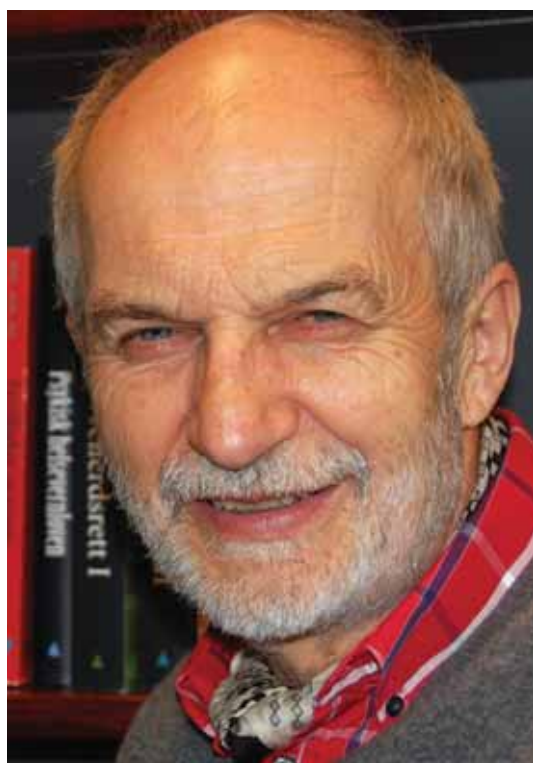


Cand.mag.,
cand.med.,
cand.jur.,
cand.alt

Festskrift til
Aslak Syse
70 år



GYLDENDAL
JURIDISK



Cand.mag., cand.med.,
cand.jur., cand.alt

Festskrift til Aslak Syse

70 år

Redaktører:
Reidun Førde
Morten Kjelland
Ulf Stridbeck

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2016

1. utgave, 1. opplag 2016

ISBN 978-82-05-49373-5

Omslagsdesign: Gyldendal Juridisk

Sats: Laboremus Oslo AS

Brøttekst: Minion Pro 10/14 pkt

Foto: Ulf Stridbeck

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Juridisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk

juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Tabula gratulatoria

A

Advokat Reidar Blom AS
Advokatene Schade Rivrud Haaland
Lyngås & Smith
Advokatfirma Kogstad Lunde & co
Advokatfirmaet Brath MNA
Advokatfirmaet Harris DA
Advokatfirmaet Hestenes og
Dramer & Co
Advokatfirmaet Mageli ANS
Advokatfirmaet RIISA & Co ANS
Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig
Kristiansand DA
Advokatfirmaet Thommessen AS
Anne Alvik
Kjell V. Andorsen
Jan Fredrik Andresen
Finn Arnesen, Åsgårdstrand
Susanna Aschehoug
Bjarte Askeland
John Asland
Johan Greger Aulstad
Avdeling bioteknologi og helserett
i Helsedirektoratet

B

Katrine Bach-Gansmo
Anne Kjersti Befring
Lena R. L. Bendiksen
Arvid Berge
Per Erik Bergsjø
Rebecca J. Five Bergstrøm
Jan Fridthjof Bernt
Erik Magnus Boe
Anne Inger Helmen Borge
Randi Borgen, juridisk direktør
Geir Sverre Braut
Anne Christine Breivik

Advokat Vidar Brobakken
Karin M. Bruzelius og
Inge Lorange Backer
Karsten Brynildsrud
Hans Christian Bugge
Kirsti Strøm Bull og Hans Jacob Bull
Bull & Co Advokatfirma AS
Grethe Børsheim, direktør NAV
Klageinstans

C

Ragnhild Collin-Hansen

D

Det juridiske fakultet, UiT Norges
arktiske universitet
Espen Dragstmo

E

Thomas Eeg
Hanne Eeg-Henriksen
Terje Einarsen, Bergen
Ramborg Elvebakk
Håkon Elvenes og Trude Johannessen
Advokat Arne Elvestuen
Svein Eng
Roald M Engeness
Kjell-Ove Engeseth
Kjersti Ericsson
Stein Evju

F

Arne Fliflet
Katrine Kjærheim Fredwall
Anne Marie Frøseth
Stein og Reidun Førde
Olav Helge Førde

G

Gatejuristen Tromsø
Hedda Giertsen
Johan Giertsen
Jon Søberg Gisle
Bjørn Gjelsvik
Ole Gjems-Onstad
Gorm Are Grammeltvedt
Hans Petter Graver
Gyldendal Norsk Forlag
Gyldendal Rettsdata

H

Per Haave
Marit Halvorsen
Mette Hartlev
Trude Haugli
Per Haugum
Jarle Havnes
Merete Havre
Ingeborg Marie Helgeland
Anne Hellum
Helse Sør-Øst RHF
Helsedirektoratet
Øyvind Henden
Janne Rothmar Herrmann
Kristel Heyerdahl
Bjørn Hoffmann
Gudrun Holgersen og Oddmund Søylen
Tore Holtan
Morten Horn
Marianne Jenum Hotvedt
Nina Helen Huse
Alf Petter Høgberg
Georg Høyer

I

Ingunn Ikdahl
Aud Kirsten Innjord
Institutt for offentlig rett,
Universitetet i Oslo
Institutt for rettsvitenskap ved
Universitetet i Agder
Advokat Klaus Iversen

J

Tor Ottar Jacobsen
Henning Jakhelln
Jan B. Jansen
Carl Aasland Jerstad, Haver
Advokatfirma AS
Berit Støre Johnsen
Morten Urdal Johnsen, politiadvokat
i Politiets utlendingsenhet
Georg Espolin Johnson
Karl Arvid Jomark
Juristenes Utdanningsenter
Rolf Gunnar Jørstad

K

Knut Kaasen
Anne Grethe Kjelland
Morten Kjelland
Alice Kjelleevold
Elin H. Kjærvoll
Kommuneadvokaten i Oslo
Kommuneadvokaten, Bergen kommune
Anne-Lise Kristensen, pasient- og
brukerombud i Oslo og Akershus
Advokat Bjørnar Kristiansen, Tolga
Ida Kyhring
Julia Köhler-Olsen

L

Landsorganisasjonen i Norge
Paul Larsson
Anne Kveim Lie og Helge Jordheim
Bent Liisberg
Knut Lindboe
Astri M. Lund
Tore Lunde
Olav Lægreid

M

Anne-Mette Magnussen
Gert-Fredrik Malt
Trond Markestad
Lars Johan Materstvedt

Else Leona McClimans,
Advokatfirmaet Økland
Ola Mestad
Dag Michalsen
Åsne Midtsund
Ole Chr. Moen
Synne Sæther Mæhle
Willy Tore Mørch

N

Runar Narvland
Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten
ved direktør Rose-Marie Christiansen
Jan Gunnar Ness
Benedicte Nickelsen
Fredrik Nissen
Ole Frithjof Norheim
Norsk pasientskadeerstatning
Per Nortvedt
Endre Nåmdal

O

Bente Ohnstad
Leif Oscar Olsen
Mons Oppedal

P

Pasient- og brukerombudet i Buskerud
Pasient- og brukerombudet i Hedmark
og Oppland
Pasient- og brukerombudet i
Nord-Trøndelag
Kari Paulsrud
Kristin Preus

R

Regjeringsadvokatembetet
Nina Reiersen
Sigmund Reite
Knut Riisa
Riksadvokatembetet
Advokat Knut Rognlien
Anders Ryssdal og Bettina Banoun

Ole Tom Røed
Ragnhild Rønningen
Geir Ketil Røste
Erik Røsæg

S

Inger Johanne Sand
Kirsten Sandberg
Dag Wiese Schartum
Senter for medisinsk etikk
Randi Sigurdson
Sigmund Simonsen
Arvid Aage Skaar
Kristian Skeie
May-Len Skilbrei
Terje Skjønhaas
Kristin Skjorten
Robert Christian H. Skogly
Ingun Sletnes
Gunhild Solberg
Kristin Solberg
Anne Birgitte Songe
Anneken Kari Sperr
Ingse Stabel og Knut Brofoss
Egil Arne Standal
Elisabeth Gording Stang
Jo Stigen
Jan Storvik
Vibeke Blaker Strand
Bjørn Kåre Straume
Ulf Stridbeck og Ingvild Mestad
Harald Sunde og Merete Pettersen
Tone Sundet
Ivar Sveen
Tone Sverdrup
Astri Syse
Audgunn Syse
Jonn Syse
Kari Sønderland
Karl Harald Søvig

T

Advokat Ernest Tell
 Gunnar Tellnes
 Karin Beate Theodorsen
 Steinar Tjomsland
 Advokat Pieter Truyen
 Trygderetten, Oslo
 Olav Trønnnes, Otta
 Hans Andreas Tvedt

U

Geir Ulfstein
 Universitetsforlaget

V

Anne Louise Valle
 Kjell J. Vang

W

Lotta Vahlne Westerhäll
 Randi Westhagen
 Heidi Wyller
 Tone Linn Wærstad

Z

Frederik Zimmer

Ø

Bjørn Henning Østenstad

Å

Ragna Aarli, Bergen
 Henriette Sinding Aasen
 Olaf Gjerløw Aasland

Innhold

Tabula gratulatoria	5
Aslak Syse – lege og jurist, kompromissløs og raus.....	13
Mardøla – før Alta	
Inge Lorange Backer	17
Retten til helsehjelp i helseforetakene	
Anne Kjersti Befring	37
Sikkerhetsventilen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd og diagnoseskadene	
Per Erik Bergsjø	65
Selskapsorganisering og helsepolitikk	
<i>Noen refleksjoner omkring helseforetaksloven som styringsmodell for spesialisthelsetjenestene</i>	
Jan Fridthjof Bernt.....	79
NAV's veilednings- og opplysningsplikt	
Erik Magnus Boe.....	89
Risikoforståing som utfordring for forvaltninga	
<i>Risikovurderingar i offentlig forvaltning og tenesteyting – Eit uklårt felt mellom fag og forvaltning</i>	
Geir Sverre Braut.....	101
Miljørett som velferdsrett	
Hans Christian Bugge	115
Pasientinformasjon i eit etisk perspektiv	
Reidun Førde	129

Tilsyn og klagebehandling som rettslige virkemidler for å fremme kvalitet og pasientsikkerhet i helsetjenesten	
Gorm Are Grammeltvedt.....	141
Lovregler om samtykke til helsehjelp	
Marit Halvorsen.....	155
Nyanser av grått	
<i>Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner</i>	
Merete Havre	177
Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	
<i>Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett</i>	
Anne Hellum	191
Den retlige definition af døden	
Janne Rothmar Herrmann	215
Etiske aspekter ved kriminalisering av smitteoverføring	
Bjørn Hofmann	225
Skjæringspunktet mellom sykepenger og arbeidsavklaringspenger	
Gudrun Holgersen	241
Kan aktiv dødshjelp legaliseres?	
<i>Er det mulig å lage en entydig, rettferdig og forsvarlig lov for aktiv dødshjelp?</i>	
Morten Horn.....	253
Universell utforming «in action»	
Marianne Jenum Hotvedt.....	267
Rettslige standarder redefinert	
Alf Petter Høgberg	285
«En Præces, en Sementblander og en Rettssak i Vestre Dividal Standrett»	
Olav Helge Høyér og Georg Førde	301
Hvilken vekt skal man legge på Trygderettens praksis?	
<i>Argumenter fra en empirisk studie av rettsutvikling i trygderettsforvaltningen</i>	
Ingunn Ikdahl	309

Et kritisk blikk på medisinske vilkår for rett til ytelser som ung ufør Georg Espolin Johnson.....	321
Begrensninger i det objektive pasientskadeansvaret for smitte og infeksjon Rolf Gunnar Jørstad og Jan Storvik	333
Dødshjelp er aldri «aktiv» eller «passiv» Lars Johan Materstvedt.....	345
Arbeidslinja som begrunnelse for reformer på folketrygdens område Runar Narvland.....	357
Trafikkforsikring og oppreisning til etterlatte etter bildrap. Rt. 2014 s. 892 Endre Nåmdal og Knut Riisa	371
Demokratiske konstitusjoner, sosiale rettigheter og kunnskapssamfunn <i>Argumenter for et begrep om en sosial konstitusjon</i> Inger Johanne Sand.....	385
Barnevernets ansvar for barn plassert utenfor hjemmet etter barnevernloven i institusjon under annen lov Kirsten Sandberg.....	399
Normer i endring <i>Barns rettigheter og domstolpraksis i foreldretvister med påstander om vold</i> Kristin Skjørten	421
Barnets beste på vei inn i strafferetten Elisabeth Gording Stang	435
Nedsatt funksjonsevne som diskrimineringsgrunnlag drøye ti år etter fremleggelsen av NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet Vibeke Blaker Strand.....	449
Transaksjon eller arbeidsdeling? <i>To ulike tenkesett i familieretten</i> Tone Sverdrup	469
Forskning på personopplysninger uten pasientens samtykke Karl Harald Søvig.....	481

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen som en konstitusjonell domstol?	
Geir Ulfstein	499
Juridisk kön för och medicinsk könskorrigering av transpersoner	
<i>Svensk rätt i ett EKMR-perspektiv</i>	
Lotta Vahlne Westerhäll.....	509
Mot en mer enhetlig regulering av tvangsekteskap i norsk rett?	
Tone Linn Wærstad	523
Fradragsrett for helseutgifter	
<i>Noen refleksjoner i sonateform</i>	
Frederik Zimmer	537
Kontrollkommisjonane – samfunnsoppdrag og rolleforståing	
Bjørn Henning Østenstad	549
Retten til sykehustjenester i Norge og Danmark	
<i>Komparative betraktninger om rett, politikk og faglig skjønn</i>	
Henriette Sinding Aasen, Mette Hartlev, Anne-Mette Magnussen.....	565
Legen som juridisk nøtteknekker – 23 år etter	
Olaf Gjerløw Aasland.....	585
Bibliografi 1968–2016	
Rebecca J. Five Bergstrøm	601

Aslak Syse – lege og jurist, kompromissløs og raus

Med dette festskriftet hyller 39 bidragsytere sin kollega, samarbeidspartner og venn Aslak Syse på 70-årsdagen. Bokens omfang og bredde viser at Aslak har inspirert, irritert og berørt mange personer opp gjennom årene.

Aslak Syse ble født i 1946. Som vestkantgutt var han tidlig, som forventet, medlem av Unge Høyre og Riksmålsforbundet. Aslaks politiske engasjement ble etter hvert dreid i motsatt retning, han ble politisk engasjert på venstresiden. Som sammensatt og motsetningsfylt menneske har han aldri vært lett å sette i bås.

Han ble cand.mag. ved Universitetet i Oslo i 1971, med fagkombinasjonen idéhistorie, sosiologi, kriminologi grunnfag og musikkvitenskap mellomfag. Aslak ble cand.med. i 1972, cand.jur. i 1988 og dr. juris i 1996, også dette ved Universitetet i Oslo.

Fra 1972 og fram til 1991 arbeidet Aslak i forskjellige legestillinger med base i Kirkenes, blant annet som områdeoverlege i Helsevernet for HVPU-reformen i Finnmark 1981–1988. Denne perioden har åpenbart preget hans riksmål. Før returen til Oslo og fagbyttet, hadde han et mellomår som District Medical Officer, Mtoko District i Zimbabwe i perioden 1984–1985. I 1989–1991 hadde han 25 prosent stilling som spesiallege i spesialisthelsetjenesten i Finnmark.

Etter avlagt juristeksamen i 1988 ble Aslak i 1989 ansatt ved Institutt for offentlig rett. Fra 1997 har han vært professor i rettsvitenskap og instituttleder fra 2010 til og med 2013. Sammen med Asbjørn Kjønstad var han ansvarlig faglærer i det obligatoriske faget velferdsrett ved fakultetet.

I 2005–2009 var Aslak leder av Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Han har også ledet flere offentlige utvalg, skrevet en rekke juridiske bøker og artikler, hovedsakelig innenfor velferdsrettslige emner. Arbeidene hans favner et bredt spekter av fagområder og temaer, slik som pasienters rettigheter (både helseerettslig og erstatningsrettslig), funksjonshemmedes rettsstilling, rettighets- og rettssikkerhetsbegrepet, forholdet mellom tvang og frivillighet, grensene mellom velferdsrettslige inngrep og strafferettslige reaksjoner, diskrimineringsspørsmål og andre menneskerettsspørsmål, og allmenn normanalyse og normforståelse. Han har i mange år vært engasjert i en rekke medisinsk-etiske temaer. Som jurist har han bidratt sterkt til å knytte juss til medisinsk praksis, og som ledd i dette til å nyansere legers ønske om at jussen skal gi fullgode oppskrifter på vanskelige spørsmål

innen medisinen. Han har vært skeptisk til hvorvidt det er riktig å la jussen regulere klinisk medisinsk praksis, og har i offentlig debatt advart mot «bivirkninger» av dette. Her har hans dobbelkompetanse vært svært viktig.

Dette festskriftet speiler den faglige spennvidden hos Aslak. Det er inviterte kolleger og faglige venner som bidrar i boken. Det er dels fagfeller som skriver til lege-Aslak, dels er det fagfeller som skriver til juss-Aslak. Den faglige bredden og de kulturelle ulikhetene hva gjelder faglig publisering, har redaktørene valgt å gjenspeile ved å bevare fotnotestilen og kildehenvisningsteknikken. Den er derfor bevisst forblitt forskjellig for festskriftets juridiske og medisinske bidrag. Vi har på den annen side ikke latt dette faglige skillet prege bokens struktur. I stedet for å dele inn boken i en medisindel og en juss-del har vi valgt å presentere bidragene alfabetisk.¹

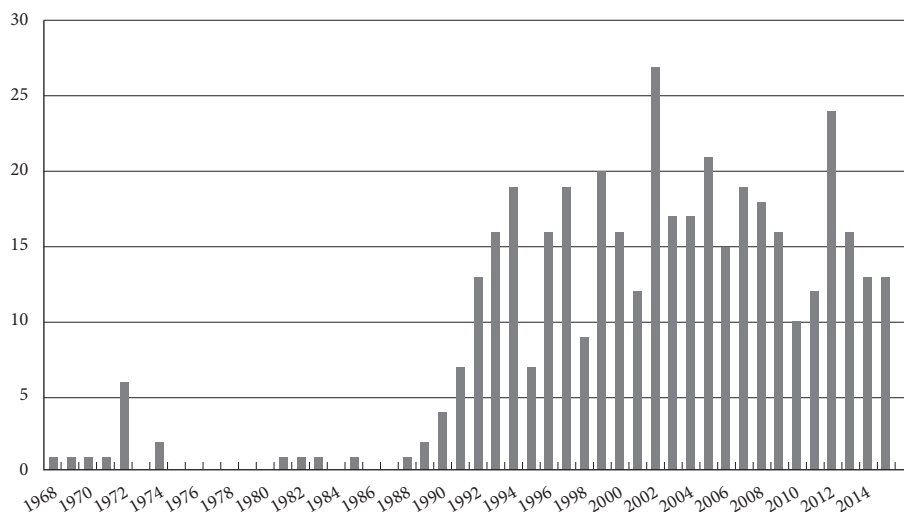
I tilknytning til Aslaks avgang som instituttleder for Institutt for offentlig rett i 2013 skulle det holdes en takketale. Ved forberedelsene til den ble det fra kollegene samlet inn synspunkter, stikkord og karakteristikker om Aslak. Uttrykkene er gyldige også nå i tilknytning til hans 70-årsdag. Aslak har neppe forandret seg på de to årene.

Aslak beskrives som en kompromissløst ærlig person, hvilket kan ha sine sider og slå i ulike retninger: Klar, tydelig, ærlig, engasjert på den ene siden. Altfor klar, altfor tydelig og altfor direkte på den andre. Noen vil si at Aslaks måte å være kompromissløst ærlig på, kan oppleves som fremfusende og uhøflig, ja til og med sårende for noen.

Men når det er sagt: Aslak ville ikke vært Aslak hvis han ikke hadde hatt evnen til å gå i seg selv når han har vært altfor direkte. Han er rask til å beklage og til å be om godt vær når forhold kunne ha skåret seg. Kort og godt: Herlig fri for prestisje og raus når det gjelder.

Aslak er en sjeldent produktiv forfatter. Publikasjonsregisteret Cristin angir 283 treff. Der registreres akademiske tekster. I tillegg skriver Aslak ofte i aviser og kommenterer lover i Norsk lovkommentar. Av bibliografien som universitetsbibliotekar Rebecca J. Five Bergstrøm ved Juridisk bibliotek har utarbeidet, er det over 400 poster i Aslaks «portefølje». Her er stort og smått tatt med; forfatterskap i bøker, tidsskrifter og aviser, kommentarer til lover samt redaktøransvar. En grafisk oversikt gir følgende bilde:

1 Redaktørene takker vitenskapelig assistent ved Institutt for offentlig rett, Hege Kristine Aakre, for utmerket språkvask og korrekturlesing av manus. Vi takker også Gyldendal Juridisk for god, effektiv og profesjonell bistand ved produksjonen av dette festskriftet.



Den første registreringen er fra 1968. Så finner vi ikke noe publisert i legeperioden, ikke før i 1989, som er året han ble cand.jur. Deretter er det en økende strøm av artikler, bøker og redaktøransvar. Over 14 oppføringer i snitt per år.

I tillegg til universitetsarbeid har han vært medlem i flere utvalg: NOU 1998: 21 *Alternativ medisin* og NOU 2001: 4 *Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet.*

Sannsynligvis etter gode bidrag som utvalgsmedlem rykket han opp og ble leder for flere offentlige lovutvalg: NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet – Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle*; NOU 2009: 5 *Farskap og annen morskap. Fastsettelse og endring av foreldreskap* og NOU 2012: 17 *Om kjærlighet og kjøletårn – Strafferettslige spørsmål ved alvorlige smittsomme sykdommer.*

Av publiseringsstatistikken ovenfor ser det ut som om utvalgsarbeidet ikke har stoppet hans egenproduksjon.

Hans musikalske ferd har gått gjennom flere kor: Kirkenes sosialistiske kor, brorparten av tiden som dirigent, Vestkanten sosialistiske kor og Josefinekoret. Instituttkollegene er mest kjent med hans deltakelse i instituttets eget kor, KOR-IOR hvor Aslak har bidratt aktivt.

Takk for din innsats ved Det juridiske fakultet og særlig ved Institutt for offentlig rett både som forsker, lærer, kormedlem og representant for instituttet i den offentlige debatten. Takk for ditt oppriktige engasjement i medisinsk-etiske og helsepolitiske spørsmål. Det er ikke tvil om at du fortsatt kommer til å bidra på forskjellige måter. Slik vi kjenner deg er det ingen risiko for at du kommer til å bli verken inaktiv, usynlig eller stille i årene som kommer.

Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck

Mardøla – før Alta

Inge Lorange Backer¹

INNLEDNING

På en prominent plass i heimen til Aslak Syse henger et dokument utferdiget av politimesteren i Vestfinnmark. Det dokumenterer Aslaks innsats som elveredder på en overbevisende måte. Som kjent lyktes det likevel ikke for motstanderne av utbyggingen av Alta-Kautokeinovassdraget å redde vassdraget. Men denne utbyggingen var en av de største konfliktene i det norske samfunnet i de siste 70 år, og om konflikten ikke endte med at utbyggingen ble skrinlagt, ble den skjellsettende på andre måter – særlig når det gjelder samenes stilling i Norge og utviklingen av sameretten.

Konflikten om Alta-utbyggingen toppet seg i demonstrasjoner mot anleggsveien i Stilla høsten 1979 og vinteren 1981. Ti år før Alta-saken, sommeren 1970, fikk Mardøla-utbyggingen hovedoppslag i media. Også den ble – som en siste utvei etter stortingsvedtak og kongelig resolusjon – forsøkt stanset, ved en ikke-voldelig demonstrasjon mot anleggsveien i Sandgrovbotn i fjellområdet mellom Romsdalen og Eikesdalen. Mardøla-aksjonen markerte et tidsskifte og fikk flere rettslige etterspill – som til dels dannet grunnlag for domstolenes vurderinger i Alta-saken.

Felles for Mardøla og Alta var en konflikt mellom naturvern og energiproduksjon og mellom lokalsamfunn og storsamfunn. Mens urfolksdimensjonen sto helt sentralt i Alta og manglet i Mardøla, gjorde konflikten med et av lokalsamfunnene seg sterkt gjeldende i Mardøla-saken.

MARDØLA OG MARDALSFOSEN

Mellom Romsdalen og Sunndalen skjærer vassdragene seg fra naturens side ned mellom fjellene til fjorden, ofte med markante fossefall. Fjellområdene har fra gammelt av vært riket til villreinens snøhettastamme og inneholder store vannkraftressurser. Dette grunnlaget for energiproduksjon ble utnyttet i stor målestokk i industrialiseringen og gjenreisningen etter annen verdenskrig. Reguleringen av Aura og Litledalsvassdraget, med en betydelig oppdemming av Aursjøen og Gautsjøen som hovedmagasin, ga grunnlag for aluminiumsverket

1 Inge Lorange Backer er professor emeritus ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

på Sunndalsøra og allmenn forsyning av elektrisitet i området.² Få år senere ble kraftproduksjonen utvidet ved et såkalt «takrenneprosjekt» som overførte til Aursjømagasinet en rekke sideelver til Aura på sørsiden av Eikesdalen.³ I den 9 km lange Eira, som renner fra Eikesdalsvannet ut i Eresfjorden og var kjent som en enestående lakseelv, gjorde alt dette at vannføringen ble halvert.

Mardøla lå uveisomt til der den munner ut i Eikesdalsvannet på vestsiden, et par kilometer nord for sørenden, der bygda Eikesdal ligger. I 1970 hadde bygda fast forbindelse med omverdenen bare med fergen over Eikesdalsvannet. Anleggsveien opp til Aursjødammen og ned Litledalen til Sunndalsøra var farbar bare på sommerstid. Fra gammelt av var det flere ferdselsveier på sti fra Eikesdalen over til Lesja eller Romsdalen. Ved utløpet av Mardalen lå gården av samme navn, som kunne nås ved å følge stien langs vannet fra Eikesdal. Ikke langt opp i Mardalen kom Mardøla styrtende ned fjellsiden i to løp – Vestre Mardøla, som dannet et slør over berget, og Austre Mardøla, som dannet Mardalsfossen. Den hadde en fallhøyde på i alt 655 meter med to frie fall, der det øverste var det høyeste med 290 meters fritt fall. Etter en times gange fra fergetoaia i Eikesdal var man fremme ved foten av Mardalsfossen. Den var etter hvert regnet som Norges og Nord-Europas – kanskje Europas – høyeste frie fossefall, men langt mindre kjent og besøkt enn fall som Vøringsfossen og Vettisfossen.

MARDØLA-UTBYGGINGEN – GRYTEN/EIKESDAL

Mindre enn ti år etter at «takrenneprosjektet» var vedtatt, la Statskraftverkene frem en søknad etter vassdragsreguleringsloven⁴ om ytterligere utbygging av vassdrag som drenerer til Eikesdalsvannet. Den omfattet for det første Mardøla og flere gjenværende bielver til Aura, dernest et vassdrag som renner nordover til Isfjorden, den innerste armen av Romsdalsfjorden, og endelig flere sideelver til Rauma i Romsdalen. Den sist nevnte delen av prosjektet omfattet også Mongefossen, som med en fallhøyde på drøyt 700 meter – ikke helt fritt – var et markant landskapsinnslag i Romsdalen. Det er derfor få – om noen – vannkraftprosjekter som har grepet så sterkt inn i norsk fossenatur. Søknaden gjorde rede for to alternative utbyggingsmåter med kraftverk i henholdsvis Grytten i Romsdalen og i Eikesdal. Statskraftverkene foretrakk en utbygging mot Romsdalen. Det ble støttet av Hovedstyret for Norges vassdrags- og elektrisitetsvesen (NVE) og Industridepartementet.⁵

2 Kgl.res. 31. juli 1953, jf. St.prp. nr. 39 (1953) og Innst. S. nr. 246 (1953). Utbyggingsene av Aura frem til 1960-årene er omtalt i Johan Vogt, *Elektrisitetslandet Norge*, 1971 s. 160–71 med vekt på debattene i Stortinget.

3 Kgl.res. 10. juli 1959, jf. St.prp. nr. 98 (1958) og Innst. S. nr. 192 (1959).

4 Lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer (vregl.).

5 Se St.prp. nr. 42 (1969–70) Samtykke til statsregulering for utbygging av Eikesdal/Grytten kraftanlegg m.v. Ett medlem av Hovedstyret for NVE dissenterte, fylkeslandbrukssjef Trygve Haugeland (senere miljøvernminister i regjeringen Korvald).

Mardøla-utbyggingen ble vedtatt av Stortinget i alt vesentlig i tråd med Statskraftverkens søknad, men under dissens. Et lite mindretall gikk inn for å utsette saken, og et stort mindretall på tvers av partigrensene stemte for utbygging til Eikesdal.⁶ Nesset kommune fikk et næringsfond på 7 millioner kroner, som fortrinnsvis skulle brukes til beste for næringslivet i Eikesdal og Eresfjord. For å hjelpe på veiutløsning for Eikesdal ble det gitt 1,5 millioner kroner til å sette i stand anleggsveien mellom Eikesdal og Aursjødammen, og dessuten 2 millioner kroner til forbindelse med Lesja ved å fullføre veien langs Aursjøens østside. Det ble også satt konsesjonsvilkår om stamfiskanlegg for laks og sjørret og om utsetting av laks og ørret.⁷

OVERSIKT OVER RETTSSPØRSMÅLENE ETTER MARDØLA

Retsspørsmålene etter Mardøla-utbyggingen og -aksjonen kan ses som forløpere til de spørsmålene som oppsto i Alta-saken. Både i Mardøla og i Alta ble gyldigheten av forvaltningsvedtaket om statsregulering bestridt for domstolene. I begge sakene fikk ulydighetsaksjonene begrunnet i vassdragsvern et strafferettslig etterspill. Den folkerettslige og urfolkrettslige dimensjonen var riktig nok fraværende i Mardøla, og rettslig argumentasjon med grunnlag i naturvern hensyn var lite fremtredende i rettssakene etter Mardøla. Men argumentasjon basert på rettferdighet overfor et lokalsamfunn gjorde seg sterkt gjeldende i Mardøla. Behovet for å sikre reell tilgang til domstolene for interesserte kom frem i begge sakene, på forskjellig måte.

I Alta-saken ble gyldigheten av forvaltningsvedtaket først angrepet ved et særskilt søksmål som Norges Naturvernforbund anla. Dette søksmålet ble aldri pådømt i realiteten. Det viktigste resultatet av det var at søksmålsadgangen for miljøvernorganisasjoner i saker om miljøverdier ble fastslått på en autoritativ måte (Rt. 1980 s. 569). Miljøvernorganisasjonene engasjerte seg ikke for domstolene i Mardøla-saken. I begge sakene kom realitetsspørsmålene om forvaltningsvedtaket opp til vurdering i de skjønnssakene som utbyggeren reiste til fastsetting av erstatning og tiltak for eiendomsskade, skader og ulemper ved utbyggingen. Men skjønnssakene ble avgjort lenge etter at de prinsipielle avgjørelsene i straffesakene var truffet.

GYLDIGHETEN AV VEDTAKET OM STATSREGULERING AV MARDØLA

Var vedtaket om statsregulering og utbygging av Grytten/Eikesdal gyldig? Spørsmålet ble reist under skjønnssaken av oppsitterne i Eikesdal og av Nesset kommune, som de nå hørte

6 Se Innst. S. nr. 301 (1969–70) og St.forh. (1969–70) s. 3636–3677. Stemmetallene var henholdsvis 117 mot 16 og 78 mot 56.

7 Kgl.res. 31. juli 1970 om reguleringsbestemmelser for statsregulering for Grytten kraftverk punkt 7, 8 og 9.

til.⁸ Påstandsgrunnlaget gikk ikke ut på at vedtaket om utbygging av Mardøla var ugyldig i seg selv, men at det var ugyldig fordi kraftstasjonen etter vedtaket ville bli lagt i Romsdalen og ikke i Eikesdal. Den valgte utbyggingsmåten ville derfor ikke gi oppsitterne og Nesset kommune de fordelene som de kunne få ved en utbygging til Eikesdalen.

Forhåndsbinding?

Til støtte for sitt syn hevdet kommunen og grunneierne at staten hadde gitt bindende forhåndstilsagn om at en eventuell utbygging av Mardøla ikke skulle skje til Grytten. Dette påstandsgrunnlaget reiste spørsmål både om staten hadde adgang til å gi et bindende forhåndstilsagn om hvordan kompetansen etter vassdragsreguleringsloven skulle kunne utøves, og om de utsagn som forelå, i så fall utgjorde et bindende tilsagn. I Rt. 1973 s. 107 kom Høyesterett til at det ikke forelå noe bindende forhåndstilsagn. Det samme hadde underskjønnet og overskjønnet gjort.⁹ Ingen av instansene behøvde derfor å gå inn på om det var adgang til å gi et slikt tilsagn.

De aktuelle utsagnene var avgitt i forbindelse med takrenneprosjektet. Da Hovedstyret for NVE anbefalte prosjektet, presiserte man at «i og med takrenne-overføringen anser man grensen for den reduksjon av Auras felt som kan skje uten uforholdsmessig store skadevirkninger for nådd. Planen om å bygge ut Mardøla ved overføring av vannet til Romsdal bør derfor etter Hovedstyrets mening skrinlegges». Industridepartementet viste til dette da det sluttet seg til NVEs anbefaling: «Man vil i denne forbindelse peke på at hovedstyret har presisert at grensen for den reduksjon av Auras felt som kan skje uten uforholdsmessig store skadevirkninger er nådd i og med de nå aktuelle overføringer».¹⁰ Dette ble gjengitt i stortingskomiteens innstilling, men komiteen uttalte seg ikke selv om det.¹¹

Kompetent myndighet til å avgi et forhåndstilsagn måtte i dette tilfellet være regjeringen eller Stortinget. Siden konsesjon til en slik regulering som Mardøla krevde samtykke fra Stortinget etter vregl. § 2 annet ledd, synes Høyesterett å ha lagt til grunn at et bindende tilsagn måtte være forankret i Stortinget.¹² Høyesterett stilte krav om klar tale for å anse konsesjonsmyndigheten bundet ved å legge til grunn «en ganske sterk presumpsjon mot at staten er bundet».¹³ Når stortingskomiteen ikke hadde uttalt seg direkte, og proposisjonen bare viste til NVEs utsagn, hadde de kompetente myndigheter ikke for egen del gitt

8 Tidligere Eresfjord og Vistdal kommune, som Eikesdal hørte til, gikk i 1964 inn i Nesset kommune på ny.

9 Romsdal herredsretts underskjønn (del I) 20. februar 1971 og overskjønn 6. april 1972.

10 Se St.prp. nr. 98 (1958) s. 16 sp. 2 og 18 sp. 2.

11 Se Innst. S. nr. 192 (1959) s. 324 sp. 2. Til spørsmålet om å bygge en dam ved nordenden av Eikesdalsvannet, slik at oppsamlet vann kunne brukes til å skape flombølger i Eira i oppgangstiden for laksen, uttalte komiteen imidlertid: «Skulle Mardøla bli utbygget til Eikesdalsvannet kan dette forhold forandre seg og komiteén foreslår at spørsmålet står åpent til da» (s. 326 sp. 2).

12 Slik også Jan Fridthjof Bernt, *Avtaler med stat og kommune*, 1983 s. 206, tilsynelatende med den begrunnelse at et avslag på konsesjonssøknaden etter vregl. § 8 annet ledd kunne bringes inn for Stortinget.

13 Rt. 1973 s. 107 (110).

noe uttrykkelig tilsagn, og om uttalelsen fra NVEs hovedstyre sa Høyesterett at den «dog i formen er en tilråding til konsesjonsmyndigheten».¹⁴ På denne bakgrunn var den politiske handlefrihet i behold.

Til prinsippspørsmålet sa Høyesterett bare at «[u]tgangspunktet må være at tungtveiende grunner taler mot at staten ved dispositive utsagn binder sin forvaltningsmyndighet for fremtiden». Dette har rettsteorien, sammen med andre dommer, tatt som uttrykk for at domstolene løser spørsmål om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet ved å stille strenge krav til bevis for at forvaltningen har gitt noe bindende tilsagn, og at det som hovedregel ikke er adgang til negativ forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet.¹⁵ Man behøver likevel ikke legge mer i utsagnet enn at det kompetente forvaltningsorgan må vite hva det gjør og gi utvetydig uttrykk for det for at fremtidig forvaltningsmyndighet skal være bundet.

Nettopp vassdragsnaturen og vannkraftutbyggingen viser at det ikke er utelukket med forhåndsbinding. Verneplanene for vassdrag – den første vedtatt i 1973 – bygger på dette. De er vedtatt av Stortinget i plenum som en instruks for utøving av forvaltningsskjønnet, men det ville etter min mening ha vært en ugyldighetsgrunn om det ble gitt en konsesjon i strid med verneplanen.¹⁶ Etter at verneplanen for vassdrag fikk et lovgrunnlag i vannressursloven,¹⁷ følger det av vrl. § 34 at en søknad om kraftutbygging i et vernet vassdrag skal avslås hvis den ikke kommer inn under unntaksreglene i § 35, og også da kan søknaden avslås uten nærmere saksbehandling (§ 35 nr. 8). Verneplanen virker altså som en forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. De enkelte objektene er inntatt i verneplanen etter en inngående vurdering av verneverdier og potensial for utnyttning til energiproduksjon. Da får man legge til grunn at det er adgang til å forhåndsbinde konsesjonsmyndigheten på den måten som NVEs utsagn la opp til, i et slikt tilfelle som overføringen av Mardøla gjaldt. Her var man helt klar over hva forhåndsbindingen gjaldt, og på det grunnlaget som man hadde, foretok man en avveining av fordeler og ulemper ved å avstå fra å føre vannet i Mardøla bort fra Eikesdalen.

Stortinget selv er ikke avskåret fra å endre verneplanen ved å ta ut et verneobjekt. Den forhåndsbindingen som verneplanen innebærer, kan altså omgjøres. Det samme må gjelde for annen forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet hvis de forvaltningsrettslige vilkår

14 Rt. 1973 s. 107 (111).

15 Jf. f.eks. Bernt 1983 s. 206 og 231, Carl August Fleischer, *Plan- og bygningsretten*, 1992 s. 295–97 og 302–03 og Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 1978 s. 281–82, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg., 2014 s. 426. Nyere rettspraksis – særlig Rt. 1992 s. 1235 – viser likevel at det iallfall kan være en viss adgang til forhåndsbinding, jf. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., 2015 s. 226–27. Roald Hopsnes: *Kommunale forhåndstilsagn* (Ph.d.-avhandling, Bergen 2016) tar til orde for at en forhåndsbinding ikke kan kreves oppfylt etter sitt innhold, men kan gi grunnlag for erstatningsansvar (se særlig s. 184–88 og 395–408). Han anser Mardøla-dommen for «ikke ... særlig tvilsom» (s. 341–42). I tillegg til innholdet av utsagnene legger han vekt på at de er fremsatt i stortingsdokumenter, er en del av kommunikasjonen mellom offentlige organer og ikke rettet til private parter.

16 Se Inge Lorange Backer, *Naturvern og naturinngrep. Forvaltningsrettslige styringsmidler*, 1986 s. 303–04.

17 Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vrl.) § 32.

for omgjøring – først og fremst den ulovfestede omgjøringslæren – er oppfylt.¹⁸ Torstein Eckhoff ga uttrykk for at det hadde lite for seg å tillate en forhåndsbinding som det er rettslig adgang til å omgjøre, og nevnte vassdragsregulering som et eksempel i den sammenheng.¹⁹ Verneplanen for vassdrag viser etter min mening tydelig at dette standpunktet har lite for seg. En forhåndsbinding har betydning selv om den kan omgjøres. For det første kan vilkårene for omgjøring være strengere enn vilkårene for å treffe et tilsvarende vedtak der det ikke foreligger noen forhåndsbinding, for det annet kan forhåndsbindingen gjøre at det må treffes et uttrykkelig vedtak om å se bort fra den, og for det tredje kan eksistensen av en forhåndsbinding rent faktisk – eller politisk – virke som en skranke.

Høyesterett erkjente at NVEs utsagn «i seg selv var oppsiktsvekkende og nødvendigvis måtte skape forventninger i Eikesdal om at en eventuell fremtidig utbygging av Mardøla skulle skje der».²⁰ Dommen gir ikke noe direkte svar på om det ville ha vært nok til å binde konsesjonsmyndigheten for fremtiden hvis regjeringen og Stortinget uttrykkelig hadde sluttet seg til utsagnet, men kan forstås slik at det ga grunnlag for «berettigete forventninger». Kunne det ha rettslig betydning på annen måte enn å binde konsesjonsmyndigheten?

Det utsagnet ga klar beskjed om, var at fagmyndigheten NVE i 1958 vurderte ulempe ved overføring av Mardøla til Romsdalen som så store at slike planer burde skrinlegges. Om denne konklusjonen skyldtes at det etter NVEs mening da ikke var rettslig adgang til å gi konsesjon etter vregl. § 8 første ledd, eller at det gjenstående forvaltningsskjønnet burde utøves slik at en søknad ble avslått, sa NVE ikke noe om. Uansett vil verdsettingen og avveiningen av fordeler og ulemper ved en vassdragsregulering etter vregl. § 8 første ledd bero på et skjønn som ikke er statisk, slik at utfallet kan bli et annet med tiden. Men når man i 1958 hadde gjort en fremtidsrettet vurdering av utbygging til Grytten, taler gode grunner for at en motsatt konklusjon i 1970 ble forklart i en nærmere begrunnelse for hvorfor vurderingen fra 1958 ikke lenger holdt stand.²¹ Et slikt skjerpet krav til begrunnelsen for et forvaltningsvedtak er vel kjent fra senere rettspraksis, jf. særlig Rt. 1981 s. 745.

Likevektsrettferdighet overfor grunneierne i Eikesdal

I Mardøla-saken gjorde det seg også gjeldende rettferdighetssynspunkter. Med den vedtatte utbyggingen hevdet grunneierne at utbyggeren fikk alle fordeler av Mardøla på bekostning av dem: Deres rettsforgjengere hadde ingen forutsetninger for å forstå hvilke verdier som lå

18 Jf. Bernt 1983 s. 322–25, Fleischer 1992 s. 319 og Graver 2015 s. 223 jf. s. 495.

19 Eckhoff 1978 s. 282 og 520; annerledes Fleischer 1992 s. 319 og Eckhoff og Smith 2014 s. 311–12. Hopsnes 2016 har det grunnsyn at forhåndsbindingen ikke er noe enkeltvedtak som kan kreves oppfylt etter sitt innhold, og etter hans syn oppstår det derfor heller ikke noe spørsmål om omgjøring (se særlig s. 248–54 og 292).

20 Rt. 1973 s. 107 (111).

21 I Stortinget spilte NVEs uttalelse en viktig rolle for de representantene som stemte mot utbygging til Grytten. Hvis uttalelsen måtte regnes som et rettslig bindende tilsagn, er det vanskelig å se at en utbygging til Eikesdal var så mye dårligere teknisk og økonomisk at det kunne berettigge en omgjøring.

i vannfallene og vassdragene i lys av vannkraftteknologien, da de solgte vannrettigheter til oppkjøpere på tiden for «panikkloven».²² En utbygging i eget løp ville redusere ulempene for lokalsamfunnet, som da ikke ville miste vannet ved overføring til et annet vassdrag. Oppsitterne reagerte nok også på anleggsarbeidene i fjellet: «Dei tek fjella våre», skal Olav Utigard, en grunneier i Eikesdal, ha sagt da lensmannen ville holde utpanting i traktoren hans for den boten han var idømt for sin deltakelse i Mardøla-demonstrasjonen.

For retten gjorde grunneierne gjeldende at det forelå saksbehandlingsfeil i konsesjonsbehandlingen: Proposisjonen ga ikke uttrykk for at utbyggenes råderett over fallene i Mardøla var begrenset til å bygge ut vassdraget i dets eget løp, og ikke omfattet en overføring til Romsdalen.²³ Proposisjonen vurderte heller ikke om grunneierne hadde krav på tilleggs-erstatning fordi de i de gamle fallkontraktene hadde fått et vederlag som var altfor lavt i forhold til fallenes virkelige verdi. Ingen av disse synspunktene førte frem.

Det første spørsmålet gjaldt altså hvilken rådighet utbyggerne hadde fått over Mardøla ved ervervet av vannrettigheter. Hva ervervet omfatter, blir et spørsmål om avtaletolkning. Etter kontraktene var det stort sett tale om overdragelse av «all vannrett» tilhørende gårdene samt stranden inntil høyeste flomvannstand».²⁴ Omfattet det bare fallrettene i snever forstand eller ga det i tillegg adgang til å regulere vannføringen, og omfattet det også en adgang til å overføre alt vannet til et annet vassdrag? Dette behøver riktig nok ikke bli avgjørende for hvilket utbyggingsalternativ som blir gjennomført, siden utbyggeren kan få en utvidet rådighet ved ekspropriasjon (jf. særlig vregl. § 16 nr. 1). Men det kan ha betydning for grunneierens krav på erstatning for skader og ulemper ved utbyggingen.

Da Mardøla-saken sto for Høyesterett, forelå det allerede en fast rettspraksis for at salg av fallretten i et vassdrag ga erververen rett også til å overføre vannet til et annet vassdrag, hvis ikke selgeren tok uttrykkelig forbehold.²⁵ Høyesterett la særlig vekt på Rt. 1961 s. 1282, som avgjorde at salget av fallretter i Aura ga kjøperne rett til å overføre vannet til Litledalsvassdraget i Sunndal. I Mardøla var det spørsmål om å tolke de samme avtalene som for Aura. Dommen om Aura hadde riktig nok ikke rettskraftvirkninger i saken om Mardøla,

22 Rettighetene i Aura og Mardøla mv. ble solgt i 1906–1910, og salgsbeløpene utgjorde i alt kr 70 000 for begge vassdragene (St. prp. nr. 42 (1969–70) s. 25 sp. 2). Etter utviklingen i konsumprisindeksen svarer summen omtrent til kr 550 000 i 1970 og 4,2 mill. kr i 2015. «Panikkloven» er en vanlig betegnelse på midlertidig lov 7. april 1906 nr. 2 om adgang til at erverve vandfald her i riget, som ble vedtatt for å hindre utenlandske oppkjøp.

23 Dette hadde grunneierne gjort gjeldende også overfor tidligere rettighetshavere, se St.prp. nr. 17 (1931) s. 24–25. Det kunne vel også underbygge deres syn at den opprinnelige erververen hadde fått konsesjon til å bygge ut Mardøla (og Aura) til Eikesdal ved kgl.res. 22. desember 1913, jf. St.prp. nr. 146 (1913) og Indst. LIX (1913). Men denne konsesjonen ble altså ikke benyttet for Mardøla.

24 Rt. 1961 s. 1282 (1285), som gjaldt vannrettigheter i Aura i samband med den første Aura-reguleringen. Av Romsdal herredsretts overskjønn 6. april 1972 om Grytten-Eikesdal-utbyggingen fremgår det (s. 14) at overdragelsene for Mardølas del fulgte av de samme kontrakter som for Aura eller av en likelydende kontrakt.

25 Se således Rt. 1930 s. 972 om Torfinno i Voss, Rt. 1931 s. 287 om Høyangfallene i Ytre Sogn og Rt. 1969 s. 250 om Bleskestad-elva i Suldal. Ingen av disse avgjørelsene – eller dommene om Aura og Mardøla – ser ut til å være trukket inn i formuerettslitteraturen om avtaletolkning.

først og fremst fordi avtaletolkingen bare var en prejudisiell avgjørelse, og dessuten fordi det var enkelte andre parter i Mardøla-saken. Men en dom kan som kjent ha bevismessig betydning i en senere sak. På samme måte vil forståelsen av en avtale i en tidligere dom ha stor betydning når det samme spørsmålet kommer opp i en senere sak, hvis det ikke kommer frem nye momenter til tolking av avtalen.

Ordlyden i avtaler om overdragelse av vassdragsrettigheter kan variere.²⁶ Selv om det etter ordlyden er en uforbeholden overdragelse av retten til vassdraget, kan det spørres om avtalens objekt tilsier en mer nyansert tolking. Vassdragets stedbundne tilknytning, og dets betydning for eiendommer og naturmiljø i nedbørfeltet, kan gi en grunn til at vannet må utnyttes på stedet, altså ved kraftutbygging i eget løp, om ikke annet fremgår, og til å kreve at overføringsretten må fremgå tydeligere for at den skal være dekket av avtalen. Det er illustrerende at vassdragsreguleringsloven i perioden 1917–59 hadde en egen bestemmelse om konsesjonsvurderingen ved overføringer (i vregl. § 8 nr. 2), som formelt hadde som utgangspunkt at alle rettighetshavere burde ha gitt samtykke til overføringen.

Hvor rimelig er det da å kreve at selgeren måtte ta uttrykkelig forbehold mot overføring? At den som kjøpte fallretter på begynnelsen av det 20. århundre var en langt sterkere og mer innsiktsfull part enn selgerne, kan det neppe herske tvil om. Det var neppe noen som den gang tenkte seg muligheten av å utnytte fallretten ved å overføre vannet til et helt annet vassdrag i stedet for å foreta en utbygging i eget løp. Aller minst kunne de gårdbrukerne som var selgere, forutse denne muligheten. Oppkjøperne var «gjengangere», selgerne var «éngangere» – for dem var dette et engangstilfelle. Det var nok kjøperne som sto for utformingen av kontraktene, og det er atskillige historier om at selgerne ble forespeilt «gull og grønne skoger» gjennom den utnytting av vassdraget til kraftproduksjon som kjøperne stilte i utsikt.²⁷ Men omstendighetene omkring kontraktsinngåelsen for det enkelte vassdraget er det vanskelig å få klarlagt etter mange tiår – nå over hundre år. Sosiale elementer i avtaletolkingen er blitt mer fremtredende i de siste femti år enn de var da kontraktene ble inngått. Alt dette kan forklare at den objektive ordlyden av avtalene fikk spille en avgjørende rolle ved tolkingen.²⁸

26 Det kan f.eks. være tale om «eiendomsretten til vassdraget», «all vannrett» (Rt. 1961 s. 1282), «rett til vannfallet» eller «fallrettigheter i vassdraget». De siste formuleringene kan oppfattes som mer begrenset enn de første. Men begrepet «fallrett» har ikke et entydig innhold i praksis, jf. NOU 1994:12 s. 155. Bruk av denne termen kan derfor neppe i seg selv avgjøre tolkingen. Om terminologien se videre Katrine Broch Hauge, *Erstatningsnivået ved tvangsovertaking av fallrettar*, 2015 s. 42–43.

27 Jf. Arne Selvik og Gudmund Hernes, *Dynamikk i borehullene*, 1977 s. 15–22. Når det gjelder Mardøla, skal byggelederen for de første utbyggingsarbeidene i Aura (1913–40) ha uttalt at selgerne ble lovet at fossen skulle bli utbygd i Eikesdalen, se Finn Alnæs: *Svart snø*, 1976 s. 142.

28 Dette kan ha blitt bestyrket av Rt. 1969 s. 250: Ved salget av Bleskestadelva hadde grunneierne tatt forbehold av hensyn til behov som de kjente til, nemlig behov for driftsvann til sag, møllebruk og tømmerfløting. Høyesterett betraktet ikke det som noen indikasjon på at overdragelsen var begrenset til å gjelde utbygging i eget løp, og la i stedet vekt på at et vassdrag kan bli tørlagt ikke bare ved en overføring – også en regulering eller utbygging i eget løp kan medføre tørrlegging til tider av året eller i deler av vassdraget. Tvert om mente Høyesterett at det var intet som pekte hen mot «noen begrensning i kjøperens adgang til å utnytte de tekniske muligheter til enhver tid ved utbygging av vassdraget» (min utheving).

Den andre saksbehandlingsfeilen som ble gjort gjeldende, knyttet seg til spørsmålet om tilleggsvederlag²⁹ som følge av urimelig lavt vederlag for overdragelsen av fallrettene. Vassdragsreguleringsloven hadde nemlig – frem til 1992 – en uttrykkelig hjemmel for konsesjonsvilkår om tilleggsvederlag der ervervet var skjedd for en pris som sto i et åpenbart misforhold til verdien og fallretten hadde ligget unyttet i lengre tid (§ 12 nr. 18 annet ledd).³⁰ Etter denne bestemmelsen kunne tilleggsvederlaget bestå i et engangstillegg til kjøpesummen, en årlig avgift eller en godtgjørelse i annen form.

Ved Aura-reguleringen var det gitt et slikt tilleggsvederlag. I Mardøla-saken ble det ikke satt noe konsesjonsvilkår om det. Proposisjonen (St.prp. nr. 42 (1969–70)) viste ikke om spørsmålet hadde vært vurdert, men Høyesterett la til grunn at det var gjort, og at Stortinget var kjent med kravene om tilleggsvederlag. Etter den forklaringen som vassdragsdirektøren i NVE ga under saken, var det en restriktiv praksis med å sette slike konsesjonsvilkår om tilleggsvederlag.³¹ Høyesterett antok at spørsmålet om tilleggsvederlag hadde kommet i bakgrunnen fordi konsesjonsvilkårene innebar ekstraordinært store tilskudd til næringsfond og til veiutløsning for Eikesdal.³² Dette dekkes nok av det alternativet «godtgjørelse i annen form» som loven hadde for tilleggsvederlag. Men hvis problemet var et urimelig lavt vederlag til grunneierne for fallrettene, er det ikke gitt at et næringsfond og en veiutløsning som også kommer andre til gode, er en adekvat kompensasjon til grunneierne.

Ville det være en saksbehandlingsfeil om konsesjonsmyndighetene lot være å vurdere spørsmålet om tilleggsvederlag? Det beror på om de hadde noen plikt til å gjøre det. Regelen om tilleggsvederlag hørte etter vregl. § 12 til de mange «grunnregler» som det etter bestemmelsen «skal» fastsettes konsesjonsvilkår i samsvar med. Samtidig innebar § 12 nr. 18 annet ledd bare en kompetanse til å fastsette tilleggsvederlag – ingen grunneier hadde krav på at det ble fastsatt.³³ Loven selv ga derfor ikke noe klart grunnlag for en plikt for

29 I Rt. 1973 s. 107 – og ofte ellers – brukes i stedet termen «tilleggserstatning». Men den er egnet til forveksling med reglene om 25 % tilleggserstatning etter vregl. § 16 nr. 3 og (nå) vrl. § 51.

30 Regelen sto opprinnelig i vregl. § 12 nr. 9, og en tilsvarende regel fantes i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall mv. (vannfallskonsesjonsloven) § 2 fjerde ledd nr. 14. I Ot.prp. nr. 69 (1966–67) s. 36 og 86 foreslo departementet dem opphevet og uttalte at sekkebestemmelsen for konsesjonsvilkår ville gi hjemmel for et slikt vilkår i de «ekstreme tilfelle» hvor det fremdeles kunne være aktuelt. Storkomiteen var ikke enig og mente at avtaleloven §§ 31 og 33 ikke ville gi grunnlag for å kreve noe tilleggsvederlag (Innst. O. XI (1968–69) s. 8 og 24–25), og bestemmelsen ble opprettholdt og flyttet til § 12 nr. 18 annet ledd. I 1992 ble den endelig opphevet ved en ukommentert konsekvensendring av at tilleggsvederlagsregelen i vannfallskonsesjonsloven § 2 tredje ledd nr. 23 ble opphevet. Den sist nevnte regelen ble ansett uaktuell fordi selgerne nå til dags var bevisst verdien som vannfall har, og fordi generalklausulen i avtaleloven § 36 eventuelt kunne brukes til å rette opp klare misforhold (Ot.prp. nr. 50 (1991–92) s. 86–87). Om disse betraktningene gjaldt like godt for gamle overdragelser der reguleringen hadde latt vente på seg, ble ikke drøftet og kanskje tatt for gitt. Men etter hundre år kan det hevdes at gammel urett får ligge.

31 Denne forklaringen synes å være godt i tråd med departementets holdning i Ot.prp. nr. 69 (1966–67) s. 36 sp. 2. Men Stortinget forkastet altså det forslaget til lovendring som bunnet i departementets holdning (jf. note 30).

32 Overskjønnsretten antok for sin del at manglende tilleggserstatning til grunneierne ved Mardøla-reguleringen hang sammen med at det var gitt en ganske betydelig tilleggserstatning ved Aura-reguleringen (overskjønnet s. 30). Begrunnelsen for dette synspunktet må være at salgene av fallretter i Aura og Mardøla skjedde under ett. Høyesterett gikk ikke inn på synspunktet.

33 Jf. Olaf Amundsen, *Lov om vassdragsreguleringer av 14 desember 1917* (nr. 17), 1928 s. 123.

vassdragsmyndighetene til å vurdere spørsmålet under konsesjonsbehandlingen. Men det er iallfall naturlig å si at krav fra en grunneier om tilleggsvederlag, ville utløse en plikt til å ta stilling til kravet.

Det er uvisst i hvor klare ordelag oppsitterne hadde satt frem krav om tilleggsvederlag. Det var tatt opp av Norges Bondelag,³⁴ og ifølge høyesterettsdommen også reist under stortingskomiteens befaring i Eresfjord og Eikesdal.³⁵

Måtte oppsitterne ha talt tydeligere under konsesjonsbehandlingen for å utløse en plikt til å vurdere tilleggsvederlag? Det kunne ha påført dem et taktisk dilemma. Deres prinsipale syn var jo å unngå en utbygging av Mardøla – iallfall ved en overføring til Grytten. Bare for det tilfellet at de ikke vant frem, ville de ønske et tilleggsvederlag. Høyesterett uttalte at «Stortingets vedtak fremtrer som resultat av en langvarig konsesjonsbehandling og en grundig debatt, hvor de som ble berørt av Grytten-prosjektet hadde full anledning til å fremkomme med sitt syn».³⁶ Men oppsitterne kunne nok mene at en fremheving av deres subsidiære krav kunne svekke gjennomslagskraften for deres prinsipale syn. Det er ikke alle som er like trent som jurister til å argumentere prinsipalt og subsidiært uten at de subsidiære synspunkter virker inn på den prinsipale drøftingen. Ialffall i politikken må man være forberedt på et slikt overslag. Det kunne derfor svekke oppsitternes stilling i saken om man krever at de stilte et klart krav om tilleggsvederlag for at konsesjonsmyndigheten skulle ha plikt til å vurdere det.

Sett at det forelå en saksbehandlingsfeil ved at kravet om tilleggsvederlag ikke var vurdert, ville det gjøre reguleringskonsesjonen ugyldig? Dette spørsmålet om ugyldighet måtte nok løses etter regelen i fvl. § 41, anvendt analogisk. Det er grunn til å tro at feilen ikke ville ha virket inn på vedtaket som helhet – et tilleggsvederlag ville sikkert ikke ha vippet vektskålen i retning av avslag. Det måtte i tilfelle bli tale om en form for delvis ugyldighet, nemlig at avgjørelsen ble kjent ugyldig bare så langt den unnlot å ta stilling til kravet om tilleggsvederlag.

Hvor god grunn det kunne være til å gi et tilleggsvederlag, kan ikke ses isolert fra hva grunneierne ville få erstattet under ekspropriasjonsskjønnet. Et sentralt spørsmål her er om de har rett til erstatning både for fallrettene og for skader og ulemper på sin gjenværende eiendom, eller om det er tale om et «enten–eller».³⁷ Sagt med andre ord: Er en avtale om vederlag for fallrettene slik å forstå at det også dekker kompensasjon for skader og ulemper på eiendommen for øvrig?³⁸

34 Se St.prp. nr. 42 (1969–70) s. 26 sp. 2.

35 Rt. 1973 s. 107 (113).

36 Rt. 1973 s. 107 (113).

37 Dette er et klassisk og til dels uavklart spørsmål i ekspropriasjonsretten. Se Ingolf Vislie i Thor Falkanger og Kjell Haagenen (red.), *Vassdrags- og energirett*, 2002 s. 522–30.

38 Også etter ekspropriasjonslovgivningen blir det avgjørende om erstatningen for det eksproprierte også dekker ulempene, jf. lov 6. april 1984 nr. 17 om vederlag ved overføring av fast eiendom § 7.

Den alminnelige regelen er at grunneieren skal ha full erstatning, men ikke erstatning dobbelt opp. Hva som vil være erstatning «dobbel opp», har det vært delte meninger om. Skader og ulemper kan ha forskjellig tilknytning til det vassdraget som grunneieren får vederlag eller erstatning for. Står tapt fiske, reduserte muligheter for ferdsel og fløting, tapt sjølgjerde, tørkeskader på omkringliggende mark og endrete lokalklimatiske forhold i samme stilling? Ved Aura-reguleringen fikk ikke grunneierne i Eikesdal erstatning for tapt fiske og vanskeliggjort tømmerfløting ved siden av det vederlag de hadde fått for fallrettene (Rt. 1961 s. 1282 (1286)). Det later til at Høyesteretts generelle syn i denne dommen var at det ikke kunne kreves erstatning for skader og ulemper i tillegg til den kjøpesum som ble betalt for vannrettighetene. Men for grunnvannskader ble synspunktet modifisert, fordi man på overdragelsestidspunktet ikke kunne vente at en vanlig jordbruker i Eikesdal skulle være oppmerksom på virkningen som reguleringen av Aura kunne få for jordbruksarealene omkring vassdraget.

Hvis erstatning for skader og ulemper blir avskåret med den begrunnelse at det allerede er dekket gjennom vederlag for fallrettene, blir det et desto mer aktuelt spørsmål om dette vederlaget har en rimelig størrelse når det skal dekke skader og ulemper. Blir de ikke erstattet under skjønnnet, kunne nettopp et lavt opprinnelig vederlag tilsi at vassdragsmyndighetene vurderte et konsesjonsvilkår om tilleggsvederlag. Men den usikkerheten som det har vært om hva som kan bli erstattet under ekspropriasjonsskjønnet, forplanter seg tilbake til spørsmålet om en plikt til å vurdere tilleggsvederlag.

Konsesjonsbehandlingen vurdert i ettertid

Konsesjonsbehandlingen i Mardøla-saken fikk en god generell attest av Høyesterett:

«Stortingets vedtak fremtrer som resultat av en langvarig konsesjonsbehandling og en grundig debatt, hvor de som ble berørt av Grytten-prosjektet, hadde full anledning til å fremkomme med sitt syn. ... Om de krav som kan stilles til konsesjonsbehandlingen generelt, viser jeg til dom i Rt. 1963 side 1288 (Tokke). Heller ikke i nærværende sak finner jeg det tvilsomt at reguleringssaken har vært slik forberedt at det forelå fullt tilstrekkelige opplysninger før planen ble vedtatt av Stortinget.» (Rt. 1973 s. 107 (113).)

Målt med ettertidens mål tar det seg annerledes ut. Allerede før konsesjonsbehandlingen var fullført, var forvaltningsloven trådt i kraft og vassdragsreguleringslovens saksbehandlingsregler endret med sikte på å styrke allmenne interesser under saksbehandlingen. Denne utviklingen skulle fortsette i årene fremover og fikk kanskje sitt klareste uttrykk i kravene til konsekvensutredninger, som til slutt ble regelfestet med hjemmel i plan- og bygningsloven 1985.

Stortingsproposisjonen i Mardøla-saken var i alt på 53 sider – større enn for mange tidligere store kraftutbyggingssaker, men klart mindre enn det som senere ble vanlig. Viktigere er imidlertid underlagsmaterialet for proposisjonen: Den bygger så å si utelukkende på søknaden fra Statskraftverkene og uttalelser fra høringen om den, mest uttalelser fra offentlige høringsinstanser. Statskraftverkenes søknad ble utførlig gjengitt. Den gjorde åpent rede for de to utbyggingsalternativene til henholdsvis Eikesdal og Grytten for at konsesjonsmyndighetene ikke skulle være bundet til det alternativet som søkeren foretrakk.³⁹ Søknaden er likevel konsentrert om å fremstille de planlagte anleggene og hvordan de skal gjennomføres teknisk, sammen med en vurdering av anleggstekniske og driftstekniske fordeler og ulemper og økonomisk vurdering av rentabiliteten som grunnlag for å velge mellom de to hovedalternativene.

Det er særlig to trekk ved konsesjonsbehandlingen som skiller den fra det man forventer i dag.

For det første bygger ikke omtalen av skader og ulemper ved utbyggingen på noen utredninger eller undersøkelser foretatt av uavhengige sakkyndige. Det er ingen tilløp til en slik konsekvensutredning som i dag er en selvfølge. Fremstillingen er konsentrert om de særskilte skader og ulemper som vil følge av den foreslåtte utbyggingen; den samlede belastning på økosystemet i Eikesdalen og Eresfjord som følge av de suksessive utbyggingene er ikke et tema. Det blir gjort rede for at Mardalsfossen i realiteten vil bli tørrlagt, men det er ingen analyse av hvilken verdi den innebærer som Nord-Europas høyeste fossefall, og ingen klarlegging av virkningene for det økosystemet som fossen påvirker.

For det annet har proposisjonen bare en begrenset analyse av behovet for utbyggingen i lys av mulige alternativer. I enhver konsesjonsbehandling skal fordelene ved det omsøkte tiltaket veies mot ulempene som det vil medføre. Behovet for – og dermed den viktigste fordelene av – Mardøla-utbyggingen blir i hovedsak tatt for gitt i lys av tidligere vurderinger av målet om økt energiproduksjon og antakelser om underdekning i forsyningsområdet med henvisning til etterspørsel etter energi for utvidelser av aluminiumsproduksjonen på Sunndalsøra.⁴⁰ Ingen alternativer til energiproduksjon som kunne spare Mardalsfossen, ble vurdert i stortingsproposisjonen.

Virkemidler til å få opp i dagen alternativer til denne utbyggingen, var i emning. Den første verneplanen for vassdrag var under forberedelse. I 1963 forelå utredningen fra Undersøkelseskomiteen vedrørende fredning mot vassdragsutbygging (Gabrielsen-komiteen). Den førte opp en liste over 14 fossefall som utpregete turistattraksjoner, blant dem Mardalsfossen, som i utgangspunktet burde overveies fredet. For Mardalsfossen var komiteen likevel innstilt på å akseptere en utbygging hvis det ble sluppet normal vannføring i turist-

39 Se Statskraftverkenes søknad sitert i St.prp. nr. 42 (1969–70) s. 2 og 6. En detaljert beskrivelse av Statskraftverkenes subsidiaere alternativ, utbygging til Eikesdal, ble riktig nok utelatt.

40 Se St.meld. nr. 19 (1966–67) Elektresitetsforsyningen i Norge, med vedlegg 1 utarbeidet av NVE.

tiden om sommeren. I sin innstilling om utredningen foreslo Hovedstyret for NVE i 1965 å sette i gang et «utredningsarbeid for å belyse mulighetene for å bevare fossene helt eller delvis uberørte, alle forhold tatt i betraktning», og det ble opplyst at utredningsarbeidet var satt i gang for Mardalsfossen.⁴¹ En stortingsmelding om Gabrielsen-komiteens utredning ble først fremmet i 1969. Med tanke på en utbygging av Mardøla var det da for lengst gitt bevilgning til forberedende arbeider som ville komme til nytte uansett utbyggingsalternativ.⁴² Men i stortingskomiteens innstilling om denne meldingen sies det likevel at «[d]et er fem fosser som er del av områder hvor det pågår alternative utredninger om hel eller delvis utbygging med eller uten fossene: Låtefoss, Vøringsfossen, Mardalsfossen, Månafossen og Laksfossen. Standpunkt til utbygging eller fredning av disse kan ikke tas før dette resultat foreligger for Stortinget.»⁴³

Noe slikt resultat ble aldri forelagt Stortinget. Det er vanskelig å se at en *slik* utredning har satt spor i Statkraftverkenes søknad om utbygging fra 1966 og Hovedstyrets innstilling om søknaden fra 1968.⁴⁴ Da Mardalsfossen kom til Stortinget, var det ikke i form av et valg mellom fredning og utbygging, men som et valg mellom to utbyggingsalternativer som begge tørrla fossen. En sendrektig saksbehandling om fredningsspørsmålet hadde gjort det mulig for utbyggerne å innhente fredningstanken og få den lagt til side, i stedet for å sørge for en parallell og balansert vurdering av de to handlingsalternativene – slik det senere skjedde for Hardangervidda, Saltfjellet-Svartisen og vassdragene på nordvestsiden av Jostedalsbreen.

Stortingsdebatten ble ledet av stortingspresident Bernt Ingvaldsen. Han hadde som medlem av Hovedstyret i NVE gått inn for Statskraftverkenes søknad. Som president la han vanser i veien da en representant ville foreslå saken utsatt.⁴⁵ Det ble ikke reist spørsmål om Ingvaldsens deltakelse i Hovedstyret tilsa at han ikke burde lede stortingsdebatten. Men denne kombinasjonen av funksjoner kan ha økt harmen over saksbehandlingen som en del engasjerte følte.

41 Se St.meld. nr. 26 (1968–69) om spørsmål angående fredning av visse områder mot inngrep som har sammenheng med utbygging og regulering av vassdrag m.v. for elektrisitetsforsyning s. 25 sp. 2.

42 St.meld. nr. 26 (1968–69) s. 34–35.

43 Innst. S. nr. 305 (1968–69) s. 578–79.

44 Det var bare produksjonstapet og de økonomiske konsekvenser for utbyggingen ved å bevare Mardalsfossen som ble belyst, se St.prp. nr. 42 (1969–70) s. 9 og 31.

45 Se St.forh. (1969–70) s. 3636 og 3645–46.