

Hovrätten för Nedre Norrland
Box 170
851 03 SUNDSVALL

Tåssåsens sameby
Olof T Johansson
Glen 2
840 31 ÅSARNA
Tel.
0687-14048, 070-216 38 24
E-post: oloft@oloft.com

Mål: T 879-05 rotel 8

Parter: Tåssåsen sameby ./ vissa fastighetsägare i Bergs kommun

Tåssåsens sameby har tidigare överklagat tingsrättens dom och begärt anstånd med att utveckla överklagandet. Samebyn anför följande grunder för sitt överklagande och redovisar nedan i vilka avseenden tingsrättens domskäl är oriktiga.

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Upparbetande samt upphörande av urminnes hävd

Samebyn har i målet gjort gällande att rätten till vinterbete inte bygger på 90 års bruk, att rätten inte heller upphör om den inte utövas under en period av 30 år samt att ett förvärv av renbetesrätt fortgår även efter år 1972. Domstolen har i denna del hänvisat till hovrättens bedömning i det så kallade renbetesmålet.

Samebyn vill understryka att domen i renbetesmålet inte utgör något prejudikat på det sätt som tingsrätten tycks göra gällande (se Bertil Bengtsson, Samerätt, 2004, sid. 81). Även om Högsta Domstolen inte meddelade prövningstillstånd i målet kan det konstateras att det i målet fanns intressanta rättsfrågor som inte har prövats av högsta instans. Detta kommer också till uttryck i det särskilda tillägg som justitierådet Regner skrev i Högsta Domstolens beslut. Där står att läsa att målet rymde frågor av principiell vikt om urminnes hävd och tillämpningen av RNL:s regel om vinterbetesmarker, men att process- och utredningsläget var sådant att det inte framstod som sannolikt att dessa frågor kunde belysas på ett sätt som innebar ledning för rättstillämpningen (se beslut 2004-04-29 i mål nr T 1152-02).

En skillnad mellan renbetesmålet och det nu aktuella målet är att samebyarna i det tidigare målet vitsordade att det krävdes 90 år för att upparbeta sedvanerätt till renbete. Detta förhållande har Tåssåsens sameby alltså inte accepterat. Samebyn anser att tingsrätten borde ha prövat denna fråga på ett självständigt sätt. Samma sak gäller för tiden för upphävandet av en redan upparbetad rätt till renbete.

Samebyns inställning är att domstolen bör tillämpa mera flexibla regler vad gäller både kvalifikationstid och tillåten avbrottstid när rennäringens markanvändning bedöms. Detta motiveras av de särskilda förhållandena i bruket av marken. Någon

fast gräns för upparbetandet av rätten samt för tiden för avbrott bör inte gälla, utan man bör i stället beakta rennäringens särskilda förutsättningar i det enskilda området. Av detta följer till exempel att tingsrätten bör beakta vad skälen varit till varför samerna valt att inte återvända till ett område. Det kan till exempel vara så att annan markanvändning förhindrat samernas användande av marken under en längre tid. Detta bör då beaktas. Ett sådant resonemang har framträtt i norsk rätt i fråga om alders tids bruk (NRt 2001 s. 769). I Sverige saknas dock rättspraxis vad gäller kvalifikationstiden samt tiden för avbrott.

Tingsrätten har konstaterat att 3§ RNL utgör utgångspunkten för bedömningen av urminnes hävd och att detta innebär att det ska ske en prövning av om villkoren för urminnes hävd enligt 15 kap JB i 1734 års lag (GJB) är uppfyllda. Samebyn anser att tingsrätten inte dragit rätt slutsatser i detta avseende. Tingsrätten har här hänvisat till hovrättens bedömning i renbetesmålet, där hovrätten konstaterade att vinterbete efter utgången av 1971 inte kan grunda rättighet till följd av urminnes hävd. Slutsatsen att kvalifikationstiden kan löpa längst till 1971 har ifrågasatts i doktrinen. Bertil Bengtsson har i sin bok *Samerätt, 2004*, analyserat denna slutsats och konstaterat att 3 § RNL kan ses som en självständig regel, som inte anknyter till vare sig GJB eller lag (1970:995) om införande av nya jordabalken. Bengtsson konstaterar att det förhållandet att motiven till motsvarande bestämmelse i 1928 års lag hänvisat till GJB inte kan avses avgörande för detta. Hänvisningen till urminnes hävd tillkom 1993 och utesluter inte att även hävd på senare år kan räknas. Några formella regler att beakta bruk efter 1971 föreligger inte. Bengtsson konstaterar också att det är svårt att finna några vägande sakliga skäl för att dra gränsen vid denna tidpunkt och att verkan av ett icke bestritt bruk borde vara densamma på senare år (Bengtsson, 2004, s. 86 och 87).

Om urminnes hävd inte är direkt hänförlig till GJB blir slutsatsen att domstolarna i flera avseenden borde kunna frigöra sig från de allmänna principerna om urminnes hävd och tillämpa grundsatser som är bättre anpassade efter de särskilda förhållandena vid renskötsel. Tolkningen bör i stället göras utifrån renskötselns förutsättningar. Samebyn anser att tingsrätten i det aktuella målet borde ha gjort prövningen utifrån dessa förutsättningar.

Om tingsrätten hade haft utgångspunkten att urminnes hävd kan upparbetas genom bruk en kortare tid än 90 år samt att rätten också kan upparbetas i tiden efter 1971 anser samebyn att domslutet hade varit det motsatta.

Sammanfattningsvis anser samebyn att rekvisiten för urminnes hävd måste anpassas till de särskilda förhållandena inom renskötselrätten. Denna inställning har på senare år framträtt i norsk rätt. Samebyn återkommer till detta nedan.

På sidan 348 i tingsrättens dom anges att fastighetsägarna i detta mål har medgett att alla samers eventuella nyttjande av de aktuella områdena ska beaktas vid bedömningen av urminnes hävd. Samtidigt anges att fastighetsägarna i konsekvens med denna ståndpunkt gjort gällande att de äger tillgodoräkna sig protester mot renbete i området inte bara från de bofasta i socknarna Klövsjö och Rätan, utan också från markägarna i Vemdalen. Samebyn har inte noterat denna inställning från markägarnas sida och ställer sig frågande till om tingsrätten uppfattat fastighetsägarnas inställning i denna fråga på rätt sätt. Samebyn konstaterar att detta förhållande kan ha fått stora konsekvenser för tingsrättens bedömning då tingsrätten i sina domskäl kommit fram till att renbetet under 1900-talet inte varit okvalt, vilket samebyn återkommer till senare.

Traktbegreppet

Vid bedömningen av urminnes hävd för renskötelsen får traktbegreppet en helt avgörande betydelse. Samebyn har gjort gällande att en trakt ska anses vara ett stort område som utgår från renskötelsens förutsättningar. Fastighetsägarna har gjort gällande att en trakt är detsamma som en enskild fastighet. Tingsrätten har i sina domskäl inte redovisat omfattningen av området som den utgått från i sin bedömning. Detta gör att det är svårt för samebyn att bedöma vilket område som tingsrätten utgått från sin bedömning. Också detta förhållande kan ha haft en avgörande påverkan på utgången i målet. Möjligen kan bilaga 2 till domen tolkas som det område tingsrätten utgått ifrån. Samebyn anser dock att domen är otydlig i denna del och konstaterar att det av domskälen inte framgår hur traktbegreppet enligt rennäringslagen bör tolkas.

Bevisbörda och beviskrav

Tingsrätten har konstaterat att samebyn har bevisbördan för att urminnes hävd upparbetats och att frågan om sedvanerätt föreligger ska bedömas enligt de bevisregler som gäller för urminnes hävd. Samebyn vill med hänsyn till detta anföra följande.

På sidan 347 gör tingsrätten hänvisningar till förarbetsuttalanden från 1928 om vilken bevisning som krävs vid bedömningen av renbetesrätten. Tingsrätten drar slutsatsen att dessa uttalande medför samebyn har bevisbördan i målet. Samebyn menar att ett uttalande av detta slag i förarbeten, som bygger på äldre bevisregler, knappast kan anses bindande vid en domstolsprövning idag. Detta var vidare ett uttalande innan den fria bevisprövningen infördes. I 1971 års proposition med förslag till rennäringslag återgav departementschefen detta uttalande utan eget ställningstagande. Samebyn anser att tingsrätten i stället borde ha gjort en bedömningen utifrån nu gällande bevisregler av bevisbördan och vilka beviskrav som gäller.

Samebyn anser att det är nödvändigt att reflektera över vilka beviskrav som tingsrätten uppställt. Tingsrätten har konstaterat att det med hänsyn till vad som framkommit i målet är rimligt att anta att Klövsjöfjället och dess närområde i viss utsträckning nyttjats för vinterbete med ren. I samband med detta saknas en analys av vilken typ av bevisning som är tillgänglig i denna typ av mål och vad detta får för konsekvenser för rättsläget. Att samerna själva levit som nomader och inte har haft ett skriftspråk måste rimligen få konsekvenser vid bevisvärderingen. Bevisvärderingen måste utgå från de förutsättningar som parterna har att förebbringa bevisning. I Selbu-domen har norska Høyesterett påpekat att sådana förhållanden måste beaktas i denna typ av mål. Med de slutsatser som tingsrätten gjort om att aktuella områden nyttjats för renbete borde slutsatsen mot denna bakgrund varit att tillräcklig bevisning förebbringats för att bevisbördan skulle övergå på fastighetsägarna.

Norsk rätt

Tingsrätten har konstaterat att det är svensk rätt som ska tillämpas i målet och att svensk rätt skiljer sig från norsk rätt i den fråga som är aktuell i målet. Samebyn ifrågasätter dessa slutsatser.

Samerna bor och bedriver renskötelse i Ryssland, Finland, Norge och Sverige. Även om förhållandena till viss del skiljer sig åt är den speciella samerättsproblematiken densamma i dessa länder. I Norge grundar sig rätten till renbete i alders tids bruk, motsvarande rättsliga institut som urminnes hävd. Rekvisiten för alders tids bruk och

urminnes hävd är desamma. Lagregler och domstolsavgöranden kan därför ge ledning även för tillämpningen av svensk rätt (Bengtsson, 2004, s. 73). Den norska rättsvetenskapen har ägnat åtskillig uppmärksamhet åt samerättsfrågor. Det finns vidare en rad belysande domar av Høyesterett, som visserligen utgår från norska förhållanden, men som ändå har stort intresse genom sättet att resonera om frågorna. I de nordiska länderna finns vidare en uttalad ambition att harmonisera lagstiftning. Vid rättstillämpningen är det heller inte ovanligt att förhållandena i de andra nordiska länderna beaktas. När samerättsliga frågor bedöms är det därför helt naturligt att granska hur norsk domstol tillämpat lagstiftningen och vilka förhållanden som har beaktats där. Høyesterett har i Selbudomen dömt i plenum och att tingsrätten helt bortsett från denna dom är därför anmärkningsvärt och fel.

Aspekter på tingsrättens domskäl avseende Europakonventionen

Tåssåsens sameby vidhåller i sin helhet vad som anförts i Jan Södergrens rättsutlåtande ingivet till tingsrätten och som är daterad den 18 februari 2005 (nedan rättsutlåtandet).

Sett i ljuset av tingsrättens domskäl skall följande anföras:

Artikel 1 i första tilläggsprotokollet

Det noteras initialt att tingsrätten accepterade att rätten till renbete är en sådan rättighet som åtnjuter skydd enligt såväl 2 kap 18 § RF som artikel 1 i första tilläggsprotokollet i Europakonventionen. Därigenom borde tingsrättens slutsats ha blivit att nämnda bestämmelse i konventionen vore tillämplig. Därefter skulle således – om tingsrätten följt Europadomstolens stadgade praxis och vedertagna systematik (se rättsutlåtandet, avsnitt 1.3.5) – det ha prövats om den inskränkning Tåssåsens sameby åsamkas var föreskriven i tillräckligt klar och förutsebar lag, företedde ett allmänt intresse som stod i rimlig proportion till samebyns umbäranden.

Istället kom tingsrätten att kringgå laglighetskravet. Någon proportionalitetsprövning kom överhuvudtaget inte att ske.

Tingsrätten konstaterade således att *"det i målet inte är fråga om samebyn skall berövas någon rättighet utan att pröva om samebyn har någon rätt till vinterbete med ren på kärandeparternas fastigheter"*. Den drar därvid slutsatsen att artikel 1 i första tilläggsprotokollet *"därför inte påverkar den materiella prövningen i målet."* Tingsrätten menar istället att förekomsten av rätt till vinterbete är en bevisfråga samt att laglighetskravet inte innebär *"att en part i en tvist med anlitande av juridisk expert skall kunna med säkerhet förutse bedömningen av en bevisfråga"*.

Tåssåsens sameby har självklart inte ens påstått att innebörden av laglighetsrekvisitet skulle vara att en part i en tvist – med anlitande av juridisk expertis - skall med säkerhet kunna förutse bedömningen av en bevisfråga. Först skall erinras att Europadomstolen med hänvisningar till "juridisk expertis" självklart avser att förutsebarheten skall avgöras utifrån objektiva kriterier; inte utifrån klagandens egna subjektiva värderingar och insikter.

Samebyn har istället hävdats att den praktiska innebörden av uttrycken "av ålder bedrivs" eller "använts" i 3 § rennäringslagen medför att rätten till renbete blir oacceptabelt oklar och oförutsebar. Det är den geografiska oklarheten ensamt – eller i vart fall i kombination med oöverstigliga beviskrav - som utgör brottet mot laglighetskravet och förutsebarheten. Tingsrätten synes därtill dela samebyns

ståndpunkt, när den konstaterar att områdena i 3 § rennäringslagen "är geografiskt obestämda och därmed råder det en oklarhet om sedvanerättens utsträckning på marken" (s. 348 n. i tingsrättens dom). Inte ens en expert kan på förhand avgöra var de geografiska gränserna för renbetesrätten, just till följd av att den gjorts beroende av sedvanerätt med vidhängande omöjliga bevissituation.

Tåssåsens sameby har inte kunnat utröna vad tingsrätten avser med att det inte finns någon oklarhet i 3 § rennäringslagen i "rättsligt" hänseende. Det saknar emellertid betydelse på vilket sätt nationell lag, föreskrift och dess tillämpning är oklar eller oförutsebar. Det väsentliga är att regleringen för den drabbade ter sig – utifrån en objektiv bedömning – som oklar och oförutsebar. Som har angivits i rättsutlåtandet har Europadomstolen i de mest skiftande situationer funnit att nationell reglering och/eller dess tillämpning har varit oförutsebar. Det är av intresse att även HD har tillämpat laglighetskravet under egendomsskyddet i NJA 2004 s. 336. Som också framförts i rättsutlåtandet torde förevarande geografiska ottydlighet vara ovanligt väl dokumenterad och kritiserad såväl på nationellt som internationellt plan (se st. 73 – 87 i rättsutlåtandet).

Som en sammanfattning av vad Tåssåsens sameby hävdar om laglighetskravet kan följande anföras. Det geografiska område som ger samebyn laglig rätt till renbete – och som har tillkommit på historisk grund – är (närmast ostridigt) geografiskt obestämd. Det råder därmed också en oklarhet om sedvanerättens utsträckning på marken. Bevisbördan för "okvalt nyttjande" under 90 år har lagts på samebyn. Varje objektiv betraktare torde inse att denna bevisbörda är absurd och helt omöjlig att uppfylla. Den lagliga rätt som således tillkommer samebyn är därmed ej enbart oförutsebar. Den är i hög grad teoretisk och illusorisk. Som Europadomstolen har framhållit åtskilliga gånger skall rättigheterna tillämpas så att de garanteras praktiskt och effektivt i motsats till teoretiskt och illusoriskt. Det har också i rättsutlåtandet framhållits att Europadomstolen bortser från yttre sken och formaliteter för att istället fokusera på den konkreta situationen (se st. 34 med vidare hänvisningar till doktrin).

Eftersom en laglig inhemsk rätt av här diskuterad karaktär skyddas av äganderättsstadgandet i Europakonventionen samt att den i förevarande fall är så osäker att den närmast är illusorisk, utgör detta i sig ett brott mot laglighetsrekvisitet.

Vid en välvillig tolkning av tingsrättens dom, menar den att egendomsskyddet i konventionen inte kan tillämpas eftersom det är fråga om en tvist om huruvida rätten föreligger eller inte. Emellertid är en egendom (inklusive bruksrätter såsom exempelvis betesrätten), varom det föreligger tvist på nationellt plan, ändå skyddad av artikel 1 i första tilläggsprotokollet (se *Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – for praktikere* av Jon Fridrik Kjølbro, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005. Kopia på relevanta delar bifogas).

I fallet *Papastavrou m.fl. mot Grekland* (mål nr. 46372/99. För en kortare redogörelse, se *Danelius*, SvJT 2003 s. 687) hävdade regeringen att staten var ägare till den omtvistade marken samt att enbart nationella domstolar var kompetenta att avgöra dessa frågor. Den konkreta frågan var om marken kunde återbeskogas. Äganderättsfrågorna hängde i luften. Det pågick processer i det inhemska systemet. Istället hävdade regeringen att klagande inte hade uttömt de inhemska rättsmedlen. Europadomstolen underkände invändningen. Det var tillräckligt att klagandena hade ställning som part i de inhemska processerna för att Europadomstolen skulle kunna avgöra den materiella frågan (se st. 34 i domen). Europadomstolen ansåg i detta fall att det förelåg ett brott mot proportionalitetskravet under äganderätten, på grunder som saknar relevans i detta mål.

Att det föreligger en tvist enskilda sinsemellan – eller enskilda mot staten – hindra således inte att det kan föreligga ett brott mot laglighetsrekvisitet eller proportionalitetskravet.

Med beaktande av att tingsrätten ansett att förekomsten av renbete inte skall prövas med beaktande av äganderättsskyddet i konventionen, skall vidare institutet ”processuella garantier” utvecklas något ytterligare utöver vad som anförts i rättsutlåtandet.

I fallet *Jokela v. Finland* (mål nr. 28856/95. Kort beskrivning, se *Danelius*, SvJT 2002 s. 617f. Se även st. 109 och not 87 i rättsutlåtandet) talar man om processuella garantier eller krav enligt följande (st. 45 i *Jokela*).

“Även om artikel 1 i första tilläggsprotokollet inte innehåller explicita processuella krav, måste processen i fråga ge individen en rimlig möjlighet att presentera sitt fall inför de ansvariga myndigheterna i syfte att effektivt kunna angripa de åtgärder som inskränker rättigheterna i denna artikel. För att utröna om detta krav är uppfyllt måste en allsidig översyn göras av den aktuella proceduren.”

Att även höga beviskrav kan hindra en sådan effektiv möjlighet på ett sätt som kommer i konflikt med rätten till processuella garantier i egendomsstadgandet, kan enligt samebyn utläsas av fallet *Hentrich mot Frankrike* (not 87 i rättsutlåtandet samt även *Danelius*, kommentaren, s. 383). Det var ifallet fråga om en ”förköpsrätt” (*pre-emption*) för skattemyndighet att förvärva bl.a. fastigheter, om myndigheten misstänkte att parterna hade uppgivit en lägre köpeskillning än den officiellt uppgivna (således för att hindra skatteundandraganden). Åberopad bevisning om att den uppgivna köpeskillningen var densamma som den faktiska, kunde inte beaktas. Europadomstolen uttalade: ”A pre-emption decision cannot be legitimate in the absence of adversarial proceedings that comply with the principle of equality of arms, enabling argument to be presented on the issue of the underestimation of the price and, consequently, on the Revenue’s position...” (st. 42).

Tåssåsens sameby vidhåller således att den ålagts en närmast absurd och ouppnåelig bevisbörda avseende en rättighet som numera finns stadgad i lag samt därtill har sin grund i historiska förlopp. Denna fråga bedöms emellertid – enligt Tåssåsens sameby - bäst under artikel 6, inte minst beroende på att kravet på *equality of arms* främst har utvecklats under denna bestämmelse (Europadomstolen är inte helt stringent i detta hänseende).

Artikel 6

Initialt noteras att tingsrätten fann att artikel 6 är tillämplig på tvisten, vilket är en korrekt slutsats. Härfter övergår tingsrätten till en abstrakt bedömning av de internt svenska reglerna om bevisbördan och beviskravet respektive rättegångskostnaderna, utan att se till omständigheterna i det enskilda fallet. Det erinras ånyo om att Europadomstolen sällan eller aldrig gör en abstrakt bedömning av nationella regler, utan ser till det enskilda fallet.

Tåssåsens sameby kommer här av framställningstekniska skäl att först behandla de betungande rättegångskostnaderna. Samebyn vidhåller vad som uttalats i rättsutlåtandet under rubriken ”Effektiv tillgång till domstol” (st. nr. 110 – 112).

Rättegångskostnaderna

Tingsrätten anför således att en tillämpning av rättegångsbalkens bestämmelser om den förlorande partens ansvar för motpartens rättegångskostnader inte påverkar den materiella bedömningen i en tvist. *"Ett motsatt synsätt skulle för övrigt utan tvekan kränka motpartens rättigheter enligt artikel 6."*

Oaktat huruvida det sagda påverkar den materiella prövningen eller inte, utgör det ett brott mot artikel 6 om en enskild i ett konkret fall inte erhåller praktiska möjligheter att utföra talan på sådant sätt att råder balans mellan parterna. Detta bör åberopas redan i det inhemska systemet (se artikel 35 i konventionen).

Det finns anledning att erinra om fallet *Airey mot Irland*. I fallet var fråga om en person som varken hade råd att själv bekosta eller erhålla rättshjälp för att driva en process. Europadomstolen upprepade först att konventionen *"is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective"* (st. 24) och senare att rätten till domstolsprövning *"is designed to safeguard the individual in a real and practical way"...* *"This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial"* (st. 26).

Enligt stadgad praxis får inte rätten till domstolsprövning inskränkas på sådant sätt att det urholkar det centrala innehållet i den av artikel 6:1 garanterade rättigheterna (se Danelius s. 152).

I *Airey* konstaterade Domstolen att klaganden skulle komma i underläge om motparten representerades av advokat, men inte klaganden. Bland annat därför utgjorde det en kränkning av rätten till praktisk tillgång till domstolsprövning.

Motsvarande förhållanden föreligger i förevarande fall. Processen är synnerligen komplex såväl i sak som rättsligt, vilket naturligtvis också påverkar rättegångskostnaderna. För Tåssåsens sameby står hela rennäringsen på spel. Samebyn har inte medel att fullt ut anlita advokat. Samtidigt måste Tåssåsens sameby helt uttömma de inhemska rättsmedlen enligt artikel 35, innan den om åtskilliga år eventuellt får en prövning inför Europadomstolen.

Som i fallet *Steel & Morris mot Storbritannien* (se rättsutlåtandet st. 110) bör det sagda i vart fall beaktas vid en proportionalitetsprövning under egendomsskyddet och vid bedömningen av rimligheten med beviskrav- och börda.

Beviskraven

Tingsrätten hänför sig således – *in abstracto* – till den nationella bevisregeln att den part som påstår åberopade förhållanden också har att styrka dem. I rättsutlåtandet har det också framhållits att *"bevisbörderegler i sig inte kan anses utgöra ett brott mot principen om parternas likställighet"*, men att denna huvudregel med hänvisning till fallet *Steel & Morris* inte är utan undantag (st. 103 i rättsutlåtandet).

Det finns anledning att här citera relevant passage i *Steel & Morris*. Diskussionen fördes under artikel 10. Emellertid hänförde sig Domstolen till begreppet *"equality of arms"* (parternas likställighet i processen, se även ovan). Detta är ett begrepp som således har utvecklats under artikel 6. Det är därför relevant för processer om civila rättigheter och skyldigheter i allmänhet.

Med anledning av den nationella processen mellan *Steel & Morris* och *McDonalds*, avseende påstått "förtal" av *McDonalds* uttalade Domstolen att (st. 95):

”... it is essential, in order to safeguard the countervailing interests in free expression and open debate, that a measure of procedural fairness and equality of arms is provided for. The Court has already found that the lack of legal aid rendered the defamation proceedings unfair, in breach of Article 6 § 1. The inequality of arms and the difficulties under which the applicants laboured are also significant in assessing the proportionality of the interference under Article 10. As a result of the law as it stood in England and Wales, the applicants had the choice either to withdraw the leaflet and apologise to McDonald's, or bear the burden of proving, without legal aid, the truth of the allegations contained in it. Given the enormity and complexity of that undertaking, the Court does not consider that the correct balance was struck between the need to protect the applicants' rights to freedom of expression and the need to protect McDonald's rights and reputation.”

Det är här att märka att Domstolen också talar om *procedural fairness*, vilket torde vara synonymt med “*procedural requirements*” (jfr. *Jokela mot Finland*, ovan) och “*procedural safeguards*” (jfr. *Hentrich mot Frankrike*, ovan) under egendomsskyddet. Som angivits ovan skulle det i *Hentrich* sakna betydelse för statens “förköpsrätt” om klagandena erbjöd bevisning om den faktiskt erlagda köpeskillingen och att detta således stred mot principen om *equality of arms*. Den praktiska skillnaden mellan att bevisning inte beaktas och att stå inför en i praktiken omöjlig bevisuppgift är försumbar.

Tåssåsens sameby vidhåller att beviskraven för sedvanerätt till renbete i praktiken är omöjligt att uppfylla p.g.a. de skäl som uppgivits i rättsutlåtandet (st. 102) samt att detta medför en kränkning av artikel 6 försåvitt beviskravet upprätthålls. Rätten till renbete blir i praktiken illusorisk och teoretisk.

Med beaktande av tingsrättens resonemang om att skiftena i det omtvistade området som kändeparterna besitter inte är ett sammanhängande område (s. 356), är det – för det första - uppenbart att Tåssåsens sameby har ålagts att visa förekomsten av renbete under 1800-talet med avseende på samtliga sådana icke sammanhängande platser.

Tingsrätten anför, trots vissa antaganden om förekomst av renbete i det omstridda området, vilka – enligt tingsrätten – har en viss sannolikhet, att utredningen angående avvitrningen inte ger stöd för att området hade nyttjats för vinterbete i en omfattning som medför sedvanerätt. Samebyn har här således att styrka vad som förevarit för 120 år sedan.

Vad avsåg förhållandena på 1900-talet fann tingsrätten frankt att vinterbetet “*har uppenbarligen inte varit okvalt*”. Det saknar således i detta hänseende vad Tåssåsens sameby lyckats visa – eller inte visa – avseende förekomsten av renbete. D.v.s. det går inte att uppfylla bevisbördan.

Det är Tåssåsen samebys uppfattning att 3 § rennäringslagen ger legitima förväntningar på att kunna driva rennärning på ett ändamålsenligt sätt, men att beviskrav- och börda är utformad på sådant sätt att rätten i praktiken blir illusorisk. Parterna har därför inte – försåvitt beviskravet upprätthålls - varit likställiga, vilket utgör ett brott mot principen om *equality of arms* i artikel 6.

Artikel 13

Rättsutlåtandet är uppdelat i två avsnitt, varav den första behandlar allmänna konventionsrättsliga principer som har befunnits erforderliga för den materiella prövningen. Därtill finns ett avslutande avsnitt som behandlar rättsföljderna i det inhemska systemet.

I det första avsnittet behandlas bl.a. subsidiaritets- och effektivitetsprinciperna samt därtill principen om positiva förpliktelser. Dessa hänger ihop samt reglerar hur konventionsbestämmelserna skall tillämpas på nationellt plan. Den kanske viktigaste bestämmelsen utgörs – som nämnts – av artikel 13, som innebär att en klagande skall ha inhemska möjlighet att effektivt få prövat rimligt grundade påståenden om brott mot de materiella reglerna i konventionen. Som *Danelius* har uttryckt det under avsnittet om artikel 13 i Kommentaren (s. 356), skall en inhemska domstols konventionsprövning *"i princip sträcka sig lika långt som Europadomstolens egen prövning av om konventionen blivit överträdd"*. Om en otillräcklig prövning sker, kan detta innebära att klaganden inte har haft tillgång till ett sådant effektivt rättsmedel, vilket i sig kan utgöra ett brott mot nämnda bestämmelse.

Tingsrätten har emellertid uttalat att vad *"gäller artikel 13 i konventionen, som behandlar tillgången till inhemska rättsmedel för att hävda mänskliga rättigheter, kan tingsrätten inte finna att den överhuvudtaget har någon relevans i detta mål."*

Tåssåsens sameby anförde emellertid inte inför tingsrätten att det förelåg ett fullbordat brott mot artikel 13. Det vore ologiskt att tala om ett brott mot denna bestämmelse på det inhemska planet. Istället blir bestämmelsen handlingsdirigerande för de inhemska domstolar.

Tåssåsens sameby påstod överhuvudtaget inte några fullbordade brott mot några materiella regler inför tingsrätten. Av det avslutande avsnittet i rättsutlåtandet framhålls istället att tingsrätten måste döma på sådant sätt att konventionskränkningar inte uppstår. Detta utgör – enligt Tåssåsens sameby – en konventionsrättslig förpliktelse på det sätt och på de grunder som har angivits i nämnda avsnitt av rättsutlåtandet.

Det sagda har också nyligen bekräftats av Högsta domstolen i det uppmärksammade *Pastor Green* målet (HD: s dom den 29 november 2005 i mål B1050-05, ännu ej ref.), vars främsta principiella värde inte ligger i yttrande- eller religionsfriheterna. Genom HD: s dom har det ovan sagda bekräftats, nämligen att svenska domstolar inte skall döma på sådant sätt att det strider mot rättigheterna i konventionen. Som HD uttalar, var ett av skälen för att inkorporera Europakonventionen i svensk rätt *"att skapa ett uttryckligt underlag att direkt tillämpa konventionen vid svensk domsto"*. Trots att pastorns kontroversiella uttalanden föll inom det straffbara området enligt intern svensk rätt, kunde han inte dömas eftersom det befanns *"sannolikt att Europadomstolen"* vid en tänkt prövning av en fällande dom skulle finna att det *"...skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen"*. Det var således inte ens säkert, utan enbart sannolikt, att det skulle föreligga brott mot konventionen. Ändå friade HD. Det senare får anses bero på den försiktighet som bl.a. justitierådet *Johan Munck* (som var ordförande i *Green-målet*) har givit uttryck för i andra sammanhang, nämligen att det vore *"otillfredsställande om vi skall balansera på det tillättnas gräns"* (se rättsutlåtandet st. 25 jämte vidare hänvisningar).

Möjligen har tingsrätten missuppfattat de konventionsrättsliga förpliktelserna som åvilar nationella domstolar, när den hävdar att de åberopade konventionsbestämmelserna inte kan påverka den materiella bedömningen. Tingsrättens konventionsprövning har inte sträckt sig lika långt som

Europadomstolens egen prövning av om konventionen blivit överträd. I praktiken har överhuvudtaget ingen konventionsprövning skett, vilket inte minst framgår av tingsrättens slutsats om att den *"har att pröva detta mål på samma sätt som domstolarna prövade renbetesmålet"*, d.v.s. enbart företa en bevisvärdering i enlighet med strikt interna regler.

Det är Tåssåsen samebys bestämda uppfattning att det i nuläget föreligger kränkningar av de i avsnitt 2 i rättsutlåtandet åberopade konventionsbestämmelserna samt därtill ett brott mot artikel 13. Detta kan emellertid korrigeras av högre rätt genom ändring i hovrätten.

Lappkodicillen

Tingsrätten har konstaterat att 1751 års Lappkodicill inte i sig gav samerna någon rätt till nyttjande av enskilda tillhöriga marker eller bekräftade att en sådan rätt redan skulle föreligga. Dessa slutsatser är inte riktiga enligt samebyn. Det har av flera utredningar konstaterats att den s.k. Lappkodicillen bekräftade den rätt som samerna hade att använda områdena för renbete. Detta framgår bl.a. av uttalanden i NOU 1997:5 som bifogas. Samerettsutvalget konstaterar i utredningen att Lappkodicillen bekräftade att samernas rättigheter redan existerade. Lappkodicillen omfattade det nu aktuella områdena samt områden som ligger ännu längre söderut. Samebyn anser att Lappkodicillen visar att det redan under 1700-talet förelåg en sedvanerätt till vinterbete utanför skattefjällen.

Lappkodicillen gällde oförändrad från år 1751 till år 1883, då en gemensam norsk-svensk lagstiftning infördes. Renbetet över gränsen till Norge har därefter reglerats genom mellanstatliga överenskommelser. Den 1 maj 2005 trädde Lappkodicillen återigen ikraft som gällande lagstiftning i Sverige. Det bör således vara utgångspunkten för svenska domstolar att Lappkodicillen utgör gällande rätt.

Tingsrättens bedömning avseende de olika tidsperioderna

Vad gäller tiden före 1500 har tingsrätten konstaterat att den utredning som samebyn lagt fram visar indikationer på samisk närvaro i de aktuella områdena, men att utredningen inte styrker en på sedvanerätt grundad rätt till vinterbete före år 1500. Samebyn konstaterar att tingsrättens domskäl inte visar vilken typ av bevisning som hade krävts för att förhållandet skulle anses vara styrkt.

Tingsrätten menar sedan att förhållandena före 1500 inte har någon avgörande betydelse i målet eftersom kvalifikationstiden är 90 år och då "den borte tidsgränsen" ska placeras i slutet av 1800-talet. Samebyn anser att förhållandena före 1500 har betydelse för bedömningen i målet. Om rätten till renbete kan anses upparbetad vid denna tidpunkt måste domstolen ta ställning till om rätten till renbete därefter har upphört. Tingsrättens skäl är svåra att förstå i denna del.

Vad sedan gäller tiden från år 1500 till slutet av 1800-talet har samebyn följande att anföra.

Tingsrätten har gjort bedömningen att det sakliga innehållet i Valfrid Larssons utredning är korrekt. Samebyn vill poängtera att Larssons uppdrag varit att utreda förhållandena på statens marker i samband med Skattefjällsmålet som uteslutande handlade om äganderätten till statens marker och inte på de privata marker som det aktuella målet gäller. Materialet avser således inte i första hand dokumentation i

skogslandet, även om det som sidoinformation kommit fram en del uppgifter som berör vinterbetning. Samebyn anser att Valfrid Larssons utredning därför endast kan få en mycket begränsad betydelse i detta mål.

Vad slutligen gäller perioden från slutet av 1800 och framåt vill samebyn anföra följande.

Tingsrätten konstaterar på sidan 355 att det är utrett i målet att det förekom renbete vintertid utanför renbetesfjällen på enskilda bönders marker i Jämtland under 1800-talet. Tingsrätten finner därefter att det finns anledning att anta att förhållandena var detsamma på 1700-talet samt konstaterar att det framgår av förarbetena till de tre renbeteslagarna att sådant bete förekom. Tingsrätten går sedan in på bedömningen vad gäller områdena Klövsjö och Rätan.

Tingsrätten konstaterar därefter att det är rimligt att anta att Klövsjöfjället och dess närområde i viss utsträckning nyttjas för vinterbete med ren och att det ligger nära till hands att anta att samerna nyttjat Klövsjöfjället och angränsande skogsmarker för vinterbete. Tingsrätten gör bedömningen att området är lämpligt för vinterbete och att renarna söker sig till skogstrakter med gott bete. Därefter konstateras att också närheten till Glen och samernas rörelse i området talar för att renbete skett i Klövsjö. Så långt anser samebyn att tingsrättens bedömning är riktig och logisk.

De ovan redovisade förhållandena ställs sedan mot omständigheter kring avvittringen samt undersökningarna om vinterbete som utförts under de utredningar som föregick de två första renbeteslagarna. Tingsrätten finner att dessa historiska dokument inte ger stöd för att renbete förekommit. Samebyn kan konstatera att det i domskälen helt saknas en analys av vilken typ av material dessa historiska skriftliga uppgifter utgör och i vilket syfte materialet tagits fram. Domskälen ger inte heller svar på vilket avseende tingsrätten fäst vid de uppgifter som framkommit i annat material än det nu angivna. Domskälen är i denna del mycket otydliga och det är därför svårt att kommentera innehållet. Samebyn kan bara konstatera att tingsrätten lagt stor vikt vid ett historiskt material som staten genom sina myndigheter tagit fram. Samebyn anser att detta material inte ska ha ett så avgörande inflytande över målets utgång som det nu fått.

Tingsrätten har i sin dom angett att det vinterbete som förekommit under 1900-talet uppenbarligen inte har varit okvalt. Detta har konstaterats utan att tingsrätten i sina domskäl har redovisat vilken typ av invändningar av renskötselrätten som tingsrätten har beaktat vid denna bedömning. I den utredning som förebringats i målet finns endast två konkreta protester mot renbetesrätten. Dessa protester från markägare har gällt ett och samma område i Härjedalens kommun och alltså utanför det område som tingsrätten angivit på kartan i bilaga 2 och som tingsrätten anger enligt följande (sid 4): ”de fastigheter som är aktuella i detta mål är belägna inom det område av kommunen so framgår översiktligt av karta (bilaga2)”. Protest nr två (sid. 258 i domen och aktbilaga 97) är enligt handlingarna en uppföljning av protsest nr 1. Inga missnöjesyttringar från markägare har i övrigt framkommit av utredningen. Samebyn anser att tingsrätten gett för stor tyngd åt de få protester som förekommit och att det är fel att beakta invändningar mot renbetesrätten som har gjorts inom andra områden. Tingsrättens har inte heller redovisat vilken typ av invändningar och protester som krävs för att renbetesrätten inte ska anses vara okvald. Det kan enligt samebyn inte vara så att allmänna missnöjesyttringar i andra områden kan tillmätas betydelse vid denna bedömning.

Björnberget 1:1

Vad gäller fastigheten Björnberget 1:1 har tingsrätten gjort bedömningen att vinterbetet där får anses grundat på medgivande och inte på sedvanerätt. Samebyn anser att tingsrättens bedömning är oriktig. Fastighetsägarens medgivande grundade sig i att man accepterade sedvanerätten. Det kan vidare konstateras att det i vart fall rört sig om ett okvalt renbete på denna fastighet.

Övriga kommentarer

Några faktafel som har smugit sig in i tingsrättens dom på sid 5 bör nämnas även om de saknar betydelse för själva utgången i målet. Tåssåsens sameby gränsar i väster mot Handölsdalens sameby, inte i öster. Tångåmon skall vara Fångåmon och Valån ska vara Vålån.

I vittnesförhören kunde samebyn påvisa att markägarvittnenas påståenden att det inte före 1945 förekommit renbete på Böleskogen (sid 259-263) motsägs av de utsagor från lantbrukare i Böle med omnejd från 1957 som finns i Huss utredning och som redovisats i domen (sid. 282-283). Samebyn kunde också i samma vittnesförhör klarlägga att vittnena inte ålagts av skogsvårdsstyrelsen att göra några omplanteringar på grund av renskador.

Tingsrätten har inte tagit till sig samebyns beskrivning av hur ett medvetet bedrivet rotationsbete gör att områden medvetet lämnas för betestillväxt under perioder upp till något eller några decennier.

Bevisning

Samebyn åberopar samma bevisning som i tingsrätten.

För samebyn

Olof T Johansson