renar (i ett fall mer än 100), att de var uppförda som nomadiserande samer i kyrkboken och att alla de åtalade i större eller mindre grad deltog i renskötselarbetet. I förundersökningen hade alla tre uppgett sig ha sin huvudsakliga inkomst från insjöfiske. Åklagaren gjorde gällande att ingen av de åtalade var nomadiserade samer och att de bara undantagsvis deltog i renskötselarbete. En av de åtalade medgav bofasthet men anförde att han fortfarande ägnade sig åt renskötselarbete och fiske och därför inte kunde anses ha övergått till annat yrke. Övriga två åtalade ansåg sig vara nomader och i varierande grad yrkesverksamma inom renskötseln. Deras påståenden styrktes genom ett intyg undertecknat av 28 samer i Sirkas sameby. Av intyget framgick att de två, enligt undertecknarnas "bestämda uppfattning", hade ägnat sig åt renskötsel och därför måste anses tillhöra den kategori samer som hade rätt till jakt och fiske. De åtalade ansåg under inga omständigheter att de tillfälliga och kortvariga arbetsperioder som de haft med vägarbete och timmerhuggning kunde anse motsvara formuleringen "annat sta-

digvarande yrke". De åtalade reagerade särskilt mot att åklagaren ansåg att deras fiskeverksamhet skulle anses som annan yrkesverksamhet än renskötsel och anförde mot detta följande:

"Varje nomad hade ju rätt att fiska hur mycket som helst. Detta tillhörde hans lagliga rättighet. [] Att en nomad utövade denna sin rätt i sådan omfattning att han kunde sälja fisk och därigenom få ett välbehövligt tillskott i sin ekonomiska bärning betydde ej, att han ägnade sig åt annat yrke. Fiske kunde näppeligen betraktas såsom ett annat yrke för en renskötande lapp, som alltid vid sidan av sin renskötsel ägnade sig åt denna binäring, det vill säga åt en näring som både i kraft av gammal sedvanerätt – vilken ginge längre tillbaka i tiden än renskötsel – och 55 § vore fullt legitim."³⁴

De åtalade ansåg vidare att det skulle strida mot rättskänslan om en renskötande same på grund av arbetsvillighet skulle förlora sina renskötselprivilegier och att det i själva verket var en fördel för rennäringsen att vissa renägare kunde ägna sig åt annan sysselsättning under vissa perioder. I vilken omfattning de åtalade hade ägnat sig åt annat än renskötsel och fiske blev inte utrett i målet. Åtalet ogillades av första domstolsinstansen med hänvisning till att de åtalade ansågs vara medlemmar i sameby. Beslutet överklagades av åklagaren. Hovrätt och HD ansåg att de åtalade skulle anses ha ägnat sig stadigvarande åt annat yrke och utdömde straff för jaktbrott.

Det som är av särskilt intresse i detta sammanhang är att domstolarna inte ägnade frågan om de åtalade kunde ha en på sedvana grundad rätt till jakt och fiske någon uppmärksamhet.³⁵ Sedvanerätten var en självklar princip i svensk rätt vid tiden för de aktuella målen och är allt-

³³ NJA 1944 s 117.

³⁴ NJA 1946 s 94.

³⁵ Jfr NJA 1942 s 336.

jämt en grundläggande princip i lagstiftningen om samernas rätt till land och vatten.³⁶ Att domstolarna bortsåg från frågan om sedvanerätt är än mer påfallande med tanke på att de åtalade i domstolsförhandlingarna gjorde explicita hänvisningar till att deras jakt- och fiskerätt – i tillägg till vad som framgick av aktuella bestämmelser i lagen – var grundad på sedvana. Visserligen är domstolarnas bundenhet till de syften som lagstiftaren har gett uttryck för i motiveringen av en lag en väl etablerad tradition i svensk rätt, men det är ändå förvånande att HD i nämnda mål inte beaktade sedvanerätt som en legitim rättsgrund i sammanhanget. En intressant konsekvens av rättsväsendets strikta tillämpning av de aktuella bestämmelserna är att individer som inte ägnar sig åt annat tillfälligt arbete, men i övrigt har samma anknytning till renskötseln som de åtalade, skulle anses vara medlemmar i sameby och därför ha kvar sin jakt- och fiskerätt.³⁷ I övrigt kan myndigheternas iver att lagföra de åtalade i nämnda mål noteras.

Den aktuella bestämmelsen, och inte minst hur den tillämpades inom den statliga rennäringsförvaltningen, blev återkommande kritiserad från samiskt håll. I en artikel i Samernas Egen Tidning med rubriken *Huru renskötselförfattningar kunna motarbeta rennärningen* framfördes skarp kritik mot att lagstiftningen inte beaktade "samernas ursprungliga rättigheter på deras urgamla marker". I det sammanhanget framfördes bland annat följande:

"Att då utan vidare i en så nyligen tillkommen lagbestämmelse som år 1928 sammanknippa rätten till jakt och fiske, samernas ursprungligaste näringar, med tillhörigheten till lappbyn, varigenom en massa samer utan vidare avhändas en historiskt betingad

befogenhet, är helt enkelt ett utslag av det rena godtycket och kan sålunda icke vara rättvist."³⁸

Någon ändring av de bestämmelser som ansågs särskilt problematiska kom emellertid inte till stånd i de efterkommande revideringarna av lagen.³⁹ Däremot kom lagstiftaren att ägna viss uppmärksamhet åt frågan om rätten till fiske för same som inte var medlem i sameby. Jag ska strax återkomma till detta.

Nu gällande bestämmelser

Under 1900-talet utvecklades det svenska samhället mot att bli en modern industrination. Olika primärnäringar, exempelvis jord- och skogsbruk, genomgick kraftfulla rationaliseringar. I det perspektivet blev det uppenbart för statsmakterna att *en* näring stod utanför den utvecklingen, nämligen samisk renskötsel. Mot den bakgrunden tog regeringen under 1960-talet initiativet till en ny renbeteslag. Det huvudsakliga syftet med lagreformen var att möjliggöra nya driftsformer och vidta olika rationaliseringsåtgärder inom det sakområde som numera kom att benämnas *rennärningen*.⁴⁰ Genom den nya lagens tillkomst skulle nödvändiga strukturförändringar genomföras även för samernas näringsfång. Rättsordningen skulle i huvudsak vara den samma som tidigare, det vill säga att den nya lagen förväntades vara baserade på samma principer som 1928 års lag.⁴¹

Med den utgångspunkten var det foljdriktigt att utredningen lämnade lagförslag om att det sedan 1928 rådande sambandet mellan medlemskap i sameby och jakt- och fiskerätt skulle bestå.

³⁸ Samefolkets Egen Tidning 1944 nr 4 s 40.

³⁹ Jfr SFS 1944 nr 76, 1947 nr 225 och 1960 nr 145.

⁴⁰ SOU 1968:16 s 36.

⁴¹ SOU 1968:16 s 36. Jag ser i detta sammanhang bort ifrån departementschefens precisering om att den nya lagen inte borde innehålla bestämmelser om skillnader i rättigheter för män och kvinnor vilket 1928-års lag hade bestämmelser om.

³⁶ Torp, Eivind, Renskötselrättens grunder, *SvJT*, 2012 s 708–722.

³⁷ Jfr SFS 1928:309 8 § punkt b.

Motivet man anförde för detta var att en okontrollerad befogenhet för andra samebys kunde leda till svårigheter för de renskötande samerna att utöva jakt och fiske för sitt husbehov, dels att värdet av jakten och fisket som objekt för upplåtelse för utomstående skulle minska. Upplåtelser var vid denna tid en betydande inkomstkälla för statliga samefonden och efterfrågan på fisketillfällena beräknades öka kraftigt i framtiden. Inte minst det angivna ekonomiska intresset ansågs som avgörande för att begränsa kretsen av samebys med jakt- och fiskerätt. Enligt utredningen var det emellertid befogat att göra *ett* undantag från den principen: samebysmedlemmar som hade lämnat renskötseln och övergått till annat yrke borde få behålla rätten till jakt och fiske inom den egna samebyn under tio år. Skälen för detta var att man önskade att stimulera flera att lämna renskötseln som yrke för att näringen skulle bli mera lönsam och bärkraftig. Förslaget var alltså inte grundat på överväganden om eventuella rättigheter för individer inom denna personkrets, utan var ett förslag för att bemöta regeringens önskemål om åtgärder för åstadkomma en rationalisering av samisk renskötsel.⁴²

Regeringen avvisade emellertid just det förslaget och i nu gällande lag finns således fortfarande kravet om medlemskap i sameby för samernas jakt- och fiskerätt.⁴³ En sameby kan dock upplåta jakt- och fiskerätt till husbehov åt en tidigare medlem i samebyn.⁴⁴

Frågan om alternativa former för medlemskap i sameby har därefter berörts i flera offentliga utredningar. Första gången under början av 1970-talet då regeringen önskade att få kartlagt vilka särskilda problem som samerna mötte i det svenska samhället. Bakgrunden var att allt färre samebys kunde livnära sig på renskötsel och

att det därför förelåg en betydande sysselsättningsproblematik för den samiska befolkningen. Av direktiven framgick bland annat att frågan om alternativa former av medlemskap i sameby skulle utredas.⁴⁵ Utredningen lämnade mot den bakgrunden ett förslag om att samebysar borde ges möjlighet att anta renskötselberättigad person (som inte bedriver renskötsel) som stödjande medlem i den sameby där personen har sitt ursprung.⁴⁶ Syfte var att öka samhörigheten mellan majoriteten av samerna som hade lämnat renskötseln och minoriteten som fanns kvar i näringen. Enligt förslaget skulle en stödjande medlem av samebyn kunna tilldelas rätt till krokfiske och småviltsjakt inom de tidsperioder och områden som samebyn fastställde. Svenska Samernas Riksförbund motsatt sig emellertid förslaget och det kom därmed inte att leda till några initiativ från regeringens sida. Liknande förslag presenterades av en utredning under början av 2000-talet,⁴⁷ men heller inte vid detta tillfälle valde regeringen att presentera någon proposition för riksdagen i ärendet.⁴⁸

Sammanfattningsvis kan det konstateras för det första, att det krav som infördes genom 1928 års lag om medlemskap i sameby för jakt- och fiskerätt, alltjämt gäller. För det andra, att den nuvarande rättsliga regleringen av samernas jakt- och fiskerätt inte överensstämmer med samiska traditioner eller rättsuppfattningar i frå-

⁴⁵ SOU 1975:99 s 37f.

⁴⁶ SOU 1975:99 s 163–171. Jfr särskilt yttrande av de samiska ledamöterna i utredningen som föreslog att möjligheten till att anta stödjande medlemmar skulle uttryckas i lagtexten, s 241–242.

⁴⁷ SOU 2001:101 s 193f. Ulrika Geijer, som har ett eget bidrag i detta nummer, var sekreterare i utredningen.

⁴⁸ Se dock Ds 2009:40. För en närmare analys av hur regeringen har agerat i frågan se Bengtsson, Bertil, Om jakt och fiske i fjällmarken, *SvJT* 2010 s 78–87 och av samma författare, Om departementspromemorior, *SvJT* 2010 s 105–119, och *Utblick och Inblick – vänbok till Claes Sandgren*, *Jure* 2012 p 34.

⁴² SOU 1968:16 s 191. Förslaget fanns inte med i den slutliga propositionen.

⁴³ SFS 1971:437 25 §.

⁴⁴ SFS 1971:437 31 § andra stycket.

gan. För det tredje, att lagstiftaren inte har tagit initiativ för att ändra den ordning som har gällt sedan 1928.

”Fiskesamer” – samiskt näringsfång och svensk förvaltningsterm

Det var emellertid inte alla som fogade sig efter det regelverk som myndigheterna hade fastställt. Under första hälften av 1900-talet fick myndigheterna kännedom om att det vid flera insjöar i norra Sverige fanns en fastboende samisk befolkning som livnärde sig genom jakt och fiske i kombination med ett småskaligt jordbruk, men där försäljning av fisk var den viktigaste källan till kontanter. Denna grupp samer – i myndigheternas skrivelser benämnt *fiskesamer* – innebar vissa problem för lagstiftaren: de föll utanför den gängse mallen för samiskt näringsfång samtidigt som den rättsliga grunden för deras verksamhet var oklar.⁴⁹

I samband med utredningen inför 1971 års lag omnämndes fiskesamerna återigen i lagstiftningssammanhang. Utredningen gör, utan föregående utredning, följande ställningstagande:

”I fråga om de samer som aldrig tillhört någon lappby t.ex. de s.k. fiskesamerna, anser vi oss däremot inte kunna tillstyrka en lagändring av innebörd att de får del av de samiska jakt- och fiskerättigheterna.”⁵⁰

Bakgrunden var att man antog att en eventuell ändring av lagen skulle leda till att kretsen av rättighetshavare vidgades till en mycket svårdefinierad grupp ”varigenom bl. a. de redan begränsade möjligheterna till att ingripa mot tjuvjakt och tjuvfiske skulle väsentligt reduceras”.⁵¹ Fiskesamerna ansågs å andra sidan vara beroende av fisket inom renskötselområdet. Man ansåg

därför att de inte skulle vara uteslutna från möjlighet till jakt och fiske. Enligt utredningen borde det ordnas genom individuella avgiftsfria upplåtelse och inte med hjälp av lagstiftning.⁵² Enligt utredningens uppfattning hade fiskesamerna inte rätt till jakt och fiske. Det skulle i så fall bli tal om att ge dem ”visst företräde framför andra sökande”.⁵³

Regeringen delade utredningens uppfattning om att fiskesamernas möjlighet att bedriva fiske var en fråga som inte behövde regleras i någon särskild bestämmelse i rennäringslagen. Enligt 1971 års lag ska eventuellt beslut om upplåtelse av rätt till jakt och fiske ske mot avgift om inte särskilda skäl finns för avgiftsfrihet.⁵⁴ I likhet med utredningen ansåg regeringen att det kunde ”var befogat” att göra undantag från bestämmelsen om avgift för ”vissa samer som inte tillhör den renskötande befolkningsgruppen men som är beroende av fisket inom renskötselområdet för sin försörjning”.⁵⁵

Fiskesamerna tillerkänns alltså inga rättigheter i nu gällande lagstiftning. Regeringens formulering ”kan vara befogat” är en signal till berörda myndigheter om att ordningen med avgiftsfrihet *kan* tillämpas. Det handlar således om en möjlighet till en *förmån* i förhållande till allmänheten i övrigt. Förmånen är emellertid inte förbehållen endast fiskesamer. Även den bofasta jordbrukande befolkningen i de inre delarna av de två nordligaste länen ska ges samma förmån, men för denna grupp använder regeringen en något mer förpliktande formulering om att denna personkrets ska ”tillförsäkras avgiftsfri fiskerätt”.⁵⁶ Från lagstiftarens sida är tanken om

⁵² A utr s 212.

⁵³ A utr s 192.

⁵⁴ Ett viktigt skäl till detta var att upplåtelse ansågs skapa förutsättningar för ökade inkomster för samer som bedrev renskötsel. Jfr prop. 1971:51 s 59.

⁵⁵ A prop s 170.

⁵⁶ A prop s 135. Kursivering av författaren.

⁴⁹ Lagutskottet utl. nr 59 med anledning av prop. 1917:169.

⁵⁰ SOU 1968:16 s 191.

⁵¹ A utr s 191.

avgiftsfrihet således en gest mot medborgare som är bosatta i ett område där näringsmöjligheterna är begränsade. Förslaget är således inte grundat i överväganden kring eventuella rättigheter som de nämnda grupperna kunde ha.

Fiskesamernas rättssituation skulle emellertid komma att uppmärksammas ytterligare. Bara något år efter att den nya lagen hade börjat gälla blev sysselsättningsproblematiken för den samiska befolkningen utredd. I det sammanhanget uppmärksammades fiskesamernas förhållanden och vad som behövde göras för att säkerställa deras utkomstmöjligheter.⁵⁷ Utredningen konstaterade att fiskesamerna hade sin huvudsakliga inkomst från de binäringar som förknippas med renskötsel men att frågan om deras fiskerätt var oklar.⁵⁸ Vad gäller personer som tidigare bedrivit renskötsel anförde man följande:

”Enligt gällande bestämmelser förlorar man sitt medlemskap i samebyn och därmed också rätten till jakt och fiske om man upphör med rennäringen och övergår till annan yrkesverksamhet för sin försörjning. Enligt praxis brukar emellertid samer som visserligen upphör med den egentliga renskötseln och övergår till att enbart jaga och fiska för sin försörjning få behålla sitt medlemskap i samebyn. Enligt sameutredningens mening har denna praxis fog för sig, eftersom jakt- och fiskerätt ingår som birättigheter i renskötselrätten.”⁵⁹

Intern samisk rättspraxis innebar alltså fortfarande under 1970-talet att den som upphörde med renskötsel kunde förbli en del av det samiska

kollektivet och behålla rätten till jakt och fiske. Enligt utredningen hade samerna anpassat sin praxis i förhållande till rättsreglerna på så sätt att samisk tradition vad gäller jakt- och fiskerätt kunde vidmakthållas trots att lagens bestämmelser sade något annat.⁶⁰ Utredningen ledde emellertid inte till några ändringar av fiskesamernas rättsliga förhållanden.

Att lagstiftaren under 1960 och 70-talen intog en inställning om att fiskesamerna inte hade någon jakt- och fiskerätt kan tyckas förvånande med tanke på att frågan om de icke-renskötande samernas rättigheter under lång tid hade varit en känd problematik för lagstiftaren. Redan innan 1928 års lag hade tillkommit hade det i en offentlig utredning påpekats att även icke-renskötande sannolikt hade rätt till jakt och fiske:

”1898 års renbeteslag – liksom dess föregångare av 1886 – saknar regler om rättsförhållanden beträffande andra lappar än de renskötande. De lappar, vilka i stället för att idka renskötsel ägna sig åt fiske och jakt, kunna emellertid icke på grund av nyssnämnda inskränkning av renbeteslagstiftningens regler anses stå rättslösa; för bestämmande av deras rättsställning måste man tillämpa äldre rätt samt i främsta rummet analogier från renbeteslagarna []. I princip torde väl de icke renskötande lapparnas rättigheter sträcka sig lika långt som de renskötandes; liksom dessa torde de äga nyttja skogen samt bruka jakt och fiske [].”⁶¹

Men sådana påpekanden kom alltså inte till uttryck i lagstiftningen, utan det var just rättslöshet som kom att präglade de icke-renskötande samer-

⁵⁷ SOU 1975:99 s 39.

⁵⁸ Vad gäller fiskefrågorna hade utredningen sin fokus på fiskets betydelse för samer generellt. Det vill säga oberoende av frågan om med vilken rätt man fiskade. Se SOU 1975:99 s 223.

⁵⁹ SOU 1975:99 s 229.

⁶⁰ En sådan praxis kan dock vid intressekonflikt mellan sameby och enskild medlem i jakt och fiskefrågor innebära vissa problem eftersom både samebyn och den enskilda medlemmen har talerätt i sådana frågor. Jfr prop. 1971:51 s 161.

⁶¹ SOU 1922:10 s 74.

nas situation under hela 1900-talet. Däremot har HD och HFD vid flera tillfällen under senare delen av 1900-talet aktualiserat frågan om de icke-renskötande samernas rätt till mark och vatten vid beaktande av principen om att renskötselrätten tillkommer alla samer och inte enbart medlemmar i sameby. Detta har framför allt gällt tvistemål kring ersättning efter begränsningar i fisket där domstolarna har påpekat att även de i renskötselrätten ingående birättigheterna är en kollektiv rätt för alla samer.⁶²

Efterhand som andelen samer som stod utanför renskötseln blev väsentligt mycket större än andelen renskötande samer, blev frågan om de icke-renskötande samernas rättigheter en allt viktigare politisk fråga. Denna utveckling skedde delvis mot bakgrund av domskälen i det så kallade skattefjällsmålet.⁶³ Samebyarna förlorade visserligen målet, men domskälen skulle visa sig vara av intresse för den rättsliga bedömningen av samiska rättigheter. Som utgångspunkt för samernas befogenheter konstaterade HD följande:

”En säker utgångspunkt synes emellertid vara att kärnan i befogenheterna utgjordes av det som fortfarande är grundvalen för samernas näringsfång på fjällen: renbete, jakt, fiske och visst skogsfång. Det var frågan om rättigheter som från början vilat på urminnes hävd och under tidernas lopp fått ändrat innehåll i anslutning till att samernas näringsutövning utvecklats och tagit delvis nya former. Tyngdpunkten hade ursprungligen legat på jakt och fiske men hade sedan förskjutits så att den, särskilt efter samernas övergång till helnomadisering, låg på renskötseln.”⁶⁴

Domstolen gör sedan en bedömning av hur samernas på urminnes hävd grundade rättigheter har transformerats i lagstiftning och konstaterar att lagen uttömmande reglerar de rättigheter och skyldigheter som renskötselrätten innebär.⁶⁵ Samtidigt påpekar HD att samernas rättigheter är av sådant slag att de enligt grundlagen är skyddade mot tvångsförfogande utan ersättning och fortsätter:

”Den omständigheten att rätten i detta fall är reglerad i lag innebär inte att den skulle sakna sådant skydd. Rättigheten⁶⁶ kan väl upphävas genom lagstiftning, men så länge den utövas kan den inte fräntas innehavarna, vare sig i lag eller annan form ...”⁶⁷

Detta får uppfattas dithän att det inte kan utelämnas att samerna kan ha vissa rättigheter grundade på sedvänja som inte kommer till uttryck i lagstiftningen.⁶⁸ Detta har senare bekräftats i ett domstolsavgörande från hovrätten där en renskötande same var åtalad för att i strid med bestämmelser i miljöbalken ha plockat renlav inom ett naturreservat. Domstolen fann att mossplockning i samband med flytt av renar var en samisk sedvänja och därför var en del av renskötselrätten varför åtalet ogillades.⁶⁹ HD:s omfattande utredning om grunderna för samernas rätt till mark och vatten i de jämtländska skattefjällen, ledde dels till en större förståelse för samiska krav om ökad inflytande i samhället, dels till en större flexibilitet i synen på samiska rättigheter.⁷⁰

⁶⁵ NJA 1981 s 1 på sidan 244.

⁶⁶ HD talar i sammanhanget om bruksrätten, det vill säga rätten att nyttja land och vatten med hänsyn till alla de rättigheter som ingår i renskötselrätten, exempelvis rätten till jakt och fiske.

⁶⁷ NJA 1981 s 1 på sidan 248.

⁶⁸ NJA 1981 s 1 på sidorna 84 och 245.

⁶⁹ Hovrätten för Övre Norrland mål nr B 69-04, 2005-12-21.

⁷⁰ Svensson, Tom, a a s 171.

⁶² NJA 1979 s 1, NJA 1981 s 610, RÅ 1993 ref 24.

⁶³ Svensson, Tom, *The Sámi and Their Land*, Universitetsforlaget Oslo 1997, s 182 ff.

⁶⁴ NJA 1981 s 1 på sidan 233.

Den relativt omfattande utredning om samernas rättigheter som följde efter HD:s avgörande och som hade uppdraget "att klarlägga vilka särskilda behov som kan härledas till samernas ställning som urbefolkning"⁷¹ tog utgångspunkt i HD:s bedömning beträffande arten av samernas rättigheter. Utredningen konstaterade att samer som inte var medlemmar i sameby kunde ha särskilda rättigheter på grund av urminnes hävd.⁷² Detta gällde framförallt fiskesamer som fortfarande bedrev fiske. Mot den bakgrunden föreslog kommittén att samer som inte var medlemmar i samebyar men som var stadigvarande bosatta inom en samebys jakt- och fiskeområde skulle få jaga och fiske på statens marker inom området, om det med hänsyn till dennes utkomstmöjligheter och omständigheter i övrigt framstod som skäligt.⁷³ Ordningen var tänkt att omfatta endast de samer som bedrev fiske och var beroende av det för sin försörjning.

Regeringen följde emellertid inte de förslag som kommittén lämnade i denna fråga. Skälet var att regeringen ansåg gruppen fiskesamer vara för liten. I propositionen uttrycker regeringen detta på följande sätt: "... möjligheterna till försörjning för den lilla grupp fiskesamer⁷⁴ det här är fråga om kan lösas utan särskilt lagstiftning".⁷⁵ För regeringen var alltså numerären avgörande för hur frågan borde lösas och inte den rättsliga grunden för rättigheten. Eftersom endast ett litet antal individer var berörda ansågs en praktisk lösning av frågan vara mer lämplig än en lösning grundad på rättsliga överväganden.

Regeringen intog därmed en inställning som ger intryck av att man uppfattade att frågan om fiskesamernas rätt till mark och vatten var en frå-

ga om reglering av en *förmån*. Alltså att det skulle röra sig om att reglera en rätt som staten hade gett till samerna. Ett sådant synsätt är emellertid inte i harmoni med slutsatserna från HD om att samernas rätt till mark och vatten är grundad på ockupation och urminnes hävd.⁷⁶ I fall lagstiftaren hade tagit till sig HD:s slutsatser i denna del, skulle reglering av de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske ha gjorts med beaktande av de civilrättsliga principer som utarbetad rätt vilar på.⁷⁷ Men som HD uttalade i skattefjällmålet har statens ämbetsmän under lång tid haft svårt att transformera samiska rättsförhållanden till juridikens civilrättsliga begreppsvärld.⁷⁸ Man kan inte – även med den bästa vilja – säga annat än att det förhållandet i all huvudsak fortfarande består.⁷⁹

Avslutning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det fortfarande är oklart vad som är lagstiftarens inställning och rättsliga utgångspunkt i bedömningen av frågan om de icke-renskötande samernas rätt till mark och vatten.⁸⁰ Att de icke-renskötande samerna för närvarande inte har någon rätt till mark och vatten är visserligen klart, men de resonemang som ledde fram till de bestämmelser där detta regleras, präglas mer av en vilja att hitta politiskt acceptabla lösningar för stunden än av respekt för de rättsprinciper som ligger till grund för att lagstiftaren återkommande har konfronterats med frågan.⁸¹ Genom att hänvisa till obe-

⁷¹ Dir 1983:10.

⁷² SOU 1990:91 s 187.

⁷³ A utr s 193.

⁷⁴ I den föregående utredningen hade antalet beräknats till färre än 100 personer, SOU 1990:91 s 189.

⁷⁵ Prop. 1992/93:32 s 180.

⁷⁶ Jfr SFS 1971:437 1 §. För tillämpningen av rättsinstitutet urminnes hävd se NJA 1956 s 161 och NJA 1984 s 148.

⁷⁷ Jfr NJA 1981 s 1 på sidorna 175 och 248.

⁷⁸ Jfr NJA 1981 s 1 på sidan 181.

⁷⁹ Bengtsson, Bertil & Torp, Eivind: Svensk samerätt: Något om den senaste utvecklingen, i *Juss i Nord: Hav, fisk og urfolk*, Tromsø universitet, Tromsø 2012.

⁸⁰ Ytterligare en offentlig utredning har lämnat förslag om att icke-renskötande samer ska kunna bli medlemmar i sameby, jfr SOU 2001:101. Någon proposition om detta har emellertid inte förelagts riksdagen.

⁸¹ Jfr NJA 1981 s 1 på sidan 140.

stämda framtida åtgärder har flera regeringar undgått att problemet har uppmärksammats i samband med olika lagstiftningsprocesser. Trots att jakt och fiske utgör traditionella samiska näringsfång och att samernas rätt till mark och vatten är grundat på ockupation och urminnes hävd, saknar majoriteten av samerna fortfarande jakt- och fiskerätt. I dagens samhälle utgör detta förhållande en viktig grund för politisk mobilisering: *Jakt- och fiskesamerna*, som i sitt partipro-

gram kräver att alla samer ska ha rätt till jakt och fiske, är idag Sametingets största parti. Därmed finns det grund till att tro att frågan kommer att uppmärksammas allt mer i framtiden. Som det har framgått har statsmakterna återkommande konstaterat att det föreligger rättslig oklarhet beträffande de icke-renskötande samernas eventuella rätt till jakt och fiske. Frågan är hur länge lagstiftaren anser sig vara betjänt av att detta tillstånd av rättslig oklarhet består.