

NOEN JURIDISKE BETRAKTNINGER
VEDRØRENDE SAMISKE
RETTIGHETER I SALTVANN

Eiendomsrettens utstrekning i saltvannsområder etter
norsk rett og folkeretten

av

Elisabeth Einarsbøl

Førord

En av målsettingene til Kompetansesenter for urfolks rettigheter i 2004 er å informere om urfolks rett til land og vann. Formidling av informasjon om samenes rettigheter til land og vann er en sentral del av dette arbeidet, og er en fortsettelse av det arbeidet som ble påbegynt i 2003. I den forbindelse ble jeg forespurt om å gjøre en utredning om sjøsamenes rettigheter.

Utredningen er skrevet av en jurist og bærer preg av dette. Jeg har imidlertid forsøkt å skrive for en bred krets av lesere. Det skal påpekes at temaet i seg selv er både komplisert og omfattende. Lite er skrevet om sjøsamene og deres rettigheter til de saltvannsområdene de tradisjonelt har benyttet seg av. Temaet fortjener derfor at man nærmer seg det med nøyaktighet. Utgangspunktet har vært å reise noen sentrale problemstillinger, der drøftelsene og konklusjonene kommer i annen rekke. Det sentrale har vært å sette sjøsamiske rettigheter inn i en juridisk sammenheng.

Arbeidet med utredningen har tatt tid, og jeg må benytte anledningen til å takke de som har hjulpet meg underveis. Først og fremst må jeg få takke jussprofessor Kirsti Strøm Bull for gode kommentarer og innspill underveis, det har vært flott å kunne dra nytte av slik eksperthjelp. En takk også til cand. polit. Eva Josefsen for at hun har tatt seg tid til å lese gjennom deler av utredningen, det har vært interessant å få et samfunnsvitenskapelig perspektiv på emnet. Det skal imidlertid presiseres at ansvaret for utredningens innhold er mitt alene.

Sjøsamiske rettigheter engasjerer mange, og forhåpentligvis vil utredningen bidra til ytterligere oppmerksomhet rundt temaet. Arbeidet med sjøsamiske rettigheter vil være viktig også i tiden fremover da mye arbeid gjenstår. Forskningen vil spille en avgjørende rolle da grunnlaget for, utøvelsen av og rettsoppfatninger av sjøsamiske rettigheter ytterligere må dokumenteres.

Kautokeino 12.05.04

Elisabeth Einarsbøl

INNHOLDSFORTEGNELSE

1 INNLEDNING

- 1.1 En foreløpig presentasjon av tema
- 1.2 Avgrensning og viktige presiseringer
- 1.3 Noen innledende perspektiver

2 BEGREPSAVKLARINGER: JURIDISKE ORD OG UTTRYKK SAMT TYPISKE TREKK VED DET SJØSAMISKE FISKET

- 2.1 Noen tingsrettslige begreper
- 2.2 Aktuelle rettsgrunnlag
 - 2.2.1 Alders tids bruk
 - 2.2.2 Sedvane/sedvanerett
- 2.3 Ulike former for rettsvern
- 2.4 Noen typiske trekk ved det sjøsamiske fisket

3 ULIKE RETTSGRUNNLAG I ET HISTORISK PERSPEKTIV

- 3.1 Et historisk tilbakeblikk på det sjøsamiske fisket i Finnmark
- 3.2 Retten til sjøfiske – ulike oppfatninger av det rettslige grunnlaget
 - 3.2.1 Privat eiendomsrett til fiskeressursene:
 - 3.2.1.1 Innledning
 - 3.2.1.2 Individuelle rettigheter
 - 3.2.1.3 Kollektive rettigheter
 - 3.2.1.4 Oppsummering
 - 3.2.2 Det sjøsamiske fisket som en allmenningsrett
 - 3.2.3 Særlig om privatiseringen av fiskeressursene på 1990- tallet
 - 3.2.4 Oppsummering

4 NOEN SYNSPUNKTER PÅ SJØSAMISKE RETTIGHETER I SALTVANNSOMRÅDER

- 4.1 Eiendomsrettens utstrekning i saltvann etter norsk rett
 - 4.1.1 Noen utgangspunkter
 - 4.1.1.1 Grunnlovens § 110a
 - 4.1.1.2 Norsk tingsrett
 - 4.1.2 Strandretten

- 4.1.2.1 Tilflottsretten
- 4.1.2.2 Fiskeretten
- 4.1.2.3 Utfyllings- og utbyggingsretten
- 4.1.2.4 Tang og tare samt sandforekomster
- 4.1.3 Kåfjorddommen (Rt 1985 s 247) – Beskyttelse av rettighetspregede allemannsrettigheter
- 4.1.4 Praktisering av faste fiskeplasser: Noen kommentarer
- 4.1.5 Trange fjorder
- 4.2 Eiendomsrettens utstrekning i saltvann etter folkeretten
 - 4.2.1 Noen innledende kommentarer
 - 4.2.2 SP art 27 og ILO nr. 169 sin stilling i norsk rett
 - 4.2.3 En drøfting av begrepet ”lands” i ILO nr. 169
 - 4.2.4 Hvilke rettslige forpliktelser har myndighetene overfor sjøsamene etter SP art 27?

5 NORSK FISKERILOVGIVNING OG FORVALTNING

5.1 Norsk fiskerilovgivning

- 5.1.1 Sentral begrepsbruk
- 5.1.2 Forholdet til folkeretten
- 5.1.3 Kort om saltvannsfiskeloven og deltakerloven
- 5.1.4 Aktuelle forskrifter – et utvalg

5.2 Forvaltningen

- 5.2.1 Utvikling mot en fiskeriforvaltning
- 5.2.2 Fiskeriforvaltningen i dag
 - 5.2.2.1 Innledning
 - 5.2.2.2 Fiskeridirektoratet
 - 5.2.2.3 Reguleringsrådet

6 OPPSUMMERING

1 INNLEDNING

1.1 *En foreløpig presentasjon av tema*

I denne utredningen skal det redegjøres for hvilke rettigheter sjøsamene kan ha til fiskeressursene i saltvann etter norsk rett og folkeretten.

Temaet sjøsamiske rettigheter handler i denne sammenheng om i hvilken utstrekning sjøsamene kan kreve rettigheter til de sjøområder de tradisjonelt har benyttet. Staten har lenge hevdet at saltvannsområder ikke kan være gjenstand for privat eiendomsrett, men denne utredningen skal ta for seg problemstillingen om og eventuelt i hvilken utstrekning sjøsamenes bruk av sjøområder kan være utøvelse av eiendoms- eller bruksrett.

Utredningen vil ta for seg argumenter til fordel for at sjøsamer og andre fiskere langs kysten *kan* ha opparbeidet seg visse bruksrettigheter til bestemte havområder, og problematiserer dermed statens utgangspunkt om at sjøressursene er en allemannsrett.

Statens holdning om at retten til fiskeressurser i havet er en allemannsrett som staten kan regulere fritt har frem til i dag vært ansett som gjeldende norsk tingsrett.¹ Det finnes imidlertid holdepunkter for at man kan betrakte retten til sjøressursene som noe annet enn bare en allemannsrett. Fra samisk hold har ett synspunkt vært at fiske i sjøen ikke er fritt da det tradisjonelle sjøfiske må betraktes som en *allmenningsrett*, som blant annet innebærer et visst vern om bruken mot inngrep fra staten.² Videre kan det fremføres argumenter om at sjøsamenes rettigheter til fiskeressursene kan være basert på tingsrettslige prinsipper som følge av rettigheter opparbeidet gjennom sedvanerett og alders tids bruk. Dette avhenger imidlertid av ytterligere dokumentasjon av den faktiske bruken av kyst- og fjordområdene, slik at sjøsamene kan kreve rettigheter og få anerkjennelse for dem også rent juridisk.

Over lengre tid har den sjøsamiske kulturen blitt utsatt for så stort press utenfra, at dens eksistens i dag må sies å være alvorlig truet. Dette skyldes i stor grad innskrenkninger på fiskeriets område som har rammet de sjøsamiske fiskerne spesielt hardt. Fisket som blant annet utgjør en viktig sysselsettings- og bosettingsfaktor må i dag anses som en forutsetning for bevaring og videreutvikling av den sjøsamiske kultur. På slutten av 1980-tallet innførte norske myndigheter et kvotesystem som medførte reduserte muligheter for

¹ NOU 1993: 34 s 123.

² Bjørklund, Ivar i Norsk ressursforvaltning og samiske rettighetsforhold s 41-42.

sjøsamene og andre fjordfiskere til å delta i sjøfisket. I forbindelse med disse reguleringene av sjøfiske har det også utviklet seg et system med konsesjon for oppdrett og fiskekvoter. Rettighetene til fiske i sjøen er med andre ord blitt omsettelige, og det hevdes at fiskeressursene i sjøen er blitt gjenstand for privatisering ved at rettigheter er overført fra staten til enkeltindivider.³ Vi står overfor en utvikling der særlig bruksrettigheter til sjøområdene i større grad gjør seg gjeldende. Kåfjorddommen (Rt 1985 s 247) er et ledd i denne utviklingen hvor man går fra å betrakte det sjøsamiske fisket som en næringsrett til rettigheter basert på tingsrettslige prinsipper.⁴

Denne utredningen vil vise at retten til å bruke saltvannsområdene uten innblanding fra staten er mer aktuelt enn noen gang. Det typiske sjøsamiske fjordfisket vil ofte være utøvet i et fellesskap der fiskerne kan ha ervervet bruksrettigheter, for eksempel knyttet til en allmenning. Vi ser at det i praksis kan være snakk om konkrete rettigheter etter tingsrettens regler.⁵ Det sentrale er at utgangspunktet om fiske i sjøen som en allemannsrett ikke er absolutt, da tingsrettslige prinsipper og tanker om at sjøen kan være gjenstand for bruksrett gjør seg mer og mer gjeldende.

1.2 Avgrensning og viktige presiseringer

Utredningen har til hensikt å gi en oversikt over det viktigste regelverket, samt stille opp noen relevante problemstillinger knyttet til samiske rettigheter til sjøområdene og de marine ressursene som finnes der. Utredningen tar ikke mål av seg å være uttømmende med hensyn til hvilke rettigheter sjøsamene har, men tar i stedet sikte på å gi en innføring og oversikt med utgangspunkt i juridiske betraktninger og terminologi. Av den grunn vil norske tingsrettslige prinsipper stå sentralt.

I denne utredningen som handler om sjøsamenes rettigheter til de sjøområdene de tradisjonelt har benyttet er fokuset naturlig nok på sjøsamene som har drevet eller driver fiske i sjøen. Det bør imidlertid understrekes at de sjøsamiske bosettingsområdene består av blandet etnisk bosetning. *Dette innebærer at rettighetene til sjøressursene som sjøsamene påberoper seg i praksis søkes utformet som områderettigheter og ikke bare etniske rettigheter* (jfr Samerettsutvalget NOU 1997: 4) Utgangspunktet for denne utredningen er allikevel hvilke rettigheter *sjøsamene* har til å eie og bruke fiskeressursene i

³ Se pkt. 3.2.3.

⁴ Se pkt. 4.1.3.

⁵ Definisjon av tingsrett: Del av formuesretten. Rettsforhold vedrørende de materielle ting. (Jusleksikon.)

sjøen på bakgrunn av den faktiske bruken som har vært utøvet. Dette utelukker ikke at også andre kan ha opparbeidet seg tilsvarende rettigheter.

I denne utredningen vil begrepet ”sjøsamiske rettigheter” ofte benyttes. Det snakkes da om juridiske rettigheter, basert på tingsrettens prinsipper og regler. Dette omfatter blant annet eiendomsrett og bruksrett. For sjøsamene er det først og fremst krav om bruksrett som er aktuelt.

Det foreligger allerede noen utredninger som omhandler temaet sjøsamiske rettigheter. Mitt utgangspunkt har vært å ta disse frem i lyset da utredningene etter mitt skjønn ikke har fått den oppmerksomheten de fortjener. Sentralt står blant annet utredningen til daværende professor Carsten Smith publisert i Lov & Rett 1990 s 507, som tar for seg nettopp samenes rett til naturressurser - særlig ved fiskerireguleringer.

Når det gjelder gjennomgangen av de historiske kildene skal det presiseres at mye av dette materialet er hentet fra forskningen. Denne utredningen tar i utgangspunktet ikke sikte på å overprøve dette materialet da utredningen ikke er et forskningsarbeide, men en gjennomgang og redegjørelse av hvilke rettigheter sjøsamene har etter dagens lovverk.

I tillegg til en gjennomgang av norsk fiskerilovgivning med tilhørende forskrifter vil norsk tingsrett stå sentralt i utredningen. Når det gjelder folkerettens rettskilder vil bestemmelser til beskyttelse av minoriteter og urfolk stå i sentrum, nærmere bestemt FN konvensjonen av 1966 om sivile og politiske rettigheter art 27 (SP art 27) og ILO konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk (ILO 169).

1.3 Noen innledende perspektiver

Temaet samers rettigheter i saltvannsområder kan angripes på flere måter. Jeg velger å starte med å trekke opp noen etter min mening viktige skillelinjer. Dette er ment som en praktisk tilnærming til bedre å forstå hvilke rettigheter sjøsamene kan ha krav på. Denne fremstillingen bygger på sentrale juridiske begreper, og er ment som en innledning til den senere gjennomgangen av lovverket der tingsretten regler står sentralt.

Ett skille går mellom retten til å **ei** og retten til å utnytte fiskeressursene som en **bruksrett**. Hva dette nærmere innebærer skal jeg komme tilbake til. Det sentrale er at *ulike typer rettigheter gir ulik type rådighet, som igjen er ulikt beskyttet mot inngrep*. En allemannsrett vil for eksempel ikke være vernet mot ekspropriasjon slik som en bruksrett eller eiendomsrett. Det er derfor viktig at vi skiller mellom ulike typer rettigheter i fast

eiendom alt etter som hvilke rettigheter som er aktuelle. Jeg skal senere forklare hva som ligger i begrepene eiendomsrett og bruksrett, samt andre sentrale tingsrettslige begreper som sier noe om forholdet mellom menneske og ting.⁶

Videre må det skilles mellom hva som skal til for å oppnå eiendomsrett og bruksrett til naturressursene etter **norsk rett** og etter **folkeretten**. Vilkårene for at slike rettigheter skal etableres er ikke nødvendigvis de samme etter de to rettssystemene. Dette har å gjøre med at synet på eiendomsrett kan variere etter hvilket land og rettstradisjon vi står overfor.

Et tredje forhold jeg vil rette oppmerksomheten mot er skillet mellom **kollektive** og **individuelle** rettigheter. Det skal presiseres at *med kollektiv rett i denne sammenheng menes en rett til utnyttelse av naturressursene for en avgrenset krets rettighetshavere*. Det kan være snakk om en større eller mindre krets av rettighetshavere, men skal ikke her bety samene som folkegruppe i betydning rettigheter som tilkommer alle i egenskap av å være same. Forutsetningen er at det må foreligge en viss type bruk utøvet over en viss tid i en bestemt tro. Spørsmålet om en rettighet kan utøves kollektivt og/eller individuelt har betydning for blant annet håndhevelsen og forvaltningen av egne rettigheter. Dette er et spørsmål om hvem som er rettighetssubjekt i forhold til de aktuelle bestemmelsene. For sjøsamene er det et spørsmål om de skal hevde rettigheter kollektivt, slik som for eksempel i Kåfjorddommen, eller om de skal hevde individuelle rettigheter til sjøfisket på bakgrunn av gamle tiders praktisering av faste fiskeplasser.⁷

Videre er det et sentralt tema om sjøsamenes rett til fiskeressursene skal betraktes som en **næringsrett** eller **rettigheter basert på tingsrettslige prinsipper**. Det er viktig å fokusere på dette skillet da lovgivningen gir ulik beskyttelse til ulike typer av rettigheter. *En næringsrett anses for å nyte mindre beskyttelse mot inngrep enn de tingsrettslige rettigheter, og hvordan en rettighet skal betraktes vil derfor være avgjørende for hvilken beskyttelse som kan kreves*. Et eksempel er grunnlovens § 105 (forkortet grl) som sier at det skal ytes erstatning ved avståelse av eiendom eller rettigheter.⁸ En næringsrett vil ikke være beskyttet av grunnlovsbestemmelsen i samme grad som en tingsrettslig rettighet. Når det gjelder det sjøsamiske fisket kan det hevdes at vi står overfor en holdningsendring. Den tradisjonelle oppfatningen om det sjøsamiske fisket som en næringsrett som lovgivningen relativt fritt kan regulere er i dag i ferd med å bli erstattet av argumenter om rettigheter etter tingsrettens regler.

⁶ Se kapittel 2.

⁷ Se pkt. 3.2.1 flg. for redegjørelse av tidligere tiders praktisering av faste fiskeplasser.

⁸ Grunnlovens § 105: ” Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.”

2 BEGREPSAVKLARINGER: JURIDISKE ORD OG UTTRYKK SAMT TYPISKE TREKK VED DET SJØSAMISKE FISKET

Før det sies noe om rettstilstanden vi står overfor etter norsk rett og folkeretten skal det redegjøres nærmere for sentrale juridiske begreper og rettsgrunnlag. Dette er nødvendig da begrepene vil gå igjen i den senere drøftelsen, og fordi juridiske begreper ikke alltid har et klart og entydig innhold. Videre skal det sies noen få ord om hva som kjennetegner det sjøsamiske fisket.

2.1 Noen tingsrettslige begreper

Vi skal ta for oss eiendomsrett til forskjell fra bruksrett, og allmenningsrett til forskjell fra allemannsrett.

For det tilfelle at en sjøsams er bosatt ved fjorden eller lenger ut mot havet kan vedkommende ha eiendomsretten til grunnen som ligger i tilknytning til sjøen.

Eiendomsretten er en rett til å råde/disponere over den faste eiendom, med unntak av de begrensninger som følger av lovgivning og hensynet til offentlige og private interesser (som eks en nabo eller en kreditor). Vi sier at eiendomsretten inneholder muligheter for positiv og negativ rådighet. Eierrådigheten omfatter retten til faktisk bruk av grunnen samt det å nekte andre faktisk bruk, samt retten til å bestemme over eiendommen juridisk og dermed også nekte andre juridisk utnyttelse. Retten til å råde er fleksibel og kan endre seg over tid. Eiendomsretten går også under betegnelsen "restretten", som innebærer at nye muligheter for utnyttelse kan oppstå. Den nye disponeringsmuligheten tilfaller den som har eiendomsretten med mindre loven gir hjemmel for å unnta den i form av en særrett til andre rettighetshavere.⁹

Slike **særrettigheter eller bruksrettigheter** gir rett til en avgrenset type bruk over annen manns eiendom. Typiske bruksrettigheter som sjøsamene kan tenkes å påberope seg ut ifra det vi vet om deres tradisjonelle levemåte og tilknytning til naturgrunnlaget er retten

⁹ Thor Falkanger, Tingsrett s 43-45 og NOU 1993: 34 s 22.

til å drive jakt, fangst og fiske. En hovedinndeling gjøres mellom de allmenne bruksrettighetene og de partielle. For de allmenne gjelder at bruksrettshaveren sitter med eiendommen og utøver en bruk som om vedkommende var eier. Eksempler på slik besittelse er tomtefeste, der festeren eier huset men leier tomten. Typisk for de partielle bruksrettighetene er at de gir en mer begrenset bruk innenfor avgrensede områder. Eksempler her er rett til beite, fiske, hogst og feste for båt eller parkeringsplass til bil. Slike bruksrettigheter går også under navnet "servitutter" og er regulert i servituttloven av 29. november 1968.¹⁰ I visse tilfeller og på visse vilkår kan en bruk som ikke er utøvelse av en rettighet allikevel anerkjennes som en. I Kåfjorddomen, Rt. 1985 s 247, ble en gruppe samers bruk av et bestemt område for fiske i sjøen anerkjent som en kollektiv rettighet for de som hadde utøvet fisket.¹¹

Opprinnelig har trolig **allmenningsrettighetene** vært områder som ingen hadde eiendomsretten til, og som bygdefolk brukte i fellesskap.¹² Den typiske allmenningsretten er en rett for eieren av et gårdsbruk i et bygdelag til å utnytte visse tilliggende ressurser. Allmenningsretten kan karakteriseres som en *fortrinnsrett* for den allmenningsberettigede og nyter særskilt rettsbeskyttelse.¹³ Retten til allmenningsbruk trenger ikke være knyttet til en *jordbrukseiendom*, men må være tilknyttet ei *bygd* eller en *grend* som fra gammel tid har hatt rett til å bruke allmenningen.¹⁴ Graden av utnyttelse avhenger av allmenningens karakter og den bruk som har funnet sted gjennom tidene, der gårdens (eller grendas) behov setter yttergrensen for utnyttelsen. Noen eksempler på slik bruksutøvelse er retten til hogst, beite og seter. Når det gjelder allmenningsbegrepet i forhold til sjøressursene kan allmenningsrett forstås som bestemte bruksrettigheter for en bestemt gruppe ressursbrukere, der begreper som allmenningsressurser eller felleseide ressurser brukes om hverandre.¹⁵ Fra gammelt av ble allmenningsgrunn ansett for å tilhøre kongen, slik at det var ikke før slik statsallmenningsgrunn ble solgt til bygdelag eller private at det ble snakk om noen eiendomsrett for bruksutøverne. Der minst halvparten av de allmenningsberettigede står som kjøpere av en statsallmenning står vi overfor en bygdeallmenning, mens for det tilfelle at et mindretall av de allmenningsberettigede eller noen utenforstående kjøper, har vi å gjøre med en privatallmenning. Opprinnelig

¹⁰ Falkanger s 64 flg og NOU 1993: 34 s 23.

¹¹ Se s

¹² Knophs oversikt over Norges rett 10. utgave s 285.

¹³ Innstilling fra Samisk Fiskeriutvalg s 81.

¹⁴ Se fjelloven av 06 juni 1975 nr 31, § 2 1. ledd.

¹⁵ Bjørklund s 32.

statsallmenningsgrunn kan også gjennom langvarig rådighetsutøvelse og festnede og aksepterte forhold utvikle seg til bygdeallmenning eller et storsameie.¹⁶

Tilslutt skal det sies noe kort om **allemannsrettighetene**. Typisk for disse rettighetene er at de gjelder for alle og at de er lite beskyttet mot at lovgiver griper inn og begrenser eller fjerner en rettighet til fordel for andre interesser. Allemannsrettighetene gir allmennheten rettigheter over annen manns eiendom i f eks utmarka, typisk retten til *fri ferdsel*, slik som nedfelt i frilufsloven av 28. juni 1957 nr 16 § 2. Andre eksempler på allemannsrettigheter er straffelovens § 400 om *retten til å sanke bær, plukke sopp og blomster i utmark* og vannressursloven av 24. november 2000 nr. 82 § 16 om *retten for enhver til å bruke vassdrag til å bade i, ta ut vann og ferdes på uten bruk av motor*, for å nevne noe.

2.2 Aktuelle rettsgrunnlag

I dette avsnittet skal det sies noe om rettsgrunnlagene alders tids bruk og sedvane. Dette er rettsgrunnlag som påberopes etter norsk rett og folkeretten, men denne gjennomgangen vil ta utgangspunkt i hvilke krav som stilles etter *norsk rett*.

Det er alminnelig kjent at rettsposisjoner kan tapes og erverves over tid. Har det etablert seg en oppfatning og festet seg en bruk har rettspraksis anerkjent at bruk som eier berettiger til at man også juridisk sett får en slik rett til å eie. Når det er gått tilstrekkelig lang tid anerkjenner norsk rett at det har funnet sted en endring, uavhengig av hva denne endringen skyldes.¹⁷

Som rettskildefaktor spiller sedvaneretten en viktig rolle på samerettens område. Den samiske kultur er i stor grad en muntlig kultur, og dermed må sedvane, alders tids bruk og lokale rettsoppfatninger ha en større betydning enn det de normalt ville hatt i en skriftlig kultur.¹⁸ At det må tas hensyn til at den samiske kultur er en muntlig kultur støttes også av Høyesterett i Selbusaken (Rt 2001 s 769) og Svartskogsaken (Rt 2001 s 1229).

¹⁶ NOU 1993: 34 s 23 og Falkanger 2000 s 436 flg.

¹⁷ Falkanger s 56.

¹⁸ Susann Funderud Skogvang, Samerett s 30.

2.2.1 Alders tids bruk

Alders tids bruk er et sentralt prinsipp i norsk tingsrett som gir rett til å kreve typisk eiendomsrett eller bruksrett til den faste eiendom. Som utgangspunkt påberopes alders tids bruk der forholdene har bestått og er blitt betraktet som rettmessige gjennom lengre tid. Alders tids bruk som rettsinstitutt er å finne i flere lover, men har sitt rettslige grunnlag i alminnelige sedvanerettsregler. Rettsinstituttet *festnede forhold* brukes også for å kreve rettigheter i den faste eiendom. I dag brukes festnede forhold og alders tids bruk litt om hverandre, men det er alders tids bruk som vil stå sentralt i denne utredningen. Alders tids bruk er også det rettsinstitutt som benyttes i de seneste rettsavgjørelsene på samerettens område, for eksempel Selbu- og Svartskogsakene fra 2001.¹⁹

Om det foreligger rettigheter etter **alders tids bruk** beror på en konkret helhetsbedømmelse. Enkelte vilkår må allikevel være oppfylt. For det første må det foreligge en viss *bruk*. Her ser man blant annet på forhold som synbar innretning, intensitet, kontinuitet og eksklusivitet. Kravet til en viss type bruk er ikke like strengt som ved alminnelig hevd.²⁰ Til forskjell fra alders tids bruk kreves det bare 20 år for å *hevde* en rettighet til fast eiendom, og dermed stilles også kravene til brukens omfang og eksklusivitet for hevdsinstituttet høyere.²¹ Videre må bruken ha vært *langvarig*. Bruken må ha skjedd over en tid slik at den berettigede har hatt anledning til å gripe inn. I rettspraksis har det ofte dreid seg om en bruk opp mot 100 år, men det antas at også kortere tids bruk må godtas avhengig av brukens intensitet. Her vil rettspraksis kunne spille en rolle ved å trekke opp en minstetid. Til sist må de kravberettigede ha vært i *god tro*. Der hvor mange hevder sammen er det ikke krav om at samtlige må ha vært i god tro. Det avgjørende er hva folk flest har ment om saken.²²

2.2.2 Sedvane/ sedvanerett

I tillegg til alders tids bruk påberopes gjerne **sedvane/sedvanerett** som begrunnelse for krav på rettigheter i fast eiendom, og ofte som grunnlag for bruksrettigheter. I norsk rett

¹⁹ NOU 1993: 34 s 28.

²⁰ Hevd av fast eiendom: Erverv av eiendomsrett eller bruksrett og utslettelse av annen manns rett gjennom 20 års bruksutøvelse i god tro.

²¹ Hevdstiden er 50 år dersom bruken ikke viser seg av en fast tilstelling, hevds1 § 8, 1. ledd, og for bygdefolk som hevder sammen, hevds1 § 8, 2. ledd.

²² Falkanger s 319, jfr Svartskogsaken, Rt 2001 s 1229.

kan også alders tids bruk begrunne eksistensen av en sedvanerett.²³ Selv om det er en viss forskjell mellom sedvanerett og alders tids bruk er det ikke til å komme unna at begrepene brukes om hverandre.

En sedvane betegner en fast praksis eller en tradisjonell handlemåte.²⁴ Med *sedvanerett* mener vi utøvelse av en praksis gjennom lengre tid i den tro at det er en rettsregel man følger. Ikke all sedvanerett omhandler rettigheter i fast eiendom, men det er den type sedvanerett som skal omtales her. Vi benevner disse sedvanene for de tingsrettslige sedvanene. De nevnte betingelsene gir et utgangspunkt for hva som skal anses for sedvanerett, men gir heller dårlig veiledning med hensyn til hva som tillegges vekt ved løsning av rettsspørsmål. Det er viktig å presisere at det beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering om en påberopt sedvane står seg i en retts sak. Momenter som spiller inn i ulik grad er hvor gammel sedvanen er, hvor fast og rimelig praksisen er samt om utøvelsen skjer med en rettoverbevisning eller ut i fra en moralsk forpliktelse. Rettspraksis har stilt strenge krav til hva som skal anses som sedvanerett for bruksrettighetenes vedkommende. En "tålt bruk" fra eierens side har tradisjonelt utelukket sedvanerettsdannelse da bruken ikke har blitt sett på som rettmessig.²⁵ Under et seminar om Finnmarksloven sett i lys av urfolks rett til land og vann uttalte tidl. Høyesterettsjustitiarius dr. juris Carsten Smith seg om "tålt bruk" som rettsfigur i spørsmål om samisk eiendomsrett. Smith hevder at vi står overfor en rettsutvikling der "tålt bruk" har utspilt sin rolle som argument for ikke å gi samisk bruk en rettsstiftende virkning.²⁶ Det tradisjonelle utgangspunktet om at ingen har eiendomsrett til sjøen gjør også at "tålt bruk" ikke er særlig egnet som argument i diskusjonen om sjøsamiske rettigheter i saltvann.

I NOU 2001: 34 "Samiske sedvaner og rettsoppfatninger" er det et kapittel om sedvanerett i fiskerierne. Hovedmålet med utredningen sies å være ... "å fastslå om kystbefolkningen har en spesifikk samisk identitet som kan skape og opprettholde samiske sedvaner, i dette tilfelle i de samiske fiskerierne."²⁷ Hovedkonklusjonen er at det foreligger en lokal, men ikke en særsamisk sedvane for retten til å fiske i sjøen. Synspunktet er at da de tilreisende nordmennene begynte å komme til Finnmark på 11-1200- tallet og utover så ble sedvanens karakter endret ved at de tilreisende tok del i og tilpasset seg sjøsamenes fiskerisedvaner. Videre hevdes det at sedvaneretten ikke gir hjemmel for private

²³ NOU 1993:34 s 29.

²⁴ Jfr Kirsti Strøm Bull, NOU 2001: 34 s 88.

²⁵ Torstein Eckhoff, Rettskildelære s 260.

²⁶ http://www.galdu.org/govat/doc/samerettsutvalget_tyve_aar_etter.pdf

²⁷ NOU 2001: 34 i forordet.

fiskeklasser. Dette er imidlertid påstander som er omtvistet og bestridt. En innvending som kan gjøres er at en sedvane ikke trenger miste sin særegenhet fordi andre kommer til og kopierer denne sedvanen. Sedvanen kan fremdeles sies å være samisk i sin opprinnelse og karakter. Videre kommer denne utredningen til å vise at synspunkter om at man som fisker langs kysten kunne betrakte visse områder i sjøen som sine, ikke var uvanlig. Dette viser etter min mening hvor stort behovet er for ytterligere forskning på dette feltet. Jeg velger av den anledning å ikke gå nærmere inn på NOU 2001: 34 under denne utredningen.

2.3 Ulike former for rettsvern

Spørsmålet er hvilket rettsvern retten til sjøfiske har der det foreligger rettigheter basert på for eksempel sedvanerett eller alders tids bruk. Med rettsvern i denne sammenheng menes vern mot ulike inngrep fra staten/myndighetene. Sentralt står det ekspropriasjonsrettslige vernet.

Det *ekspropriasjonsrettslige vernet* omfatter retten til å kreve full erstatning ved fratagelse av rettigheter knyttet til fast eiendom. Både eiendoms- og bruksrettigheter så vel på land som i sjøen må anses omfattet. Det rettslige grunnlaget for at eiendoms- og bruksrettigheter i fast eiendom er ekspropriasjonsrettslig vernet er grl § 105. Det må videre foreligge en konkret lovhjemmel med angivelse av formål og tiltak for at kravet om ekspropriasjonserstatning skal nå frem.²⁸ Der innehaveren av en eiendomsrett eller særrett ved ekspropriasjon blir fratatt sine rettigheter til den faste eiendom har vedkommende krav på full erstatning.²⁹ Dette innebærer blant annet at en rettighet i fast eiendom med hjemmel i sedvanerett eller alders tids bruk ikke kan oppheves ved lov uten at rettighetshaveren har krav på full erstatning. Det ekspropriasjonsrettslige vernet inntreffer når rettigheten bortfaller eller reduseres i verdi. I helt spesielle tilfeller kan også en rådighetsbegrensning gi den rammede den samme retten til erstatning som ved en rettighetsoverføring.³⁰

Videre kan retten til sjøfiske være vernet mot inngrep fra myndighetene der utøvelsen av fisket fremstår som utøvelse av en rettighet, jfr Kåfjorddommen. Med vern mot inngrep menes rett til erstatning for det økonomiske tap som har oppstått. Utgangspunktet i norsk rett er at allemannsretten er dårlig vernet mot innskrenkninger og inngrep, men Kåfjorddommen viser at det kan gjøres unntak for sjøfiske i visse tilfeller. Dette innebærer

²⁸ At ekspropriasjon fordrer hjemmel i lov følger av legalitetsprinsippet.

²⁹ Ekspropriasjon: Tvungen avståelse av eiendomsrett eller andre rettigheter i henhold til lov. (Jusleksikon 2003)

³⁰ NOU 1993: 34 s 41.

at det tradisjonelle kyst- og fjordfisket i utgangspunktet kan ha et visst rettsvern overfor ulike inngrep dersom fisket er utøvet med tilstrekkelig fasthet og har tilstrekkelig betydning for de involverte.³¹

De folkerettslige og grunnlovsmessige forpliktelsene gir også et visst vern mot inngrep fra staten. Blant annet førte Carsten Smiths sin utredning fra 1990 om sjøsamiske rettigheter til at norske fiskerimyndigheter erkjente å ha visse forpliktelser overfor den sjøsamiske befolkning. Dette kan igjen føre til argumenter om et visst vern mot konkurrerende bruk fra blant annet tilreisende fiskere.³²

Det sentrale er at en rett til å eie eller bruke den faste eiendom er vernet mot inngrep uavhengig av hvordan rettigheten oppstod og uavhengig av om den gjelder eiendom på land eller i sjøen. Det avgjørende er at det foreligger en eiendomsrett eller bruksrett til det aktuelle området.

2.4 Noen typiske trekk ved det sjøsamiske fisket

Utredningen tar for seg sjøsamenes rett til å utnytte fiskeressursene i sjøen, alene eller i kombinasjon med annen næringsutøvelse. Sjøsamers tradisjonelle næringsvei har vært kombinasjoner av for eksempel jordbruk, fiske, utmarkshøsting og husflid/duodji.³³ Det å kombinere næringer kan betraktes som et eksempel på en befolkningsgruppes evne til å tilpasse seg endrede livsvilkår. I forhold til bosetting og utnyttelse av naturressursene har sjøsamene tradisjonelt oppholdt seg inne i fjordene langs kysten av Norge, og er av geografiske årsaker utelukkende norske statsborgere.³⁴

Som følge av revitaliseringen av den sjøsamiske kultur på 1980- tallet ble fjordfisket betraktet som en samisk næring, en næring som var tilpasset de økologiske forholdene i Nord- Norge. Det sjøsamiske fisket har visse særpreg som blant annet innebærer bruk av konvensjonelle redskaper og små båter, og det finnes flere eksempler på at sjøsamene har vært spesielt opptatt av ressursvern.³⁵ Denne måten å fiske på forutsatte store kunnskaper om økologiske sammenhenger i havet, som for eksempel bunnforhold, strøm, fiskens atferd og årssyklus og vær og vindforhold generelt. Ferdighetene ble overført gjennom

³¹ NOU 1993: 34 s 125.

³² NOU 1993: 34 s 125.

³³ NOU 1997: 4 s 306.

³⁴ NOU 2001: 34 s 596.

³⁵ Innstilling Samisk Fiskeritvalg s 30 flg og s 102 flg.

daglig praksis fra en generasjon til den neste. Dette var nødvendige kunnskaper som gjorde at sjøsamene var i stand til å høste av de lokale fjordressursene.³⁶

³⁶ Bjørklund s 16 flg.

3 ULIKE RETTSGRUNNLAG I ET HISTORISK PERSPEKTIV³⁷

I denne utredningen vil sjøfiske i *Finnmark* stå i sentrum for en historisk redegjørelse. Dette historiske tilbakeblikket er ment å illustrere noen typiske trekk ved den sjøsamiske befolkning og deres utøvelse av kyst- og fjordfiske. Den sjøsamiske befolkningen *sør* for Finnmark vil ikke bli behandlet her, men deres historie er dokumentert i blant annet Innstilling fra Samisk fiskeriutvalg. Sentralt står også redegjørelsen av det juridiske grunnlaget for sjøfiske fra 1500- tallet og frem til i dag, der det skal påvises at sjøfiske ikke alltid har vært betraktet som en allemannsrett. Tilslutt skal det sies noen ord om utviklingen innen fiskeriene som har funnet sted gjennom 1990- tallet.

3.1 Et historisk tilbakeblikk på det sjøsamiske fisket i Finnmark

Det sjøsamiske fisket langs Finnmarkskysten går langt tilbake i tid. Skriftlige kilder forteller oss at sjøsamene fisket langs kyst og i fjord fra før år 900. Frem til 12-1300-tallet var sjøsamene alene om dette fisket, men mye på grunn av den hanseatiske handel der det ble lønnsomt å drive markedsfiske i nordområdene begynte også nordmenn å bosette seg i de samme områdene for å drive fiske. Bosettingen og befolkningsveksten varierte med markedsconjunkturerne. Gjennom 16- og 1700- tallet sank antall norske fiskere bosatt i Finnmark kraftig etter å ha steget på 1500- tallet, mens den sjøsamiske befolkning nå økte betydelig i omfang. Fra slutten av 1600- tallet kan man se at det også var oppstått et skille med hensyn til hvem som fisket hvor. Mens de norske fiskerne hadde slått seg ned langs kysten var de sjøsamiske fiskerne mer tilbøyelige til å holde seg til fiske i og langs fjordene.

På 1700- tallet fortsatte innvandringen av norske fiskere, særlig fra Nordland og Troms, i tillegg kom svenske innlandssamer, kvener og russere. Etter hvert begynte myndighetene å regulere fisket. Ønsket om å beskytte det lokale fisket var blant annet begrunnet med hensynet til den krise den norske lokalbefolkningen var inne i, både økonomisk og befolkningsmessig. Mens de svenske innlandssamene gjennom

³⁷ NOU 1997: 4 s 304 flg.

Lappekodisillen fra 1751 fikk rett til å fortsette med sitt sjøfiske var det annerledes for nordfarerne og russerne, som fra 1778 blant annet måtte holde seg unna fiske i fjordene.³⁸

13. september 1830 kom "lov om fiskeriene i Finnmarken". Loven er i flere utredningsarbeider blitt omtalt som en lov som i vesentlig grad opphevet lokalbefolkningens førsterett til sjøressursene (eks NOU 1994: 21 s 88). Det vises til lovens § 39 og dens ordlyd om at tilreisende fiskere fikk fiskerett... "lige med Landets egne Indbyggere..." Leses loven i sin sammenheng kan det reise spørsmål om ikke loven først og fremst regulerte forholdene i fiskeværene, og dermed ikke angikk fisket i fjordene.³⁹ ⁴⁰ Bruken av ordet "fiskevær" går igjen så mange ganger i lovteksten at spørsmålet om loven regulerte kun forholdene i fiskeværene er en aktuell problemstilling. Dette samsvarer også med den praksis som lenge forelå der Finnmarkingene oppfattet de nærmeste områdene i sjøen som sine, mens det lenger ut ble betraktet som felles fiskeområder.⁴¹ Tilreisende ble som følge av denne praktiseringen av "faste fiskeplasser" holdt borte fra fisket innerst i fjordene. Fra 1850 og utover ser man etableringen av en praksis der de ulike befolkningsgruppene utøvde fiske på forskjellige steder, til forskjellige tider og med ulike fiskeredskaper. Fisket etter gytetorsk i fjordene, det såkalte "godtfiske", var det i prinsippet sjøsamene som stod for. Loddefisket, som foregikk lenger ut i fjordene, krevde større båter og bedre utstyr og ble i hovedsak utøvd av tilreisende.

På 1900- tallet førte endringer i utstyr og opprettelsen av det særskilte lånefondet for fiskere fra Finnmark til at det oppstod ytterligere forskjeller mellom de ulike gruppenes muligheter for å delta i fisket. For samiske fjordfiskere var det vanskelig å få lån til kjøp av moderne båter da lånet bare dekket deler av kjøpesummen. De lokale handelsmennene kunne bidra med økonomisk hjelp, men prioriterte norske fiskere. Innføring av en mer moderne teknologi førte også til at ressursvern ble et argument for å regulere fisket, noe sjøsamene ved flere dokumenterte tilfeller var ivrige forkjempere for. Reguleringene omfattet både tradisjonelle og nye fiskeredskaper. Blant annet førte motstand mot det moderne trålfiske til en lov i 1908 som forbød trålfiske innenfor territorialgrensen.

Sjøsamene har som allerede påpekt tradisjonelt fisket med mindre båter sammenlignet med de norske fiskerne. Den utstrakte byttemhandelen mellom russerne og de samiske fiskerne (pomorhandelen) tok slutt da de russiske oppkjøperne fant det mer lønnsomt å forholde seg til fiskere med større båter som lå lenger ute i fjordene. Denne utviklingen på

³⁸ NOU 1997: 4 s 306.

³⁹ Jfr Kirsti Strøm Bull. Definisjon av fiskevær finnes i forarbeidene til Lofotloven av 1857.

⁴⁰ Fiskevær var områder lenger ut mot havet der tilreisende brukte å fiske. Se pkt 3.2.1.3.

⁴¹ Se under pkt 3.2.1.2.

mottakersiden gjorde at de sjøsamiske fiskerne mistet en viktig del av inntektsgrunnlaget sitt. Utviklingen på fartøysiden førte også til at flere fiskere gikk over til helårsfiske, som også var den offisielle norske fiskeripolitikken begrunnet i samfunnsøkonomiske lønnsomhetsprinsipper. Dette hindret allikevel ikke mange sjøsamer i å fortsette med å drive kombinasjonsnæring, som var både ressursvennlig og praktisk i tider med dårlig fiske.

Et skille i den norske fiskeripolitikken finner sted på 1960- tallet. Overgangen fra et relativt fritt fiske til større offentlig regulering skal snart ramme det sjøsamiske fiske spesielt hardt. På 1980- tallet oppstod det en fiskerikrise grunnet overfiske, som til en stor del skyldtes fiske fra moderne havgående fartøy. I tillegg til overfiske førte en stor selinvasjon fra grønland til at torsken ikke kom inn i fjordene. Ved kongelig resolusjon av 8. desember 1989 ble det innført et system med fartøykvoter og maksimalkvoter. Reguleringene rammet i stor grad det konvensjonelle fjordfisket der samene er den altoverveiende største gruppen fiskere. For å få tilgang til en fartøykvote var det et krav om levering av et visst kvantum fisk i ett av de tre foregående årene. De som ikke oppfylte vilkårene for fartøykvote ble henvist til å delta i en langt dårligere maksimalkvoteordning.⁴² Selv om det etter hvert ble innført særordninger for fiskere i Nord-Troms og Finnmark innebar deltakelse i maksimalkvoteordningen vesentlig dårligere inntekter sammenlignet med fartøykvoteordningen. Sjøsamene opplevde å bli fratatt en reell mulighet til å delta i fisket på linje med andre fiskere.

De konsekvenser denne fiskeripolitikken fikk skal kommenteres nærmere i de kommende kapitlene. Spesielt skal det fokuseres på den privatiseringen som denne politikken medførte, se kapittel 3 pkt. 3.2.3.

3.2 Retten til sjøfiske – ulike oppfatninger av det rettslige grunnlaget

Synet på retten til å fiske i sjøen har variert gjennom tidene. Nedenfor skal det redegjøres for et utvalg rettslige grunnlag i forbindelse med utøvelsen av saltvannsfiske.

⁴² Se pkt. 5.1.1.

3.2.1 Privat eiendomsrett til fiskeressursene⁴³

3.2.1.1 Innledning

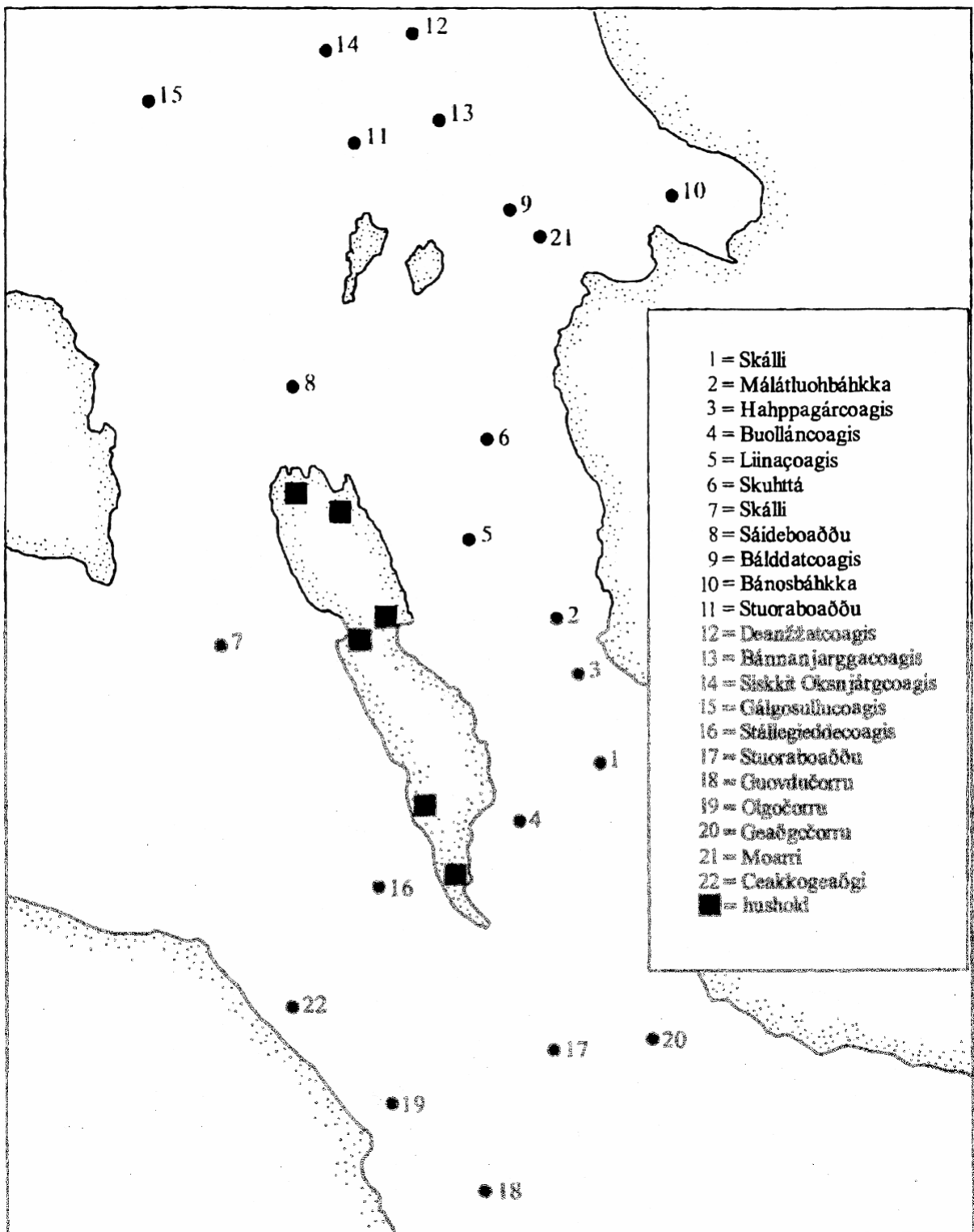
Skriftlige kilder forteller oss at det i alle fall fra middelalderen av var vanlig med oppfatninger om at man som fisker langs kysten kunne eie bestemte områder i havet. Dette var ikke en holdning som gjaldt spesielt for samene, men for kystbefolkningen som helhet. Dette viser at det har eksistert tanker om eiendomsrett til sjøressursene i motsetning til hva som har vært regnet som gjeldende tingsrett i Norge i dag. Det som er interessant i denne sammenheng er at disse rettighetene bygger på prinsipper som sedvanerett og alders tids bruk. Dette er grunnleggende norske regler som anerkjenner at langvarig bruk av bestemte områder med tiden også kan nyte beskyttelse rent juridisk.

3.2.1.2 Individuelle rettigheter

Fra middelalderen av var det vanlig at folk langs kysten, både samer og andre, gjennom bruk av ressursene i havet regnet et spesielt område i sjøen for sitt. Dette viste seg blant annet ved at fiskeplassene fikk navn etter eierne. Videre ble nærmeste område langs sjøen sett på som en del av eiendommen for de som hadde eiendomsrett i tilknytning til sjøen, mens det lenger ut ble sett på som et fellesområde for de tilstøtende områdene. Bruken ble respektert av utenforstående, der utenforstående blant annet måtte finne seg i ulike ferdselsbegrensninger og avgifter i forbindelse med fisket. Oppfatningen blant folk om at man hevdet en bruksrett til fiskeressursene fulgte også av den da gjeldende Gulatingsloven.

Praktiseringen av faste fiskeplasser som folk langs kysten eide varte frem til utpå 1800- tallet. For fiskeplasser i Lofoten og Varangerfjorden finnes det tinglyste brev fra 1700- tallet som beviser denne praksisen, og et annet eksempel er øysamfunnene langs Sunnmørskysten som hadde hver sine teiger ute på havet. I tillegg ble det holdt jordskifte over fiskegrunnene kalt ”fiskemark”, tilsvarende jordskifte på land. Det hevdes at de gamle grensene ble utvisket. Etter hvert gjorde næringsliberalismen seg gjeldende. Dokumentasjonen for påstanden om at praktiseringen av faste fiskeplasser opphørte er imidlertid mangelfull.

⁴³ Kirsti Strøm Bull, Aja- konferansen 2004 og NOU 1986: 6 s 44.



Samisk navnsetting av fjordbunnen, Kvænangen ca 1950. Navnsettingen utarbeidet av Kaisa Rautio Helander, språkforsker, Nordisk Samisk Institutt. Hentet fra Bjørklund, Ivar: Norsk ressursforvaltning og samiske rettighetsforhold. Om statlig styring, allmenningens tragedie og lokale sedvaner i Sapmi.

3.2.1.3 Kollektive rettigheter

Et fiskevær er en plass hvor det blir drevet fiske i fellesskap av andre enn de fastboende. Dette fisket foregikk ikke innerst i fjordene, men lenger ut mot havet.⁴⁴ I reskript av 1775 heter det at fiskeværene har rett til hvert sitt havstykke.⁴⁵ Reskriptet gir uttrykk for en lenge praktisert sedvane som har utviklet seg til en sedvanerett. Fisket ble utøvet samlet innenfor bestemte områder. I Lofoten ble de enkelte havstrekningene holdt atskilt gjennom såkalt siktesnor på land. Også i Finnmark hadde man en tilsvarende praksis med å trekke grenser mellom fiskeværene. Einar Niemi beskriver i ” Vadsøs historie I ” at retten til bruk av sjøområdene utenfor værene var nærmest eksklusiv. Dette viste seg gjennom et system av faste linesett som fiskerne hevdet eiendomsrett til og overførte til sine etterkommere ved arv. Retten til linesett ble etter hvert gjort avhengig av tilgang til rorbu. Ved Lofotloven av 1857 ble ordningen med linesett opphevet. Det skulle ikke lenger være tillatt å operere med skiller mellom værene. Det var romerrettens lære om fri tilgang til fisk i havet som fikk tilslutning.

Denne nyordninga ble imidlertid ikke akseptert uten videre. De faste linesettene ved Vadsø for eksempel stod ennå ved lag omkring 1890.⁴⁶ Fisket var med andre ord ikke helt fritt, og eksemplet med faste linesett i Vadsø viser at det eksisterte tanker om rettigheter til havområdene. Et annet eksempel på at praktiseringen av fiskeplasser som folk oppfattet som sine fortsatt levde videre er det bevis for i utredningen fra 1925 ”De viktigste kjensgjerninger vedrørende Norges sjøterritorium”. Utredningen er utarbeidet av Sjøgrensekomiteen av 1924.⁴⁷

3.2.1.4 Oppsummering

Disse historiske eksemplene på praktisering av faste fiskeplasser både individuelt og kollektivt viser at kystbefolkningen betraktet disse sjøområdene som sine egne. Praktiseringen av faste fiskeplasser opphørte ikke slik det har blitt fremstilt i blant annet NOU 1993: 34, til tross for lovendringer påvirket av romerrettens lære om at fisket skulle være fritt. Dette viser igjen hvor stort behovet er for ytterligere kunnskap om den historiske

⁴⁴ Definisjonen av fiskevær er å finne i forarbeidene til Lofotloven av 1857.

⁴⁵ Reskript: Under det dansk norske eneveldet betegnelse på skriftlig befaling fra kongen. Jusleksikon, Kunnskapsforlaget 2003.

⁴⁶ NOU 1994: 21 s 88.

⁴⁷ Jfr Bull, Aja - konferansen.

bruken av sjøområdene langs kysten av Norge og rettsoppfatningen vedrørende disse sjøområdene. Det vil være viktig i tiden fremover å se nærmere på hvilken praksis som faktisk forelå. Disse eksemplene på praktisering av faste fiskeplasser viser videre at det vil bære feil av sted å bare se hen til hva lovgivningen til enhver tid sier er gjeldende rett. Etter tingsrettslige regler er det bruken og brukernes gode tro som er avgjørende for å vinne rettigheter til den faste eiendom. Tatt i betraktning disse historiske eksemplene taler rimelige hensyn for at det i prinsippet bør være de samme mulighetene til å erverve rettigheter i saltvann som på land.

3.2.2 Det sjøsamiske fjordfisket som en *allmenningsrett*

Det er blitt hevdet at sjøsamenes utnyttelse av fiskeressursene i sjøen først og fremst er utøvelse av en *allmenningsrett*.⁴⁸ Et slikt synspunkt forutsetter at sjøsamene fra gammelt av har utøvet en bestemt type bruk i fellesskap, uten noe særlig innblanding utenfra og i god tro, gjerne i samsvar med en lovgivning som har holdt tilreisende borte og støttet opp om den lokale næringsutviklingen. Kan lov om fiskeriene i Finnmarken fra 1830 forstås slik at den bare regulerte fisket i fiskeværene, støtter denne tolkingen opp om at det lokale fjordfisket ble skjermet mot konkurranse, da synspunktet er at det først og fremst var fisket lenger ut mot havet og ikke det tradisjonelle samiske fjordfisket som ble regulert i loven av 1830. Historien gir oss flere eksempler på at sjøfiske i fjordene ofte var forbeholdt de lokale fiskerne, oftest sjøsamere, og at de tilreisende i praksis holdt seg borte fra dette fisket.⁴⁹

Spørsmålet om en samisk allmenningsrett til sjøfiske har vært behandlet i flere utredninger, der spørsmålet enten har vært avvist eller ikke blitt tatt stilling til.⁵⁰ Folkerettsgruppen oppnevnt av Samerettsutvalget 14. juni 1995 tar opp spørsmålet om samisk allmenningsrett, men avviser dette i NOU 1997: 5 s 39. Når det gjelder Samisk fiskeriutvalg tar ikke utvalget stilling til spørsmålet om det foreligger særlige allmenningsrettigheter. Dette behøver imidlertid ikke bety at sjøsamene ikke har allmenningsrettigheter til fjordfisket. En prosjektgruppe oppnevnt av Samisk næringsråd kom med en rapport i 1995 der det vises til at fisket i havet i visse juridiske sammenhenger har blitt omtalt som ”ytre allmenning”. Dette kan igjen tas til inntekt for at det langs kysten

⁴⁸ Definisjon av allmenningsrett, se pkt. 2.1.

⁴⁹ Se pkt. 3.1.

⁵⁰ Bjørklund s 38 flg.

foreligger rettigheter knyttet til allmenning, inkludert de tradisjonelle sjøsamiske områdene.

3.2.3 Særlig om privatiseringen av fiskeressursene på 1990- tallet⁵¹

Fisket etter torsk ble på slutten av 80- tallet vesentlig vanskeligjort grunnet de strenge restriksjonene staten innførte gjennom kvotesystemet for torskefisket. Dette rammet de sjøsamiske fiskerne spesielt hardt, da adgangsvilkårene for fiske medførte at sjøsamene måtte delta i et langt dårligere kvotesystem enn mange andre norske fiskere. Det er blitt hevdet at fisket som følge av innføringen av kvotesystemet er gått over fra å være en allemannsrett til å bli noen utvalgte private eiendom. Synspunktet er at konsesjon for fiskeoppdrett og fiskekvoter i praksis kan omsettes og dermed er blitt gjenstand for privat eiendomsrett. Sjøsamene opplevde med disse reguleringene å bli satt utenfor torskefisket. Siden adgangsvilkårene ble knyttet opp til tidligere deltakelse i fisket medførte dette en forskjellsbehandling av sjøsamene i forhold til andre grupper fiskere, som har vedvart frem til i dag. Fra sjøsamenes ståsted kan det virke urettferdig at de fiskerne som allerede har fått tilgang til kvote også skal tjene gode penger ved salg av kvoten, samtidig som dette systemet også holder mange sjøsamere utenfor fisket. Rent faktisk opplever mange fiskere, sjøsamere inkludert, at tilgangen til naturessurser ikke tilkommer alle.

3.2.4 Oppsummering

Ovenfor er det redegjort for ulike oppfatninger av det rettslige grunnlaget for sjøsamenes rett til fiske. Spørsmålet er hvordan retten til sjøfiske skal betraktes i dag i lys av den historiske utviklingen.

Hovedregelen er at retten til sjøfiske er en allemannsrett. Det fremkommer av rettspraksis og juridisk teori, og den siste tids utvikling med privatiseringstendenser har ikke endret det grunnleggende faktum at det er opp til lovgiver eller våre dømmende myndigheter å endre rettsgrunnlaget. Som eksempel kan nevnes at Høyesterett i Kåfjorddommen har åpnet opp for unntak i visse tilfeller, ved å vise til noen forhold som kan sies å være mer eller mindre typiske for mange sjøsamiske fiskere.⁵² Hovedregelen

⁵¹ Bjørklund s 20.

⁵² Se nedenfor om Kåfjorddommen.

om sjøfiske som en allemannsrett gjelder med andre ord ikke unntaksfritt. Dette fører til at norske myndigheter ikke kan regulere fisket helt fritt.

Selv om sjøfisket i dag juridisk sett og som hovedregel er en allemannsrett vil det i visse tilfeller kunne foreligge forhold som gjør at man må gjøre unntak fra dette utgangspunktet. Kåfjorddommen er et eksempel på det. Videre er det grunn til å spørre om ikke tidligere tiders praktisering og rettsoppfatning bør føre til at dette utgangspunktet om sjøfiske som en allemannsrett bør justeres noe. Det er ting som tyder på at sjøsamene kan kreve visse rettigheter til saltvannsområder. Det er imidlertid ikke mulig i denne utredningen å konkludere sikkert her. Det viktige er at spørsmålet er reist. Også andre vitenskaper må inn å bidra med en oppklaring.

4 NOEN SYNSPUNKTER PÅ SJØSAMISKE RETTIGHETER I SALTVANNSOMRÅDER

Dette kapitlet vil redegjøre for ulike synspunkter på eiendomsrett i saltvannsområder som kan si noe om hvilke muligheter sjøsamene har til å kreve rettigheter til de aktuelle sjøområdene.

4.1 *Eiendomsrettens utstrekning i saltvann etter norsk rett*

4.1.1 Noen utgangspunkter

For å kunne si noe mer konkret om eiendomsrettens utstrekning i saltvann skal vi begynne med en gjennomgang av norsk lovgivning og praksis.

4.1.1.1 Grunnlovens § 110a

Etter *norsk rett* nyter samene som gruppe vern om sin kulturutøvelse først og fremst gjennom **grunnlovens § 110a**. Bestemmelsen retter seg mot samene som folkegruppe og skal anses som en retningslinje for lovgiveren, lovtolkeren og forvaltningen ved deres skjønnsutøvelse.⁵³ Det sentrale er at samer har krav på vern mot inngrep i kulturutøvelsen, der kultur skal forstås i vid forstand, samt krav på visse positive tiltak for bevaring og videreutvikling av den samiske kultur.

I denne sammenheng vil grunnlovens bestemmelse sette skranker for hvor langt myndighetene kan gå i å gripe inn i eksisterende rettigheter overfor sjøsamene. Særlig vil bestemmelsen ha betydning som støtteargument ved tolking av lovregler som har betydning for sjøsamenes rettigheter til sjøressursene.

4.1.1.2 Norsk tingsrett

Utgangspunktet i *norsk tingsrett* er at eiendomsretten i saltvann går ut til marbakken, dvs det område i sjøen hvor bunnen begynner å falle sterkt. Der det i stedet er langgrunt trekkes grensen ved to meters dyp målt ved middels lav vannstand. For det tilfelle at det er

brådypt helt inne ved land skal eiendomsgrensen etter alminnelig oppfatning trekkes slik at eieren får en rådighet tilsvarende det marbakkelinjen ville gitt. Det blir opp til rettspraksis å trekke opp grensene i disse tilfellene.⁵⁴

Som eier av et landområde ved sjøen innebærer dette at man har rett til å utnytte de ressurser som finnes i sjøen frem til marbakken eller to- meterskoten og på landområdene som ligger til sjøen. *Utenfor* denne grensen har grunneier visse rettigheter i egenskap av å være eier av en eiendom som ligger til sjøen. Innholdet i denne "strandretten" skal det gjøres rede for nedenfor.

Grunneiers eiendomsrett er imidlertid ikke absolutt. Det at man opererer med en eiendomsgrense i sjøen hindrer ikke andre i å utøve allemannsrettighetene, som den frie ferdselsretten eller retten til å fiske i sjøen. Allemannsrettighetene gjelder uavhengig av hvor grensen for eiendomsretten i saltvann går.⁵⁵ Visse typer laksefiske er allikevel forbeholdt grunneieren etter lakse- og innlandsfiskelovens § 16, og utgjør en sentral del av den omtalte strandretten. Videre finnes det unntak fra grunneiers eiendomsrett gjennom lovgivning for visse underjordiske forekomster som petroleum og mutbare mineraler. Etter lov av 4. mai 1973 nr 21 § 1 er staten eier av petroleum i grunnen på norsk territorium og den del av sjøgrunnen som er undergitt privat eiendomsrett. Videre gir petroleumsloven av 29. november 1996 nr 72 § 1-1 den norske stat eiendomsrett til undersjøiske petroleumsforekomster og eksklusiv rett til ressursforvaltning. Hva gjelder de mutbare mineraler har enhver har rett til å søke etter slike forekomster på annen manns grunn, jfr lov om bergverk 30. juni 1972 nr 70, § 2.⁵⁶ Det foreligger forslag til lovendring, se Ot. Prp. nr. 35 (1998-99), og et spørsmål er om lovforslaget tilfredsstillende kravet i ILO 169 art 15 nr. 2 om samenes rett til å bli konsultert i saker som kan skade samiske interesser.⁵⁷

4.1.2 Strandretten

Utenfor den generelle eiendomsgrensen i sjøen gjelder allemannsrettighetene. På samme måte som allemannsrettighetene ikke gjelder ubetinget innenfor eiendomsgrensen

⁵³ Skogvang s 97, s 101 flg.

⁵⁴ Falkanger s 90-91.

⁵⁵ NOU 1993: 34 s 120.

⁵⁶ Falkanger s 60 og s 85 flg.

⁵⁷ Se " Norges håndhevelse av urfolks- og minoritetsbestemmelser etter folkeretten til beskyttelse av samenes rettigheter – forvaltningens håndhevelse av ILO 169, SP art 27, menneskerettighetslovens § 2 jfr § 3 og grunnlovens §§ 110a og 110c til beskyttelse av samenes rettigheter som urfolk og etnisk minoritet" av Elisabeth Einarsbøl s 42. Spesialoppgave juss H 2002

gjelder de heller ikke ubetinget utenfor. Grunneier har visse rettigheter som strekker seg utover eiendomsgrensen i sjøen, som samlet går under betegnelsen "strandretten". En del av disse rettighetene er sektoravgrensede av hensyn til de andre strandeierne, mens andre rettigheter kan kreves utenfor sektoravgrensningen. Et eksempel på en rettighet som kan kreves utenfor den enkelte grunneieres sektor er retten til fri atkomst til eiendommen fra sjøen.⁵⁸

En definisjon av strandretten er gitt i Rt 1985 s 1128, der det heter at ” *strandretten er en rett til uforstyrret å kunne nyte de fordeler som følger av at en eiendom ligger til sjøen.*” Sentrale elementer er tilflottsretten (den frie adkomst til en eiendom fra sjøen), fiskeretten og utfyllings- og utbyggingsretten. Også utnyttelse av tang og tare samt sandforekomster omfattes.⁵⁹ I det følgende skal det gis en oversikt over de nevnte rettighetene.

4.1.2.1 Tilflottsretten

Å kunne komme til og fra eiendommen med båt er en sentral del av strandretten. Sperringer av ulike slag som gjør adkomsten vanskelig eller umulig kan derfor være ulovlige. Innretninger på egen eiendom kan være en krenkelse av naboens tilflottsrett. For hindringer i sjøen som "vesentlig vanskeliggjør" adkomsten har rettspraksis tilkjent grunneier erstatning. Praksis viser at det skal en del til for at vilkåret er oppfylt. Også oppdrettsanlegg og utlegging av fortøyningsbøye kan tenkes komme i strid med tilflottsretten. I Rt 1985 s 1128 var det spørsmål om et fiskeoppdrettsanlegg utenfor den private eiendomsgrense var i strid med rettigheter som følger av strandretten. I den aktuelle saken nådde ikke grunneierne frem da de ikke greide å påvise noen ulemper for aktuell eller påregnelig utnyttelse.⁶⁰

4.1.2.2 Fiskeretten

Som tidligere nevnt er retten til å fiske i sjøen i utgangspunktet fri for alle, men med visse begrensninger og unntak. Utgangspunktet er at alle ikke- manntallsførte fiskere kan fiske i sjøen, men bare med visse redskaper som for eksempel håndsnøre, fiskestang eller garn, teine eller line av en nærmere angitt størrelse. Et unntak fra den frie fiskeretten er

⁵⁸ NOU 1993: 34 s 126.

⁵⁹ Falkanger s 91 flg.

⁶⁰ Falkanger s 92 flg.

gjort til fordel for grunneier for fiske i sjøen etter anadrome laksefisk med faststående redskap⁶¹ så langt hans bunn går, jfr laksfl § 16, 1 ledd bokstav b. Anadrome laksefisk er laks som vandrer mellom saltvann og ferskvann for å kunne reproducere seg, jfr laksfl § 5a. Retten til laksefiske er ikke avgrenset til et bestemt sted utover i sjøen, men grunneier står heller ikke helt fritt til å velge en grense. Loven lister opp at hensyn skal tas til ..."de stedlige forhold som bunnformasjoner og avstanden fra grunneierens eiendom til vedkommende fiskeplass, eller til den sedvanemessige utøving av fisket", laksfl § 16, 1 ledd bokstav c. I praksis kan retten til slikt laksefiske strekke seg langt, der territorialgrensen vil være den absolutte grense.⁶² Eneretten til laksefiske for eieren av den nærmeste tilstøtende grunn omfatter videre holmer, øyer og skjær der disse er synlige ved "vanlig flo sjø", laksfl § 16, 2 ledd.

I Finnmark fylke påstår staten eiendomsrett til store grunnarealer, også til områder som grenser mot sjøen. Fra slutten av 1800- tallet av har staten tildelt folk bestemte *fiskeplasser* til laksefiske. Slikt fiske på statens grunn ble i visse perioder sett på som fritt og det er derfor usikkert om staten har vært berettiget til å regulere tildeling av slike fiskeplasser. Av den grunn er det også usikkert om laksefiske på statsgrunn tilkommer staten som grunneier, om det er en allemannsrett som staten har funnet det for godt å regulere eller om praktiseringen av faste fiskeplasser har medført rettigheter for sjøsamene til å hevde eiendomsrett eller bruksrett til de samme områdene.⁶³

I dag skjer utvisning av fiskeplasser gjennom Finnmark jordsalgskontor, en del av Statskog Finnmark. Overordnet jordsalgskontoret er jordsalgsstyret med Fylkesmannen som leder. Jordsalgsstyrets oppgaver er blant annet å være første klageinstans vedrørende avslag på søknader om lakseplass. I forbindelse med oversendelse av klagesakene til Direktoratet for Naturforvaltning (DN) til endelig avgjørelse har jordsalgsstyret bedt om vurdering av forskriftene opp mot våre grunnlovsmessige og folkerettslige forpliktelser. Henvendelsen fant sted 12. februar 2002 og det gjenstår å se om henvendelsen blir fulgt opp. Etter det vi vet er det ikke noe i forskriftene som tilsier at hensyn skal tas til sjøsamenes situasjon.⁶⁴

⁶¹ Eksempler på faststående redskaper er kilenot, lakseverp og krogarn. Jfr <http://www.fiskeridir.no/sider/aktuelt/kysten/side2.html>.

⁶² Falkanger s 95.

⁶³ NOU 1993: 34 s 132 flg.

⁶⁴ jfr <http://www.statskog.no/news/jordsalgssstyret/protokoll/02021Prot.asp> og Elisabeth Einarsbøl; Norges håndhevelse av urfolks- og minoritetsbestemmelser etter folkeretten til beskyttelse av samenes rettigheter.

4.1.2.3 Utfyllings- og utbyggingsrett

Rettspraksis viser at utbyggings- og utfyllingsrett er tillatt utover eiendomsgrensen i sjøen i den utstrekning byggverket eller utfyllingen ikke er til hinder for den alminnelige ferdsel. Et typisk eksempel på byggverk i sjø er kaianlegg. For grunneier i Finnmark som har fått hjemmel til strandeiendommen i tidsrommet før 1965 skal det imidlertid påpekes at utbygging og utfylling ikke kan "gjøre noe hinder i det almindelige fiskeri". En bestemmelse om dette ble regelmessig ble tatt inn i skjøtene ved salg av eiendom i Finnmark på denne tiden. Skulle det allikevel være foretatt utbygging eller utfylling i strid med den nevnte bestemmelsen kan mangel på innsigelser og det at det har gått lang tid føre til at krav på fjerning ikke fører frem.

En spesiell type utbyggingsrett som omfattes er retten til å anlegge oppdrettsanlegg på egen sjøgrunn. Retten til å plassere ut et oppdrettsanlegg er ikke en rett til å legge slike anlegg utenfor grensen for den private eiendomsrett, se Rugsundsaken Rt 1985 s 1128. Det sentrale er at anlegget ikke må være til skade eller ulempe for utøvelsen av de andre strandrettighetene.⁶⁵

Inngrep i utbyggingsretten utløser i utgangspunktet krav på erstatning, jfr Rt 1961 s 1114, men ikke der det offentlige utnytter sjøgrunnen utenfor eiendomsgrensen, se Rt 1923 II s 48 og Rt 1969 s 613.⁶⁶

4.1.2.4 Tang og tare samt sandforekomster

Grensen for hvor langt ut en grunneier kan kreve rett til utnyttelse av *tang og tare* er ikke absolutt. I Rt 1896 s 500 strakk grensen seg ca fem meter ut over marbakkelinjen. Lokal sedvane samt alders tids bruk kan si noe konkret om hvor grensen i det enkelte tilfelle skal gå. På statsgrunn er det antatt at befolkningen kan ta det de trenger så lenge de tidligere har utøvet en slik bruk, og så lenge det ikke er gjort unntak fra slike rettigheter ved bortforpaktning.⁶⁷ For utnyttelse av sandforekomster umiddelbart utenfor den alminnelige eiendomsgrense er det mer uvisst om dette tilkommer grunneier som en særrett. Også her vil lokale sedvanerettsdannelser komme inn. I NOU 1988:16 utk. § 14 er strandeierens enerett til tang, tare, skjell, sand og grus foreslått å gjelde ut til 15 meters dyp.

⁶⁵ NOU 1993: 34 s 136.

⁶⁶ Falkanger s 94.

⁶⁷ NOU 1993: 34 s 136.

4.1.3 Kåfjorddommen (Rt 1985 s 247) - Beskyttelse av rettighetspregede allemannsrettigheter

Kåfjorddommen utgjør et unntak fra hovedregelen om at fisket i sjøen er en allemannsrett. Nedenfor vil det bli en gjennomgang av dommen, som er viktig fordi den legger vekt på forhold som kan begrunne unntak fra hovedregelen om at sjøfiske er en allemannsrett, forhold som er typiske for det sjøsamiske fjordfisket.

Ved gjennomgang av dommen skal jeg først redegjøre for hvordan saken stod for Høyesterett og hvilket utfall saken fikk, fakta i saken og hvilke vilkår som må anses oppfylt, samt hvorfor dommen er så viktig for sjøsamenes krav på rettigheter til fiske i saltvannsområder.

Spørsmålet for Høyesterett var om det skulle ytes erstatning for inngrep i en allemannsrett til å fiske. Utgangspunktet er at allemannsrettigheter (som fiske i sjøen) har et dårlig vern mot inngrep, men for det tilfelle at utøvelsen av det aktuelle fisket kan betraktes som rettighetspreget bruksutøvelse har utøverne krav på beskyttelse. I dette tilfellet fikk en gruppe fiskere *medhold* i kravet på erstatning da dette fisket hadde karakter av å være en rettighetsutøvelse.

Først litt om fakta i saken. En gruppe fiskere i Kåfjorden gikk til søksmål mot Troms kraftforsyning med krav om å få erstattet tap de var blitt påført i en bestemt periode som følge av isvansker i fjorden som hadde oppstått etter en vassdragsregulering. Fiskerne var for det meste av samiske herkomst. Fisket foregikk i vinterhalvåret etter kysstorsk som søker inntil faste gyteplasser i indre del av Kåfjorden. En bruksdeling (i form av utrorsforbud og begrensning i antall garn pr båt) oppstod som følge av at fisket var avgrenset til bestemte geografiske områder. Utad var dette fisket blitt respektert som en næringsdrift ved at det ikke hadde vært noen konkurranse fra fiskere i andre deler av kommunen. Fjordfisket var den viktigste inntekten for denne gruppen fiskere og av vesentlig betydning for opprettholdelse av bosettingen. Særlig betydning hadde det forhold at det generelle næringsgrunnlaget i indre Kåfjord var svært dårlig. Det ble videre presisert at det ikke var avgjørende at fisket ikke var utøvet gjennom faste fiskeplasser for den enkelte.

Rettspraksis har stilt opp noen vilkår for å gjøre *unntak* fra utgangspunktet om at det ikke ytes erstatning ved inngrep i en allemannsrett. Kravet er blant annet at bruksutøvelsen må ha vært *eksklusiv* og av *vesentlig økonomisk betydning* for brukerne, og Høyesterett viser til vilkårene oppstilt i Høyesterettsdommene Malangen, Rt 1969 s 1220, og Altevann,

Rt 1962 s 163. I Malangen- saken ble det uttalt at bruk som ikke er utøvelse av en rettighet for å få erstatning må være så "*.. konsentrert og særpreget at den utad fremtrer på vesentlig samme måte som utøvelsen av en rettighet.*" (s 1226)

I Kåfjorddommen ble det lagt vekt på at fisket ble utøvet innenfor nærmere avgrensede områder, til bestemte tider av året, uten innblanding utenfra samt den store økonomiske betydning fisket utgjorde, spesielt med tanke på det dårlige næringsgrunnlaget ellers i Kåfjorden. Samlet gjorde disse forholdene at fisket ble sett på som en rettighetspreget bruksutøvelse med krav på erstatning for det økonomiske tapet de var blitt påført som følge av vassdragsreguleringen.

Det interessante i vårt tilfelle er for det første at dommen viser at det kan eksistere kollektive rettigheter til fiskeressursene på bakgrunn av en bestemt type bruk.⁶⁸ Dette står i kontrast til de tradisjonelle oppfatningene om at det ikke kan eksistere eksklusive rettigheter til sjøområdene i betydning rettigheter som tilkommer en avgrenset krets fiskere.

Videre er dommen viktig fordi de momentene som blir vektlagt av Høyesterett er typiske for nettopp det sjøsamiske fisket. Forhold som generelt dårlige inntektsmuligheter i fjordstrøkene og utøvelse av fiske på mer eller mindre avgrensede områder uten innblanding utenfra er særtrekk for fjordfisket og dermed det sjøsamiske fisket. Slik kan dommen føre til synspunkter om kollektive rettigheter til fiskeressursene også andre steder langs kysten. Dette er et sentralt poeng, og vil kunne styrke sjøsamenes krav på rettigheter i sjøområdene.

Spørsmålet om det var rimelighetsbetraktninger eller argumenter om at en viss type bruk skal nyte en viss beskyttelse også til sjøs som fikk gjennomslag skal ikke sies sikkert, trolig var det et samspill. Det forhindrer allikevel ikke at en gruppe fiskere fikk medhold med henvisning til en bestemt type bruk som en sentral del av argumentasjonen.

For samene med sin sterke tilknytning til bruk og utnyttelse av naturgrunnlaget er denne rettsutviklingen svært positiv. Kåfjorddommen er et ledd i en rettsutvikling der domstolen velger å ikke bare se på det rent formelle ved en rettighet, og der særlige forhold kan få avgjørende betydning for utfallet. Utviklingen har gått fra oppstilling av visse vilkår ved erstatning for fisketap i dommene Altevann og Malangen, til en presisering og dermed også en videreutvikling av disse vilkårene i Kåfjorddommen.

Spørsmålet er videre om rettstilstanden for hvilket vern allemannsretten har er blitt endret gjennom dommen. For det første skal det presiseres at Kåfjorddommen ikke

innebærer noen generell utvidet beskyttelse av allemannsretten. Det er allikevel på sin plass å si noe om norsk retts vern av bruksutøvelse i de tilfellene bruken har karakter av utøvelse av en rettighet. Utgangspunktet etter norsk rett om at allemannsrettigheter nyter dårlig beskyttelse mot inngrep kan ikke gjelde for slike tilfeller som vi her står overfor. En rettighetspreget bruksutøvelse ligger tett opp til en tinglig rett som har krav på erstatning når rettigheten blir redusert eller bortfaller ved ekspropriasjon. Det følger av grl § 105 at ved ekspropriasjon skal eieren av en eiendom eller en tinglig rett få full erstatning.⁶⁹ Ved bedømmelsen av om en konkret bruk som også er utøvelse av en allemannsrett skal kunne få erstatning i fremtiden har Kåfjorddommen satt en ny standard. Brukens varighet, intensitet og økonomiske betydning for utøverne vil stå sentralt dersom nye tilfeller om bruk av bestemte områder skulle komme opp for retten.

En annen sak er hvilken betydning dommen får i forhold til tolkingen av ILO 169 og SP art 27. Her skal det bare gjøres noen få bemerkninger. Når det gjelder ILO 169 taler reelle hensyn for at en rettighetspreget bruksrett som er vernet etter norsk rett også bør være det etter art 14 så vel som av SP art 27. Innholdet av og formålet med ILO art 14 og SP art 27 tilsier at en slik tolkning er rimelig. I NOU 1993: 34 utelukkes det ikke at det kan eksistere sedvanerettslige fiskerettigheter lokalt i fjorder og poller, som dermed nyter en viss beskyttelse mot inngrep. Det kan derfor argumenteres med at rettigheter basert på lokal sedvanerett eller som følger av norsk rettspraksis bør ha den samme beskyttelsen etter folkeretten.

Kåfjorddommen har også betydning for spørsmålet om man kan trekke noen paralleller mellom regler som gjelder for ikke- saltvannsområder og regler for saltvannsområder. I dommen viser Høyesterett til Altevanndommen fra 1962 når det redegjøres for vilkårene for en rettighetspreget bruksutøvelse. Altevanndommen skiller seg fra avgjørelsene i Malangen og Kåfjord ved at det der gjaldt inngrep i fiske i et ikke-saltvannsområde. Dette kan åpne for anvendelse av regler for vassdrag på saltvannsområder, som igjen kan føre til synspunkter om rettigheter i enkelte saltvannsområder.⁷⁰

⁶⁸ Jfr også Bull, Aja- konferansen 2004.

⁶⁹ Grl § 105: "Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen".

⁷⁰ Se punkt 4.1.5.

4.1.4 Praktisering av faste fiskeplasser: Noen kommentarer

Det er uenighet blant forskere hvordan man skal betrakte praktiseringen av faste fiskeplasser, og blant annet i forhold til om denne praksisen var utøvelse av eiendomsrett. Det hevdes at fordi eiendomsretten som begrep ikke hadde det samme innhold på 1500-tallet som i dag så kan sjøsamene ikke hevde eiendomsrett til disse områdene på bakgrunn av sedvanerett eller alders tids bruk.⁷¹

Begrunnelsen for denne skepsisen virker for meg noe overdrevet. Det sentrale må være om den konkrete bruken og rettsoppfatningen av denne bruken tilfredsstiller de kriteriene som stilles med hensyn til å oppnå eiendomsrett eller bruksrett etter sedvanerett eller alders tids bruk. For det første er det forsket alt for lite både på sjøsamenes bruk og rettsoppfatning av de aktuelle sjøområdene til å kunne trekke en slik konklusjon. For det andre er det grunn til å påpeke at spørsmålet om samiske rettigheter til land og vann i lengre tid har basert seg på norske prinsipper og norsk tenkemåte, og ikke tatt tilstrekkelig hensyn til samisk sedvane og rettsoppfatning. Rettsutviklingen i og med Selbuddommen og Svartskogdommen tilsier at det nå bør være enklere å nå frem med argumenter om at samiske rettigheter må ta hensyn til den samiske kultur og egenart. Dommene viser blant annet at det ikke kan ha avgjørende betydning at samene ikke har omtalt bruken av de aktuelle områdene som eiendomsrett, så lenge brukens omfang og intensitet tilsier at de har ment å eie eller bruke.

Det kan synes som om denne praktiseringen av faste fiskeplasser ikke har noen umiddelbar betydning for samiske fiskere i dag. Det er imidlertid flere grunner til at denne sedvanen er interessant.

For det første viser dette at det *ikke er unaturlig å tenke på rettigheter i sjøområdene som noe som kan være gjenstand for eiendomsrett eller bruksrett*. For det andre vil sedvanen være et *argument for dagens sjøsamere til å kreve visse rettigheter* til sjøfiske. Hvis myndighetene var uberettiget til å innskrenke sjøsamenes rett til saltvannsfiske i fjordene må dette påpekes og få konsekvenser for den videre diskusjonen. Sentralt står også en *tvist om fiskerigrenser mellom Norge og Storbritannia fra 1951*. I fiskerigrensesaken viste norske myndigheter til nettopp denne sedvanen basert på langvarig, gammel bruk og rettstradisjon som et argument for at Norge skulle få trekke opp

⁷¹ NOU 1993: 34 s 121.

såkalte rette grunnlinjer.⁷² Dette var for å sikre norsk jurisdiksjon over de mange og lange norske fjordene, og den Internasjonale domstolen i Haag ga sin tilslutning til Norges tolkning av folkeretten. Det interessante her er at uttalelsene fra Norge kan sees på som uttrykk for en statspraksis, som må få betydning for hva som kan anses som gjeldende rett i dag med hensyn til sjøsamiske rettigheter i saltvannsområder. At staten Norge hadde en offisiell holdning om at det har eksistert private fiskeplasser i sjøen så sent som på 1950-tallet er derfor meget interessant, og må få betydning for den videre forskningen om disse spørsmålene.

4.1.5 Trange fjorder

For visse typer fjorder vil det kunne være spørsmål om å anerkjenne eiendomsrett til fjorden på grunn av spesielle geografiske forhold. Noen fjorder, og da særlig i Finnmark, er spesielt trange og smale og ligner rent faktisk mer på en elv eller en innsjø enn en sjø. Dette gjør at forskjellen i regler mellom hva som er gjeldende rett for ikke-saltvannsområder på den ene siden og saltvannsområder på den andre kan fremstå som urimelig og ulogisk.

For elvers vedkommende tilfaller retten til å fiske grunneier, se Rt 1902 s 296. Videre er elvebunn og elvebredder i vassdrag underlagt privat eiendomsrett. For innsjøer er det likedan, med unntak for det frie midtstykket. Videre vil lokale sedvaner og alders tids bruk kunne komme inn slik at selv om vi står overfor en sjø rent juridisk så kan lokale forhold tilsi at fisket ikke er fritt.⁷³ Spørsmålet er om det kan gjøres noen analogier fra disse reglene for smale fjorders vedkommende. I denne sammenheng skal det vises til Kåfjorddommen der Høyesterett trekker frem Altevanndommen fra 1962 ved gjennomgangen av vilkårene for når det kan kreves erstatning for tap ved ekspropriasjonsinngrep. Altevanndommen fra 1962 gjaldt ikke saltvannsfiske, og Høyesteretts henvisning til dommen åpner for at det kan trekkes slike paralleller. Vi står overfor en begynnende holdningsendring. Synspunkter om at rettigheter til saltvannsfiske i *visse tilfeller* på bakgrunn av den bruk som har vært utøvet bør kunne være underlagt tingsrettslige rettigheter gjør seg mer og mer gjeldende.

⁷² Bull, Aja- konferansen 2004.

⁷³ NOU 1993: 34 s 121.

4.2 Eiendomsrettens utstrekning i saltvann etter folkeretten

I det følgende vil samiske rettigheter til sjøressursene drøftes. ILO 169 og SP art 27 er to viktige konvensjoner i denne sammenheng. Det sentrale under tolkingen av ILO 169 er hvordan begrepet "lands" skal forstås. For SP art 27 sitt vedkommende er ett sentralt spørsmål om bestemmelsen gir sjøsamene rett til å kreve større fiskekvoter enn andre fiskere.

4.2.1 Noen innledende kommentarer

Når det gjelder våre *folkerettslige forpliktelser* er Norge forpliktet til å anerkjenne samiske rettigheter gjennom menneskerettighetskonvensjonen **ILO nr 169 om urfolk og stammefolk** av 27. juni 1989, ratifisert 20. juni 1990. ILO 169 inneholder bestemmelser om urfolks rett til naturressurser, men også områder som helse, utdanning og arbeidsliv, språk, sedvaner, medbestemmelsesrett og vern om ideelle verdier omfattes. Videre har samene rettigheter i egenskap av å være en etnisk minoritet gjennom Norges vedtakelse av **FN- konvensjonen om sivile og politiske rettigheter** av 16. desember 1966. **Artikkel 27** gir rett til beskyttelse mot inngrep i kulturutøvelsen og anses for å ha det samme innhold materielt sett som grl § 110a.⁷⁴ Konvensjonen om politiske og sivile rettigheter er gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 § 2 (mrl) gjort til norsk lov. De nevnte konvensjonene anses av samene selv og av andre å være så sentrale at det avgrenses mot å behandle andre folkerettslige forpliktelser på området.

Det skal presiseres at vilkårene for å oppnå eiendoms- eller bruksrett etter *norsk rett* og *folkeretten* ikke nødvendigvis er de samme etter de to rettssystemene. Mens kravene til å oppnå eiendoms- eller bruksrett på bakgrunn av for eksempel alders tids bruk etter norsk rett er en *viss bruk over en viss tid (ca 100 år i praksis) i god tro*, opererer ILO art 14 nr 1 med begreper som "*traditionally occupy*" for eiendomsrettens vedkommende og "*not exclusively occupy*" i forhold til bruksretten. Art 14 fokuserer på brukens karakter, som er bestemmende for om vi har å gjøre med en eiendoms- og besittelsesrett eller en bruksrett. Hvilken oppfatning vedkommende urfolk har hatt av retten til naturressursene kan og vil sikkert spille inn ved tolkingen av art 14, men er ikke en del av de "formelle vilkår" for å anerkjenne eiendoms- og besittelsesrettigheter og bruksrettigheter etter

⁷⁴ Smith, Lov & Rett 1990 s 519 og NOU 1997: 5 s 17.

konvensjonsbestemmelsen. Det er videre uklart hvor lenge man må ha brukt et område for å kunne oppfylle kriteriet ”traditionally occupy”. Det kan derfor synes som om vilkårene for å oppnå rettigheter etter alders tids bruk i norsk rett er noe klarere i sin form enn vilkårene for å nyte de samme rettighetene etter ILO nr. 169 art 14. Det er imidlertid knyttet for stor usikkerhet rundt disse spørsmålene til at det kan konkluderes sikkert her. Det er opp til ILOs ekspertkomité å trekke opp linjene fremover. Ved brudd på konvensjonen kan ekspertkomiteen ta opp saken med ILOs høyeste organ, Den internasjonale arbeidskonferanse, som til slutt kan påpeke eventuelle brudd på konvensjonen overfor den aktuelle stat.

4.2.2 SP art 27 og ILO nr. 169 sin stilling i norsk rett

Folkeretten og den norske retten er to atskilte rettssystemer. Det heter at folkeretten er en rett mellom stater der statene er suverene og derfor ikke underkastet andres vilje enn sin egen, til forskjell fra den nasjonale retten der borgerne er underkastet statenes lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. Folkeretten må som utgangspunkt gjennomføres i norsk rett for å kunne legges til grunn der.

Gjennom vedtakelsen av den norske menneskerettighetsloven av 21. mai 1999 nr 30 er SP art 27 gjort til en del av norsk rett. Dette medfører at SP art 27 ved motstrid med en annen norsk lovbestemmelse skal gå foran den norske bestemmelsen, jfr mrl § 3. Siden SP art 27 gir samene krav på et materielt vern (økonomisk og fysisk) for sin kulturutøvelse har gjennomføringen av konvensjonen stor betydning for samenes rettsstilling.

Urfolkskonvensjonen ILO 169 er i motsetning til konvensjonen om sivile og politiske rettigheter ikke gjennomført i norsk rett. ILO 169 er en folkerettslig forpliktelse med krav på etterlevelse på linje med andre folkerettslige forpliktelser. I tillegg er det en del gode argumenter for at den skal og må respekteres i den interne retten. Motstrid kan unngås ved lovtolking, der man blant annet kan anvende prinsippet om at norsk rett presumeres (antas) å være i overensstemmelse med folkeretten. Videre tilsier hensynet til grl §§ 110a (sameparagrafen) og 110c (menneskerettighetsparagrafen) at ILO 169 skal ha stor gjennomslagskraft. Da ILO 169 er en menneskerettighetskonvensjon får også menneskerettighetslovens § 1 som sier at menneskerettighetenes stilling i norsk rett skal styrkes, en viss betydning.

4.2.3 En drøfting av begrepet "lands" i ILO nr. 169

For ILO konvensjonenes vedkommende er det særlig to spørsmål som skal behandles. Det ene er i hvilken utstrekning ILO 169 anerkjenner sjøsamenes rett til å delta i *forvaltningen* av sjøområder, jfr art 15. Det andre er hvilken rett sjøsamene har til å hevde *eiendoms- eller bruksrettigheter* til de samme områdene, jfr art 14. Spørsmålet om hvilke rettigheter sjøsamene har til saltvannsområder, forvaltningsmessig og tingsrettslig, avhenger blant annet av hvordan vi skal forstå begrepet "**lands**" i art 15 og 14. Det avgrenses mot å behandle andre sider av forvaltningsrettsbestemmelsen i art 15 da hovedsiktemålet er å si noe om begrepet "lands".

Art 15 sier at urfolks rett til naturressursene skal sikres spesielt. I art 15 nr. 1 gis urfolk en rett til å være med og forvalte over disse ressursene. I tillegg forpliktet myndighetene i art 15 nr. 2 å rådføre seg med urfolk ved inngrep i ressurser som staten har beholdt eiendomsretten til, der urfolks interesser antas å kunne bli skadelidende.

Article 15

- 1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources.*
- 2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.*

Art 14 nr. 1 regulerer urfolks rett til å eie og besitte, og bruke de områdene de tradisjonelt har rådet over.

Article 14

1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

Når det gjelder forståelsen av eiendoms- og bruksrettigheter til sjøområdene samt retten til forvaltning er det viktig å skille mellom art 14 på den ene siden og art 15 og 16 på den andre. Dette fordi begrepet "lands" etter art 14 og art 15 og 16 ikke har det samme innhold. Art 14 omhandler urfolks rett til å eie og besitte, og bruke de områder de råder over og har hatt tilgang til tradisjonelt sett, mens art 15 og 16 setter grenser for hvor langt staten kan gå i å regulere de samme områdene.

For art 15 og 16 er det i art 13 nr 2 spesifisert hva "lands" skal omfatte. Det sies i bestemmelsen at "lands" skal forstås som "the total environment", eller "totalmiljø" etter den norske oversettelsen. Art 13 nr 2 sin definisjon gjør at landområder i forhold til art 15 og 16 må forstås i vid forstand. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse som sier hvordan "lands" i art 14 skal forstås.

Etter en *naturlig forståelse* av begrepet "lands" omfattes grunnen med planter og trær, i tillegg til løse forbindelser som sand og stein. Også ressurser i undergrunnen er i utgangspunktet omfattet, med mindre slike rettigheter er unntatt gjennom lovgivning.⁷⁵

Først kort om urfolks rettigheter i vassdrag, dvs **ikke- saltvannsområder**.

Elver og innsjøer er helt klart omfattet av art 15 som følge av den vide forståelsen av landområder etter art 13. Med vekt på forståelsen av ILO 107 som ILO 169 er en

⁷⁵ Skogvang s 82.

videreføring av, og konvensjonens formål om å styrke og bevare urfolks kultur og levemåte må elver og innsjøer også anses omfattet av bestemmelsen i art 14.⁷⁶

Når det gjelder konvensjonens forhold til **sjøområder** er rettstilstanden mer usikker.

I forhold til art 15 er det gode grunner for at også sjøområder skal anses omfattet. Utrykket "lands" i art 13 nr 2 er etter definisjonen der vid nok til at sjøsamers tradisjonelle bruk av sjøområder kan omfattes. Særlig hensynet til formålet med art 13 nr 2 som er å sikre samene kontroll over områder de tradisjonelt har benyttet, men som ikke er undergitt eiendomsrett, samt formålsbetraktninger generelt om viktigheten av å sikre ressursgrunnlaget til sjøs taler for at også sjøområder er omfattet av art 15.⁷⁷ Dette innebærer at statens myndigheter er forpliktet til å rådføre seg med sjøsamene ved inngrep i saltvannsområder der deres interesser er truet.

Spørsmålet er om de samme områder er beskyttet etter art 14. Når det gjelder spørsmålet om saltvannsområder er omfattet av art 14 må det skilles mellom eiendomsrett og bruksrettigheter.

Det antas at det skal en del til for å si at urfolk skal ha eiendomsrett til saltvannsområder etter folkeretten når dette ikke uttrykkelig er regulert, og da særlig med vekt på at rettigheter i saltvannsområder etter nasjonal rett ikke er tillagt befolkningen som privat eiendomsrett men som allemannsrettigheter. At slike rettigheter kan eksistere på bakgrunn av alders tids bruk skal imidlertid ikke utelukkes, og praktiseringen av faste fiskeplasser viser at det har eksistert holdninger om en form for eiendomsrett (eller bruksrett) til sjøområdene. Den andre folkerettsgruppen inntar det standpunkt at ILO 169 ikke gir samene noen rettigheter i saltvannsområder etter art 14.⁷⁸

I forhold til bruksrettighetene kan det stilles spørsmål om denne holdningen kan opprettholdes fullt ut.⁷⁹ Utgangspunktet er at sjøsamene s krav på rettigheter i saltvannsområdene ikke er endelig avklart. ILO 169 art 14 bruker uttrykket "lands" om de områder urfolk på visse vilkår har eiendoms- og bruksrett til. I den norske versjonen

⁷⁶ Skogvang s 82.

⁷⁷ NOU 1997: 5 s 39.

⁷⁸ NOU 1997: 5 s 39.

⁷⁹ Skogvang s 83.

brukes uttrykket " landområder". Det var stor uenighet under ILO forhandlingene om hva som skulle omfattes, og derfor må ordlyden tillegges stor vekt. I tillegg står formålsbetraktninger og reelle hensyn sterkt.

For det første viser den norske Høyesterettsavgjørelsen "Kåfjorddommen" at eksklusiv utnyttelse av fiskeressurser i et bestemt geografisk område kan nyte vern mot inngrep. Videre har andre kulturer et annet syn på rettigheter i saltvannsområder som må få betydning. Et eksempel her er et urfolk i USA som ble tilkjent visse kvoterettigheter i saltvannsområder på etnisk grunnlag. I tillegg vil de formålsbetraktninger som har blitt anført til fordel for at elver og innsjøer anses omfattet av art 14 også være relevante her. Dette handler om hensynet til bevaring og videreutvikling av en tradisjonell samisk næring som er sterkt knyttet til naturen og i en særlig truet posisjon hva gjelder å stå imot nye inngrep.⁸⁰ Reelle hensyn står spesielt sterkt i denne saken og bør tillegges vekt ved tolkingen. Spesielt er det verdt å merke seg den utvikling som er på gang i forhold til synet på samiske fiskerettigheter, der holdningen om at fisket er en næringsrett som myndighetene kan regulere fritt er i ferd med å bli erstattet av tanker om spesielt bruksrettigheter gjennom alders tids bruk og sedvane.

4.2.4 Hvilke rettslige forpliktelser har norske myndigheter overfor sjøsamene etter SP art 27?

FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966 art 27:

"In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language."

SP art 27 er en forløper til ILO konvensjon nr. 169 og omhandler minoriteters rett til å utøve sitt språk, sin religion og sin kultur. SP art 27 er utformet som et forbud mot diskriminering, men det er sikker rett for at bestemmelsen i tillegg gir et materielt vern mot inngrep og krav på positive tiltak. Samene utgjør en etnisk minoritet og er rettighetssubjekt etter bestemmelsen, mens staten er pliktsubjekt og ansvarlig for å følge opp med tiltak.

⁸⁰ Jfr Smith, Carsten i Lov & Rett 1990 s 507 s 522.

Redegjørelsen for hvilke rettigheter SP art 27 gir sjøsamene vil ta utgangspunkt i en utredning skrevet av daværende professor Carsten Smith, gjengitt i **Lov & rett 1990 s 507**. På denne tiden hadde Norge akkurat vedtatt ILO 169, og bare et par år tidligere hadde grunnlovsbeskyttelsen av samene som folkegruppe kommet i stand. Dette er viktige forhold å ta i betraktning under den kommende redegjørelsen.

Utredningen til Carsten Smith er sentral av flere grunner. For det første er utredningen skrevet av en av Norges mest anerkjente jurister. For det andre kom utredningen til etter forespørsel fra Sametinget og Fiskeridepartementet der hensikten var å rede ut hvilke rettslige forpliktelser myndighetene var bundet av på fiskeriområdet. For det tredje er utredningen sentral fordi den er den første i sitt slag som drøfter samiske fiskerirettigheter i en juridisk kontekst.

Med tanke på at utredningen omhandler samme tema som ble behandlet av Carsten Smith i 1990 vil store deler av utredningen fra 1990 gjengis i det følgende. Det vil først bli en kort presentasjon av norske regler på fiskeriets område som en innledning til gjennomgangen av de folkerettslige forpliktelsene, i likhet med gjennomgangen i utredningen til Smith.

Carsten Smith tar utgangspunkt i de *rettsprinsipper* statens myndigheter er bundet av ved reguleringer i fisket. Det er ingen norske regler på fiskeriets område som gjelder spesielt for samene, og derfor må deres rettigheter utledes av deres allmenne krav på tilgang til naturressurser.

Til å begynne med går Smith gjennom deltakerloven av 1972 nr 57 (i dag deltakerlov av 26. mars 1999 nr 15) og saltvannsfiskeloven av 1983 nr 40 og sier noe om de *vide reguleringsfullmaktene* som finnes her.

For det første sier han at det ikke finnes noen bestemmelse som særskilt nevner de *samiske hensyn*. Derimot påpeker han at dette ikke er til hinder for at nettopp slike hensyn kan og må tas. Både folkeretten og norsk rett gjennom grunnlovens § 110 a tilsier at dette er relevante hensyn ved reguleringer i fiske. Også under utøvelse av skjønn i forvaltningen

vil myndighetene være bundet av våre internasjonale og grunnlovsmessige forpliktelser hevder Smith, og viser til Høyesteretts avgjørelse om Alta- Kautokeino- vassdraget i 1982.

Smith konkluderer med at de samiske interesser er blitt skadelidende gjennom norske myndigheters utforming av forskrifter på fiskeriområdet. Den største begrensning for 1990 lå i størrelsen på fartøykvotene. Dette har igjen innvirkning på sysselsettingen av fiskere langs kysten, og særlig for de fiskeriavhengige samiske lokalsamfunn.

Smith tar deretter for seg de folkerettslige forpliktelsene SP art 27 og ILO 169.

Først går han gjennom **SP art 27**, som han tolker i lys av nettopp ILO 169 og av at samene er anerkjent som urfolk i Norge. Han slår fast at SP art 27 inneholder en beskyttelse av kulturen materielt sett (fysisk og økonomisk) og medfører krav på positive tiltak. Deretter gjør Smith en sammenligning med grunnlovens § 110a og sier at denne bestemmelsen innholdsmessig gir samene de samme rettighetene som SP art 27. Når det gjelder **ILO 169** er han mer forsiktig og sier at saltvannsområder ikke kan anses omfattet av konvensjonen. I lys av den utvikling som har funnet sted de siste 14 årene kan det hevdes at denne tolkningen av ILO 169 ikke er en like sikker tolkning lenger. Særlig i forhold retten til å være med å forvalte etter art 15 og for bruksrettigheter etter art 14 kan dette problematiseres mer, se blant annet Skogvang s 83 i læreboken ” Samerett”.

Med utgangspunkt i grunnlovens § 110a og SP art 27 går Smith nærmere inn på spørsmålet om samene, siden de har krav på positiv diskriminering der det er nødvendig for kulturvernet, har *rett til større andel av fangstkvantumet* i forhold til andre fiskere. Vurderingen av om et inngrep i det sjøsamiske fiske strider mot de forpliktelser myndighetene har på samerettens område tar utgangspunkt i inngrepets art og omfang.

Når det gjelder *inngrepets art* er utgangspunktet at begrunnelsen for inngrepet vil stå sentralt. Der begrensninger i fisket skyldes hensynet til en forsvarlig ressursforvaltning er ikke inngrepet etter sin art i strid med de samiske rettigheter da reguleringen vil være et vern og ikke et inngrep i fisket. Et sentralt spørsmål er om samisk fiske har en såkalt samisk egenart. Spørsmålet er om bare de tradisjonelle og kulturspesifikke næringer er beskyttet av bestemmelsen, eller om også andre næringer har krav på vern mot inngrep. Fiske er en tradisjonell, men ikke en kulturspesifikk næring på den måten at samene har vært de eneste til å utøve fiske. I NOU 1984: 18 opereres det med en kjernesone, der

beskyttelsen blir svakere jo lenger unna man kommer de kulturspesifikke og tradisjonelle næringer. Smith påpeker at det avgjørende ikke er hvilke tiltak som igangsettes, men hvilken virkning disse tiltakene har for den samiske kulturen. Her spiller særlig to forhold inn. For det første det faktum at samisk kultur er nært knyttet til naturen, og for det andre at samisk kultur er i en meget kritisk situasjon. Disse hensyn taler for at samisk fiske må anses som en tradisjonell samisk næring som etter sin art går inn under det tradisjonelle kulturvernet i SP art 27.

Når det gjelder *inngrepets omfang* hevder Smith at vi står overfor en helhetsvurdering. Altadommen (Rt 1982 s 299) opererer med et minimumskrav om ”bastante og meget skadelige inngrep” i samiske interesser. Disse kriteriene, hevder Smith, kan ikke anvendes så bastant på fiskeriets område. I vårt tilfelle dreier det seg om en endret regulering og en positiv særbehandling av samene, til forskjell fra Altadommen der spørsmålet var om SP art 27 kunne hindre en regulering av Alta- Kautokeino- vassdraget. Dette samt det forhold at norske myndigheter har modifisert Høyesteretts synspunkter på dette området tilsier at vi uansett må gjøre en helhetsvurdering. Det avgjørende må være hvilket kulturgrunnlag som står igjen etter inngrepet. Ethvert inngrep som truer den samiske bosettingen vil dermed også være vesentlig negativ for den samiske kultur og dermed den sjøsamiske kultur

Smith konkluderer med at staten har visse juridiske forpliktelser overfor sjøsamene etter norsk rett og folkeretten.

I forlengelsen av disse synspunktene skal det gjøres noen få bemerkninger i forhold til de innskrenkninger som har funnet sted på 1990- tallet, og som har rammet de sjøsamiske fiskerne spesielt hardt. Sjøsamene er i en så vanskelig situasjon mange steder at ytterligere reguleringer i sjøfiske vil kunne føre til at sjøsamene må legge ned fiskerivirksomheten. Dette vil kunne være i direkte strid med de internasjonale forpliktelsene gjennom blant annet SP art 27, der Smith påpeker at det avgjørende må være hvilket kulturgrunnlag som står igjen etter inngrepet. Etter snart 15 år med store inngrep og omfattende reguleringer er det oppstått et være eller ikke være for mange sjøsamere. Det kan derfor spørres om ikke disse reguleringene gjør at vi er innenfor SP art 27 sitt beskyttelsesområde, og at myndighetenes samlede inngrep i sjøfisket gjennom disse årene må betraktes som ulovlige.

Utredningen som i sin tid ble bestilt av Fiskeridepartementet har imidlertid ikke fått noen konsekvenser for myndighetenes fiskeripolitikk i forhold til de sjøsamiske rettigheter. Dette viser en undersøkelse i forvaltningen fra 2002 der departementene ble bedt om å

uttale seg om hva som er gjort for å følge opp de internasjonale forpliktelsene på de respektive fagområdene.⁸¹ Fiskeridepartementet har gjort lite eller ingenting for å følge opp de forpliktelsene Smith – utredningen konkluderer med at departementet er bundet av. Dette gjenspeiler en holdning som dessverre er utbredt også ellers i forvaltningen, der samiske rettigheter ikke tas tilstrekkelig på alvor.

⁸¹ Einarsbøl, Elisabeth. ”Norges håndhevelse av urfolks- og minoritetsbestemmelser etter folkeretten til beskyttelse av samenes rettigheter”

5 NORSK FISKERILOVGIVNING OG FORVALTNING

I dette kapitlet skal norsk fiskerilovgivning og noen utvalgte forskrifter kommenteres og vurderes. Dette omfatter også en gjennomgang av sentral begrepsbruk innenfor fiskeriområdet og norsk fiskerilovgivnings forhold til folkeretten. Videre skal det gis en oversikt over forvaltningen.

5.1 Norsk fiskerilovgivning

Sentrale lover er saltvannsfiskeloven av 3. juni 1983 nr 40 (saltvfl) og deltakerloven av 26. mars 1999 nr. 15 (deltakerl). Ingen av lovene sier uttrykkelig at det skal eller kan tas hensyn til sjøsamenes situasjon.⁸² Mens saltvannsfiskeloven er en uttaksreguleringslov med regler for selve utøvelsen av fisket i sjøen er deltakerloven en innsatsreguleringslov som angir vilkårene for å kunne delta i fiske. Begge lovene inneholder vide fullmakter for forvaltningen til å regulere utøvelsen av fisket i form av forskrifter. Forskriftene kan gjelde for bestemte områder eller hele landet. Det skilles også mellom forskriftene etter som de er permanente eller tidsbegrensede. Forskriftene kan være gitt med hjemmel i en eller flere lover.

5.1.1 Sentral begrepsbruk

I det følgende vil jeg forklare noen sentrale begreper og ordninger innenfor fiskerisektoren som det kan være hensiktsmessig å kjenne til.

Når det tales om **konvensjonelle redskaper** i forhold til ukonvensjonelle kan man trekke en parallell til skillet mellom aktive og passive redskaper. De konvensjonelle redskapene regnes for å være passive i den forstand at de er mer ressursvennlige og dermed minsker faren for overfiske. Eksempler på slike redskaper er line, garn og juksa, sentrale redskaper i det tradisjonelle fjordfisket. Andre mer aktive redskaper er for eksempel trål og snurpenot. Disse redskapene har utgjort en trussel mot fjordfisket i forhold til mulighetene for befolkningen til å leve av fiske, og har aldri vært brukt i det tradisjonelle fjordfisket i

⁸² Jfr Smith- utredningen.

Finnmark.⁸³ Båter med aktive redskaper har ofte vært større båter store nok til å fiske utenfor fjordene. Det kan tenkes unntak der også passive redskaper er meget effektive. Et eksempel er fiske med snurrevad som myndighetene har gjort innskrenkninger i da det dreier seg om et svært effektivt notlignende redskap.⁸⁴

Det opereres med flere registre på fiskeriområdet, og disse har ulike funksjoner. **Fiskermanntallet** er et sentralt register der alle som driver ervervsmessig fiske føres. Dette blir brukt som basis for tildeling av rettigheter, fra ervervstillatelse til pensjonstrygd for fiskere. Vedkommende fisker må ha fylt 15 år, og der fisket utgjør hovednæring føres vedkommende på blad B og ved fiske som kombinasjonsnæring blad A. Avhengig av hvilket blad man tilhører er det også krav knyttet til størrelsen på inntekten fra henholdsvis fiske og/eller annen næring. Når et fartøy har fått ervervstillatelse skal det føres i **merkeregisteret**. Her blir opplysninger om de faktiske forholdene ved et fartøy registrert. Hensikten med en slik merking av fartøyene i et merkeregister er å legge forholdene til rette for oppsynsmyndighetene.

På begynnelsen av 1990- tallet ble det innført en **fartøykvoteordning** og en **maksimalkvoteordning** for kystfisket. For å delta i fartøykvoteordningen ble det stilt krav om en viss mengde fangst i ett av de tre foregående årene. I tillegg måtte fiskeren være heltidsfisker og fartøyet registrert i merkeregisteret. Deltakelse innenfor fartøykvoteordningen innebærer tildeling av kvote etter størrelse på fartøyet. De som ikke oppfylte vilkårene var henvist til å delta i en maksimalkvoteordning. Fisket innenfor en slik ordning stoppet opp når den totale kvoten var fisket opp, uavhengig av om den enkelte fisker hadde fått tatt opp sin individuelle maksimalkvote. Tanken bak myndighetenes utforming av regelverk under torskekrisen var å tilgodese de mest torskeavhengige fiskerne med noe større kvoter enn andre. Dette rammet de sjøsamiske fiskerne spesielt hardt.⁸⁵ Etter hvert har disse kvoteordningene blitt erstattet av andre betegnelser, der fartøykvote nå heter gruppe I og maksimalkvote går under betegnelsen gruppe II.

⁸³ NOU 1997: 4 s 313.

⁸⁴ NOU 1997: 4 s 313.

⁸⁵ Innstilling Samisk Fiskeriuvalg s 93.

5.1.2 Forholdet til folkeretten

Det er viktig å merke seg at saltvannsfiskel § 3 inneholder en uttrykkelig henvisning til at loven står tilbake for det som måtte følge av folkeretten eller overenskomst med fremmed stat. Her vil både internasjonale konvensjoner og folkerettslig sedvanerett kunne komme inn og medføre at norsk rett settes til side. Her vil blant annet ILO 169 og SP art 27 kunne spille en viktig rolle, da det ikke er naturlig at bestemmelsen bare skal gjelde internasjonale forpliktelser på fiskeriets område. I saltvfl § 4 er Fiskeridepartementet gitt omfattende fullmakter til å regulere fisket.

Det gjelder noen inngangsvilkår for å kunne utferdige forskrifter, der ulike hensyn spiller inn. Vurderingen av om det skal gis forskrifter tar utgangspunkt i tilfeller der det gjelder *forvaltning av ressursene i havet på en hensiktsmessig måte, når internasjonale avtaler gjør det nødvendig eller når en rasjonell eller hensiktsmessig utøvelse eller gjennomføring av fiske og fangst tilsier det.*, se § 4 1 ledd. Etter ordlyden kan det se ut som om myndighetene er forpliktet til å gjøre en vurdering av våre folkerettslige forpliktelser bare *når det anses nødvendig*. Smith påpeker i sin utredning at forarbeidene viser til internasjonale avtaler kun på fiskeriets område. Det blir ikke nødvendig å ta stilling til hva som omfattes av den nevnte bestemmelsen da slike internasjonale forpliktelser uansett skal respekteres og overholdes som følge av saltvfl § 3. At visse samiske hensyn skal tas i forvaltningen av fiskeressursene følger videre av norsk rett gjennom sameloven og grunnlovens § 110a, men også av folkeretten gjennom ILO 169 og SP art 27.

5.1.3 Kort om saltvannsfiskeloven og deltakerloven

Kort oppsummert kan saltvannsfiskeloven sies å ha bestemmelser om regulering, håndhevelse og kontroll. Lovens bestemmelser gir blant annet adgang til å utferdige forskrifter om fangstbegrensning av ulik art, der regler om kvoter, fangsttider, arter og fangstredskaper er sentrale. Av stor betydning i denne sammenheng er forskrifter som regulerer kvotene. Det er spesielt på dette området sjøsamene har ment seg diskriminert da kvotesystemene gjennom de siste 10- 15 årene har medført en favorisering av det ikke-sjøsamiske fisket. Hovedproblemet er at retten til fartøykvote ble knyttet opp til en bestemt type adgangsbegrensning. Bare fiskere som kunne dokumentere en viss mengde fangst de siste årene hadde rett til fartøykvote, og denne forutsetningen gjorde at de fleste sjøsamene

grunnet selinvasjon og et overfiske ble holdt utenfor. Sjøsamene ble i stedet tvunget inn i en maksimalkvoteordning. For sjøsamene førte dette til reduserte kvoter og mindre inntekter fra sjøfisket.

Deltakerloven derimot inneholder bestemmelser som regulerer adgangen til sjøfiske. Det er i utgangspunktet tre forutsetninger som må være tilstede for å få adgang, og disse er knyttet til registrering i fiskermanntallet, merkeregisteret og krav om ervervstillatelse.

Et av vilkårene for ervervstillatelse er at fisket er ervervsmessig, jfr deltakerl § 4 1. ledd. Et fiske er ervervsmessig ifølge lovens § 3 1. ledd når fisket utgjør en levevei alene eller sammen med annen næring. Det følger av forskrift om fiskermanntallet at fisket i en kombinasjonsnæring må utgjøre en viss andel av den samlede inntekten for at man skal kunne stå oppført i registeret.⁸⁶ For sjøsamiske fiskere som normalt vil stå oppført under blad A med fiske som binæring er kravet at fisket skal utgjøre minst halvparten av grunnbeløpet i folketrygden. Reglene er ikke utformet med tanke på sjøsamenes tradisjonelle næringsutøvelse. Et minstekrav må være at kvotene gir en mulighet til å leve av fisket, alene eller i kombinasjon med annen næring. Tilsvarende gjelder det et krav om at en fisker ikke kan opptas i manntallet dersom vedkommende er beskjeftiget i full virksomhet ved siden av fiske, der full virksomhet er definert som inntekt overstigende 4G. Også her kan det stilles spørsmål om denne begrensningen i inntekt fra annen næring enn fiske kan opprettholdes. Et annet problem er deltakerlovens krav til tidligere deltakelse i fiske. Kravene ble skjerpet med lovendringen i 1999 da krav om fiskeriaktivitet i tre av de siste ti årene ble endret til tre av de siste fem årene. Vi ser dermed at det også for en ervervstillatelse er visse adgangsbegrensninger som på grunn av ressursituasjonen generelt faller uheldig ut for sjøsamenes situasjon. Problemet er ikke bare adgangsbegrensningene i seg selv, men også det at det ikke kompenseres for de urimelige konsekvensene regelverket rent faktisk medfører for det sjøsamiske fisket.

5.1.4 Aktuelle forskrifter - et utvalg

Det skal redegjøres for noen sentrale forskrifter som forteller noe om sjøsamenes situasjon i dag. Det som presenteres er bare et lite utvalg, med utgangspunkt i forskrifter som antas å være relevante for det typiske sjøsamiske fisket. Her vil fokuset være på fisket etter torsk med konvensjonelle redskaper og fangst av kongekrabbe.

⁸⁶ Jfr Forskrift om føring av manntall for fiskere, fangstmenn m.v.

Med hjemmel i saltvfl §§ 4, 5 og 9 er det gitt forskrift om regulering av *fisket etter torsk med konvensjonelle redskap nord for 62 breddegrad for 2004*.

Utgangspunktet er et forbud mot fiske av torsk med konvensjonelle redskap nord for 62 breddegrad. Unntak gjøres i § 2 for fartøy som omfattes av bestemmelsene i forskriften. Et skille går mellom fartøy over 28 meter største lengde og de fartøy som er mindre. For eksempel kan det nevnes at fartøy under 28 meters største lengde gruppe I kan fiske inntil 118.017 tonn torsk, mens det for fartøy under 28 meter største lengde gruppe II er avsatt 14.431 tonn torsk, jfr § 3. Det vil med andre ord utgjøre stor forskjell om vedkommende fisker tilhører gruppe I eller II for lønnsomheten av fisket på grunn av mengden tilgjengelig fisk og den forskjell i utforming av kvotesystem som eksisterer.

Videre stiller forskrift nr 1484 fra 12. september 2003 opp ytterligere vilkår for å delta i dette fisket. Forskriftens § 2 inneholder vilkår for deltakelse for fartøy i **gruppe I**. Foruten at fartøyet må være registrert i merkeregisteret, eieren og hovedsmannen i fiskermanntallet på blad B og at fartøyet må være egnet, må fartøyet ha hatt adgang til å delta i fisket i 2003. Dette siste vilkåret kan det gjøres unntak fra avhengig av om vedkommende fartøy oppfyller krav til en viss fiskeriaktivitet årene 1999, 2000 og 2001 i forhold til nærmere angitte fiskeslag eller kombinasjoner av fiskeslag. For fartøy i **gruppe II** er det de samme vilkårene som gjelder som for fartøy i gruppe I, med unntak av krav til en viss fiskeriaktivitet de siste årene.

Når det gjelder fangst av *kongekrabbe* er det også her bevis for at myndighetene ikke utformer regelverket med tanke på konsekvenser for sjøsamenes situasjon. Den aktuelle forskriften er *forskrift om regulering av og adgang til å delta i fangst av kongekrabbe i 2003 av 11. august 2003*. Vilråene for fangst av kongekrabbe er for det første avhengig av hvilken gruppe vedkommende fisker opererer under.

For gruppe I gjelder noen inngangsvilkår som at båten må være registrert i merkeregisteret, i størrelse være mellom 7 og 15 meter største lengde og fisket må utgjøre hovednæringen, i tillegg til at vedkommende fisker må ha hatt adgang til å delta i gruppe I fiske i 2002. Unntak fra kravet om adgang til fiske i 2002 kan gjøres dersom det enten er fisket minst 5 tonn torsk eller 1600 liter rognkjeksrogn i minst to av årene 2000, 2001 eller 2002.

For deltakelse i gruppe II derimot gjelder de samme inngangsvilkårene med unntak av krav til fiske som binæring og ikke hovednæring. Også her kan det gjøres unntak hvis man

har fisket en viss mengde torsk eller rognkjeksrogn i minst to av årene 2000, 2001 og 2002, henholdsvis 3 tonn torsk og 800 liter rognkjeksrogn. Vi ser at skillet mellom fiske i gruppe I og gruppe II i hovedsak dreier seg om vedkommende fisker har fiske som hovednæring eller binæring, der kravet til en viss mengde fangst som unntak fra vilkåret om deltakelse i fiske i 2002 er noe mindre for fiske som binæring enn som hovednæring.

Et vesentlig spørsmål er hvordan uttrykket ”deltatt med fartøyet” skal forstås i forskriftens § 3 2 ledd bokstav a og b og § 10 2 ledd bokstav a og b. Spørsmålet er om det er et krav om at det samme fartøyet må ha vært benyttet under fangst av torsk og rognkjeks i de foregående årene, som det som i dag skal benyttes under fangst av kongekrabben. En naturlig tolkning vil være at det samme fartøyet skal benyttes i hele referanseperioden da ordlyden bruker ordet ”fartøyet” i bestemt form entall. Ettersom dette rammer hardt de som av ulike årsaker har byttet ut fartøyet er det i følge *instruks for behandling av søknader om adgang til å delta i fangst av kongekrabbe i 2003* tillatt å bytte ut fartøyet, men under forutsetning av at både utskiftningsfartøyet og erstatningsfartøyet oppfyller lovens øvrige vilkår. Her vil blant annet kravet til båtstørrelse gjelde for både utskiftningsfartøyet og erstatningsfartøyet. Denne tolkningen, som må kunne sies å være én mulig tolkning av uttrykket ”deltatt med fartøyet”, er svært uheldig for sjøsamenes situasjon. I tillegg til det problematiske med at sjøsamene i visse tilfeller må fiske en viss mengde torsk eller rognkjeks for å få tilgang til fangst av kongekrabben, er det et krav at fartøyet som benyttes til fisket av torsk eller rognkjeks også må tilfredsstillere kravet til en båtlengde på mellom 7 og 15 meter.

Det hadde vært interessant å få vite hvilke avgjørende hensyn som ligger bak et slikt krav som medfører at båter mindre enn 7 meter ikke anses egnet til å fiske nettopp torsk eller rognkjeks. Sjøsamene selv opplever ikke fiske med mindre båter som noe hinder for et slikt fiske.

Videre står det i instruksjonen at hensikten med utforming av regelverket rundt fangst av kongekrabben er å gi tilgang til de fiskerne som er mest utsatt for bifangst i forbindelse med torskefiske og rognkjeksfiske. Da fremstår det som svært merkelig at sjøsamene i Tanafjorden som opplever at kongekrabben går i garnene og ødelegger for fiske, nettopp ikke blir prioritert. I dag er det nesten ikke mulig å drive garnfiske i Tanafjorden. Det kan se ut som om departementets instruks med hensyn til hvem som skal prioriteres står i motsetning til det regelverket de selv har vært med på å utforme. Hensynet til de spesielle forhold sjøsamene er utsatt for ser ikke ut til å ha hatt betydning for utformingen av det regelverket som i dag eksisterer for fangst av kongekrabbe.

5.2 Forvaltningen

I dette kapitlet skal vi se på hvordan forskrifter blir utformet og hvem som sitter med myndighet til å bestemme i fiskerispørsmål. Vi skal snart få se at forvaltningen sitter med omfattende myndighet over sentrale deler av fiskeripolitikken gjennom sin forskriftskompetanse, der blant annet utforming av kvoter er en sentral del av denne myndigheten.

5.2.1 Utvikling mot en fiskeriforvaltning

Allerede fra middelalderen av var ferdselen på sjøen regulert gjennom ulike forordninger.⁸⁷ Forordningene kunne gjelde lokalt eller for hele landet, og slik er det også med hensyn til utforming av forskrifter i dag. I 1270 samlet Kong Magnus Lagabøte lokale lover til en landsomfattende lovsamling. Til tross for dette var lokale forordninger det mest brukte også etter landslovsamlingen. Frem til midten av 1800- tallet var det i høy grad hevdede rettigheter og lokale regler og ordninger som gjaldt. Det varierte om de lokale lovene ble respektert. Det interessante er imidlertid at disse lokale lovene representerer en begynnende norsk fiskeriforvaltning. I 1859 fikk vi en egen fiskeriforvaltning gjennom oppnevning av en vitenskapsmann som fikk ansvaret for fiskeriundersøkelser. Først i 1886 ble det etablert en egen fiskeridministrasjon, som senere utviklet seg til det vi i dag kjenner som Fiskeridirektoratet.⁸⁸ I 1946 fikk vi et eget fiskeridepartement som det første departement i verden som bare arbeider med fiskerispørsmål.

5.2.2 Fiskeriforvaltningen i dag⁸⁹

5.2.2.1 Innledning

Fiskeriforvaltningen i Norge består av flere aktører, der Fiskeridepartementet har den øverste politiske myndigheten. Inn under Fiskeridepartementet ligger ansvarsområder som fiske og fangst, fiskeindustri, havbruk og kystforvaltning. De viktigste oppgavene er å forme og gjennomføre fiskeripolitikken, å skape en bærekraftig og økonomisk lønnsom fiskeri- og havbruksnæring samt å trygge ferdselen til sjøs. Underlagt Fiskeridepartementet

⁸⁷ Under eneveldet, 1660-1814, betegnelse på kongelige lover som gjaldt for alle undersåtter

⁸⁸ Se pkt. 5.2.2.2.

⁸⁹ Fiskrilovgivning, Lekve, Olav s 12 flg

er ulike forsknings- og forvaltningsinstitusjoner. Fagdirektoratene Kystverket og Fiskeridirektoratet tar seg av den praktiske forvaltningen, fra utforming av navigasjonssystemer til reguleringer i fisket. I denne utredningen skal det blant annet redegjøres nærmere for Fiskeridirektoratets virksomhet.

I praksis blir mye av ansvaret for fiskeripolitikken delegert til underordnede organer og tilknyttede etater, der tanken er at avgjørelser skal tas nære utøverne i fiskerinæringen. Både saltvannsfiskeloven og deltakerloven gir forvaltningen, deriblant Fiskeridirektoratet, store muligheter til å øve innflytelse på fiskeripolitikken gjennom den omfattende forskriftskompetansen lovene inneholder. Forskriftene kan være gitt med hjemmel i lov eller forskrift. Noen er permanente, mens andre er av kortere varighet. De kortvarige forskriftene kan være gitt en levetid på et år eller kortere. Vi skiller derfor mellom forskrifter som er årlige og de som er mer midlertidige. Etater med myndighet til å bestemme over fiskeriforvaltningen har på denne måten stor innflytelse på utviklingen over fiskeripolitikken.

5.2.2.2 Fiskeridirektoratet ⁹⁰

Som en egen etat tilknyttet Fiskeridepartementet har vi Fiskeridirektoratet. Fiskeridirektoratet fungerer som et av de viktigste rådgivende og utøvende fagorgan i spørsmål som handler om fiskeriforvaltning. Fiskeridirektoratet ledes av en *Fiskeridirektør*, og har syv regionale fiskerikontor under seg kalt den *ytre etat*. Fiskeridirektøren er direktoratets og den ytre etats administrative leder, og har ansvaret for å komme med tiltak for et best mulig naturgrunnlag for fiskerinæringa.⁹¹ Den ytre etat sitt ansvarsområde er forvaltnings- og kontrollvirksomhet lokalt og på fylkes- og kommune-nivå, og er den delen av direktoratet som er i daglig kontakt med utøverne av fiskerinæringen.

Foruten om ulike administrative enheter er Fiskeridirektoratet inndelt i tre sentrale seksjoner. Disse er ressursavdelingen, kyst- og havbruksavdelingen og statistikkavdelingen. Sentralt for denne utredningen er ressursavdelingen, som blant annet arbeider med saker som regulering, konsesjon ⁹² og systemer for kvotekontroll.

⁹⁰ se <http://www.fiskeridir.no/sider/virksomhet/virksomhet.html> og Lekve, Fiskerilovgivning s 17 flg.

⁹¹ <http://www.fiskeridir.no/sider/virksomhet/virksomhet2.html>.

⁹² Konsesjon innebærer at det må foreligge en spesiell tillatelse for et fartøy til å drive et spesielt fiskeri. Jfr Olav Lekve s 33.

Ressursavdelingen fungerer også som klageinstans ved søknader om konsesjon som behandles hos regionkontorene.⁹³

Fiskeridirektoratet har myndighet til å utforme forskrifter som regulerer forvaltningen av sjøressursene på et relativt detaljert nivå, og er illustrerende for den makt Fiskeridirektoratet besitter i slike saker. Forskriftene som Fiskeridirektoratet utformer heter J- meldinger, og Fiskeridirektoratet utgir ca 200 slike meldinger i året. Som oftest består disse meldingene i kunngjøringer fra Fiskeridirektøren, og gjelder nettopp utøvelsen av sjøfisket. J- meldingene er ofte forskrifter med hjemmel saltvannsfiskelexen eller andre lover eller forskrifter. Fiskeridirektøren kan også ha fullmakt til å regulere fisket når det er hensiktsmessig, og da i samsvar med formålet i saltvannsfiskelexen om at utformingen av forskrifter skal ta utgangspunkt i en hensiktsmessig og rasjonell utøvelse av fiske, jfr saltvannsfiskelexens § 4.

5.2.2.3 Reguleringsrådet ⁹⁴

Reguleringsrådet er oppnevnt av Fiskeridepartementet og blir ledet av Fiskeridirektøren. Et av Reguleringsrådets viktigste oppgaver er å fastsette regler for utøvelse av sjøfiske. Det blir avholdt to møter i Reguleringsrådet i året. Disse møtene er ment å erstatte en ordinær høringsprosess gjennom at de berørte utøverne gjennom møtene har anledning til å komme med innspill på vegne av sine respektive organisasjoner/institusjoner

Fiskeridirektoratet har ansvaret for å forberede saksdokumentene til møtet i Reguleringsrådet, der det gis råd for hvordan de norske fiskeressursene skal fordeles mellom de norske fartøyene. Fiskeridirektoratet kommer med forslag til fordeling av kvoter og regler for utøvelsen av fisket. Forslagene bygger på mengden tilgjengelige fiskeressurser og tidligere erfaringer med reguleringer i fisket. Reguleringsrådets medlemmer kommer med innspill underveis, og på bakgrunn av behandlingen i rådet er det Fiskeridirektoratet som gjør anbefalinger til utforming av forskrifter overfor departementet. Det er således Fiskeridepartementet som utformer de endelige reguleringsforskriftene.

Reguleringsrådet har 11 medlemmer som oppnevnes av Fiskeridepartementet, der Sametinget har en representant. I dag er Reguleringsrådet det eneste organet hvor samiske

⁹³ <http://www.fiskeridir.no/sider/virksomhet/ressurs.html>.

⁹⁴ <http://odin.dep.no/fid/norsk/tema/fiskeogfangst/p10001372/008001-990053/>.

fiskeriinteresser formelt sett er representert i fiskerforvaltningen. I tillegg har vi eksempler på at Fiskeridepartementet har instruert Fiskeridirektoratet til å ta med Sametinget i diverse utvalg, men denne representasjonen avhenger av departementets forespørsel og fremstår dermed som usikker og ikke særlig tilfredsstillende.

6 OPPSUMMERING

Utredningen har vist at sjøsamene kan ha rettigheter til de sjøområder de tradisjonelt har benyttet seg av. Kåfjorddommen viser at synet på retten til å fiske i sjøen har endret seg, fra å bli betraktet som en næringsrett til å kunne være gjenstand for eiendoms- og bruksrettigheter etter tingsrettslige regler. Vernet mot inngrep er med dette forsterket.

I dag er hovedreglen at retten til sjøfiske er en allemannsrett. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen i visse tilfeller, men det må avgjøres konkret for det enkelte tilfelle og avhenger av den aktuelle bruken. Tidligere tiders praktisering av faste fiskeplasser, Kåfjorddommen, fiskerigrensetvisten mellom Norge og Storbritannia og bestemmelser etter folkeretten kan tas til inntakt for at sjøressursene kan være gjenstand for privat eiendomsrett.

Vi kan sammenligne sjøsamenes situasjon i dag med reindrifsamenes situasjon etter Altevanndommen fra 1968.⁹⁵ Altevanndommen anerkjenner at reindrifstretten er basert på rettigheter ervervet gjennom alders tids bruk og sedvanerett, og ikke kun en næringsrett som myndighetene fritt kan regulere ved lov. Den samme utviklingen kan det hevdes at vi står overfor i forhold til sjøsamene og deres kamp for anerkjennelse av rettigheter til sjøområdene.

Utredningen har stilt opp noen sentrale problemstillinger innenfor temaet sjøsamiske rettigheter. Spørsmålene er mange, ofg det har ikke vært hensikten verken å drøfte eller konkludere med hensyn til alle de problemstillinger som reiser seg. Til det er temaet alt for omfattende. I stedet har det vært ansett som viktig å sette temaet inn i en juridisk ramme. Samtidig er denne utredningen en henstilling til rettsforskningen om å se nærmere på disse spørsmålene som temaet sjøsamiske rettigheter i saltvann reiser.

En viktig utfordring framover vil være å dokumentere den faktiske bruken av kyst- og fjordstrøkene i de samiske bosettingsområdene. Behovet for ytterligere dokumentasjon av samisk sedvane, rettsoppfatning og faktisk bruk av fiskeplasser og fiskevær viser imidlertid at mye arbeid gjenstår. Temaet stiller forskerne overfor store utfordringer i tiden fremover.

⁹⁵ Jfr Bull, Aja- konferansen 2004.

LITTERATURLISTE

Artikler

Bull, Kirsti Strøm. Innlegg fra AJA- konferansen 2004 med vekt på kyst-samiske rettsspørsmål.

Bøker

- Bjørklund, Ivar (red). *Norsk ressursforvaltning og samiske rettighetsforhold – Om statlig styring, allmenningens tragedie og lokale sedvaner i Sápmi*. Ad Notam Gyldendal 1999.
- Bull, Kirsti Strøm. *Studier i reindriftsrett*. Tano Aschehoug 1997.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*.
- Falkanger, Thor. *Tingsrett*. Universitetsforlaget 5. utgave 2000.
- Fleischer, Carl August. *Folkerett*.
- Jentoft, Svein (red) Minde, Henry (red) Nilsen, Ragnar (red) *Indigenous peoples – Resource Management and Global Rights*. Eburon Delft 2003.
- Lassen, Birger Stuevold (red). *Knophs oversikt over Norges rett*. Universitetsforlaget 10. utgave 1992.
- Lekve, Olav. *Fiskerilovgivning*. Landbruksforlaget 2000.
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademiske Forlag 2. utgave 2003.
- Skogvang, Susann Funderud. *Samerett – Om samenes rett til en fortid, nåtid og framtid*. Universitetsforlaget 2002.

Dommer

- Rt 1896 s 500.
- Rt 1902 s 296.
- Rt 1923 II s 48.
- Rt 1961 s 1114.
- Rt 1962 s 163. *Altevann I*.
- Rt 1968 s 429. *Altevann II*.
- Rt 1969 s 613.
- Rt 1969 s 1220.
- Rt 1985 s 247. *Kåfjorddommen*.

- Rt 1985 s 1128 (definisjon av strandretten).
- Rt 2001 s 769. *Selbudommen*.
- Rt 2001 s 1229. *Svartskogsaken*.
- Fiskerigrensesaken mellom Norge og Storbritannia for den Internasjonale domstolen i Haag, 1951.

Elektroniske dokumenter

- <http://odin.dep.no/fid/norsk/tema/fiskeogfangst/p10001372/008001-990053/>
- <http://www.dep.no/fid/norsk/index-b-n-a.html>
- <http://www.fiskeridir.no/sider/virksomhet/virksomhet.html>
- <http://www.fiskeridir.no/sider/aktuelt/kysten/side2.html>
- <http://odin.dep.no/fid/norsk/tema/fiskeogfangst/p10001372/index-b-n-a.html>
- http://www.galdu.org/govat/doc/samerettsutvalget_tyve_aar_etter.pdf

Forskrifter

- Forskrift om føring av manntall for fiskere, fangstmenn m.v.
Fastsatt av Fiskeridepartementet 26. september 18983
- Forskrift om endring i forskrift om føring av manntall for fiskere, fangstmenn m.v.
Fastsatt av Fiskeridepartementet 19. oktober 1994
- Forskrift om endring i forskrift om føring av manntall for fiskere, fangstmenn m.v.
Fastsatt av Fiskeridepartementet 23. april 2002
- Forskrift om regulering av fisket etter torsk med konvensjonelle redskap nord for 62 breddegrad i 2004.
- Forskrift om adgang til å delta i fisket etter torsk, hyse og sei for fartøy under 28 meter største lengde som fisker med konvensjonelle redskaper
- Forskrift om regulering av og adgang til å delta i fangst av kongekrabbe i 2003.

Innstillinger

- Innstilling fra Samisk Fiskeriutvalg. Oppnevnt av Fiskeridepartementet 21. juli 1993.
Innstilling avgitt 10. april 1997.

Instrukser

- Instruks for behandling av søknader om adgang til å delta i fangst av kongekrabbe i 2003.

Lover

- Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 § 400.
- Fjelloven av 6. juni 1975 nr. 31 § 2
- Grunnlovens §§ 110a, 110c, 105.
- Lov om laksefiske og innlandsfisk av 15. mai 1992 nr. 47 § 16.
- Lofotloven av 1857.
- Lov om undersøkelser etter og utvinning av petroleum i grunnen under norsk landområde § 1.
- Lov om bergverk av 30. juni 1972 nr. 70 § 2.
- Lov om oreigning av fast eiendom av 23. oktober 1959 nr. 3.
- Lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) av 26. mars 1999 nr. 15.
- Lov om saltvannsfiske av 3. juni 1983 nr. 40.
- Lov om særlege råderettar over framand eiendom av 29. november 1968.
- Lov om friluftslivet av 28. juni 1957 nr. 16 § 2.
- Lov om fiskeriene i Finnmarken av 13. september 1830.
- Menneskerettighetsloven av 21. mai 1999 nr 30.
- Petroleumsloven av 29. november 1996 nr. 72 § 1-1.
- Sameloven av 12. juni 1987 nr. 56.
- Vannressursloven av 24. november 2000 nr. 82 § 16.

Kongelig resolusjoner

- Kongelig resolusjon av 8. desember 1989 om innføring av fartøykvoter og maksimalkvoter

Konvensjoner

- ILO konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater.
- FN- konvensjon av 1966 om sivile og politiske rettigheter art 27.

Offentlige publikasjoner

- NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling.*
- NOU 1986: 6. *Erstatning til fiskerne for ulemper ved petroleumsvirksomheten.*
- NOU 1988: 16
- NOU 1993: 34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark. Bakgrunns-*

materiale for Samerettsutvalget

- NOU 1994: 21 *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv.*
- NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur.*
- NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett – bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget.*
- NOU 2001: 34 *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger.*
- Ot. Prp nr. 35 (1998-99)

Oppslagsverk

- Gisle Jon, Andenæs Kristian, Bernt Jan Fridthjof, Falkanger Thor, Gjønnnes Dordi Arnhild, Matningsdal Magnus, Aarbakke Magnus. *Jusleksikon.* Kunnskapsforlaget, 2. utgave 2003

Rapporter

- Joks, Solveig. *Co- management of marine resources in arctic areas with respect to indigenous peoples and traditional ecological knowledge.* Suc- report 2 – 2003 Samisk høyskole.

Tidsskrifter

- Lov & Rett 1990 s 507 *Om samenes rett til naturressurser – særlig ved fiskerireguleringer.* Carsten Smith, Høyesterettsjustitiarius, dr. juris.

Utredninger

- Graver, Hans Petter og Ulfstein, Geir. *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov.* Oktober 2003
- Einarsbøl, Elisabeth. *Norges håndhevelse av urfolks- og minoritetsbestemmelser etter folkeretten til beskyttelse av samenes rettigheter – forvaltningens håndhevelse av ILO 169, SP art 27, menneskerettighetslovens § 2 jfr 3 og grunnlovens §§ 110a og 110c til beskyttelse av samenes rettigheter som urfolk og etnisk minoritet.* Spesialoppgave juss høsten 2002.