

Det juridiske fakultet

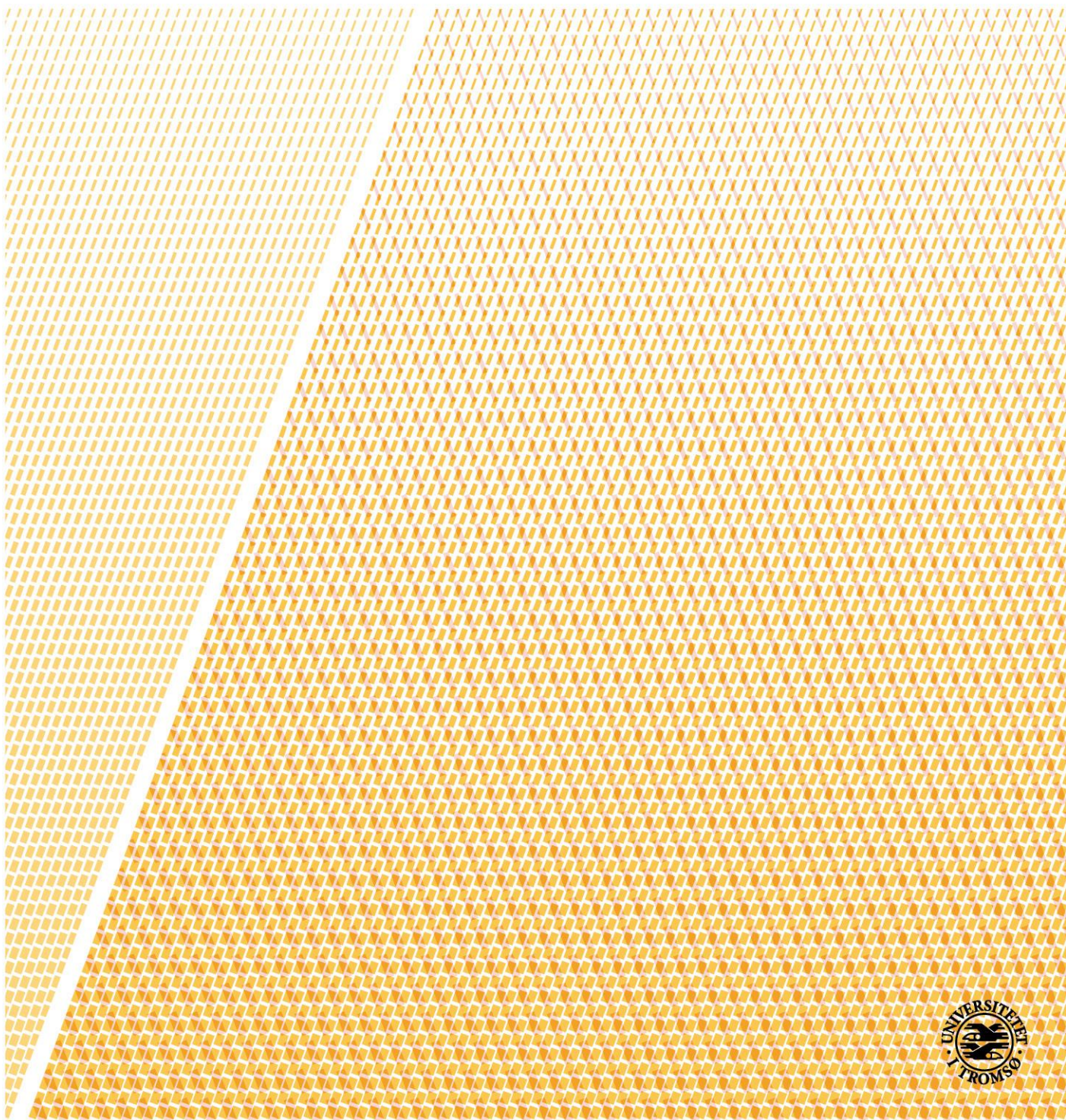
# Om avtaletolkningens vesen

*teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen*

—

**Lisa Mattea Elvevold**

*Avhandling levert for graden philosophiae doctor – april 2019*





«Det finns rättsliga fält som inte kan (inte låter sig) analyseras i realistiska termer.  
Mörk materia.»

*Joel Samuelsson*



# Innholdsfortegnelse

<i>Anslag</i> .....	1
<b>1 Det som må sies først</b> .....	<b>3</b>
1.1 Aller først .....	3
1.2 Tematisering .....	3
1.3 Problematisering .....	9
1.4 Konkretisering.....	16
1.5 Manøvrering.....	18
<b>2 Enigheten</b> .....	<b>23</b>
2.1 Det var en gang .....	23
2.1.1 Avtalefiksjonen .....	23
2.1.2 Språket fanger .....	25
2.1.3 Frihet og vilje .....	27
2.2 En (alvorlig) lek med ord .....	34
2.2.1 Avtalebegrepet .....	34
2.2.2 Litt mer om teoriens praktiske utgangspunkt .....	39
2.2.3 Fra viljeserklæring til avtalestiftende rettsfaktum.....	43
2.2.4 Objektiviseringen er til å ta og føle på .....	50
2.3 Tolkningsspørsmål .....	53
2.3.1 Binding og innhold.....	53
2.3.2 Tolkning fordrer tvist .....	57
<b>3 Partsviljen</b> .....	<b>61</b>
3.1 Teorikamp .....	61
3.1.1 Den største dikotomien.....	61
3.1.2 Realismens inntog .....	64
3.1.3 Stråmannsteori.....	71
3.2 Etterdønninger.....	75
3.2.1 Roen senker seg.....	75
3.2.2 Forsoning.....	77
3.2.3 Ambiøs ny giv .....	79
3.2.4 Intensjonens renessanse? .....	81
3.3 Et nygammelt alternativ .....	84
3.3.1 Meningen med viljebegrepet .....	84
3.3.2 Partsviljen som tolkningstema .....	86
3.3.3 Ja, men.....	94

3.3.4	Begrep om tolkning – et tolkningsbegrep .....	98
3.4	Å tolke objektivt eller subjektivt.....	102
3.4.1	Enda en start .....	102
3.4.2	På leting etter forskjellen.....	106
3.4.3	Ytre uttrykk for indre mening .....	114
3.5	Teori i praksis .....	122
3.5.1	Rt. 2014 s. 866.....	122
3.5.2	En annerledes domsanalyse.....	124
3.5.3	Malapropos.....	132
<b>4</b>	<b>Normativiteten.....</b>	<b>135</b>
4.1	Tolkning, tolkning og utfylling.....	135
4.1.1	Tolkningsvirksomheten .....	135
4.1.2	Fra primitiv bokstavtolkning... ..	137
4.1.3	...til tolkning og noe mer .....	142
4.2	Variasjoner over samme tema.....	145
4.2.1	Gordisk knute, eller transportetappe?.....	145
4.2.2	Sideblikk.....	150
4.2.3	Mellom to stoler .....	155
4.2.4	Rettsliggjøring.....	163
4.3	Rettsanvendelse, bevisbedømmelse og ... avtaletolkning.....	170
4.3.1	Teksttolkning.....	170
4.3.2	Avtalens egen normativitet.....	174
4.3.3	Balansegang .....	180
4.3.4	Lakmustesten.....	185
4.4	Det avtalerettslige spenningsfeltet .....	194
4.4.1	All avtalerett kretser rundt partsviljen.....	194
4.4.2	Individuelt og generelt til evig tid .....	197
4.4.3	I praksis et metodevalg.....	205
<b>5</b>	<b>Fremgangsmåten .....</b>	<b>207</b>
5.1	Veien og målet .....	207
5.1.1	Teori om praksis.....	207
5.1.2	Rett og rettsanvendelse.....	212
5.1.3	Klimaforandringer .....	215
5.2	U/virkelige vurderinger.....	221
5.2.1	Vurderinger på norsk.....	221
5.2.2	Frem i lyset.....	223
5.2.3	Tvekamp.....	229
5.3	Regler om regler .....	237

5.3.1	Tolknings dilemma.....	237
5.3.2	Inn i kontrollerte former.....	239
5.3.3	Det står ikke på forsøkene.....	246
5.3.4	I dialog med reglene.....	251
5.4	Dømmekraften.....	259
5.4.1	Å praktisere jus.....	259
5.4.2	Avtaletolkning og annen juridisk hermeneutikk.....	265
5.4.3	En rimelig tolkning.....	270
<b>6</b>	<b>Det som nå kan sies.....</b>	<b>275</b>
6.1	Selvrefleksjon.....	275
6.2	Rekapitulasjon.....	277
6.3	Avtaletolknings vesen.....	279
6.4	Rykk tilbake til start.....	282
<b>Kilder</b>	<b>.....</b>	<b>287</b>





## Anslag

«Angaaende Contracters Fortolkning lader der sig vanskelig bestemme noget i Almindelighed, da Alt kommer an paa at udfinde Parternes Mening, som man kan tænke sig udtrykt paa saa uendelig forskjellige Maader, at det kun vilde være til liden Nytte, om man her forsøgte paa at opstille vejledende Regler. – Det forstaar seg af sig selv, at man ikke af Bestemmelsen i L. 5–1–2, at Contracter skal holdes i alle sine Punkter, maa lade sig forlede til at antage (...), at alle Contracter hos os, ligesom de romerske *contractus stricti juris*, skulle være undergivne en stræng bogstavelig Fortolkning, hvorved alene blev taget Hensyn til Ordene; thi alt, hvad Parterne have meent og villet, hører til en Contracts Punkter, og forsaavidt man derfor med Bestemthed kan skjønne, at Parterne have meent og villet noget Andet end Ordene udtrykke, er det klart, man ikke maa binde sig til Ordene, der kun have Betydning forsaavidt de kunne ansees som virkelige Betegnelsesmidler for Contrahenternes Tanker. (...) Vistnok kan der undertiden være Føje til at anvende en mindre, undertiden en mere stræng Fortolkning ved Contracter; saaledes maa man vel i Regelen antage, at mundtlige Contracter ikke kan forstaaes saa stricte som skriftlige, ligesom atter med Hensyn til disse altid en strengere Fortolkning maa blive at anvende, med jo mere Detail og Nøjagtighed Parterne have lagt an paa at udtrykke de enkelte Punkter i deres Overenskomst. Men dette kommer ikke deraf, at de skriftlige Contracter som saadanne er mere *stricti juris* end mundtlige, hvorimod Grunden er den, at Parterne ved Affattelse av skriftlige Contracter maa præsumeres med større Omhu og Forsigtighed at have vejet deres Ord og Udtryk, saa at man bedst vil ramme deres virkelige Mening ved at holde sig til, hvad Ordbetydningen tilsigter. – Forsaavidt en skriftlig Contract sees at være usædvanlig skjødesløst affattet, kan der derfor ofte være Grund til at gaa udenfor Ordene og anvende en friere Fortolkning.»<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Fr. Hallager, *Obligationsret*, s. 63-64.



# 1 Det som må sies først

## 1.1 Aller først

«I stället för att anpassa rättsdogmatiken till den vid tillfället mest inflytelserika riktningen borde den akademiska juristen fundera på det hon verkligen gör.»<sup>2</sup>

Avtaletolkning kommer an på. Med disse vage, og ved første øyekast intetsigende, ord, begynner denne avhandlingen – en undersøkelse i avtaletolkningens verden. Siktemålet med avhandlingen er å bidra til forståelse av avtaletolkningens vesen.<sup>3</sup> Forskningsprosjektet har imidlertid endret seg underveis; det jeg trodde jeg skulle finne ut av, fant jeg ikke, og det jeg fant, gjorde at prosjektet endret karakter. Arbeidet med avhandlingen har fått meg til å se annerledes på avtaletolkning enn jeg gjorde før, og det er dette jeg nå vil dele med omverdenen.<sup>4</sup>

## 1.2 Tematisering

«Tolkningslæran är en plats för juridisk självreflektion»<sup>5</sup>

Avtalens betydning for menneskets historie kan nesten ikke overspilles.<sup>6</sup> Med avtaler kan menneskene handle og samhandle.<sup>7</sup> Tro på at det går an å komme til enighet, og

---

<sup>2</sup> Aleksander Peczenik, *Juridikens almänna läror*, s. 249. (Kursivering fjernet av meg.)

<sup>3</sup> «Relevant rettsforskning kan som utgangspunkt sies å være et bidrag til å utdype og utvikle rettsvitenskapelig kunnskap og forståelse», skriver Synne Sæther Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 136.

<sup>4</sup> Selv om jeg ikke er i posisjon til å kreve det, ber jeg om at leseren stiller med et åpent sinn. (Nietzsche derimot ... han kunne insistere på at «[d]en leseren som jeg forventer noe av, må ha tre egenskaper; han må være rolig og lese uten hast, han må ikke alltid legge seg selv og sin egen 'dannelse' imellom, endelig må han ikke ved slutten av foredraget forvente tabeller som resultat», se *Om våre dannelsesinstitusjoners fremtid*, s. 12.)

<sup>5</sup> Joel Samuelsson, *Tolkningslærans gåta*, s. 196. Se også Håkan Andersson, *Skyddsåndamål och adekvans*, s. 177: «Den egentliga metodlæran är alltså en rettsvetenskapens självreflexion över sitt eget tillvägagångssätt.»

<sup>6</sup> Se også Kristian Huser, *Avtaletolkning*, s. 28: «Det er neppe nødvendig å dvele ved avtalers fundamentale betydning i et moderne samfunn», og Alf Petter Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 154: «Avtalen representerer det uten sammenlikning viktigste instrumentet private rettssubjekter har til å organisere sine rettslige mellomværender.»

<sup>7</sup> For å bli litt pompøs; evnen til å avtale kan sies å være kjennetegnende for menneskearten. Yuval Noah Harari, *Sapiens*, forteller en fascinerende historie om hvordan menneskets sosiale, kognitive og kreative evner har gjort oss til verdensherskere (på godt og vondt). Det er selve evolusjonen som

tillit til at enigheten oppfylles, har gjort menneskene i stand til de utroligste ting.<sup>8</sup> Så kan avtalen selvsagt også være en kilde til besvær og misère. Slett ikke alle avtaler er til gjensidig nytte og glede, ikke alle avtaler oppfylles etter sin hensikt, og mye ressurser kan gå med til å krangle om en avtale i det hele tatt er kommet i stand, om den er gyldig eller hva partene har blitt enige om – hvordan avtaler tolkes – som er temaet her.

Uten å foregripe for mye innledningsvis, en avtale er en enighet, og avtaletolkning er fremgangsmåten vi bruker for å komme frem til innholdet i avtalen. Det hjelper lite å være enige om man ikke også kan gjøre rede for hva enigheten går ut på.<sup>9</sup> Avtalen og tolkningen er ett. Sånn sett må alle avtaler, fra den enkleste til den mest komplekse overenskomst, tolkes for at innholdet skal bringes på det rene.

Dette prosjektet begynte med spørsmålet: «Hvordan skal entreprisekontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket tolkes?»<sup>10</sup> Utgangspunktet mitt var, slik det fortsatt er, avtaletolkningslæren. Planen var å ta tolkningslæren, slik vi kjenner den, identifisere de rettslige problemstillingene som oppstår ved tolkning av entrepriser med offentlige byggherre, for deretter å løse disse etter en rettsdogmatisk metode.<sup>11</sup> Etter hvert som prosjektet skred frem, støtte jeg imidlertid stadig på kvist. Nå bør en stipendiat selvsagt kunne forsere faglige vanskeligheter dersom det skal kunne komme noe interessant ut av undersøkelsene.<sup>12</sup> Problemet var bare at de vanskelighetene jeg møtte på, nesten uten unntak, handlet om selve tolkningslæren, og ikke om de «nye»

---

har ført til at «[s]apiensene kan samarbeide på ekstremt fleksible måter med uendelig mange fremmede», se s. 38.

<sup>8</sup> Selv om man i dag gjerne forbinder avtaler med økonomiske instrumenter i samfunnets tjeneste, skal man ikke kimse av de rent menneskelige aspektene, se eksempelvis Harari, *Sapiens*, s. 40: «Det finnes ingen guder i universet, ingen nasjoner, ingen penger, ingen menneskerettigheter, ingen lover og ingen rettferdighet utenfor menneskets felles fantasi.» Ingen avtaler heller.

<sup>9</sup> Eller, man kan godt bli enige om noe uten å gjøre rede for det, men idet vi begynner å reflektere over saken, er vi i gang med tolkningen.

<sup>10</sup> Det var høyesterettsdommer innenfor dette fagområdet som først fanget forskningsinteressen, eksempelvis Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt», Rt. 2012 s. 1729 «Mika» og dessuten en dom om en tjenestekonsesjonskontrakt i Rt. 2014 s. 866 «Fjord1».

<sup>11</sup> En slik avhandling ville trolig begynt med å påpeke temaets aktualitet og samfunnsnytte ved å vise til at det offentlige anskaffer for 500 milliarder årlig, og at entreprisekontraktenes kompleksitet og dynamiske natur gir grobunn for mange tvister. Deretter ville det fulgt en redegjørelse for tolkningslæren, en gjennomgang av de anskaffelsesrettslige reglene som kan få betydning og en redegjørelse for typiske problemområder i entreprisekontrakter som så ville munnet ut i hvilke nye rettslige problemstillinger møtet mellom disse rettsområdene kan avstedkomme. Dernest ville fulgt analyser av rettspraksis i håp om å kunne si noe om hva som kjennetegner tolkningen av denne typer kontrakter. Slik gikk det imidlertid ikke.

<sup>12</sup> Hvilke krav som stilles til rettsvitenskapelige arbeider, kan det selvsagt være delte meninger om. Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 133 flg., mener *relevans, soliditet og originalitet* er grunnleggende forskningsverdier: «Rettsforskning må altså kort og forenklet sagt, gi et relevant og til en viss grad innovativt bidrag til kunnskap og forståelse om retten – frembragt og formidlet på en solid måte.»

problemstillingene. Hva menes med objektiv eller subjektiv tolkning, tenkte jeg for eksempel mens jeg analyserte en dom hvor temaet var aktuelt.<sup>13</sup> Alle tolkningsmidler må jo komme objektivt til uttrykk på et eller annet vis, og hva annet enn et subjektivt innhold kan de gi uttrykk for? Der jeg i utgangspunktet var forberedt på å gå i dybden på anskaffelsesretten og sloss med kompliserte entreprisekontraktstrukturer, havnet jeg uavlatelig tilbake i det som kan kalles de «klassiske» spørsmålene. Problemene jeg viklet meg inn i, handlet om avtaletolknings vesen – dens (rettslige?) identitet.

Tidlig kom jeg dessuten frem til at det ikke er mulig, for meg i alle fall, å si noe om hvordan disse kontraktene, eller noen andre kontrakter, *skal* tolkes.<sup>14</sup> I høyden kunne jeg analysere hvordan kontrakter faktisk har blitt tolket før, og eventuelt forsøke å systematisere tidligere argumentasjon for så å gi kvalifiserte gjetninger om hvordan senere tolkninger kan komme til å se ut. For å kunne gjøre det, måtte jeg godta de underliggende premissene i tolkningslæren, men så var det nettopp disse jeg fant det så besnærende å undersøke. Prosjektet tok en helomvending.<sup>15</sup>

«En vesentlig del av forskerens privilegium er nemlig friheten til å revurdere egne standpunkt og bli inspirert av en innfallsvinkel man ikke har tenkt på før.»<sup>16</sup>

Fra å stå med bena plantet i tolkningslæren og skue utover, flyttet jeg blikket til der jeg sto og gjorde tolkningslæren til undersøkelsesobjektet, heller enn utgangspunktet, for forskningen.<sup>17</sup> Tolkningslæren har vært satt under lupen mange ganger tidligere, og i

<sup>13</sup> Den aktuelle dommen, Rt. 2014 s. 866 «Fjord1», analyseres under i punkt 3.5.

<sup>14</sup> Denne erkjennelsen er ikke min oppdagelse. Som jeg skal komme tilbake til flere ganger, mener de fleste at det ikke kan stilles opp klare regler for avtaletolking. Foreløpig nøyer jeg meg med å vise til Fredrik Stang, *Viljesdogmet*, s. 345, som når han drøfter viljen, tilliten og erklæringen, skriver: «Vanskeligheden er derimod den, at vor Rets Stilling overhovedet ikke kan gjengives i en enkelt Sætning. Hvilken Regel man end opstiller, maa man gjøre Undtagelser fra den. Man maa derfor gi Afkald paa at opstille noget Dogme eller noget Princip. Det eneste, man kan tilstræbe, er at samle det Væsentligste i en enkelt Sætning, og saa udstyre den med fornødne Undtagelser.» På mange måter handler denne avhandlingen om hvorfor det er sånn, og det mener jeg har med (avtale)tolknings vesen å gjøre.

<sup>15</sup> Om å endre retning for forskningen, se også Carl Jacob Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 21: «Man må bare være klar til å gi slipp på sin arbeidshypotese når man oppdager at utvalget er skjevt.» Og Christina Ramberg, *Erfarenheter som kan vara til nytte för doktorander i juridik*, s. 14: «Det är vanligt att det ursprungliga problemet träder i bakgrunden och att nya infallsvinklar känns mer angelägna. Då är det viktigt att vara flexibel.»

<sup>16</sup> Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 157.

<sup>17</sup> For å fortsette bildebruken; det betyr at jeg har vært nødt til å løfte først den ene så den andre foten, og samtidig prøvd å holde balansen fordi jeg jo selv er deltaker i den akademiske disiplinen jeg skriver om. Eller som Juha-Pekka Rentto, *Rättsfilosofi, rättsteori, rättslära, rättsvetenskap?*, s. 14, formulerer det: «I såväl rättsfilosofi som i rättslära gäller det inte så mycket om att veta, utan om att förstå, som man brukar uttrycka det, därför att den som forskar i rätten i själva verket forskar i sig själv som rättslig varelse – forskningssubjektet ingår i sitt objekt.»

så måte er dette et vågalt prosjekt.<sup>18</sup> Selv om avtaler, og avtaletolkning, nok alltid har vært på den juridiske agendaen på en eller annen måte, har likevel ikke tolkningslæren alltid vært en akademisk disiplin. Sitatet fra Fr. Hallager, som er brukt som anslag til denne avhandlingen, utgjør eksempelvis hele kapittelet «Om Contracters Fortolkning» i boken *Obligationsret* fra 1859. Treffende har det blitt sagt at tolkningslæren «flickers in and out of existence», noen ganger finns tolkningslæren som akademisk emne, andre ganger ikke.<sup>19</sup> Nå for tiden gjør den definitivt det. I Norge er Kristian Husers *Avtaletolkning: En innføring i avtaletolkningsens alminnelige del*, og Alf Petter Høgbergs *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, de største bidragene i nyere tid.<sup>20</sup> Men den som virkelig sparket i gang avtaletolkningsdebatten her hos oss, var Fredrik Stang med *Viljesdogmet*. Innledningsvis må også Carl Jacob Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, nevnes som en viktig bidragsyter. Øvrige deltakere i avtaletolkningsdiskursen kommer jeg tilbake til etter hvert, men særlig én svensk forfatter må løftes frem så tidlig som mulig. Et stykke ut i prosjektet stiftet jeg nemlig bekjentskap med et forfatterskap som skulle vise seg å bli en særlig inspirasjonskilde for den videre forskningen.

Joel Samuelssons *Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema og Tolkningslärans gåta* var forløsende lesning på et kaotisk tidspunkt i arbeidet hvor jeg ikke fikk ting til å stemme.<sup>21</sup> Alle som bedriver

---

<sup>18</sup> Se eksempelvis Jens-Edvin A. Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 11: «Hvis det emnet som man har valgt for avhandlingen, er lite bearbeidet fra før av, skal det mindre til for å tilfredsstille kravet om ny kunnskap enn om man velger et emne som er 'drøvtygd' gjennom generasjoner. Selv om man kommer til at de som har skrevet tidligere om et emne, har tatt feil på enkelte punkter, eller at de læresetninger som de har uttrykt, kan formuleres på en litt annen og bedre måte, vil det ikke være så lett å gi avhandlingen tilstrekkelig nyhetsverdi til at den kan godkjennes som doktorgradsavhandling.» Jeg mener likevel det bør være rom for å behandle også velkjent terreng på nytt og med nye øyne, og kanskje særlig dersom temaet angripes på en annerledes måte. Se i den forbindelse Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 154: «Kjernen i ideen om metodologisk diversitet er at ulike innfallsvinkler vil kunne supplere hverandre i det rettsvitenskapelige helhetsbildet av kunnskap og forståelse for retten, selv om konkrete perspektiver og posisjoner ikke nødvendigvis er fullt ut internt forenelige. Motsetningen kalles metodologisk imperialisme, noe som innebærer at man argumenterer for eller forutsetter at en bestemt innfallsvinkel er den eneste mulige og fruktbare måten å drive rettsforskning på. Som allerede flagget, mener også jeg at rettsvitenskap kan og bør ha rom for metodologisk diversitet; i den forstand at ulike innfallsvinkler kan supplere hverandre i det rettsvitenskapelige helhetsbildet av kunnskap om og forståelse for retten.»

<sup>19</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 50, med videre henvisninger.

<sup>20</sup> Apropos n. 18, over, mener Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 11, at «[e]t eksempel på en avhandling som tilfredsstiller kravet om nyhetsverdi til tross for at det har vært skrevet adskillig om emnet fra før av, er Kristian Husers avhandling 'Avtaletolkning' (Bergen 1983).» Etter Huser har det kommet til en hel del avtaletolkningslitteratur, og emnet skulle dermed per i dag være enda mer drøvtygd.

<sup>21</sup> Denne beskrivelsen traff godt: «Det tycks vara ett faktum att rättsvetenskapen inte kommer någonstans med tolkningsproblemen, men svårigheten är, tror jag, i allt väsentligt självförvållad.»

(retts)vitenskap, bygger videre på andres arbeider.<sup>22</sup> Det hører med til den vitenskapelige tradisjonen å støtte seg på noen og bryne seg på andre.<sup>23</sup> Jeg gjør også det ved å støtte meg på Samuelsson, vel vitende om risikoen jeg samtidig løper:

«Teoretisk orienterade jurister löper ständigt risken att förföras av de svar på de stora frågorna som för tillfället cirkulerar inom vetenskapen och filosofin. Men, man ska märka, att frågorna inte skulle vara 'stora' om de var möjliga att besvara.»<sup>24</sup>

Nå må det raskt legges til at et slikt massivt arbeide som Samuelsson har gjort, har jeg ingen ambisjoner om å gjøre etter ham.<sup>25</sup> Men jeg har frimodig latt meg inspirere til å

---

Skulle det inte kunne vara så: Vi står framför en vägg, som man kan gå runt, istället för in i, för sjuttioelfte gången? Det finns under alla omständigheter goda skäl att se saken på det sättet», se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 40.

<sup>22</sup> Det er selvfølgelig ikke bedre om man lar seg forføre av én forfatter eller vitenskapsteoretisk retning enn en annen; ikke mer høyverdig eller diletantisk om man lener den ene eller annen vei, men alle støtter seg på noen.

<sup>23</sup> Selv om mange av mine synspunkter som fremkommer i avhandlingen, bygger på Samuelssons tekster, mener jeg ikke å ha gjort det i større grad enn andre bygger på andres tekster. Arnholm er eksempelvis helt åpen om at hans fremstillinger i stor grad bygger videre på Stangs teorier, se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, i forordet: «Et navn springer med selvfølgelighet i forgrunnen når man sender ut en bok om avtaler; det er *Fredrik Stangs*. For den generasjon av jurister jeg tilhører, var Stangs Innledning til Formueretten den bok hvor vi møtte jussen. Allerede av den grunn kom den til å bety mer for oss enn lærebøker flest. Og når jeg nå har vunnet større oversikt enn studenten hadde, har jeg også lært å vurdere Stangs innsats høyere. Hans bok satte tidsskille i den juridiske litteratur. I denne bok har jeg ment å føre Stangs arbeid videre», og straks etter: «Men også når jeg har måttet vrake Stangs resultater, er jeg fullt klar over hvor meget det har betydd for meg at jeg har kunnet bygge på hans arbeid. Han flyttet grensene – jeg har kunnet begynne der han sluttet. Og jeg er sikker på at nettopp ved å gå videre bringer man Fredrik Stangs minne den hyllest han selv ville sette størst pris på.» Se også Henry Ussing, *Aftaler*, i forordet: «Jul. Lassen's Fremstilling danner (...) Grundlaget for Bogen.»

<sup>24</sup> Samuelsson, *Åter til huset vid Göta älv*, s. 176. Samuelsson har siden avhandlingen i 2008 sendt en mengde tekster ut i sirkulasjon ... og skriver man, må man forvente å bli lest (og brukt). Slik jeg leser Samuelsson (og han viser åpent hvem han lar seg inspirere av), må kravet være å tenke selv, se eksempelvis *Åter til huset vid Göta älv*, s. 141. Se også *Tolkningslärans gåta*, s. 141, hvor Samuelsson i noen refleksjoner rundt hvordan Wittgenstein kan leses, og Wittgensteins egen frykt for at han i høyden kunne oppnå at det ble skrevet en masse smørje i hans kjølvann, skriver: «Det enda sättet att ta Wittgenstein på allvar förefaller mig vara att tänka *själv* (alternativet skulle han anse moraliskt förkastligt).» Selv hevder Samuelsson at han ikke har forsøkt å komme med en teori av noe slag, om tolkningsbegrepet for eksempel, se *Tolkning och utfyllning*, s. 589. Om han har klart å få leseren til å tvile på de rettsrealistiske premissene, anser han for å være et personlig spørsmål som til slutt må overlates til leseren å bedømme, se s. 593. På den ene siden sier Samuelsson at han ikke har teoretiske ambisjoner, og på den andre siden sier han at teksten hans må overlates til leseren. Dersom leseren, som i mitt tilfelle, er en doktorgradsstipendiat som har viklet seg inn i avtaletolknings teoretiske irrganger, er det vanskelig ikke å lese ham *teoretisk* i den forstand at han tilbyr andre løsninger enn annen *teori* har å by på. I ærlighetens navn, og med en viss respekt for at mine refleksjoner kan vise seg å være smørje i Samuelssons kjølvann, gjør jeg allerede innledningsvis leserne oppmerksomme på hovedinspirasjonen for denne avhandlingen. Oppfordringen om å tenke selv har jeg likevel tatt til meg.

<sup>25</sup> Jeg pretenderer ikke å gjøre *som* Samuelsson, eller andre for den saks skyld, har gjort før meg. Men siden jeg, i hans forfatterskap, har vært så heldig å finne en alternativ måte å se den nordiske avtaleretten på, er det en glede å få kunne bidra til å gjøre Samuelssons tekster og antiteorier bedre kjent også for et norsk publikum.

foreta undersøkelser av den norske avtaletolkningsdiskursen, i hans ånd så å si. I tillegg til en forståelse av avtaletolkning som ga mening, og som løste opp i flokene jeg hadde viklet meg inn i, ga bøkene hans meg også troen på at det går an å skrive jus på en annen måte enn den jeg er vant til å lese.<sup>26</sup> Lesningen styrket enn videre selvtilliten til å gå i gang med en rettsvitenskapelig avhandling som i utgangspunktet ikke tar sikte på å løse konkrete rettslige problemstillinger, men heller å dvele ved hva vi finner så problematisk med avtaletolkningen.<sup>27</sup>

For å skrive om avtaletolkning er noe ganske annet enn å tolke avtaler.<sup>28</sup> I praksis tolker man konkrete avtaler og løser konkrete avtalerettslige problemstillinger, i teorien reflekterer man over virksomheten. Det er denne perspektivforflytningen – fra det å tolke til det å reflektere over tolkningen – jeg ønsker å ta på alvor. I møtet med spørsmålet om hva tolkningens, den juridiske praksisens, vesen er, kan man se for seg at:

«(...) den rettsvetenskapliga texten [gör] en saltomortal, under vilken de sedvanliga villkoren för sanningsproduktionen upphävs och värksamheten konfronteras med sig själv. Vad som då hävdas eller konstateras kommer nödvändigtvis att vara udda och särskilt tydligt präglad av det skrivande subjektet, både i jämförelse med texten i övrigt och i jämförelse med andra(s) utläggningar om tolkning och metod.»<sup>29</sup>

Fra da av handlet det hele om avtaletolkningens vesen, dens grunnleggende premisser og beskrivelsene av avtaletolkning som står å lese i de avtalerettslige tekstene.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Om egen stil skriver Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 151 n. 471: «Jag hävdar naturligtvis inte att rettsvetenskap *skall* bedrivas på detta sätt – men jag vill hävda min egen rätt att bedriva den så. För det är, tro mig, en rätt som behöver försvaras; vilket i sig är interessant.»

<sup>27</sup> «Etter mitt syn er rettsvitenskapens kall ei å svare, men å stille spørsmål og problematisere», skriver Hans Petter Graver, *Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap*, s. 603.

<sup>28</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 195: «Avtalstolkandet som sådant är inte rettsvetenskap, och överhuvudtaget inte en vetenskap, utan en konst. Men avtalstolkningen har också sin teori – akademiska jurister ägnar sig bevisligen åt att skriva böcker som den här – och teorin är i sig en praktik. Vad det här överhuvudtaget har handlat om är relationen mellan denna praktik och avtalstolkningens. Och budskapet kan sammanfattas så: Att tolka avtal och att *in abstracto* diskutera avtalstolkningens natur är två skilda saker; den förra är inte beroende av den senare (teoriens relation til avtalstolkningens praktik är dock parasitisk). Så länge man som teoretiker har detta klart för sig, och justerar anspråken därefter, innebär denna tes inget hot mot teoretiserandets legitimitet (jag säger inte att vi skal legga ner verksamheten). Tolkningens teori opererar i ett undantagstillstånd – i det utrymme som tillskapas i det ögonblick vi hör upp med vårt tolkande, för att istället reflektera över tolkandets villkor. Tolkningensläran är en plats för juridisk självreflektion.»

<sup>29</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 78.

<sup>30</sup> En innstilling som kan hevdes å gå litt mot strømmen, ettersom rettsvitenskap i stor grad handler om å «befæsta givna principer, inte att ifrågasätta grunderna för dem», se Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudence och rettsligt motvetande*, s. 193.



### 1.3 Problematisering

«I større eller mindre grad gjælder det vistnok om enhver videnskab – og særlig om enhver aandsvidenskab –, at opfatningen af dens opgave og metode til de forskjellige tider har været forskjellig. Men om ingen gjælder vel dette i høiere grad end om retsvidenskaben.»<sup>31</sup>

Av ting som må sies først, hører redegjørelser for problemene som skal behandles og metodevalg. For å låne Husers ord:

«Opplegget for en rettsvitenskaplig avhandling gir seg ikke av seg selv. Først og fremst vil det avhenge av ‘terrenget’ – emnet selv. For det andre vil forfatterens rettsvitenskaplige grunnsyn og holdning til metodespørsmål ha betydning. For det tredje vil målsettingen med arbeidet spille inn.»<sup>32</sup>

Mange valg ligger til grunn for en rettsvitenskapelig avhandling, og alle – formålet med prosjektet, hvilken fremgangsmåte som skal benyttes for å nå målet og hvilke undersøkelser som bør foretas – er nært forbundet med hverandre, og har dessuten avgjørende betydning for hva som kan komme ut av forskningen, hvilke resultater man kan forvente å oppnå.<sup>33</sup> At avtaletolkning er metode, og derfor i den avtalerettslige teorien bør behandles som det, er et resultat av, men også en forutsetning for, denne avhandlingen.<sup>34</sup> Flere forfattere fremhever avtaletolkningslærens likheter og kontaktpunkter med annen juridisk metode.<sup>35</sup> Det er likevel mitt klare inntrykk, selv

<sup>31</sup> Francis Hagerup, *Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter*, s. 1.

<sup>32</sup> Huser, *Avtaletolkning*, s. 21, som også legger til: «Det kan kanskje virke fremmedartet – og muligens noe pretensiøst – å tale om ‘metode’ og ‘rettsvitenskaplig grunnsyn’ i denne sammenheng. Etter mitt skjønn hviler imidlertid enhver juridisk avhandling – mer eller mindre bevisst – på et slikt grunnsyn og en tilhørende metode hos forfatteren.» Malapropos er det verdt å merke seg at Huser nesten ser ut til å måtte unnskyldes seg sin metodebevissthet.

<sup>33</sup> Se i den forbindelse også Juha Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggstenar*, s. 97: «En viss synvinkel betyder alltid att vissa saker får en mera framträdande plats medan andra omständigheter hamnar mera i skymundan.»

<sup>34</sup> Se også Thomas Wilhelmsson, *Alf Petter Högberg: Kontraktstolkning*, s. 254, som om Högbergs inndeling i tolkningsstiler, skriver: «Stilarna blir på detta sätt både en förutsättning för analysen och ett resultat av den», og som legger til: «Det här gör frågeställningen något svårgreppad.»

<sup>35</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtaletolkning*, s. 98: «[R]ettskildelæren – som uttrykk for en viktig del av den juridiske metode – [er] i atskillig grad *inkorporert* i selve tolkningslæren.» Se også Högberg, *Kontraktstolkning*, s. 89, som etter ha konkludert med at avtalen er en hybrid mellom faktum og jus, konkluderer med: «På tilsvarende vis blir avtaletolkningsnormene å anse som en hybrid i spenningsfeltet mellom rettsnormer og rettskildenorner. Om man skal si noe mer om hvor i spenningsfeltet mellom rettsregler og rettskildeprensippertolkningsreglene befinner seg, kan det

om de metodiske trekkene ved avtaletolkning anerkjennes, at det normale er å behandle avtaletolkning som en del av den materielle avtaleretten.<sup>36</sup> Blant annet kommer dette til uttrykk i fremstillinger av avtaletolkningslæren hvor det i stor grad benyttes lignende fremgangsmåter for å finne «reglene» for avtaletolkning, som for rettsregler på andre områder.<sup>37</sup>

En av konsekvensene av at jeg anser avtaletolkning for å være metode, er at jeg mener dette er en avhandling om juridisk metode – avtaletolkningsmetode. Konsekvensen av dette igjen gir seg særlig til kjenne i valg av fremgangsmåte for forskningen.<sup>38</sup> Ganske tidlig ga jeg opp å fastlegge gjeldende rett for avtaletolkning.<sup>39</sup> Å skrive om gjeldende avtaletolkningsmetode, i form av de regler som gjelder for avtaletolkning, innebærer i seg selv å ta et standpunkt om at det i det hele tatt er mulig. Et resultat av denne avhandlingen, som dermed også blir et premiss for den samme, er nettopp at metoden ikke lar seg systematisere, slik den materielle retten kan, og at det

---

bemerkes at tolkningsnormene etter sitt innhold ligger nærmere rettskildenormene enn rettsreglene.»

<sup>36</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 97: «Avtaletolkningslæren betraktes i alminnelighet som materiell avtalerett, og avtaletolkning sees ikke sjelden som en prosess som hovedsakelig består av konkret bevisbedømmelse. Som det vil ha fremgått av fremstillingen ovenfor, er en slik betraktningssmåte altfor enkel. Særlig viktig i denne sammenheng er det å understreke rettskildelærens sentrale betydning også for vårt emne.»

<sup>37</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 98: «[G]jeldende avtaletolkningslære [kan] bare fastlegges i henhold til visse rettskildedeprinsipper. En fremskutt plass inntar de prinsippene som utpeker hvilke rettskildedefaktorer som er relevante, og hvilken relativ vekt disse har.» I mangel av lovregler om avtaletolkning, er følgelig det vanlige å basere tolkningslæren på analyser av rettspraksis, se mer under i punkt 5.3.3.

<sup>38</sup> Det finnes (heldigvis) ingen prejudikatlære for rettsvitenskapelig metode, selv om man enkelte ganger kan få inntrykk av at det finnes hegemoniske standpunkter ikke bare innenfor ulike forskningsfelt, som påpekt hos Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 138, men også i metodevalg og -synspunkter. Selv om man gjerne får høre at man står ganske fritt til selv å velge fremgangsmåte, føles det ikke alltid slik. Eller for å låne Samuelssons ord, *Tolkningslärans gåta*, s. 151 n. 471: «Och säg nu inte, att man får skriva rättsvetenskap hur man vill, när ni ju ändå inte vet vad ni pratar om.» Se i den forbindelse også Morten Kinander, *Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen*, som reflekterer rundt rettsvitenskapens utfordringer innenfor den nyere rettsrealismen. Kinander innleder på s. 109, med: «I dagens rettsrealistiske metodeklime synes begrepene om rettsvitenskapelig metode og juridisk eller rettsdogmatisk metode langt på vei å være sammenfallende, idet den rettsvitenskapelige litteratur i stor grad synes tvunget til å benytte seg av det samme argumenttilfanget som domstolene benytter seg av. (...) Slik er situasjonen ikke bare for de klassiske argumentkildene, men også for avveiningsmønstre, harmoniserings- og rettskildedeprinsipper – kort sagt premisser for rettslig tenkning.» På s. 127 avslutter Kinander med: «Det kan ikke være riktig at de som treffer avgjørelse også skal være de som setter den eneste målestokken for hva som er (god) rettslig argumentasjon. På dette området finner vi mange av utfordringene innen rettsvitenskapen i tiden fremover.»

<sup>39</sup> Her skiller avhandlingen seg fra tidligere arbeider. Se eksempelvis Huser, *Avtaletolkning*, s. 31, som skriver at han vil «beskrive og analysere gjeldende norsk rett om avtaletolkning», og Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 19, som sier han vil «peke på systematiske trekk ved den forekommende tolkningstradisjon, samt gi disse trekk en forklaring» og at «formålet eller hensikten med denne fremstillingen er å gjøre det mulig å orientere seg i forhold til fortidens praksis og teori når nye tolkningsspørsmål dukker opp, og på denne bakgrunn plassere nye rettsspørsmål i relasjon til fortidens typetilfeller.»

derfor er fånyttet å lete etter reglene. Dersom *rettsdogmatikken* begrenses til analyser av normer, faller følgelig denne avhandlingen utenfor.<sup>40</sup> Forstår man derimot rettsdogmatikk som omfavnende all rettsvitenskap som ikke tar inn andre fagfelter, som typisk rettssosiologien eller rettsøkonomien gjør, eventuelt hvor det ikke brukes andre metoder, som eksempelvis empiriske studier, kan nok også denne avhandlingen kategoriseres som rettsdogmatisk.<sup>41</sup> Avhandlingen handler da også om et rettslig fenomen som «gjelder», i den forstand at jeg skriver om avtaletolkningsteorien vi har, og ikke om noen annen. Dersom man anser rettsdogmatikk for å være rettsvitenskap som benytter samme eller tilsvarende metode som Høyesterett, faller avhandlingen imidlertid utenfor igjen.

Ofte gjøres det slutninger om metoden basert på hvilke kilder som benyttes, eventuelt omvendt at metoden beskrives ved å vise til hvilke kilder man bygger på.<sup>42</sup> For å oppfylle avhandlingens formål, å bidra til forståelse av avtaletolkningens vesen, har jeg valgt å ta utgangspunkt i litteraturen om avtaletolkning – de avtalerettslige tekstene som (beskriv)er tolkningslæren.<sup>43</sup> Avhandlingen består for det vesentligste av lesninger, analyser og sammenligninger av ulike teoretiske fremstillinger av tolkningslæren, og mine løpende dialoger med disse igjen. Jeg har imidlertid ikke funnet det formålstjenlig med utstrakte analyser av rettspraksis.<sup>44</sup> Der mine forgjengere,

---

<sup>40</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Hva skjedde med rettsrealismen*, s. 139, beskriver rettsdogmatikken slik: «[Å] analysere og gi en mest mulig presis beskrivelse av 'gjeldende rett' – altså de normene som anses som bindende for borgere og myndigheter innenfor et bestemt rettssystem på et bestemt tidspunkt». Se andre, lignende definisjoner hos Jan Fridthjof Bernt/David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, s. 13, og Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 329. Graver, *Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi*, s. 240, skriver: «Rettsvitenskapens hovedformål i alle dens varianter er fortsatt å beskrive, analysere og systematisere de rettslige normene, og å se dem i sitt historiske utviklingsforløp eller i sin sosiale sammenheng.» Legger man denne «definisjonen» til grunn, er ikke avhandlingen en gang rettsvitenskapelig, men det føler jeg meg rimelig sikker på at den er.

<sup>41</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 220: «Det vi kallar rättsdogmatik är med andra ord *inte en rättsvetenskaplig metode bland andra*, utan bara det traderade namnet på vår vetenskapliga strävan att komma rätten inpå livet: den metod som materialet kräver.»

<sup>42</sup> Eva-Maria Svensson, *De lege interpretata*, s. 213, skriver: «Metodfrågan ses ofta som liktydig med frågan om vilket material som används. I den mån ett skriftlig arbete eller ett uttalande om 'rätten' uttryckligen innehåller ett avsnitt om metod handlar detta vanligen om vilket material som har varit utgångspunkt för framställningen och inte om den eller de metoder som använts för att tolka materialet.»

<sup>43</sup> Med det mener jeg ikke at dette er den eneste måten å gå frem på, men fordi tolkningslæren er en akademisk disiplin, se eksempelvis Samuelsson *Tolkningslärans gåta*, s. 30, har jeg valgt å studere akademiske tekster som utgjør denne disiplinen.

<sup>44</sup> Å «velge bort» rettspraksis som råmateriale når avtaletolkning er temaet, er kanskje det modigste valget jeg har tatt som norsk doktorgradsstipendiat. Helt siden Anders Sandøe Ørstedes virke på første halvdel av 1800-tallet, har norsk (og nordisk) rettsvitenskap hatt en spesiell symbiose med rettspraksis. Lars Björne, *Brytningstiden*, s. 433, skriver: «Trots alla inre olikheter bevarade den nordiska rättsvetenskapen också under den historiska skolans blomstringstid sin egenart inom den

i tillegg til å gi vesentlige teoretiske og historiske bidrag, gjennomgår, systematiserer og syntetiserer imponerende mengder høyesterettspraksis, avstår jeg fra sistnevnte.<sup>45</sup>

Hvis fremgangsmåten jeg har benyttet må gis en merkelapp, vil jeg si at den er *avtalerettsteoretisk*.<sup>46</sup> Enkelte hevder at rettsteorien bor i en etasje over rettsvitenskapen, ser ned på denne, og dermed anlegger et *metaperspektiv*.<sup>47</sup> Jeg anser meg derimot ikke for å være på noe annet *nivå* enn rettsvitenskapen, jeg mener jeg befinner meg midt i den. Heller enn å forske på noe som skjer et annet sted, eksempelvis i (retts)praksis, vil jeg se meg rundt her jeg står. Kanskje fremgangsmåten kan kalles *kritisk avtalerettsteori*? Eller *refleksiv avtalerettsteori*? Viktigere enn navnet, og disse innledende beskrivelsene, er selve gjennomføringen – den praktiske fremgangsmåten

---

europeske doktrinen. De nordiske rettsvitenskapsmånnen skrev framfor allt en praktiskt betonad, empiriskt grundad bruksjuridik, inom vilken beaktandet av rättspraxis fick en allt större betydelse.» Se også Graver, *Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi*, s. 232. Det stilles (heldigvis) ikke lenger krav om at en juridisk doktorgrad må inneholde et minimum av rettsdogmatiske analyser, se eksempelvis Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 10, som for over 30 år siden fremholdt at også vitenskap om andre sider ved rettslivet må kunne anses som rettsvitenskap. (For rettsdogmatiske arbeider stiller Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 17, imidlertid som kriterium for juridiske doktorgrader «at alle norske høyesterettsdommer er undersøkt».) Fortsatt er nok norsk rettsvitenskaps forhold til rettspraksis et av de båndene som sjeldnest brytes.

<sup>45</sup> For å vise to ytterpunkter: Huser, *Avtaletolkning*, s. 22, fremholder at «[d]et er av stor betydning å foreta en systematisk og mest mulig grundig analyse, når emnet – som her – både er infløkt og komplekst og til dels abstrakt og kontroversielt. Det er derfor et siktemål med avhandlingen å bidra til en systematisering og klargjøring av problemstillingene.» Og Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 193, som tar avstand fra Husers tilnærming, og mener «varje konstruktiv teoretisk ambition på avtaltolkningens område på ett visst sätt måste vara missriktad.»

<sup>46</sup> Se Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 129 n. 14, som «bruker (...) uttrykket 'rettsteori' i vid forstand, slik at det omfatter både diskurs om rettens grunnleggende natur, karakter og funksjoner, ofte kalt rettsfilosofi, og dimensjoner av diskurs innenfor rettsfelt som for eksempel strafferett, konstitusjonell teori og erstatningsrett.» Se også Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 25: «En annen betydning [enn et annet navn på fremstillinger av gjeldende rett] av 'rettsteori' er teori om retten. Undersøkelsesgjenstanden er da ikke rettsreglene innhold, men ulike aspekter ved retten som fenomen.» Se også Bjarte Askeland, *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning*, s. 8: «Ordet *rettsteori* brukes i norsk juridisk sammenheng i to betydninger. Det refererer noen ganger til alminnelig juridisk teori, altså til rettsdogmatikk. Begrepet 'rettsteori' kan imidlertid også bety 'teori om retten', i en videre betydning som ligger nærmere rettsfilosofi», med videre henvisning til Hellner, *Metodproblem i rettsvitenskapen*, s. 17: «Rättsteori begagnas här som en samlingsbeteckning för rättsfilosofi, allmän rättslära, rättskälleteori, logisk analys av rättsregler och liknande rent principiellt syftande framställningar.» Hellner virker å skille nokså skarpt mellom det han kaller rettsteori og annen rettsvitenskap, hvor rettsdogmatikken er den vanligste. Slik han setter de to formene for rettsvitenskap opp mot hverandre, vet jeg ikke hvor jeg vil plassere meg. Kaarlo Tuori, *Critical legal positivism*, s. 284, skriver: «We can distinguish between interpretative legal dogmatics, theoretical legal dogmatics, legal theory and legal philosophy.» Ifølge Tuoris inndeling, fokuserer både «theoretical legal dogmatics» og «legal theory» på «the level of legal culture», og «legal theory» konsentrerer seg om «the methodological elements in the legal culture, such as the doctrine of the sources of law, the standards guiding legal interpretation and the solution of norm conflicts, as well as legal argumentation in general.» Jeg befinner meg vel et sted her i landskapet, antar jeg.

<sup>47</sup> Etasjemetaforen finnes eksempelvis hos Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 35. Se også Askeland, *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning*, s. 1.

som bare viser seg i teksten.<sup>48</sup> Siden fremgangsmåten er så nært forbundet med problemene som behandles og selve gjennomføringen, lar det seg uansett ikke gjøre å beskrive metoden fyllestgjørende og i detalj innledningsvis uten samtidig å foreta undersøkelser.<sup>49</sup>

Om problemene som danner grunnlaget for undersøkelsene som følger, er det å si at jeg fant det fascinerende at avtaletolkningsdiskursen virker å være mer fastlåst enn methodediskurser ellers; den står liksom i stampe. Hvorfor? Hans Petter Graver skriver:

«Trykket fra tradisjonen gjør at vi tenderer mot å betrakte enkelte fenomener som hellige, naturgitte eller evigvarende. Ved å få fatt i opprinnelsen til en regel eller doktrine, mister man lett ærbødigheten overfor den.»<sup>50</sup>

Jeg ble nødt til å ta tak i avtaletolkningens helligdommer.<sup>51</sup> Det vil si grunnstørrelser som avtalebegrepet, det avtalerettslige språket og (noen av) de «evigvarende» dikotomiene – objektiv og subjektiv, jus og faktum, tolkning og utfylling.<sup>52</sup> For når avtaletolkningens individuelle uregjerlighet forsøkes temmet, er det slike abstrakte begreper teorien har utstyrt seg med. Istedenfor atter et forsøk på å strukturere materien, endte jeg opp med å massere de teoretiske abstraksjonene for til slutt å ende opp i en avsluttende drøftelse – hva skjer hvis vi heller behandler avtaletolkning som metode? Og hvordan kunne jeg komme meg dit?

Å «flytte» en akademisk disiplin fra den materielle retten til metodesfæren kan, slik jeg ser det, bare gjøres ved overbevisende argumentasjon. For å *vis*e at avtaletolkning bør behandles som metode, har jeg derfor valgt refleksjonen som form. Med refleksjoner mener jeg tanker og tolkninger som springer ut av, og går i dialog med, materialet som behandles, og som derfor ikke på forhånd lar seg artikulere. Det er ikke

---

<sup>48</sup> «Vad jurister faktiskt gör ska inte blandas i hop med var jurister *påstår* att de gör när de undantagsvis tar sig för att reflektera över den saken», se Samuelsson, *Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten*, s. 113 n. 34, med videre henvisning til Svensson, *De lege interpretata*, s. 211 flg.

<sup>49</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 25-26, om den nære sammenhengen mellom problemstilling, undersøkelse og svar.

<sup>50</sup> Graver, *Keiserens garderobe*, s. 747.

<sup>51</sup> Dessverre, og dette er en litt pinlig innrømmelse å komme med, behersker jeg ikke tysk selv, og har derfor ikke selv kunnet forholde meg til tysk litteratur. Det betyr at jeg har måttet stole på andres analyser, oversettelser og kommentarer hva angår tyske kilder. For når man nærmer seg avtalerettens innerste, er det ikke til å komme utenom at der renner mye tysk DNA i årene våre fortsatt.

<sup>52</sup> «Rättsvetandet och rättsvetenskapens själva vetenskaplighet karakteriseras av en sammanhängande kedja av rättsliga dikotomier», se Håkan Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande*, s. 197, og følgelig er det ikke rart om det nettopp er i dikotomiene at mye av forståelsen vår, uttrykt og underforstått, ligger begravet.

mulig å si *hvordan* jeg har *lest*, eller *hvordan* jeg har *angrepet* stoffet underveis, jeg har simpelthen bare gjort det – lest, skrevet og skrevet om til refleksjonene fikk en form jeg kunne stå inne for selv.<sup>53</sup> Underveis har jeg måttet anstrenge meg for å yte tekstene jeg leser rettferdighet, men jeg har også vært nødt til å bryne meg på meg selv og min egen forforståelse. Det krever nemlig sin kvinne å gi opp det hun tror på; for ikke visste jeg at det jeg trodde jeg visste, egentlig var trosspørsmål.<sup>54</sup>

Farene med å gå i gang med et prosjekt av denne karakter er åpenbare.<sup>55</sup> Å bedrive teoretiske refleksjoner og kritisk polemikk uten å komme med noen konkrete svar på hvordan avtaler *skal* tolkes, kan lett avfeies med bare å være kranglevoren kritikk.<sup>56</sup> Men det vil jeg i tilfelle hevde er en noe forhastet konklusjon.

«God kritik är en bristvara, samtidigt som marknaden svämmer över av åsikter om hur det borde förhålla sig. Tyckandet regerar. Men det är enkelt att vara konstruktiv. Alltför enkelt. Den som sparkar undan stötterna får diskursens hela tyngd över sig, och det man själv i ett sådant läge kan åstadkomma kommer jämförelsesvis nästan undantagslöst att väga för lätt. Historisk medvetenhet är en förutsättning för meningsfull konstruktion.»<sup>57</sup>

I tillegg til å risikere å få hele diskursens tyngde over meg, stiller jeg meg altså også lagelig til for hugg for de som vil avkreve en juridisk doktorgrad praktisk nytteverdi.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Å skrive er en dypt personlig foreteelse.

<sup>54</sup> Også vitenskapen, i det store og det hele, hviler for så vidt på tro – troen på vitenskapen. Eiendommelig nok finnes det ingen vitenskapelig metode for å bevise vitenskapens egen vitenskapelighet, se eksempelvis Samuelsson, *Hermeneutikk*, s. 376, og *Rettsvitenskapens vitenskapelighet*, s. 219, med videre henvisninger til blant andre Albert Einstein. (Det betyr selvsagt ikke at troen på *hva som helst* er like «bra» som *vitenskapen*, denne erkjennelsen har ingenting med fornektelse av klimaforandringer å gjøre, eller *flat earth*-teorier.)

<sup>55</sup> Faremomentet kommer av at en doktorgradsavhandling, som i utgangspunktet er beskyttet av den akademiske frihet, blir til i visshet om at den til slutt må godkjennes av akademias seniorer. Selvsagt må den det. Men hvordan vite hvor grensene går? Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggstenar*, s. 100 skriver: «Vad som är rättsligt möjligt bestäms i en viktig mån av det som vi som akademiska jurister ser som möjligt.» Se også Bernt, *Hva skjedde med rettsrealismen?*, s. 160: «Og vi bør i alle fall ikke *ønske* at én bestemt type rettsvitenskap, det være seg empirisk, analytisk, pragmatisk eller normativ, får monopol eller et hegemoni. Vi bør stadig spørre oss hva slags rettsvitenskap vi tror vårt samfunn *trenger*. Svaret er opplagt at vi trenger flere typer, i samarbeid, konkurranse og kritikk.»

<sup>56</sup> Se eksempelvis formaningen fra Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, s. 221, (som for øvrig også er brukt som innledende sitat av Graver, *Vanlig juridisk metode?*): «Man får dock inte gömma sig bakom hermeneutik, eller andra läror, för att på et teoretiskt avancerat sätt förklara varför man inte kan förklara något väsentligt», hvorpå Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 164 n. 507, svarer: «Det är precis exakt vad jag har gjort, eller, så kommer det att te sig ur realistisk synvinkel. Men vad jag säger är alltså att det *inte finns* någonting väsentligt där. Genom våra tankvanor var vi betingade att tro det. Det är hela saken.» Og vil jeg legge til, det bør være vesentlig nok å bidra til slik forståelse.

<sup>57</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 53 n. 129.

<sup>58</sup> Blant andre Bernt, *Hva vil vi med rettsvitenskapen?*, s. 85-86, fremhever viktigheten ved samarbeidet mellom rettsvitenskapen og rettsanvendelsen, og ser ut til å mene at «[h]vis

De avsluttende råd til eventuelle avtaletolkere som måtte finne frem til teksten, går i hovedsak ut på å legge fra seg avhandlingen og konsentrere seg om avtalen som skal tolkes.<sup>59</sup> Også her avviker dermed dette prosjektet fra tidligere fremstillinger.<sup>60</sup> Jeg mener likevel at det er mulig å si noe om hva avtaletolkning går ut på, og at dette kan ha en verdi for den som ønsker å forstå mer om avtaletolkningens vesen.<sup>61</sup>

---

rettsvitenskapen mister sin forankring i det praktiske rettsliv og velger forskningstema og forskningsmetode ut fra ønske om å oppfylle generelle vitenskapsidealer av logisk-positivistisk karakter, oppstår det raskt et relevansstap. Virkelighetsforankringen blir dårlig og de forskningsresultater som utvikles mister sin verdi som mønstre eller grunnlag for praktisk rettsanvendelse.» Men må rettsvitenskapen innebære enten det ene, *forankring i det praktiske rettslivet*, eller det andre, *oppfyllelse av generelle vitenskapsidealer av logisk-positivistisk karakter*? Kan ikke rettsvitenskapen også være noe *eget*, om ikke uavhengig av så i alle fall på egne premisser og ikke *andres*, enten det er det praktiske rettslivet eller andre vitenskaper? Se i den forbindelse Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 136-137: «Noen vil fremheve at relevans innebærer at forskningen er samfunnsnyttig, men dette reiser en rekke spørsmål om forholdet mellom relevans for vitenskapssamfunnet og for samfunnet for øvrig (...)». Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, i forordet: «I den föreliggande framställningen utnyttjas det utrymme som tillskapats genom undersökningarna i min doktoravhandling, 'Tolkning och utfyllning' – en bok som i sig inte bjöd på något konkret *resultat*. Nu har den emellertid varit en nödvändig förutsättning. Möjligen visar det, att man inte skall vara så snabb med att avkräva forskningen resultat och kanske inte heller så säker i sin uppfattning om, vad som menas med 'resultat'.» Se også Abraham Flexner, *The usefulness of useless knowledge*, som etter å ha påpekt at selv naturvitenskapelig forskning må drives av nysgjerrighet, og at noen av de fineste oppfinnelsene slett ikke er resultater av nyttedrevet forskning, avslutter med: «Let us therefore continue our quest for the useless as well as the useful».

<sup>59</sup> Se punkt 6.4.

<sup>60</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 20, fremholder at «systematikken skal gi brukeren av boken et egnet redskap til å plassere nye tilfeller i relasjon til fortidens praksis». Huser, *Avtaletolkning*, s. 20, skriver om å skrive om gjeldende rett slik: «Skal en fremstilling av gjeldende rett kunne ha noen særlig praktisk funksjon, bør den helst gå videre enn til en prinsipiell drøftelse av visse hovedspørsmål innenfor emnet. Man må trenge dypere ned i materien og forsøke å kartlegge, systematisere og ta stilling til de mange mindre spørsmål som vil eller kan oppstå i praksis. Ut fra denne erkjennelse er det i kapittel 5 forsøkt gitt – også helt ned til dette 'mikroplanet' – en systematisk fremstilling av de rettslige normer som regulerer metoden for avtaletolkning hos oss. Her er det atskillig upløyet mark. Det har imidlertid vært nødvendig å begrense seg, og jeg er derfor ikke synderlig i tvil om at det fortsatt er mye ugjort arbeid på dette området.»

<sup>61</sup> Meg selv inkludert, det var derfor jeg valgte å skrive akkurat denne avhandlingen.

## 1.4 Konkretisering

«Det gjælder i det praktiske Liv, at man ikke skal rive ned, før man ved, hvad man vil sætte i Stedet. I tankens Verden gjælder dette ikke. Her vil det tvært imod ofte være Tilfældet, at det er vanskeligere at rive ned end at bygge op, idet Menneskenes Sind hænger trofast ved tilvante Forestillinger og kun nødtvungent opgir dem, medens omvendt Alle kan samvirke til det Nye, som skal bygges op, saasnart det gamle først er helt opgivet.»<sup>62</sup>

Undersøkelsene jeg har foretatt presenteres i den rekkefølgen jeg fant hensiktsmessig, men egentlig kretser alle temaene rundt den samme undringen over hva avtaletolkning er for noe, og hvordan dens vesen best kan forstås. At ett tema drøftes før et annet, er sånn sett både et smaksvalg og et uttrykk for respekt for fagtradisjonen.

Den første undersøkelsen, i kapittelet *Enigheten*, gjelder noen av grunnstørrelsene i avtaleretten, og hvordan disse har blitt behandlet i teorien. Det handler om avtalefriheten, avtalebegrepet og avtaleinngåelsen, herunder særlig det avtalerettslige språkets betydning for beskrivelsene. Målet er ikke å komme til bunns i, eller ta endelig stilling til, noe, men å introdusere avtalerettslig teori, terminologi og historieformidling som jeg tar med meg videre.

Den neste undersøkelsen, i kapittelet *Partsviljen*, handler om avtaletolknings «hva» – hva man leter etter når man tolker avtaler. Refleksjonene tar utgangspunkt i dikotomien objektiv og subjektiv. Jeg går bakover i historien for å gjenoppdage hva det sto om da tolkningsteorikampene raste, for deretter å forsøke å spore hvilken betydning disse fordums stridighetene har for vår forståelse av avtaletolkning i dag og vurdere om det kan være grunn til å tenke litt nytt, det vil si gammelt?

I kapittelet *Normativiteten* er det begrepsparet tolkning og utfylling, og den underliggende dikotomien faktum og jus, som setter dagsorden når jeg begynner å nærme meg avtaletolknings «hvordan». Det skal handle om forholdet mellom de individuelle, avtaleskapte reglene og den generelle retten, og hvordan vi forholder oss

---

<sup>62</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 344.



til forholdet mellom dem i søken etter avtalens innhold. Igjen skal jeg gå bakover og lete etter årsakene til at man tenker og skriver som man gjør i dag, og reflektere over alternative bilder og forståelseshorisonter.

Temaet i den avsluttende undersøkelsen, i kapittelet *Fremgangsmåten*, er hvilke utfordringer som møter oss dersom vi tar avtaletolkningens metodiske karakter på alvor. Hva kan egentlig sies om tolkningens iboende vurderende karakter? Jeg skal ta noen nedslag i utvalgte metoddebatter, reflektere rundt tolkningens dilemma og forhåpentligvis vise at det er i slike metodiske undersøkelser avtaletolkningsteorien hører hjemme.

Beskrivelsene av undersøkelsene over antyder negativt hva som ikke drøftes, men det kan være på sin plass med noen presiseringer. For det første blir det ingen uttømmende gjennomgang av teorier eller forfattere, undersøkelsene er til en viss grad et resultat av *cherry picking*, uten at det betyr at materialet er tilfeldig valgt.<sup>63</sup> Av de fremstillingene jeg har valgt å ta med, behandles heller ingen i sin fulle bredde; en rettsvitenskapelig avhandling kan ikke bestå av utvidede bokanmeldelser.<sup>64</sup> Jeg har likevel gjort mitt ytterste for ikke å tillegge andre forfattere meninger de ikke selv har fremført.<sup>65</sup> For det andre går jeg ikke i dybden på konsekvensene av at avtaletolkning er metode.<sup>66</sup> Det er fordi forskningen i første rekke har handlet om å komme dit. For det tredje gjøres det ingen forsøk på å behandle andre lands avtaletolkningslærer utover den bruken av utenlandske kilder, fortrinnsvis nordisk teori, som er relevante for å diskutere avtaletolkning i norsk rett.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Her har det vært en bevegelse fra tidligere tiders krav om fullstendighet, til et krav om representativitet i kildematerialet, se eksempelvis Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 17, og Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 139.

<sup>64</sup> Jeg er innforstått med at min tolkning og presentasjon av andre forfattere, aldri kan bli helt rettferdig – det er ikke de som har valgt å bli med i avhandlingen, eller hatt noen innflytelse på hvordan de blir fremstilt. Men så er jo dette en avhandling om tolkning. Eventuelle misforståelser mellom andre forfatters mening med teksten de har skrevet, og min oppfattelse av teksten som leser, kan tjene som eksempel på tolkningens vesen. Det er jo noe.

<sup>65</sup> Se i den sammenheng Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 139-140: «Forskningsetikk inkluderer noen allmenne normer; som at man ikke bør gi et fordreid bilde av argumentasjonen til hverken meningsfeller eller motdebattanter», med videre henvisninger. Se også Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 16: «Man må være lojale mot kildene og ikke utnytte disse tendensiøst. Det å fuske med kildene og skjevlese disse slik at de passer inn i den argumentasjon som blir fremført, er en dødssynd i vitenskapelige avhandlinger.»

<sup>66</sup> Se også Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 137: «Innovasjonskraften ved et rettsvitenskapelig arbeid handler ikke bare om hvilke svar forskningsprosessen gir, men også om hvilke spørsmål for videre forskning som genereres av forskningsarbeidet.»

<sup>67</sup> (Avtale)tolkningens vesen er langt på vei et allment spørsmål som ethvert rettssystem må ha en forståelse av, men all bruk av fremmede kilder i denne avhandlingen handler om å forstå vår egen avtaletolkningslære. Noe som, slik jeg vurderer det, også er godt innenfor den avtalerettslige tradisjonen i Norden.

Når nå temaet er formulert, undersøkelsene konkretisert og fremgangsmåten insinuert, kan det være på sin plass å gi leseren noen ytterligere hint om hva hen har i vente.

## 1.5 Manøvrering

«Om skrivandets – och över huvud taget skapandets – egenart, vedermödor och kreativa glädje blir en medveten del av författarens världs- och självbild vore det märkligt om det inte också skulle synas i resultatet – texterna.»<sup>68</sup>

All tekst har stil.<sup>69</sup> Vi gjenkjenner juridiske tekster ikke bare ved henvisninger til rettskilder, men også ved det vi vil oppfatte som en juridisk stil.<sup>70</sup> Å skrive jus er både å det skrive om retten og det å skrive i en juridisk drakt.<sup>71</sup> Rådende råd om stilvalg, er blant annet å skrive så alminnelig som mulig, enkelt, uten (overdreven bruk av)

---

<sup>68</sup> Andersson, *24 preludier utan fuga*, s. 20.

<sup>69</sup> Om gjenkjennelig stil i filosofiske tekster, se Svendsen, *Hva er filosofi*, s. 60, hvor det står «at det finnes en uløselig forbindelse mellom meddelelsens *form* og verkets *mening* hos alle originale tenkere. På samme måte som store forfattere og kunstnere har også store filosofer en egen stil – selv om man selvfølgelig ikke blir en stor filosof ene og alene i kraft av å ha en egen stil.»

<sup>70</sup> Se likevel Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, s. 71: «Av en eller annen grunn har det sjelden vært fokusert på stil og språkføring i nordisk rettsvitenskap og rettsteori. Det kan ha sine grunner, for det er normalt ingen estetisk nytelse å lese nordisk juss eller rettsteori. Noe av det beste har en viss effektiv enkelhet. Men mye er preget av en nokså trøstløs ensformighet og upersonlig saklighet.»

<sup>71</sup> Om stil i rettsvitenskapen, skriver Kai Krüger, *Svensk privatrett sett fra norsk side*, s. 46: «Skrivestilen har forandret seg, både i Sverige og i Norge. I Norge sto våre kanskje mest anerkjente forfattere som Andenæs, Brækhus og Eckhoff på 1960-tallet for et oppbrudd i formuleringstradisjonen. Ikke med dette sagt noe negativt om Ragnar Knophs og kanskje særlig Kristen Andersens noe mer 'litterære' måte å fremstille jussen på – den ble i malicens randsone i ettertiden betegnet som den 'lyriske/episke' skrivetradisjon. Min generasjon av juridiske studenter møtte den konsise, knappe og prosaiske 'matter of fact'-stilen på 1960-tallet, da særlig de nevnte tre forfattere til sammen sto for en anseelig del av pensum til norsk juridicum. I stedet for malende brede og levende skildringer som ble videreført ved resonnementer fremført med menneskelig varme og innlevelse, sto særlig *Sjur Brækhus* for den saklig logisk pregnante rett-på-sak formuleringstradisjon som senere nok har dannet skole for etterkommerne.» Det har gått et par tiår siden Krüger skrev dette, og enda flere tiår siden de nevnte herrer foretok det omtalte stilbruddet. I dag representerer denne «stilen» normalen i en slik grad av man kanskje ikke en gang ser for seg at det er tale om en «stil» i det hele tatt; kort, konsist og rett på sak har blitt selve kvalitetsmarkøren for godt juridisk språk – som igjen definerer om jusen er god. Men det er mulig å fri seg fra en slik feilslutning, om man bare blir oppmerksom på den. Se i den forbindelse Andersson, *24 preludier utan fuga*, s. 33: «Först och främst får man uppmärksamma och problematisera en ofta omedveten syn på stil så som varande något avvikande, ytligt gimmickartat och apart som utskiljer stilen från det normala och neutralt klara uttryckssättet. *Allt är stil; utan sådan finns inget skrivande alls!* Också facklitteratur har sin stil. Det finns ingen nollpunkt där klarhet råder, bara konventioner om hur man i olika sammanhang vanligen för sig. Och konventioner har en envis benägenhet att ganska snart tas som något naturligt.»

innskutte setninger og fremfor alt nøkternt.<sup>72</sup> Slike råd gis ikke i et vakuum, de er en del av det vitenskapelige klima det skrives i.<sup>73</sup> Objektivitet, nøkternhet og saklighet anses som viktige verdier for å få frem det som er sant – for at det skal være ekte vitenskap.<sup>74</sup> Men vitenskap er ikke én ting, og råd er ikke regler. Generelle kvalitetsmarkører trenger ikke å samsvare med konkret kvalitet, og enhver forfatter må selv avgjøre hvilken stil som passer for formålet.<sup>75</sup> Språket er arbeidsverktøyet for alle rettsforskere; når alt kommer til alt, er det bare språket som skiller oss fra hverandre.<sup>76</sup> Samtidig er det også mitt inntrykk, av det rettsvitenskapelige klimaet, at det underforstått stilles krav til hvordan forfatternærværet skal være.<sup>77</sup> Teksten må ikke

<sup>72</sup> Som oftest blir slike råd gitt muntlig, i korridorene, på skrivekurs eller ph.d.-seminarer, men enkelte gis også skriftlig, se eksempelvis Graver, *Vanlig juridisk metode?*, s. 177-178. Se også C. Ramberg, *Erfarenheter som kan vara til nytte för doktorander i juridik*, s. 56 flg., som selv skriver for sin mamma, og som mener skribenter alt for ofte tenker på seg selv heller enn leserne. Det finnes imidlertid også andre råd man kan ta til seg. I motsatt ende medgir Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 27 n. 5, at egen stil kan virke «ålderdomlig och krånglig, kanskje rent av pompös», og som for øvrig også (i Wittgensteins ånd) innrømmer at avhandlingen har terapeutisk formål, se s. 42 og 588. Andersson, *24 preludier utan fuga*, s. 42, skriver til stipendiaten: «Ibland ges rådet 'Skriv som du talar så blir det både rätt och personligt'. Tro inte på det! Skriftspråket är ett mer reflekterat medium än talet, och texten måste dessutom beakta kopplingarna till form, stil och narrationstekniker. Att skriva som man talar är helt enkelt ett ideal för dem som inte har skrivandet som yrke (...) *Nej, du ska givetvis skriva bättre än du talar!*».

<sup>73</sup> Som Vilhelm Aubert, *Noen problemområder i rettsosologien*, s. 433, påpeker: «Det karakteristiske ved Uppsalafilosofiens kritikk er at det utilfredsstillende ved den juridiske metode er et resultat av en uheldig, m e t a f y s i s k s p r å k b r u k. Dersom rettsvitenskapen ville nytte et mer sobert, deskriptivt språk, ville også jussens uvitenskapelige trekk forsvinne.»

<sup>74</sup> Det er fine verdier. Saklighet er for eksempel essensielt når man skriver om en *sak* (som avtaletolkningens vesen jo kan sies å være). Men i en oppramsning (objektivitet, nøkternhet, saklighet) kan man få inntrykk av at dette henger uløselig sammen, at man ikke kan være saklig dersom man også er subjektiv. Eller at bare det nøkterne er det som er objektivt nok for vitenskapen.

<sup>75</sup> Andersson, *24 preludier utan fuga*, s. 34, skriver: «Alltså, jag tror man tjänar på att se språkets roll på många olika sätt. Låt oss just nu bara notera två aspekter: Att (...) se språket som en kreativ aktivitet, istället för ett instrumentellt återgivande av fakta, öppnar för att studera en mängd tekniker kring språkets förmåga att skapa olika innebörder. Att också (...) se den enskilde språkanvändaren – särskilt att se sig själv – som innehavare av en stil skänker förståelse för dels ens tillhörighet till ett givet språkspel, dels ens möjligheter att skapa något eget.»

<sup>76</sup> Hvilken jus som formidles avhenger av hvordan kildene behandles, hvilke ord som velges og hvilke sjangertrekk og virkemidler som benyttes. Ved å oppstille krav til, eller gi velmenende råd om, *hvordan jus bør skrives*, ligger implisitt en fare for også å legge føringer på *hvilken jus som bør skrives*. Om målet er å skrive innenfor en rådende retning, kan man saktens velge å følge strømmen. Ønsker man derimot å utfordre etablerte oppfatninger, må det skje språklig. Det er med språket mennesker skiller seg fra hverandre. Med Arendts ord, *Människans villkor: Vita active*, s. 212: «Genom att tala och handla åtskiljer sig människor aktivt från varandra i stället för enbart vara olika; dessa verksamheter är de modi i vilka det att vara människa uppenbarar sig.» Dessuten, at akademisk språk må være tørt og kjedelig for å bli tatt på alvor, stemmer ikke. Akademias selvoppholdelse avhenger ikke av færre adjektiv eller flere punktum, men av aldri å slutte å være nysgjerrig på hvem, hva, hvorfor og hvorfor ikke. Som Nils Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 8, skriver: «Ingenting blir automatisk vetenskapligt därför att man använder en viss metod», og heller ingen bestemt språkdrakt, vil jeg legge til. Men, fortsetter Jareborg like etter: «[D]et finns en allmän *vetenskaplig inställning*: att inte sluta att fråga 'Varför?' förrän man för tilfället är nöjd eller inte har tid att hålla på längre.»

<sup>77</sup> Se eksempelvis Graver, *Vanlig juridisk metode?*, s. 177: «Stilen i juridiske tekster er utpreget saklig og akademisk, noe som bidrar til å gi den et preg av eksperttale, og lite preg av den enkelte

være for personlig, spekulativ eller fremstå som ujuridisk. Vi godtar bruk av *jeg* når det gis uttrykk for forfatterens egne meninger, i *de lege ferenda*-betraktninger eksempelvis. For øvrig er det ikke tradisjon for at forfatterens egen røst preger fremstillingene i særlig stor grad. Vi verner om objektivitet og saklighet, og vil unngå å bli tatt for synsing og uvitenskapelighet.<sup>78</sup>

Leseren av denne teksten har antakelig allerede gjort seg opp en mening om forfatteren. Kan hende irriterer det at forfatteren er så tilstedeværende som hun er, kanskje mener noen at stilen er for essayistisk og ikke passer seg for en juridisk doktorgrad.<sup>79</sup> Jeg vil derimot hevde at det i en avhandling som dette er nødvendig med et tydeligere forfatternærvær enn det som kanskje er vanlig. Jeg vil faktisk også hevde at et tydelig forfatternærvær er mer vanlig i (avtaletolknings)teorien enn det man skulle tro.<sup>80</sup> Stang, Arnholm, Huser og Høgberg forbindes med sine avtaleteoretiske tekster, ikke bare fordi de har skrevet dem, men også på grunn av hvordan de ble skrevet – stilen.<sup>81</sup>

---

forfatterens person. Det er et typisk trekk ved rettslig argumentasjon at den preges av et ideal hvor de overbevisende momentene ligger i saken og objektive omstendigheter, ikke i forfatterens person eller subjektive forhold. Den noske jurisstilen er upersonlig, nøktern og saklig, selv om det undertiden kan være glimt av humor.» På neste side åpner likevel Graver døren på gløtt: «Den rettsvitenskapelige forfatteren har likevel større frihetsgrader enn praktikerens når det gjelder stil, noe de færreste utnytter i særlig grad.»

<sup>78</sup> Kanskje litt som filosofien prøver å distansere seg fra skjønnlitteraturen, se Lars Fr. H. Svendsen, *Hva er filosofi*, s. 56-58, som kan fortelle at det er problematisk å trekke et kategorisk skille mellom filosofi og litteratur, og at det ikke er så viktig heller: «Et vanlig skille mellom filosofi og skjønnlitteratur trekkes ved at skjønnlitteraturen består av fiksjoner, mens filosofien angivelig ikke skulle gjøre det.» Men, samme sted: «Filosofien er full av fiksjonselementer i form av tankeeksperimenter med romvesener, tvillingverdener, personer som bytter kropp etc.»

<sup>79</sup> Som eksempelvis fremhevet av C. Ramberg, *Erfarenheter som kan vara til nytte för doktorander i juridik*, s. 66, som tar sterk avstand fra en essayistisk stil i juridiske arbeider.

<sup>80</sup> Se også hvordan Hagerup, *Ihering - Windscheid*, s. 81, gjorde seg opp en mening nettopp om stilen til von Ihering og Windscheid. Om Ihering skriver Hagerup: «Naar man om Iherings stil bruger udtrykket aandrig eller aandfuld, giver man kun et meget ufuldkomment udtryk for den rent ud betagende magt, hans fremstilling besidder, og som i sin sidste grund vistnok ikke fortrinsvis beror paa dens sprudlende vid og lune eller paa den næsten digterisk skabende fantasi, der overalt stiller til forfatterens raadighed en række af slaaende billeder og eksempler, men fremfor alt paa den personlighedens ild, der strømmer læseren imøde og lader ham føle, at forfatteren med hele sin sjæl, med sin følelse ikke mindre end med sin intelligents er optaget af sit emne.» Og om Windscheid, samme sted: «Windscheids stil er af en anden art, præget af en vis kold og fornem objektivitet, ikke som Iherings let og sprudlende. I sit slags er imidlertid ogsaa den beundringsværdig og vidnende om en fin litterær sans. Sit uhyre lærdomsstof har Windscheid formaaet at forme i en knap, men samtidig klar, gjennemsigtig og elegant form, der aldrig mangler det adækvate udtryk for en tanke, og ved hvilken forskningens dybde og grundighed aldrig lader forfatteren tabe hensynet til stoffets ydre skikkelse af syne.»

<sup>81</sup> Der Huser, slik jeg leser ham, fremstår som om han vil rydde opp en gang for alle, virker Høgberg, etter min oppfatning, mer søkende og interessert i avtaletolkningsens eiendommelighet. Stang på sin side, skriver i en tid hvor avtalerett var hett, og tekstene kan leses som et faglig, men også et nærmest personlig, oppgjør mellom forfatterne som forfektet de andre synspunktene. Når Arnholm skriver sin avtalerettsteori, var de verste kampene over. For meg fremstår han som en forfatter som skuer tilbake til de gamle debattene, og med selvsikkerhet forteller hvordan stoda er nå. Man får alltid et

Fordi det er teoretiske refleksjoner som preger undersøkelsene, og fordi det er denne forfatterens refleksjoner som skal fremstilles, mener jeg det vil være uærlig, på grensen til illojalt, å forsøke å skjule subjektet for avhandlingen.<sup>82</sup> Det betyr ikke at jeg skal bedrive synsing; jeg skal tolke juridiske tekster og formidle min forståelse av disse. Men det kan bare være *min* forståelse av avtaletolkningslæren som formidles. For å få gode refleksjoner er det, slik jeg ser det, heller ikke noen fordel om teksten gjøres så enkel som mulig, setningene så korte som de lar seg gjøre eller språket så nøkternt som råd er. Poenget må være å få tanken på gli. Jeg hevder heller ikke å komme med objektive sannheter.<sup>83</sup> Sannhetsgehalten i avhandlingen er subjektiv, selv om *jeg* selvsagt mener den objektivt sett holder vann.<sup>84</sup>

Fullt så personlig som stilen har vært innledningsvis, kan jeg imidlertid betrygge leseren om at fortsettelsen ikke blir. Innledningsvis har jeg hatt behov for å legge an tonen, forklare prosjektet og gi leseren en pekepinn på hva som skal drøftes, hvordan og hvorfor. Før jeg gir meg med forklaringer og forbehold, bør det også legges til at jeg ønsker å bruke det avtalerettslige språket aktivt, det vil si at jeg i utgangspunktet ikke ser behov for verken å endre på terminologien, ta stilling til hva som er den *beste* ordbruken eller etterstrebe språklig koherens.<sup>85</sup> Med viten og vilje kommer jeg til å benytte meg av, og veksle mellom, ord som på en måte er synonymer, men på en annen måte setter fingeren på ulike sider av det som behandles og derfor ikke automatisk og uproblematisk kan erstattes med hverandre. Jeg kan ikke innledningsvis velge å benytte én terminologi fremfor en annen; for det ville innebære å ta stilling til teoretiske grunnspørsmål før undersøkelsene en gang har begynt.

---

inntrykk av forfatteren som har skrevet boken, selv der forfatteren gjør sitt ytterste for ikke å være tilstede.

<sup>82</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 151 n. 471, som i forbindelse med akademias krav til konformitet og innordning skriver: «[M]en, vill jag säga, den som påstår sig syssla med vetenskap måste underkänna detta krav, och sätta sin särart först. Det är en samvetsfråga. Banna mig. (Att skriva rättsvetenskap. Det är också en *etisk* handling.)»

<sup>83</sup> For eksempel er det mine egne tolkninger av Samuelssons, så vel som andre forfatteres, tekster som formidles. Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 25: «Texten är visserligen läsarens, och läsaren läser som han eller hon vill.» Se også Karhu, *Anm. av Samuelsson, Tolkning och utfyllning*, s. 808: «Så min läsning av Joel Samuelssons doktorsavhandling är bara en möjlig läsning. En 'dagens teori' og 'dagens bok'.» Dessuten er sannhet et normativt begrep, se Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 7.

<sup>84</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 153, som hevder at sin tolkning er riktig, «annars vore det ju ingen endast spekulation».

<sup>85</sup> Se eksempelvis Skoghøy, *Kvalitetskrav i doktorgradsavhandling*, s. 15, som i forbindelse med kriteriene for vitenskapelig nivå på doktorgrader skriver at «begrepsbruken må være presis, konsekvent og uten selvmotsigelser». Se også Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 137, som skriver: «En teori om retten må blant annet bygges slik at den tilstreber å være koherent – det vil her si sammenhengende og fyllestgjørende, for eksempel i begrepsbruk.»

Kanskje har jeg allerede gått for langt i å forskuttere innholdet i undersøkelsene som kommer. Hvor mye som må og kan sies først, er et spørsmål uten fasitsvar. Ved å skrive mer ville jeg risikert å foregripe flere konklusjoner, og ved å skrive mindre ville jeg overlatt til leseren å gjette seg til hvilken avhandling som kommer. For at avhandlingen skal kunne leses på sine egne premisser, kjennes det viktig og riktig å avsløre såpass allerede nå. Jeg velger å avslutte de innledende rundene her, og da gjenstår bare å gi noen korte leseranbefalinger.

Teksten bør leses fra start til slutt; å navigere etter overskrifter vil trolig bare gjøre lesingen forvirrende.<sup>86</sup> Gjentakelser må påregnes siden det tar tid å gå opp gjengrodde stier. Teksten er også belemret med en del lange sitater som nok kan gjøre lesningen tyngre, men når man skriver om å skrive om avtaletolkning, er det et poeng å vise hva som ble skrevet. Dersom jeg skulle gjenfortalt med egne ord, det andre har skrevet, ville det ikke hatt samme virkning. I avhandlingen er det også en utstrakt bruk av såkalte *realnoter* (hvor det i tillegg til referanser og sitater også fremkommer små refleksjoner og løpende kommentarer), som ikke er strengt nødvendig å lese, men som jeg mener hører med til helhetsbildet. Stilen avhandlingen er skrevet i, er ment å påvirke måten den leses på – forhåpentligvis vil leseren bli med på (selv)refleksjonene.

---

<sup>86</sup> Det betyr ikke at overskriftene er laget *for* å være forvirrende, de er laget for å gi et signal om hva som kommer etter når man allerede er kommet seg dit.

## 2 Enigheten

### 2.1 Det var en gang

#### 2.1.1 Avtalefiksjonen

«Fiksjonen har ikke bare gjort oss i stand til å forestille oss ting, men også til å gjøre det *kollektivt*.»<sup>87</sup>

Hvis man vil oppnå noe utover det man selv kan skape, eller har rett til å disponere over, oppstår behovet for samhandling.<sup>88</sup> Genialt nok har menneskene funnet opp avtalen for nettopp det formålet. Avtalens opprinnelse, når menneskene kom på at det var hensiktsmessig å interagere på denne måten, lar seg neppe tidfeste.<sup>89</sup> Historisk kan man trolig se utviklingen av avtalen i sammenheng med den kognitive revolusjonen, som inntraff for mellom 70 000 og 30 000 år siden, hvor de første ubestridelige bevisene på religion, handler og inndeling i sosiale lag stammer fra.<sup>90</sup> I de første nedskrevne rettsstekstene som er kjent fra den sumeriske kong Urnammu (ca. 2100 år f.Kr.), kan vi finne visse kontraktsreguleringer.<sup>91</sup> Dersom vi følger historien fremover (og på kryss og tvers), via Babylon, inn i antikkens Hellas og over i Romerriket, viser det seg at kontraktsrettslige forhold har spilt en rolle i verden like lenge som menneskene har hatt en form for skriftspråk.<sup>92</sup> Og nettopp språket spiller en hovedrolle i menneskenes historie:

---

<sup>87</sup> Harari, *Sapiens*, s. 37.

<sup>88</sup> Som Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 13, skriver: «(...) med disposisjoner på eget område kommer man vanligvis ikke langt. Under noe utviklede samfunnsforhold føler den ene stadig trang til å disponere over goder som andre råder over.»

<sup>89</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 4, skriver: «K o n t r a k t e n e er, efter alt det vi vet, likeså gamle som eiendomsretten», og deretter: «Man drøfter i nutiden ivrig hvordan regelen [at kontrakter binder] er blitt til – nogen er gått så langt over i ideologi at de mener den har mystisk, religiøs opprinnelse. Vi kan sikkert ta tingene meget enklere: sammenhengen har vært den, at man forstod nytten av regelen – man trengte omsetning, og da forstod man at løfter måtte oppfylles. På dette punkt kan man sikkert tale om en *selection* i Darwins forstand, om et naturlig utvalg: man handlet med dem man av erfaring visste man kunne stole på.»

<sup>90</sup> Se Harari, *Sapiens*, s. 34. Men mennesket (for ikke å si ulike varianter av menneskearter) kan jo ha blitt enig med hverandre om ting før den tid også. Vi kan bare undres hvordan det gikk for seg, eller vi kan slå oss til ro med historier om at: «I et primitivt og statisk samfund med fikserede økonomiske og sociale positioner er der ikke noget stort behov for kontraktskonstruktionen», se Lennart Lyngse Andersen/Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand* 6. utgave, s. 17.

<sup>91</sup> Dag Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 66.

<sup>92</sup> Se Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 65 flg.

«*Homo sapiens* erobret verden først og fremst på grunn av sitt unike språk».<sup>93</sup>

Strengt tatt er det ikke nødvendig å gå tilbake til menneskehetens vugge for å si noe vettugt om avtaletolkning i dag.<sup>94</sup> Likevel ligger det et ikke ubetydelig poeng i at:

«Det er evnen til å overføre informasjon om ting som ikke eksisterer [som er det virkelig unike ved språket vårt]. Så vidt vi vet er det bare sapienser som kan snakke om alle mulige begreper som de aldri har sett, rørt ved eller luktet. (...) Det er evnen til å snakke om fiksjon som er det mest unike trekket ved sapiens-språket.»<sup>95</sup>

Avtalen er en slik fiksjon.<sup>96</sup> Selv om vi ser for oss at en avtale kan konkretiseres og manifestere seg i tekst eller andre uttrykk, er det fiksjonen – det som eventuelt manifesterer seg – som utgjør avtalen.<sup>97</sup> Ideen om at det er mulig å avtale er dermed utgangspunktet for hele avtaleretten. For avtaletolkningens vedkommede handler det om å ta rede på hva en konkret avtale(fiksjon) går ut på, og det er manifestasjonene som må tolkes. Vår eneste måte å få et grep om avtalefiksjonen, fylle avtalebegrepet med innhold, eller reflektere rundt hvordan man kommer frem til avtalens innhold, er via vårt unike språk som gjør oss i stand til å avtale og til å kommunisere avtalerettslig.

---

<sup>93</sup> Harari, *Sapiens*, s. 32.

<sup>94</sup> Henvisningene til den populærvitenskapelige og fengende *Sapiens* er heller ikke gjort for å provosere; jeg legger til grunn at det er relativt ukontroversielle påstander jeg siterer her.

<sup>95</sup> Harari, *Sapiens*, s. 37.

<sup>96</sup> Hvorvidt vi trenger eller bør bruke fiksjonsbegrepet når vi skriver jus, kan det være delte meninger om, se eksempelvis Samuelsson, *Åter till huset vid Göta älv*, s. 175, som i forbindelse med en lengre undersøkelse av garantifiksjoner i svensk avtalerett, skriver: «Pratet om 'fiksjoner' i avtalsrätten är, faktiskt, i allmänhet grundlöst – det tomma ekot av en död ideologi. Eller: Ren fiktion.» Men det Samuelsson tar et (for ham karakteristisk) oppgjør med, er (slik jeg leser ham) ikke at menneskespråket inneholder fiksjoner, men med den scientistiske skandinaviske rettsrealismen som fikk oss til å tro at noen fiksjoner var mer fiktiv enn andre.

<sup>97</sup> Se i den forbindelse også Hagerup, *Indledning til studiet af den almindelige retslære*, s. 182, hvor han, etter å ha reflektert rundt retten som en ren indre forestilling som ikke har noen ytre eksistensform, uttaler: «Af det her udviklede følger, at vi egentlig aldrig kan sige: 'Dette er r e t', men altid kun: 'Dette b e t r a g t e r vi som ret.'»



## 2.1.2 Språket fanger

«Det språket som forskere bruker, er altså alltid historisk gitt, og alle er utlevert til dette språket ved tolkninger av rettslige fortider.»<sup>98</sup>

Erkjennelsen av språkets grunnleggende rolle er imidlertid ingen endestasjon det heller, for hva er egentlig språk?<sup>99</sup> I den tidlige språkvitenskapen, før den «moderne» tar til på begynnelsen av 1800-tallet, diskuterer filosofene hvorvidt språket er gitt oss som gave fra Gud eller oppfunnet av menneskene selv.<sup>100</sup> Enkelte, som Johann Gottfried Herder, mener man burde kunne forvente et langt mer logisk og følgestrengt språk dersom det er laget av Gud; det er jo underlig at Gud skulle ha oppfunnet et unødvendig ordforråd.<sup>101</sup> Med tiden er det andre spørsmål enn de mytiske og kuriøse som har preget språkvitenskapen, hvorav motsetninger mellom de som mener språk er *natur* (naturvitenskap) og de som mener språk er *kultur* (humaniora), vel er av de mer fundamentale.<sup>102</sup> I dag finnes det også en tredje vei; å mene at språk er begge deler. På fint kalles det å erkjenne «språkets doble ontologi»:

«Det er på en side et objekt som tilhører vår fysiologiske, kognitive utrustning – *qua* vår biologiske eksistens som mennesker; samtidig som på andre siden er et fenomen intimt forbundet med og konstituerende for mennesket som sosialt vesen.»<sup>103</sup>

Rettsvitenskapskvinner og -menn forsker ikke på språket, slik lingvistene gjør, men er like fullt avhengig av språket i alt sitt virke. Enten det ble skjenket oss i gave, er et produkt av evolusjonen eller vokste frem sosialt, er det bare å konstatere at språket er

---

<sup>98</sup> Michalsen, *Rettt: En internasjonal historie*, s. 52.

<sup>99</sup> Som jurister spør seg «hva er rett», lurer språkforskerne på «hva er språk», og det finnes ingen entydig definisjon, se eksempelvis Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 73: «Hvis vi (...) skal prøve å se på språket som isolert fenomen, må vi først ha en grunnleggende idé om hva språk egentlig er. Det er ikke så enkelt, for språkforskerne er uenige om hva språk egentlig er.» Se også Samuelsson, *Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten*, s. 103 n. 1, som begynner på en refleksjon rundt «vårt språk», men som avslutter forholdsvis raskt med: «(...) gör man halt för att filosofera över innebörderna blir man stående, och det är i sin ordning, men det är inte så man tar innebörden, i t.ex. en tekst, till sig.»

<sup>100</sup> Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, s. 14.

<sup>101</sup> Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, s. 14, med videre henvisninger.

<sup>102</sup> Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, s. 14-16.

<sup>103</sup> Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, s. 16.

vår tilgang til virkeligheten.<sup>104</sup> Som avtalerettsjurister betyr det også tilgangen til avtaleretten.

Det avtalerettslige språket *er* avtaleretten; vi kan ikke tenke oss avtalerett på andre måter enn med språket.<sup>105</sup> Siden avtaleretten lever i språket, og bare der, er ikke de avtalerettslige ordene *tilfeldige*, som i at det er det samme hva vi kaller avtalerettslige fenomener for.<sup>106</sup> Begrepene vi bruker tilhører den avtalerettslige virkeligheten og er ikke navn på en parallell «avtalerett» et annet sted, i en fysisk virkelighet for eksempel. Vil vi si noe om avtaleretten, må vi bruke det språket som allerede finnes. Naturligvis (eller bør jeg si kulturligvis?) beror det på omstendigheter, som også kan være tilfeldigheter, hvilke ord og uttrykk som velges og brukes i en tid eller en annen. Og det avtalerettslige språket, som alle andre språk, er i stadig endring enten ved offisielle språkreformer, «naturlig» utvikling eller som ledd i teoretiske stridigheter.<sup>107</sup> Dersom lysten til å lansere nye ord melder seg, vil man imidlertid måtte forklare de nye ved hjelp av dem vi allerede behersker.<sup>108</sup> Forresten, hør på ordet «behersker», som betyr å herske over noe. Slik jeg nettopp benyttet det, mer enn antyder det at mennesker er herrer over språket.<sup>109</sup> Det heter også «å ha ordet i sin makt» eller «å være språkmektig».<sup>110</sup> Men hvem har egentlig makt over hvem?<sup>111</sup> Hersker menneskene, her avtalerettsjuristene, over det avtalerettslige språket? Eller er det mer treffende å si at vi er prisgitt språket? Og har det noe å si?

---

<sup>104</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 59, formulerer det slik: «Det finnes ingen annen virkelighet tilgjengelig for vår forståelse enn den språket tilbyr», med videre henvisning til Gadamer. Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 15.

<sup>105</sup> Ingen annen rett heller, for den saks skyld.

<sup>106</sup> Dette skal imidlertid ikke forstås som at jeg tar språkvitenskapelig stilling til hvorvidt «språktegnet er arbitrært», eller ikke, se Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 78, med videre henvisning til Saussure.

<sup>107</sup> For å ta et ukontroversielt eksempel: Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 447 n. 7, skriver: «Ordet fortolke (fortolkning) som før har vært brukt (også av mig) har nyere forfattere ombyttet med tolke, således K n o p h. Jeg går over til denne sprogbrug.»

<sup>108</sup> Slike forsøk går sjelden upåaktet hen, og den som vil reformere det juridiske språket må være forberedt på imøtegåelse, se eksempelvis Hov, *Trenger vi nye begreper*, s. 563-578, om Woxholths oppgjør med begrepet dispositive utsagn mm. Se også Woxholths tilsvarende, *Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven*, i en vedlagt stensil, og *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, kapittel 7.

<sup>109</sup> Noe optimistisk, kanskje, skriver Stang, *Om vildfarelse*, s. 18: «Til Meddelelse af Oplysninger om, hvad der foregår i en Persons Indre, er S p r o g e t o g S k r i f t e g n e n e dannet.»

<sup>110</sup> Et ord som «språksmed» gir derimot assosiasjoner til at det er vi som mennesker som bruker språket, men at det er et håndverk, en praktisk kunst. Tidvis kan man undre seg om diktere, låtskrivere og andre språksmeder virkelig bare har det samme språket som oss andre tilgjengelig, når det er så vanskelig å uttrykke det man mener og mye blir så platt.

<sup>111</sup> Iblant kan det være gøy å snu litt opp ned på egne virkelighetsforståelser, se bare hvordan Harari, *Sapiens*, s. 90, kaller jordbruksrevolusjonen historiens største svindel, og skriver: «Det var ikke vi som domestiserte hveten. Den domestiserte oss.»

Mine valg av ord sier noe om mitt teoretiske ståsted, men også om vaner. De ordene jeg først møtte, anser jeg selv som de tradisjonelle, ordene jeg finner i eldre litteratur, får lett gammelmodige konnotasjoner, og helt nye ord kan enten vekke min mistenksomhet eller entusiasme, alt etter som. Det er ikke til å komme utenom. Selv om det kan være fristende bare å kalle språklige forskjeller for terminologiske smaksvalg, tror jeg ikke man skal gå utifra at forfattere vilkårlig velger terminologi. Språklige forskjeller tyder på at forfatterne mener å uttrykke ulike ting; sympati og antipati mot språklige ord og vendinger i avtaleretten henger gjerne sammen med underliggende teori- og vitenskapssyn.<sup>112</sup> Man kan velge andre ord for å ta avstand fra de man er uenige med, eller velge akkurat de samme ord som den man selv mener har mest rett. Uavhengig av om man tar direkte stilling selv, eller bare bruker den terminologien som er mest vanlig for tiden man skriver i, velger man.

Fordi avtaleretten bor i språket, er det også språket som må undersøkes om vi skal oppdage uenigheter eller endringer i forståelsen over tid. Uansett hvor rolig og uanfektet jeg har lyst til å starte undersøkelsene, må den første erkjennelsen være at det er umulig å starte med blanke ark. Det finnes ingen begynnelse; enhver refleksjon må nødvendigvis starte midt i språket, det vil si både språket generelt og det avtalerettslige språket spesielt.<sup>113</sup>

### 2.1.3 Frihet og vilje

«Avtalsrättens byggstenar är polemiska, och juridiken innehåller alltid medvetna eller omedvetna bakgrundsantaganden. Det finns ingen ateoretisk (ren) juridik, bara juridik som inte känner till sig själv och sina egna utgångspunkter.»<sup>114</sup>

Siden det ikke finnes noen begynnelse, kan vi starte med noe grunnleggende. Avtalefriheten er så grunnleggende at den ikke trenger noen hjemmel, heter det. Friheten til å inngå avtaler, eller la være, kan igjen rubriseres under den alminnelige

---

<sup>112</sup> Se i denne retning Huser, *Avtaletolkning*, s. 45.

<sup>113</sup> Like fullt må man starte ett sted. Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, s. 29, begynner boken slik: «Skulle utan några stora ord bara vilja befinna mig mitt i flödet, för att dras med av dess obevekliga berättande kraft, som om ingen början – och absolut inget slut – fanns där med inneslutande ramar och pärmar.»

<sup>114</sup> Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggstenar*, s. 96.

handlefriheten; det som ikke er forbudt er lov.<sup>115</sup> Sånn ser vi det for oss. Og det faktum at det finnes kontraktsreguleringer, støtter opp om at det er slik vi forstår det. Illustrerende nok bygger vår eldste, fortsatt fungerende lov, Kong Christian den Femtis Norske Lov fra 1687 på en forutsetning om avtalefrihet.<sup>116</sup> Mennesker har frihet til å avtale; hvis vi vil begrense eller styre denne adgangen, må det reguleres.<sup>117</sup> Det vil si at vi oppfører oss som om avtalefriheten er en del av avtalefiksjonen.

Et annet grunnleggende element ved avtalefiksjonen, er avtalens bindende kraft.<sup>118</sup> Man står fritt til å avtale, men gjør man det så må avtalen holdes – *pacta sunt servanda*. Hvorfor avtalen binder har jurister, filosofer og teologer beskjeftiget seg med i århundrer (og sikkert enda lenger).<sup>119</sup> Den dansk-norske debatten på 1700- og 1800-tallet utspilte seg gjennom ulike tolkninger av bestemmelsene i Kong Christian den Femtis Norske Lov.<sup>120</sup> De lærde stred om det var *viljen* til å inngå avtale med hverandre eller *friheten* til å binde seg selv ved avtale, som var mest grunnleggende. Begge syn kunne hente støtte i lovens ordlyd.<sup>121</sup> De som sverget til viljen, mente at begge parter

---

<sup>115</sup> Som et helt generelt utgangspunkt selvsagt. Jeg mener ikke å si noe verken rettslig eller moralsk om rekkevidden av den alminnelige handlefriheten, men det er ca. så langt bakover, eller ned i dybden, eller opp i hierarkiet man kan komme når man skal legitimere avtalefriheten. Det er heller ikke det minste kontroversielt å hevde; de fleste forankrer det slik. Se eksempelvis Oscar Platou, *Ord og Villie*, s. 535: «Alle Villiestheoriens Udgangspunkt er dette, at Retsordenen tilkjender den enkelte Borger inden visse Grændser fuld Autonomi i sin Formues- og Familiesfære – og dette indrømmes af Alle, selv Villiestheoriernes skarpeste Modstandere.» Eller Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 11: «Som i de fleste land står rettsordenen hos oss på det standpunkt at den innen vide rammer tillater hver enkelt å ordne sine rettsforhold slik han selv ønsker.» Etter noen refleksjoner rundt handlefrihetens antatte stilling i historien, konkluderer Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 12, med at: «[S]elv om disposisjonsfriheten på ingen måte er noe aksiom, er det nok også i dag den store hovedregel at hver fritt kan stille med sitt som han vil, når han bare ikke griper over på andres enemerker». Se også Johan Giertsen, *Avtaler*, s. 3: «Enhver kan i kraft av sin selvbestemmelsesrett normalt binde seg til f.eks. å betale penger, levere en vare eller yte en tjeneste. Bindingen innebærer at forpliktelsen en part påtar seg, om nødvendig kan håndheves av rettsapparatet.» Samme sted på s. 6: «Avtalefriheten gir hjemmel for at personer og bedrifter kan stifte rettigheter og plikter for seg selv.» Se også Geir Woxholth, *Avtalerett* s. 27, Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 337, og Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 28 flg.

<sup>116</sup> Som vist til hos eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 27, Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 28, Giertsen, *Avtaler*, s. 6, for å nevne noen.

<sup>117</sup> For eksempler på tidlige kontraktsrettslige reguleringer, se Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 66 flg. Avtalefriheten har ikke alltid blitt forstått på samme måten, man skal vokte seg for å projisere dagens forståelse på fortidens tekster, se også under i n. 201. Om avtalefriheten i romerretten skriver Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 140: «Klassisk romersk rett kjenner (...) ikke kontraktsfrihet på annen måte enn frihet til å velge en av de aksepterte kontraktstypene som romersk rett anerkjente.»

<sup>118</sup> Se eksempelvis Stangs uttalelse over i n. 89.

<sup>119</sup> For en historisk gjennomgang av diskusjonene på 1700- og 1800-tallet særlig i Norge og Danmark, se Sören Koch, *Løfte og aksept*, som også kaster et blikk tilbake til de katolske skolastikerne på 1500- og 1600-tallet.

<sup>120</sup> De to aktuelle bestemmelsene, NL 5-1-1 og 5-1-2, er fortsatt norsk lov.

<sup>121</sup> NL 5-1-1: «En hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver.» NL 5-1-2: «Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kjøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og

måtte ville binde seg, ta på seg rettigheter og plikter, for at binding skulle komme i stand, og forfektet derfor *kontraktsprinsippet*.<sup>122</sup> På den andre siden sto de som mente at friheten til å kunne binde seg selv var det springende punktet, og de ble følgelig forkjempere for det vi kaller *løfteprinsippet*.<sup>123</sup>

Da Kong Christian den Femtis Norske Lov ble vedtatt, og utover 1700-tallet, var naturretten fortsatt den dominerende retningen.<sup>124</sup> I løpet av 1800-tallet skjedde det imidlertid et «rettsteoretisk paradigmeskifte» hvor naturretten måtte gi tapt for nye retninger, og som førte til at *løfteprinsippet* vant frem i norsk rett.<sup>125</sup> I dag vil neppe forkjempere for verken det ene eller det andre prinsippet, begrunne standpunktet naturrettslig, for nå har vi andre idealer.<sup>126</sup> Men vi anser fortsatt Kong Christian den Femtis Norske Lov som en manifestasjon av både prinsippet om at avtaler skal holdes og avtalefriheten i norsk rett.<sup>127</sup>

Ifølge Michalsen ble ideen om avtalefriheten særlig viktig utover 1800-tallet på grunn av en kombinasjon av ideologiske strømninger og realøkonomiske endringsprosesser, som han mener danner grunnlag for å snakke om et moderne *kontraktsamfunn*.<sup>128</sup> Over Europa drev det samtidig en kodifikasjonsiver; mange ønsket å samle den sentrale privatretten i lovbøker, men motstanden var også stor.<sup>129</sup> Drakampene handlet om nasjonsbygging og nasjonalisme, om synet på romerretten,

---

andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.»

<sup>122</sup> Se Koch, *Løfte og aksept*, s. 340.

<sup>123</sup> Se Koch, *Løfte og aksept*, s. 340. Som en kuriositet, kan vises til Stang, *Viljesdogmet*, s. 301-302, som både mener at regelen om at man bindes ved sitt tilbud er gammel i Norge, samtidig som at regelen forklares med den moderne utviklingen i tråd med handelsrettens krav.

<sup>124</sup> Da de katolske skolastikerne diskuterte, ble begge prinsippene hevdet å være i tråd med de naturrettslige idealene, se Koch, *Løfte og aksept*, s. 343-344.

<sup>125</sup> Se Koch, *Løfte og aksept*, for en gjennomgang av dette paradigmeskiftet. Om såkalte paradigmeskifter, se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 73, som viser hvordan man kan mane frem en profeti, ved under paradigmeaparaplyen å kalle eget synssett for *det nye* og stille dette opp mot *det gamle*. Men, som det fremgår samme sted i n. 140: «Skiftet mellan paradigm är ett skifte mellan världar, inte mellan synsätt, och än mindre mellan teorier – Du var troende, men är det inte längre, och nu kan du omöjligen förstå hur du en gång kunde tro.»

<sup>126</sup> Som oftest er det varianter av avtalen som et instrument for det moderne samfunnet, næringslivets behov og omsetningslivets tarv, som utgjør begrunnelsen. Og denne «moderniteten» har vart lenge. Se eksempelvis Stang, *Om rettsvidenskap*, s. 121: «En rettsorden som ikke engang kjenner tilbudets forbindende kraft, lar sig vanskelig tilpasse for et nutidssamfund.»

<sup>127</sup> Se eksempelvis Koch, *Løfte og aksept*, s. 339, Huser, *Avtaletolkning*, s. 182, og Woxholth, *Avtalerett*, s. 23 og 27. Se likevel Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 22, som mener man må strekke seg litt for å få det til: «Hjemmelen for at private disposisjoner forplikter kan til nød utledes av NL 5-1-2 (som nettopp av denne grunn ble beholdt uendret i forbindelsen med opprydningen i lovverket som fant sted i 1985)».

<sup>128</sup> Se Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 372.

<sup>129</sup> Se Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 366-375. Se også Michalsen, *Den tyske kodifikasjonsdebatten*, s. 42, og Ditlev Tamm, *Retshistorie*, s. 281.

forholdet mellom lovgiver og rettsvitenskapen og om hva godt det egentlig kunne komme ut av en kodifisering.<sup>130</sup> Mens Tyskland, etter mye om og men, fikk sin berømte Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i 1900, kom det aldri noen norsk eller nordisk privatrettslig lovbok.<sup>131</sup> Etter det fellesnordiske lovsamarbeidet fikk vi imidlertid en rekke fellesnordiske lover, hvorav avtalelovene fortsatt holder stand.<sup>132</sup> I likhet med Kong Christian den Femtis Norske Lov, forutsetter også de nordiske avtalelovene avtalefrihet.<sup>133</sup> Da de kom, innebar de en nyvinning siden ingen av de nordiske landene hadde hatt lignende obligasjonsrettslig lovgivning før.<sup>134</sup> Men det var langt fra noen helhetlig regulering vi fikk. I forarbeidene står det å lese:

«(...) at den største del av de regler som henhører under obligationsrettens almindelige del, ikke for tiden egner sig til at lovfæstes. De er nemlig for den største del av saa abstrakt natur at de er litet skikket til at uttales i lovs form, og bør derfor heller overlates til videre utvikling gjennom rettsvitenskap og retspraksis.»<sup>135</sup>

Mest påtrengende å få lovregulert var, ifølge lovkomitéen, regler om ugyldige viljeserklæringer.<sup>136</sup> Begrunnelsen var at man i det moderne samfunnet «i stadig økende grad følt[e] trang til at hjelpe den som utbyttes i kontraktsforhold».<sup>137</sup> Lovfestingen av ugyldighetsregler, utover de som allerede fantes i Kong Christian den Femtis Norske Lov, innebar en innskrenkning av avtalefriheten sammenlignet med den ulovfestede

---

<sup>130</sup> Se Michalsen, *Rettsvitenskapens historie*, s. 354. I Tyskland var det særlig Savigny, en av 1800-tallets fremste rettsvitenskapsmenn, som hadde kraftige innvendinger mot kodifikasjonsplanene, se Michalsen, *Rettsvitenskapens historie*, s. 354-356, og Michalsen, *Den tyske kodifikasjonsdebatten*, s. 47 flg. og Tamm, *De nordiske avtalelove*, s. 18-19.

<sup>131</sup> Av andre land som hev seg på kodifikasjonsbølgen i løpet av 1800-tallet, kan nevnes Sveits, Østerrike, Frankrike, Italia og andre kontinentaleuropeiske land, se Blandhol, *Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt?*, s. 37, og Tamm, *De nordiske avtalelove*, s. 18.

<sup>132</sup> Den svenske avtaleloven kom i 1915, den danske i 1917, den norske i 1918, den finske i 1929 og den islandske i 1936. For historien bak de nordiske avtalelovene se Blandhol, *Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt?*.

<sup>133</sup> Se avtaleloven § 1 «Reglerne i dette kapitel kommer til anvendelse, hvis ikke andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane.»

<sup>134</sup> Sverige hadde hatt et kodifikasjonsutkast fra 1826, uten at det munnet ut i noen lov, se Tamm, *De nordiske avtalelove*, s. 18.

<sup>135</sup> Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 17.

<sup>136</sup> Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 17: «Forrest blandt disse vil komitéen stille læren om ugyldige viljeserklæringer, idet her behovet for en lovreform er mest paatrængende. Den udvikling disse regler trænger, kan efter hvad erfaring tilfulde har vist, ikke helt ut besørges av retsbruken. Her maa lovgivningen gripe ind.»

<sup>137</sup> Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 18, hvor det også står: «I nutiden erkjendes det imidlertid fra alle hold, at den fri konkurranse og den ubundne kontraktsfrihet kan misbrukes, og at de særlig kan misbrukes av den sterkere til at utplyndre den svakere. Mot disse misbruk staaer det moderne samfund paa vagt.»

rettstilstanden frem til da.<sup>138</sup> (Et forhold som sånn sett bekrefter at vi anser avtalefriheten som utgangspunktet, og at det er unntakene som krever særlig hjemmel.) Med avtalelovene ble det også satt et punktum for debatten om *hva* det er vi mener binder ved avtaleinngåelse; siden den gang har vi holdt oss med *løfteprinsippet*.<sup>139</sup>

Hvorfor har vi sluppet oss helt tilbake hit? Alle er enige om at vi har avtalefrihet, og avtaletolkning reguleres ikke av avtaleloven.<sup>140</sup> Man bør vel kunne gå mer rett på sak? Nja, jeg tror vi må være litt tålmodige. Viljen og friheten lurer for eksempel alltid i kulissene når avtalerett skal skrives eller bedrives. I avtaletolkningsteoretisk sammenheng er dette sitatet fra Høgberg illustrerende:

«Utgangspunktet i den intensjonale tolkningsstil henger sammen med respekten for partenes autonomi: En part skal i høyest mulig grad være ubundet av det han ikke ønsker å være bundet av, samt ha frihet til å la seg binde ved avtaler, tar man borgernes frihet og evne til å gjøre forpliktende valg på alvor.»<sup>141</sup>

Når det gjelder konflikten mellom løfte- og kontraktsprinsippet, er det opptil flere grunner til å komme inn på dette innledningsvis. For det første at det valgte løfteprinsippet utgjør en pilar i den norske avtaleretten man ikke kommer utenom, verken ved forståelsen av avtaleloven eller den øvrige avtaleretten. At løftet binder er antakelig også en av årsakene til at litteraturen gjerne befatter seg mer med løftebegrepet enn avtalebegrepet.<sup>142</sup> For det andre er striden mellom løfte- og kontraktsprinsippet et godt eksempel på at historiske debatter ikke bare er nedstøvede antikviteter. Heri lå for eksempel problemet for Norge med å vedta CISG del II som

---

<sup>138</sup> Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 17: «De lovregler om ugyldige viljeserklæringer vi har, er for en del meget gamle og gaar ut fra samfundsforhold og retsopfatninger som nu forlængst er forældet. De er litet sammenhengende, idet de er blit til paa forskjellig tid og aldrig er blit sammenarbeidet. De er altfor snevre og er derfor av retsbruken fortolket utvidende. Uagtet de utvidelser de derved er gjort til gjenstand for, tildels er meget vidtgaende, er det langt fra at de tilfredsstillter nutidens retsbehov.»

<sup>139</sup> For at løftet skal være bindende, må det være kommet til løftemottakerens kunnskap. Løfteprinsippet følger forutsetningsvis av avtaleloven § 7 som regulerer tilbakekall av tilbud, «tilbakekaldelsen [er] virksom, hvis den kommer frem til den anden part før eller samtidig med, at tilbudet [...] kommer til hans kunnskap.» Se også avtaleloven § 39 som, når anvendt analogisk, kan gi adgang til tilbakekall etter dette tidspunktet, såkalt *re integra*.

<sup>140</sup> Nå har vi et lite unntak i avtaleloven § 37 første ledd punkt 3: «Ved tvil om tolkningen av et avtalevilkår, skal vilkåret tolkes til fordel for forbrukeren.»

<sup>141</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 98.

<sup>142</sup> Se eksempelvis Krüger, *Kontraktrett*, s. 21, hvor det står: «Grunnstenen i ethvert avtaleforhold undergitt norsk rett er prinsippet om at rettssubjektene kan forplikte seg – og forplikte seg *ensidig* ved løfter, tilbud og lignende forpliktende opptreden. Fastleggingen av hva som utgjør en slik forpliktelse blir derfor prinsipielt like viktig som spørsmålet om det foreligger en gjensidig forpliktende avtale.» Se også Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 153 flg.

bygger på kontraktsprinsippet.<sup>143</sup> Og for det tredje settes løfteprinsippet gjerne i sammenheng med de objektive tolkningsteoriene som jeg skal bruke mye tid på etter hvert:

«Något förenklande kunde man säga, att vilje- och avtalsteorierna representerade traditionell pandekträtt, tillits- och löfsteorierna moderna marknadsanpassade lösningar.»<sup>144</sup>

Denne «moderniseringsprosessen» som fant sted på slutten av 1800-tallet gjør at vi, den dag i dag, liksom kvier oss for å forklare avtalerett med det som for oss virker som gammeldagse og pompøse ord og uttrykk. I stedet for å begrunne avtalens bindende kraft i viljen og friheten, tenker man seg avtaler som økonomiske instrumenter i samfunnets tjeneste. Woxholth skriver:

«Avtalene 'institusjonaliserer' utvekslingen av *formuesgodene*. På denne måten blir de av uvurderlig betydning for utviklingen av *omsetningslivet* og dermed den økonomiske velstand i et markedsøkonomisk innrettet samfunn.»<sup>145</sup>

Derfor er det også vanlig nå til dags å lese at det egentlig er *rettsregler* som kommer i spill når avtaler inngås.<sup>146</sup> Et eksempel fra dansk teori:

«Blot er den [aftalefriheden] retlig ikke længere en deduktion fra viljesdogmet, men funderet i de almindelige retskilder, hvilket først og fremmest vil sige lovgivningen – når

---

<sup>143</sup> Ved vedtakelsen av konvensjon om kontrakter for internasjonale løsekjøp (United Nations convention on contracts for the international sales of goods, heretter CISG) i 1988 tok Norge forbehold om del II om avtaleinngåelse. Om begrunnelsen for forbeholdet se Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) og Woxholth, *CISG-konvensjonens del II*. Forbeholdet ble trukket tilbake i 2014. Kontraktsprinsippet kommer til uttrykk i CISG art. 16 (1), hvor det (i den norske versjonen) fremgår at «Inntil avtale er inngått kan et tilbud kalles tilbake dersom tilbakekallet kommer fram til mottakeren før han har sendt en aksept.» Etter CISG art. 16 (2), følger dog enkelte modifikasjoner. Se også Lando, *Kontraktretten i et europeisk og internasjonalt perspektiv*, s. 15-16.

<sup>144</sup> Se Björne, *Den konstruktiva rikningen*, s. 335.

<sup>145</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 23. Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 27, som om avtalefriheten skriver: «Av større betydning er prinsippets *reelle* begrunnelse: Denne må søkes i kontraktens funksjon som økonomisk instrument. Kontrakten regnes av mange som det viktigste redskapet i omsetningens tjeneste. Som rettslig konstruksjon er kontrakten et effektivt middel for stiftelse og overføring av rettigheter og forpliktelser. Avtalefrihet gir en fleksibilitet som ikke ville ha vært mulig innenfor et system med lukkede kontraktstyper. (...) Fra et økonomisk perspektiv er avtalefrihet dermed en forutsetning for et velfungerende marked. Avtalefrihetsprinsippet forbindes derfor gjerne med markedsliberalisme og individuell autonomi.»

<sup>146</sup> Samuelsson, *Tolking och utfyllning*, s. 426 n. 1213, virker å være uinteressert i spørsmålet om avtalen bør begrunnes med viljen eller rettsordningen: «Även 'viljan' är ju ett rättslig begrepp.» Det interessante er hvordan avtalerettsvitenskapen i en stadig higen etter bedre beskrivelser og forklaringer, anser det for å være et fremskritt å kvitte seg med ett rettslig begrep «viljen» og sette andre, som «omsetningslivet» eller «samfunnets interesse», i stedet. Som om man kom nærmere sannheten av den grunn.



den formueretlige lovgivning stadig bygger på et princip om aftalefrihed, skyldes det, at lovgivningsmagten mener, at man herigennem bedst og mest hensigtsmæssigt når sine politiske mål.»<sup>147</sup>

Denne «moderniteten» får igjen betydning for hvordan avtaletolkningen oppfattes. Haaskjold skriver:

«Kontrakter er bindende fordi det en samfunnsmessig nødvendighet. I tråd med dette legger man en *objektiv tolkningsteori* til grunn.»<sup>148</sup>

Men, moderniseringen kan vise seg å komme med en pris:

«Vill man förneka att avtalet har sin grund i partsviljan och samtidigt bedriva avtalsrätt måste man vara beredd på terminologiska bekymmer.»<sup>149</sup>

Disse innledende refleksjonene om avtalefiksjonen, språket, viljen og friheten, er foretatt for å gi de videre undersøkelsene en startblokk; et sted å hente fart. Avtaletolkning kan ikke ses uavhengig av den øvrige avtaleretten, og før tolkningslæren kan undersøkes, må vi få en idé om hva det handler om – hva det er som skal tolkes. Vi fortsetter med begreper og terminologi.

---

<sup>147</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. utgave, s. 20. Se også Gomard, *Introduktion til obligationsretten*, s. 28: «Fundamentet for den retlige aftalefrihed er ikke det klassiske viljesdogme, men almindeligt anerkendte retskilder, loven, retspraksis og hensigtsmæssighedsbetragtninger ud fra forholdets natur.» Og videre på s. 5: «Kontraktsretten er i dag objektiviseret på flere ledder. De retsstiftende kendsgerninger afledes primært af retsregler og ikke længere først og fremmest af en såkaldt retshandelsvilje, og retsvirkningerne udledes tilsvarende i stigende grad gennem en hensyntagen til samfundets og den økonomiske omsætnings interesser i stedet for partenes vilje. Den basale del af kontraktsretten, som vi finder i aftaleretten, værner i dag ikke længere partsautonomien og kontraktsfriheden som goder i sig selv, men hævder i stedet aftalen som et hensigtsmæssigt middel til en decentral fordeling af opgaver og ressourcer. Kontraktsfriheden beskyttes *som samfundsgode*, d.v.s. så langt som den rimelige og afbalancerede omsætning er tjent med det.»

<sup>148</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 166.

<sup>149</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 426.

## 2.2 En (alvorlig) lek med ord

### 2.2.1 Avtalebegrepet

«Som den vigtigste Kilde til obligatoriske Forhold maa først anføres de Handlinger, som af vedkommende Parter foretages netop i den Hensikt at stifte et Retsforhold, idet den Ene giver Tilsagn om en Præstation, som af den Anden antages (Forbund eller Contracter).»<sup>150</sup>

Ordet *avtale* er brukt mange ganger allerede, fra tittelen og helt frem til denne setningen, uten at begrepet er forsøkt definert. Det har gått helt fint; jeg er sikker på at forståelsen av det som har stått om avtaler ikke har lidd noen nød av den grunn. Alle «vet» hva en avtale er, eller har en tilstrekkelig kvalifisert oppfatning som holder til daglig bruk.<sup>151</sup> I alminnelighet tror jeg vi kan si at folk forstår en avtale som noe noen har blitt enige om, kanskje skrevet ned, men behøver ikke det, og at jurister så vel som ikke-jurister skiller mellom de personlige avtalene om å gå på kino eller lignende og de som er av rettslig betydning.<sup>152</sup> Det betyr ikke at vi i dagligtalen nødvendigvis tar til orde for kontraktsprinsippet, vi mener også at et løfte er bindende – «du lovde!» Men jeg tror vi også tenker på frivillighet av noe slag, at man ikke kan tvinges til å inngå en avtale man ikke vil. Og selv om ordet avtale er flertydig, det kan vise til selve enigheten (fiksjonen) eller papiret den er skrevet på (avtaleteksten), skjønner man som regel ut av sammenhengen hvilken betydning det siktes til.<sup>153</sup> I jusen, og da særlig i rettsvitenskapen, blir det med ett litt mer komplisert.<sup>154</sup> Eller, ikke egentlig i

<sup>150</sup> Se Hallager, *Obligationsret*, s. 5.

<sup>151</sup> Se også Doublet/Bernt, *Retten og vitenskapen*, s. 31, som om begrepet *rettsregel* skriver: «Rent umiddelbart virker gjerne ikke begrepet *rettsregel* særlig problematisk: Det brukes av jurister og andre i ulike sammenhenger, uten overhengende fare for å bli misforstått: Når noen sier at x er en *rettsregel*, så skjønner den vanlige tilhører normalt uten problemer hva avsender mener med en slik påstand.»

<sup>152</sup> Om skillet mellom de rettslig relevante avtalene og de andre, se eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 26, Giertsen, *Avtaler*, s. 1, og Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 17.

<sup>153</sup> Se motsatt Huser, *Avtaletolking*, s. 55, som skriver at det «[d]et ligger et ikke ubetydelig problem i at ordet 'avtale' er flertydig». Woxholth, *Avtalerett*, s. 116, viser til Huser og legger til at: «Ordet brukes i minst tre forskjellige betydninger: Det kan referere til *avtaleslutningen* og bety at partene dermed er avtalerettslig bundet, det kan referere til det *avtalerettslige innhold* av forholdet mellom partene, og det kan referere seg til selve *partsytringen* – avtaledokumentet mv».

<sup>154</sup> Tenker vi oss i alle fall. Se for eksempel Doublet/Bernt, *Retten og vitenskapen*, s. 31: «Det viser seg imidlertid at begreper som brukes på en uproblematisk måte, ofte kan være problematiske i den

definisjonene; de ligner mye på den dagligdagse forståelsen.<sup>155</sup> Noen eksempler fra teorien:

«2 eller Fleres Samtykke til en Ting.»<sup>156</sup>

«Ved et Forbund eller en Contract forstaaer man en gjensidig Villieserklæring imellem tvende Personer, der indeholder Overtagelse af en Forpligtelse fra den ene Side og Antagelse af den hertil svarende Rettighed fra den anden.»<sup>157</sup>

«Ved en (obligatorisk) Kontrakt forstaaer man en Forening af to eller flere Forpligtelseserklæringer, der gjensidig betinger hinanden.»<sup>158</sup>

«A retter et utsagn til B som skal gi B rett eller pålegge ham plikt, eller A og B slutter avtale om gjensidig rett og plikt.»<sup>159</sup>

«En rettslig bindende avtale foreligger først når to eller flere parter er blitt enige om å stifte eller endre et rettsforhold dem imellom.»<sup>160</sup>

«Kontrakt talar vi om der to eller fleire personar har innbyrdes avhengige yteplikter overfor kvarandre, og desse ytepliktene kviler på lovnad»<sup>161</sup>

«En avtale, også kalt kontrakt, er en gjensidig viljeserklæring som stifter rettigheter og plikter mellom minst to parter.»<sup>162</sup>

Forfatterne ser ut til å enes om essensen.<sup>163</sup> Jeg tror at det kompliserende elementet for jusen, sammenlignet med den dagligdagse bruken, ikke er forståelsen av avtalebegrepet

---

forstand at de kan avdekke uavklarte teoretiske forutsetninger som er av almen vitenskapsfilosofisk interesse, og som også kan ha vitenskapsteoretisk interesse for den aktuelle vitenskap. Begrepet rettsregel er et begrep av denne type.»

<sup>155</sup> Eller som Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 210-211, bemerker: «För detta at vi behärskar det avtalsrättsliga språket sätter oss inte i stånd att – annat än på ett ytligt, ordboksmässigt sätt – redogöra för innebörden hos de avtalsrättsliga begreppen.»

<sup>156</sup> Utsagn fra Ludvig Holberg i 1716, funnet i Koch, *Løfte og aksept*, s. 357, med videre henvisninger.

<sup>157</sup> Hallager, *Obligationsret*, s. 10.

<sup>158</sup> Hagerup, *Omrids af den norske handelsret*, s. 20.

<sup>159</sup> Arnholm, *Privatrett II*, s. 1.

<sup>160</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 26.

<sup>161</sup> Lilleholt, *Kontraksrett og obligasjonsrett*, s. 21.

<sup>162</sup> Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, s. 65.

<sup>163</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 426: «[S]å länge det har funnits juridik har avtalet konstruerats som en frivillig överenskommelse och denna grundläggande föreställning genomtränger det avtalsrättsliga språket i dess helhet», og Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 47: «Avtalet

i seg selv, men alt det der vi assosierer med det, og alle grensetilfellene vi ikke kan gi endelige svar på. Når jurister hører ordet avtale, tenker vi med ett også på hva som skal til for å stifte en avtale, når en avtale anses ugyldig og tolkningen; hele avtaleretten. Og et helt rettsområde kan åpenbart ikke fanges i én begrepsdefinisjon.<sup>164</sup>

En definisjon kan ikke være annet enn en sammenfatning av hvordan avtalebegrepet brukes.<sup>165</sup> Hvis definisjonen skal kunne være dekkende for alt det vi sorterer under begrepet, må den nødvendigvis bli ganske romslig formulert slik at ikke definisjonen definerer ut det som hører med. Varianter av en frivillig enighet er nok omtrent så langt som vi kommer. Og det er helt i orden; avtalebegrepet blir ikke mindre brukbart av at definisjonen ikke gir særlig mye mer.<sup>166</sup> Det er heller ikke et problem at vi med

---

utgör enligt klassisk uppfattning en förening av två med varandra korresponderande viljeförklaringar.»

<sup>164</sup> Man kan også spørre seg hvor interessant det er med slike definisjonsøvelser. Mens enkelte mener at man ikke bør være interessert i begrepene for begrepenes skyld, se eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 116, synes andre at selve definisjonsekseriseringen er det uinteressante, se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 48 n. 74: «Av alla de trick och tekniker som man har att lägga sig till med om man vill framstå som vetenskaplig, finns det inget som jag har mindre till övers för än *definitionen*», men som for øvrig ser ut til å forholde seg helt greit til avtalebegrepet som sådan.

<sup>165</sup> Litt språkteori, Høgberg, *I språkets bilde*, s. 47-48: «Det faktum at termenens betydning er avgrenset av bruken av termen, slik at betydningen av termer som 'stein', 'vaskemaskin', 'rettfærdig' eller 'rimelig' skulle være uttømt ved bruken av disse termene, kan synes fremmed. En innvending kan gå ut på at disse termene har en betydning hinsides all bruk; de står for noe, en mening som kan presiseres eller defineres. Denne innvendingen beror på en feilslutning, for denne betydningen må selv ha et grunnlag, og et slikt grunnlag kan ikke oppstilles på en entydig måte. En deskriptiv definisjon er i beste fall en sammenfatning av bruken av en term. Problemet med definisjoner som gjøres i språk, er at disse aldri tilfører mening direkte, men viser videre til en ny praksis knyttet til termene som brukes i definisjonen. Man kan selvsagt forsøke å definere termer i definisjonen av definisjonen etc. Det er ikke gitt at termen blir mer presis jo lenger man driver denne virksomheten, ettersom de termene man bringer inn, har sin egen bruk. I stedet for å ta sikte på å beskrive termens rent intelligible mening – den abstrakte betydning – burde man konsentrere seg om bruken av den opprinnelige term. Enkelte hevder derfor at det ikke finnes tilgjengelig og overførbar betydning av termen som skiller seg fra denne bruken av termen.» Ifølge dette resonnementet, er det ikke nødvendig å jobbe for stadig bedre definisjoner av avtalebegrepet.

<sup>166</sup> Det noe ambivalente forholdet til begreper i norsk og skandinavisk rettsvitenskap, rammer også avtalebegrepet, selv om eiendomsrettsbegrepet vel har fått mest medfart, se for eksempel Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, særlig kapittel 2, og Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, særlig kapittel 7 og 8. Om begrepsforståelsen i nordisk rettsvitenskap, skriver Rentto, *Rettsfilosofi, rettsteori, rettslära, rettsvetenskap?*, s. 3: «Jag tror att 'den stora debatten' [om rettslärans vetenskaplighet] till stor del härstammar från efterkrigstidens rådande inställning till begreppen 'begrepp' och 'definition': den analytiska filosofins stora trosartikel har varit att mänskliga begrepp och definitioner är godtyckliga på det sättet att de inte i verkligheten har några naturliga motsvarigheter.» Han mener derfor at hvordan vi definerer begrepene *definisjon* og *begrep*, er avgjørende for hvordan vi forholder oss til begrepene våre. Så lenge vi hevder at begrepene kun har en deskriptiv funksjon hvis praktiske formål er å katalogisere og sortere på en oversiktlig måte, oppstår det en kløft mellom hvordan vi vil begrepene skal fungere, og den «levande naturliga instinkten att begrepp har någonting med tingens väsen att göra», se s. 4. Ifølge Rentto, fortsatt på s. 4, er: «det enda sättet att kunna undvika en dylik förvirring att sätta den analytiska vetenskapssynen åt sidan som ett omöjligt ideal (eller skräckbild) samt erkänna att när vi definerar något begrepp så försöker vi därmed finna ett lämpligt uttryck för en verklig insikt i tingets väsen.

definisjonen ender opp med å måtte definere hva en *enighet* er, for eksempel ved å beskrive at man kan bli enige ved to samsvarende viljeserklæringer, og hvor ordet *viljeserklæring* dermed også krever en ny definisjon. Det er bare slik språket fungerer, og dermed er det heller en oppfordring til å bruke selve avtalebegrepet istedenfor variasjoner av definisjoner.

Nært beslektet med, eller kanskje helst en annen variant av defineringsspørsmålet, er spørsmålet om avtalebegrepet har et eget innhold (er et *substansbegrep*) eller bare er et verktøy for tanken (et *koblingsbegrep*).<sup>167</sup> Med, og i kjølvannet av, den skandinaviske rettsrealismens inntog, vant funksjonalismen terreng.<sup>168</sup> Begrepene ble ansett for innholdsløse, og i høyden brukbare koblinger mellom rettsfakta og rettsvirkninger.<sup>169</sup> Slik historien fortelles i dag, forlot vi begrepsjurisprudensen og behøver ikke fortsette med ørkesløse forsøk på å oppstille et avtalebegrep.<sup>170</sup> Nærmest helt nøytralt, kan vi nå fokusere på å fremstille det som er tjenlig fra et pedagogisk ståsted:

---

Vi bör alltså utgå från att definitioner icke *per definitionem* är godtyckliga.» Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 449 flg., om «begreppsbegreppet» og «avtalsbegreppet».

<sup>167</sup> Teorier om koblingsbegreper kan vi spore til rettighetsdebattene på midten av forrige århundre (man kan også trekke linjer tilbake til Uppsalaskolen og Hägerström som mente at rettighetsbegrepet slik det blir brukt i det juridiske språket, er metafysisk, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 417).

<sup>168</sup> Det er alltid med en viss engstelse jeg slenger ut et ord som *funksjonalisme* eller andre store ord som både tilhengere og motstandere kan legge så vidt forskjellig mening i. Jeg kjenner ikke på noe behov for å forklare hva jeg legger i det her utover at det er vanlig å se på koblingsbegreper som en del av en funksjonell tilnærming til retten, se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 416 flg. For et kort og minimalistisk resymé om opphavet til vår såkalte skandinaviske rettsrealismen, se Doublet/Bernt, *Retten og vitenskapen*, s. 32: «Slik den skandinaviske rettsrealisme fremtrer idag, kan den sees som et resultat av to forskjellige utviklingslinjer som i norsk sammenheng fikk sitt enhetlige uttrykk gjennom Eckhoffs arbeider særlig fra 1971 av, da første utgave av *Rettskildelære* kom. Den ene utviklingslinje er *den pragmatiske realisme*, som nærmest kan sees på som en vitenskapsteori utviklet innenfor rammene av den klassiske rettsdogmatikk fra århundreskiftet av. Den andre utviklingslinje har sin forankring i et positivistisk vitenskapsfilosofiske program som ble formulert av Uppsalaskolen og Ross. Her ble realismen ikke først og fremst begrunnet ut fra det pragmatiske, men ut fra en overbevisning om at den deskriptive realisme var den mest adekvate tilnæringsmåte til den gjeldende rett hvis man skulle oppfylle de generelle krav til en vitenskap.»

<sup>169</sup> Om «slutten» på rettighetsdebattene, se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 377: «Rettighetsbegreppet fungerar som länk mellan vissa rättsfakta och vissa rättsföljder. Det är ett ... kopplingsbegrepp», og sidene der omkring.

<sup>170</sup> Se eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 116: «I juridisk teori er det gjennom tidene nedlagt mye skarpsinn og engasjement i å definere et avtalebegrep, men nytten og utfallet av bestrebelsene står neppe i samsvar med innsatsen. I eldre tider var jurister i stor grad opptatt av begreper nærmest for begrepene skyld – det ble trukket slutninger fra begrepene (begrepsjurisprudens). Slike for alt overveiende nyttesløse øvelser er en vesentlig grunn til at det ikke har kommet så mye ut av forsøkene på å oppstille et avtalebegrep. En annen viktig årsak er antakelig at man i diskusjonene omkring et mulig avtalebegrep, ikke har hatt det klart nok for seg hva dette skal nyttes til. I et slikt perspektiv blir ambisjonene lett for høye: Det tilsiktes å oppstille mer allmenngyldige begreper som skal kunne nyttes både til det ene og det andre.»

«I en lærebok for studenter bør en fokusering mot et avtalebegrep etter min mening i første rekke ha et pedagogisk siktemål ved at det helst bør kunne forklare noe om forholdet mellom de kriterier som stifter en avtale, og de rettsvirkninger som følger av avtalen.»<sup>171</sup>

En slik fremstilling representerer likevel ikke en mer virkelighetstro forklaring enn andre. Å se på avtalen som en «mellomstasjon», eller et «koblingsbegrep», som kan fortelle noe om «hvilke rettsfølger et kompleks av rettsfakta har», er like mye en språklig forklaringsmodell som noen annen.<sup>172</sup> Og akkurat denne forklaringsmodellen står med benene trygt plantet i tradisjonen etter Alf Ross og Torstein Eckhoff. På den andre siden av mellomstasjonen (på så-siden av hvis/så-formelen) finner Woxholth at:

«Den sentrale *rettsvirkningen* av en avtale er at avtalen skal holdes.»<sup>173</sup>

Slik Woxholth ser det, kan man, hvis de avtalestiftende rettsfaktaene tilsier det (ofte må det en avveiningsprosess til), konkludere med at avtalen skal holdes.<sup>174</sup> Hva som skal holdes, beror på avtaletolkningen. Men, for å følge Woxholths logikk, er det altså *rettsfaktaene* som må tolkes for å komme frem til akkurat hva som skal holdes i følge *pacta sunt servanda*. Avtalebegrepet er (tilsynelatende) tømt for innhold.

Nærmest som et pragmatisk kompromiss mellom «antimetafysikken» og det avtalerettslige språket, godtas det likevel at avtalebegrepet benyttes (og det gjør det unektelig ustanselig); man får heller redusere dets betydning.<sup>175</sup> Bruk gjerne

---

<sup>171</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 116.

<sup>172</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 116, med videre henvisning til Eckhoff. Woxholth erkjenner selv, på s. 117, at det her er snakk om språklige bilder. Han skriver: «Billedlig kan vi tenke oss at de aktuelle rettsfakta 'viser seg' på venstre side av koblingsordet, mens rettsvirkningene 'viser seg' på høyre.»

<sup>173</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 117. Woxholth selv er dessuten tydelig på forbindelseslinjen mellom dette funksjonelle synet på avtalebegrepet, og hans valg av terminologi i bindingsspørsmålet som jeg kommer tilbake til i punkt 2.2.4.

<sup>174</sup> Om avveiningsprosessen, se Woxholth, *Avtalerett*, s. 118.

<sup>175</sup> Ross viser, i den berømte *Tû-Tû*, hvordan det tenkte begrepet «tû-tû» er «et ord blottet for enhver mening», se s. 468, og bruker denne innsikten til å vise at det samme gjelder for våre juridiske begreper: «Ord som 'ejendomsret', 'fordring' o.l lign. har, anvendt i den praktiske, juridiske sprogbrug, samme funktion som ordet tû-tû hos det fingerede folk [Noît-kif-folket]. Det er et ord uden mening, d. v. s. uden enhver semantisk referens, og tjener kun fremstillingstekniske formål», se s. 478. Ross konkluderer, på s. 482, med at «rettighedsbegrebet er et formuleringsteknisk hjælpemiddel, der udelukkende tjener systematiske formål, og at det i sig selv ikke betyder andet og mere end 'tû-tû», og lar oss med det kunne fortsette å bruke begrepene, om enn med et formanende forbehold: «Til sidst skal jeg blot minde om, at jeg andensteds har påvist, hvorledes rettighedsbegrebet kan føre til vildfarelser og dogmatiske postulater, dersom det fejlagtigt tages ikke blot for den systematiske enhed i et sæt af retsregler, men for en heraf uafhængig 'substans', se s. 483.

avtalebegrepet, men vær klar over at det ikke betyr noe utover å være en kobling mellom det som stifter en avtale, og virkningene av avtalen som er inngått. Mon det.

I praksis skaper avtalebegrepet i seg selv sjelden de helt store problemene. Praktiske konflikter gjelder spørsmål om partene er bundet, hva de er bundet til eller hvorvidt avtalen kan kjennes *ugyldig*, ikke hvordan avtalebegrepet best defineres. Unntak finnes selvsagt, gjerne hvis ordet avtale står i en lov som skal tolkes i en konkret sak.<sup>176</sup> Da kan spørsmålet bli om avtalebegrepet i loven skal forstås som vanlig, at det gjelder to eller flere parter som har blitt enige om noe, eller på en annen måte.<sup>177</sup> Oppgaven for dommeren i den konkrete saken, er imidlertid av en annen karakter enn den oppgaven rettsforskeren setter seg fore ved de generaliserende definisjonsforsøkene. Dommeren skal løse den konkrete saken, rettsvitenskapen søker å gi de generelle forklaringene.<sup>178</sup>

## 2.2.2 Litt mer om teoriens praktiske utgangspunkt

«Vi snakker aldri som den første, men responderer hele tida mer eller mindre umiddelbart til dem som har ytret seg før oss, og med tanke på dem som kommer til å meddele seg etter oss.»<sup>179</sup>

Enhver avtaleteoretisk refleksjon må altså starte i, og foregå med, det avtalerettslige språket fordi all avtalerett på sett og vis handler om ordene som benyttes, foretrekkes, velges bort eller gjenoppstår. I teorien vrimler det av begreper, begrepspar og dikotomier som er grunnleggende for hvordan avtalerett, herunder avtaletolkningsteori, skrives og praktiseres.<sup>180</sup> Språket oppfører seg på en måte som gjør at vi, brukerne av

---

<sup>176</sup> Se eksempelvis tinglysningsloven § 23 første ledd.

<sup>177</sup> Et eksempel er høyesterettsdommen inntatt i HR-2017-33-A hvor det ble drøftet hvorvidt en selskapsrettslig fisjon var å anse som en avtale i tinglysningslovens forstand. Dommen ga inspirasjon til en påfølgende debatt, se Hans Fredrik Marthinussen, *'Forusstranda'*, s. 70-72, Berge/Stensholdt, *Professor Marthinussens kritikk*, særlig punkt 5, Sverre Magnus Salvesen, *Selvstendig rettsvernshemd* og Marianne Mathilde Rødvei Aagaard, *Kommentar til advokatene*.

<sup>178</sup> For tiden, tror jeg, er teorien imidlertid vel så opptatt av de praktiske problemene, som av de teoretiske utleggingene. Det dveles ikke (lenger) så ofte over hva en avtale *er*, hvorfor den binder, eller hvilken rolle viljen og friheten spiller. I rettferdighetens navn, alle skriver noe innledningsvis om avtalefrihet og partautonomi, og de fleste gir en avtaledefinisjon tilsvarende de som er sitert over. Poenget mitt er bare at det ikke er her striden står.

<sup>179</sup> Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 92.

<sup>180</sup> Flere slike er tema i fortsettelsen, og jeg må derfor være forsiktig med hvor mye som sies allerede i opptakten, men noen frempek tror jeg kan være hensiktsmessig.

det, uunngåelig slites mellom motsetninger, må ta stilling til enten/eller-spørsmål og nærmest tvinges inn i på forhånd gitte mønstre. Håkan Gustafsson skriver:

«En språklig dikotomi ger intrycket av att skiljelinjen är absolut ovh utesluter alternativa möjligheter. Begreppsliga dikotomier presenterar sin motsats som något externt och fristående, men i själva verket konstitueras och definieras dikotomins båda termer genom den negativa skillnaden gentemot den andra termen – det finns inget enket motsatsförhållande, utan termerna är sammanflätade med och beroande av sin motpol.»<sup>181</sup>

Når man skriver avtalerett, og avtaletolkningsteori, er det mengder av forhåndsoppsatte motsetninger man må forholde seg til. Dikotomiene objektivt og subjektivt og faktum og jus er av dem jeg skal bruke mest plass på herfra og utover.<sup>182</sup>

I teorien ser vi for oss at det som tilhører den «rettslige sfæren», hører inn under juskategorien, mens det som handler om «virkeligheten», hører inn under faktumkategorien. Men man skal ikke reflektere særlig lenge over begrepene, før man innser at det er lettere sagt enn gjort å skille.<sup>183</sup> Og for avtalens vedkommende, varierer det om forfatterne anser dem som jus eller faktum. Et skriftlig avtaledokument, et vitneprov eller et videoopptak fra en forhandlingssituasjon er selvsagt også et faktum i saken, noe som må legges frem som bevis for at domstolene kan ta det i betraktning.<sup>184</sup> Akkurat det er ikke problematisk i denne sammenhengen. Spør vi om avtalen er *jus* eller *faktum*, lurar vi på hvor avtalefiksjonen skal rubriseres.<sup>185</sup> Hvorfor vi lurar på dette, ligger ikke i dagen – men i tekstene. Torstein Eckhoff regner for eksempel ikke avtalen som en rettskildefaktor.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande*, s. 197.

<sup>182</sup> Dikotomien formell og materiell er en annen, som ikke behandles i denne avhandlingen, se heller Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 59 flg.

<sup>183</sup> Se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 28-30, for en beskrivelse av symbiosen mellom jus og faktum. Om sammenhengen mellom de to begrepene i rettsanvendelsen (og hvor komplekst det kan være), se eksempelvis Jerkø, *Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen*, replikk fra Robberstad, *Om rettsanvendelse, fakta og bevis – Replikk til Markus Jerkø*, og svar igjen fra Jerkø, *Om rettsanvendelse, fakta og bevis – svar til Anne Robberstad*. Et annet eksempel finnes i Blandhol, *De beste grunner*, s. 45, som i forbindelse med en undersøkelse av *reelle hensyns* karakter som faktiske eller normative, skriver: «Det er ikke slik at normen foreligger eller bygges opp utelukkende av normativt materiale, og så prøves på faktum. Nei, faktiske betraktninger inngår i dannelsen av normen.»

<sup>184</sup> Se mer under i punkt 4.2.3.

<sup>185</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 81, skriver for eksempel: «En nærmere undersøkelse av kontraktens art eller natur, viser at både det å anse avtalen som faktum og rettskildefaktor (eller normsett av rettslig art) reiser ulike problemer.»

<sup>186</sup> Se liste over Eckhoffs rettskildefaktorer i Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 20.



«Min begrunnelse for å holde individuelle avtaler utenfor er at det er vanlig å anse dem for fakta – i motsetning til avtalerettslige regler som selvsagt hører med til jussen. *Avtalepraksis* kan imidlertid ha rettsskapende virkning og går da inn under den faktortype som jeg kaller *privates praksis*.<sup>187</sup>

Eckhoff (i en senere utgave videreført av Jan E. Helgesen) ser avtalen som et faktum, på linje med andre fakta: «De har betydning for rettsforholdet mellom partene, men det kan også andre fakta ha.»<sup>188</sup> Huser, på sin side, mener det er en vesentlig mangel ved fremstillinger av rettskildelæren at avtaler ikke er tatt med, og går så langt som å si at dersom det foreligger en avtale, «er denne som regel det sentrale argument – eller den sentrale ‘rettskilde’ om man vil». <sup>189</sup> Også Kai Krüger anser avtalen som en slags rettskilde:

«For de berørte parter fungerer kontrakten som en *selvprodusert* eller *selvvalgt* ‘situasjonsbetinget’ rettskilde – med avgrenset virkeområde i tid og rum». <sup>190</sup>

Nils Nygaard mener at «rettskjeldeprinsippa i kontraktsretten høyrer med i ei rettskjeldeframstilling», og behandler derfor avtaletolkning i sin bok om rettskilde- og metodelære. <sup>191</sup> Det samme gjør Jens Edvin Skoghøy. <sup>192</sup> Høgberg drøfter fordeler og ulemper med å anse avtalen som enten jus eller faktum, og kommer frem til at avtalen er å anse som:

«(...) en hybrid i spennfeltet mellom faktum og rettsnorm: I visse relasjoner har avtalen egenskaper som et faktum, i andre relasjoner har den egenskaper som ett sett alminnelige rettsnormer.» <sup>193</sup>

Samuelsson er på linje med Høgberg når han skriver at:

---

<sup>187</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utgave, s. 20.

<sup>188</sup> Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, s. 25.

<sup>189</sup> Huser, *Avtaletolkning*, s. 97-99. Merk likevel at ordet rettskilde settes i anførselstegn, det er litt som at avtalen bare ligner på en rettskilde.

<sup>190</sup> Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 501 n. 2.

<sup>191</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 342. Nygaard mener for øvrig, samme sted, at «Ei forklaring på usemja er kanskje også av terminologisk art, med ulik vekt på rettskjeldeleære og juridisk metode. Legg ein vekt på at det er rettskjeldene som skal framstillast i rettskjeldeleæra, kan avtalen kanskje lettare falla utanfor enn om ein brukar terminologien juridisk metode.»

<sup>192</sup> Se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 92 flg.

<sup>193</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 83.

«Avtalebegreppet balanserar mellan [...] det faktiska och det rättsliga».<sup>194</sup>

Og her står vi – avtalen er enten eller, eller midt i mellom – fordi språket legger opp til det. Man kan forledes til å tro at det ikke er så farlig da, hvordan man ser på saken, men kategoriseringen av avtalen som det ene eller det andre, viser seg å få betydning for resten av avtaleretten. Dersom vi anser avtalen for å være en (slags) rettskilde, kan den for eksempel vanskelig bare være en mellomstasjon for tanken, et koblingsbegrep, hvis eneste funksjon er å binde sammen rettsfakta og rettsvirkninger.<sup>195</sup> Likeledes får kategoriseringen betydning for hvordan man forstår avtaletolkning; handler det om bevisvurdering eller rettsanvendelse, skal man finne frem til en faktisk partsvilje eller den rettslig sett beste løsningen? Alt henger sammen med alt; det er bare å begynne å nøste et sted. Mens avtale- og kontraktsbegrepet har overlevd i uminnelige tider, har noen av de største avtaleteoretiske slagene handlet om hva vi skal kalle «det der» som gjør at vi kan binde oss til en avtale:

«Somtid treng vi ei generell nemning for det ytre uttrykket for viljen til å binde seg – eller altså det som med rette kan oppfattast som eit uttrykk for slik vilje. Mykje trykksverte har gått med til å diskutere kva den nemninga bør vera.»<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 445. Det samme hevdes i Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 173, med videre henvisning til Høgberg.

<sup>195</sup> Hvis vi holder fast ved hvis/så-formelen, må begge fremgå av «avtalerettskilden» – både hva som skal til for at en viss rettsvirkning skal slå til, og hva den aktuelle rettsvirkningen går ut på.

<sup>196</sup> Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 23. Henvisningen til trykksverteforbruket tyder på at Lilleholt kanskje ikke synes diskusjonene er så interessante. Han om det.

### 2.2.3 Fra viljeserklæring til avtalestiftende rettsfaktum

«En lekstuga för teoretiker? Det är väl i så fall utmärkt, skulle jag vilja säga.»<sup>197</sup>

*Viljeserklæringsbegrepet* sies å ha naturrettslige røtter.<sup>198</sup> Begrepsbygningen som vi i dag bygger på, stammer i stor grad fra 1800-tallets tyske rettsvitenskap.<sup>199</sup> Innholdet i, og forståelsen av hva som ligger i begrepet, trenger imidlertid ikke være det samme nå som tidligere. Mest sannsynlig ikke, uten at dét er mulig å bekrefte eller avkrefte.<sup>200</sup>

<sup>197</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 135, som svar til Grönfors': «Hela detta område [avtalsstolkningens] har blivit en *playground* för teoretiska övningar på ganska abstrakt nivå», se Grönfors, *Tolkning av fraktavtal*, s. 10. Samuelsson fortsetter like etter med: «Den moderna svenska avtalsrättens problem kan ju knappast skyllas på att den nått *allför höga* teoretiska höjder, och lek är alla gånger bättre än det gråa allvar som vilar över mycket av förra seklets rättsvetenskap.» Atter en gjennomgang av denne terminologidebatten, kan ses på som simpelt ordkløyveri, men «leken» kan også vise seg å lage større ringer i vannet enn man kanskje skulle tro (og selv om høydene skulle utebli).

<sup>198</sup> Om viljeserklæringsteoriens naturrettslige bakgrunn, se Ola Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 22. Visstnok holdt ikke romerretten på med generelle begreper på samme måte, se Iuul, *Grundrids af den romerske formueret*, s. 132, som skriver: «For den romerske Retsvidenskab var det karakteristisk, at den saa godt som udelukkende beskæftigede sig med Løsningen af Enkeltproblemer og kun i ringe Omfang opstillede almindelige Regler eller systematiske Almenbegreber. Saaledes kendte Romerne f.Eks. ikke noget til Begrebet Retshandel (den private retsstiftende Viljeserklæring) svarende Udtryk. Det begrep, som nærmest dækker det i 'Retshandel' liggende Indhold, er *negotium*; men dette Ord kunde anvendes i en meget videre Betydning, saaledes at det ogsaa omfattede Handlinger af rent faktisk Karakter, der ikke indeholdt nogen Viljeserklæring (sml. Udtrykket *negotiorum gestio*).» Se også Platou, *Privatret*, s. 123: «Vistnok finder man i Almindelighed ikke, at de romerske Jurister beskæftigede sig med abstrakte Spekulationer, saaledes at man ikke finder nogen udtrykkelig almindelig Doktrin om Retshandler hos dem, de beskæftigede sig jo særlig med at anvende Retsreglerne paa det praktiske Liv; men det er af italienske Romanister (Ferrini og Fadda (...)) hævdet, at de var sig bevidst Nyttens af en omfattende Theori om disse Ting, og at de hævder Forestillingen om Retshandelen.» At viljen er et sentralt element ved avtaleinngåelse, har imidlertid røtter tilbake til Aristoteles, minst, se eksempelvis Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 62, som skriver om at Aristoteles skilte mellom frivillige og ufrivillige relasjoner, avtaler og erstatning. Og fra romerrettslig kontraktsrett er det flere forhold vi nok i dag ville regnet som viljeserklæringer av noe slag, se eksempelvis Alfred Söllner, *Romersk rättshistoria; En introduktion*, s. 71. De latinske begrepene *consensus* og *voluntas* er da også av romerrettslig opphav. Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 45 n. 64, om alle forsøkene på å avvise at viljeserklæringstanken kan ha romerrettslig opphav.

<sup>199</sup> Se Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 17. Av de store tyske navn som har hatt mest betydning for viljesteoriene, nevnes Savigny og Windscheid hvorav et av sistnevntes kjente arbeider heter nettopp *Wille und wileserklärung; Eine Studie*.

<sup>200</sup> Se Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, s. 52, som i forbindelse med rettshistorisk metode skriver: «Privatrettshistorien domineres av sentrale juridiske begreper som 'eiendom', 'besittelse', 'avtale', 'selskap', 'kjøp' og meget mer. Disse begrepene har alle en nåtidig rettslig betydning som det er språklig naturlig å ta med tilbake i historien når begrepene brukes for å tolke historisk den rettslige fortiden (som romersk kjøpsrett). Spørsmålet blir igjen om nåtidige kunnskap om juridisk begreper, slik dagens rettslig egenskaper ved kontrakt, mer eller mindre ubevisst, bringes tilbake til fortidens kilder og inngår i den historiske fortolkningen. Dette kan ha en paradoksal effekt: Å bruke det nåtidige juridiske språket og begrepsapparat kan føre til at man skaper forestillinger om en tidløs rett: Kontraktsbegrepet selv skaper inntrykk av at kontraktsrettsspørsmålene i Roma og i dag er de samme, utelukkende fordi det rettslig synes å dreie seg om tilsvarende forhold. Dette tema kalles ofte *det anakronistiske metodeproblem*: Med hjelp av nåtidige rettslige begreper analyseres en

Det eneste vi kan gjøre, er å tolke de historiske tekstene med ydmykhet og, så langt det lar seg gjøre, ta høyde for at de er skrevet i en annen tid.<sup>201</sup> Én måte vi kan spore endringer i forståelsen av viljeserklæringsbegrepet på over tid, er å se begrepsbruken i sammenheng med fremstillinger av avtaleinngåelse.<sup>202</sup> Fra tiden før avtalelovene, skriver Hagerup:

«I Almindelighed er det efter vor Lovgivning tilstrækkeligt til at frembringe en gyldig Kontrakt, at Parterne paa hvilkensomhelst Maade har tilkjendegivet sin Vilje. Der fordres som Regel ikke, at Kontraktserklæringerne er afgivne i nogen bestemt Form; de er derfor lige bindende, hvad enten de er fremførte skriftlig eller mundtlig, utrykkelig eller stiltiende, naar de kun er forstaaelige»<sup>203</sup>

Sitatet er et godt utgangspunkt for undersøkelsen her fordi det så tydelig viser en forståelse av at indre vilje kan komme til uttrykk på hvilke måter som helst, og at partene på grunn av formfriheten står fritt til å velge hvordan de vil tilkjenne sin vilje. For det er de to – viljen og uttrykket – det handler om, og som dessuten også utgjør de to bestanddelene i ordet *viljeserklæringen*.<sup>204</sup> «Alle» anerkjenner at det det må en vilje til for å inngå en avtale, både såkalte «viljeteoretikere» som Oscar Platou:

«Villien i Forening med den tilsigtede afgivne Erklæring danner en forpligtende Villieserklæring (...).»<sup>205</sup>

...og selverklærte «erklæringsteoretikere» som Fredrik Stang:

---

rettslig fortid som ikke selv hadde tilsvarende moderne rettslige verktøy. Slik projiserer man dagens rettslige verden tilbake i tiden.»

<sup>201</sup> Se Hjort, *Rettshistorisk metode og tolkning av historiske tekster*, s. 16: «Ved tolkning av historiske tekster, kommer tiden inn som en tilleggsdimensjon. Jo større avstanden i tid er mellom den som har skrevet teksten og den som leser den, jo større er muligheten for at det har skjedd endringer som må tas i betraktning når teksten leses.» Videre på s. 33, skriver Hjort at det ikke finnes: «(...) noen metodisk fremgangsmåte som sikrer at de tolkningene man gjør av termer i historiske tekster er sammenfallende med det forfatteren la i termene.» Historiteten gjelder for så vidt alle tekster, og ikke bare de som er fra en annen tid. «Juridiska texter förstås endast historiskt», se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 152, med videre henvisninger. Forskjellen på gamle og nye tekster er at vi lever nå og derfor har en andre forutsetninger for å ta til oss meningen siden vi bedre kjenner konteksten de skrives i.

<sup>202</sup> Hjort, *Rettshistorisk metode og tolkning av historiske tekster*, s. 34, skriver: «Terminologiske endringer er ofte synlige utslag av endringer i en av de andre endringsfaktorene, og vanligvis vil endringer i terminologien være et signal til leseren om å undersøke forholdet mellom term og betydning.»

<sup>203</sup> Hagerup, *Omrids af den norske handelsret*, s. 21.

<sup>204</sup> For å gi et frempek til det som skal undersøkes i kapittel 3, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 42: «Så länge det har funnits en tolkningslära – och tolkningsläran är like gammal som den västerländska traditionen – synes man ha räknat med en skillnad mellan vilja (inre) og uttryck (yttre).»

<sup>205</sup> Platou, *Ord og Villie*, s. 536.

«Alle er enige om, at der trængtes en Vilje, for at en Retshandel skal bli gyldig, nemlig den Vilje, som er rettet paa at udføre E r k l æ r i n g s h a n d l i n g e n.»<sup>206</sup>

Men i «paradigmeskiftet» hvor naturretten ble erstattet av andre teorier og løfteprinsippet vant frem på bekostning av kontraktsprinsippet, møtte også viljeteoriene mye motbør.<sup>207</sup> Stang var en ihuga motstander av viljeteoriene, og i 1897 skriver han:

«Det er indlysende, at Sikkerhed i Handel og Vandel følelig vilde lide, hvis Retsforholdenes Tilværelse i nævneværdig Udstrækning skulde være afhængig af, hvad der skjuler sig i et Menneskes Sjæl.»<sup>208</sup>

Heller enn viljen, mente Stang at man burde knytte rettsvirkningene «til noget ydre og håndgribeligt, der er tilgjængeligt for begge Parters Undersøgelse», som også var bedre i samsvar med «Bestræbelse efter at gjøre Omsætningen sikker og enkel».<sup>209</sup> I fremstillingene flyttes dermed fokuset fra at viljen er den avgjørende faktoren i avtaleinngåelsen, til at det er erklæringen det bør handle om.<sup>210</sup> Stang og hans likesinnede anså *erklæringsteorien* for å være mer tilpasset det moderne samfunnet. Likevel, i beskrivelsene av hvordan avtaleinngåelse foregår, benytter Stang fortsatt begrepet *viljeserklæring* i tillegg til det litt «nyere» *rettshandel*, som Stang definerer som «de viljeserklæringer som har rettsvirkning».<sup>211</sup>

<sup>206</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 303.

<sup>207</sup> Kampen mot viljeteoriene var langt fra noe særnorsk fenomen, selv om det her fokuseres på norske forhold. Se Bjørne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 336 flg. for en gjennomgang av vilje- og tillitsteoridebattene i Norden mot slutten av 1800-tallet. Av andre innflytelsesrike bidrag til den nordiske debatten, nevnes Jul. Lassen, *Vilje og erklæring*, og Lundstedt, *Obligationsbegreppet*, s. 128 flg.

<sup>208</sup> Stang, *Om vildfarelse*, s. 24.

<sup>209</sup> Se Stang, *Om vildfarelse*, s. 24-25. Men, helt rettferdig overfor de såkalte «viljeteoretikerne» er det ikke. Også Platou, *Ord og Villie*, s. 536, er tydelig på hvilken rolle erklæringen spiller: «Det er den ydre Erklæring, som har positiv Virkning, hvilket den ikke tilkjendegivne Villie ikke kan have.» (Kursivering fjernet av meg. For ordens skyld er sitatet fra Platou her fra 1911, altså noen år etter Stangs *Om vildfarelse* fra 1897.) Også Gjelsvik, som konkurrerte med Stang om professoratet i rettsvitenskap Kristiania universitet i 1897, skriver i sin utgave av *Om vildfarelsens indflydelse*, på s. 18 flg., om forskjellen mellom den (nye) objektive teori og den subjektive teori, og kommer, på s. 20, til at: «Sandheten maa derfor for en gangs skyld ligge i midten.» Selve konkurranseoppgaven handlet om villfarelsens innflytelse på en rettshandels gyldighet; det lå altså i tiden å diskutere disse spørsmålene. Selv landet Gjelsvik på viljeteorien (for den norske retts lære om de uekte villfarelsene), se *Om vildfarelsens indflydelse*, s. 79.

<sup>210</sup> Som eksempel på det tidligere viljefokuset, se Platou, *Den norske privatrets almindelige del*, s. 248: «Vi har før nævnt, at den ældre Theori ingen anden Løsning havde end den, at der ingen kontrakt var, da der ingen Vilje var.»

<sup>211</sup> Om sammenhengen mellom begrepene skriver Stang noen år senere i *Indledning til formueretten*, 1. utgave, s. 173: «Retshandleren er det centrale punkt i den formueretslige ordning. Her gjælder det jo som næsten ubegrænset princip, at den enkelte har frihet til at ordne sine anliggender, som han selv vil. Det er gjennom v i l j e s e r k l æ r i n g e r det sker, og de viljeserklæringer som har rettsvirkning, kalder vi r e t s h a n d l e r. (...) En særegen sammenknytning av to rettshandler kalder

Ordene som Stang og hans samtidige benytter, finner vi igjen i avtalelovens bestemmelser.<sup>212</sup> I første kapittel om avtaleinngåelse er det særlig ordene *tilbud* og *aksept* som går igjen, i andre kapittel om fullmakt møter vi på *rettshandel*, *fuldmagt* og *erklæring* mens *viljeserklæring* opptrer ofte i tredje kapittel.<sup>213</sup> I ettertid er det som om man kan fornemme at loven ble til i en brytningstid.<sup>214</sup> Begrepene tilbud og aksept er stadig i bruk, selv om de minner mest om avtaleinngåelse på gammelmannen.<sup>215</sup> Rettshandel og viljeserklæring benyttes sjeldnere, kanskje helst ved tolkning av lovtekst og historiske beskrivelser av rettstilstanden.<sup>216</sup> Begrunnelsen finnes i historien – begge begrepene har fått gjennomgå.<sup>217</sup> Hardest var angrepene som kom fra den såkalte «Uppsalaskolen».<sup>218</sup> De rettsvitenskapelige strømningene på første halvdel av

---

vi kontrakt; den fremgaar av et tilbud og en aksept.» Se også Stang, *Om vildfarelse*, s. 16, hvor han presiserer: «Sondringen mellem ensidige og tosidige Retshandler behøver imidlertid ikke at opgives, fordi den Tanke, man i Almindelighed har forbundet med den, forkastes. Viljeserklæringene går undertiden kun ud på at forpligte den Erklærende. I andre Tilfælde har de tillige til Hensigt at fremkalde en Forpligtelse for en anden Person. De første kaldes i det følgende ensidige Retshandler, de sidste kaldes tosidige. Kontrakten dannes altså ved 2 tosidige Retshandler.» Da Arnholm foretar en historisk gjennomgang av rettshandelsbegrepet i norsk rett, hvor han forklarer oversettelsen fra tysk *rechtsgeschäft*, sporer han bruken tilbake til Dunkers reviderte konkurslovutkast av 1859, se *Omkring rettshandelsteorien* og *Alminnelig avtalerett*, s. 21 flg. Stang, *Om vildfarelse*, s. 10, mener å kunne spore rettshandelsbegrepet tilbake til tysk litteratur rundt siste halvdel av 1700-tallet.

- <sup>212</sup> Ikke så rart siden Stang var Norges utsending til den nordiske lovkomitéen som ble satt til å arbeide frem avtalelovene, se eksempelvis Blandhol, *Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt?*, s. 42-43.
- <sup>213</sup> Den kanskje mest prinsipielle bestemmelsen, i avtaleloven § 1, viser til rettshandelen: «Reglerne i dette kapitel kommer til anvendelse, hvis ikke andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane.» Ordet «løfte» finnes kuriøst nok ikke, selv om løfteprinsippet anses knesatt ved avtaleloven. Selv om avtaleloven ikke «regulerer» tolkningen, må vi likevel ikke la oss forlede til å tro at avtaleloven er uten betydning for refleksjoner rundt avtaletolkning. I tillegg til den underliggende forutsetningen om avtalefrihet, er språket i avtaleloven et utmerket sted å henvende seg dersom man søker å forstå avtaletolkningens vesen.
- <sup>214</sup> Og er det ikke egentlig slik at man alltid kan det? Fornemme brytningene i tiden teksten er skrevet i? Hvorfor skrive om noe annet enn brytningene liksom?
- <sup>215</sup> Det vil si hvordan vi ser for oss at avtaler ble inngått i gamledager, og at ordene viser til hva som faktisk skjedde ved avtaleinngåelse. Se også under i n. 249 og 250.
- <sup>216</sup> Ordet viljeserklæring finnes eksempelvis i skifteloven § 124, så vel som i en såpass ny lov som straffeprosessloven fra 1981 § 259. I tinglysningsloven §§ 13 og 21, finner vi ordet rettshandel brukt.
- <sup>217</sup> Jeg tror ikke at vi bør anta, som Hjort, *Retthistorisk metode og tolkning av historiske tekster*, s. 32, gjør, at «termene benyttet i i avtalelovens bestemmelser om avslutning av avtaler som et utgangspunkt skal tillegges samme betydning i dag, selv om avtaleloven nå er 100 år gammel, og det har vært en beydelig samfunnsutvikling siden den gang.» Men slik jeg ser det, er det ikke samfunnsutviklingen som eventuelt har gitt ordene ny mening, men den avtaleteoretiske diskursen.
- <sup>218</sup> «Såkalte» fordi begrepet «Uppsalaskolen» er en upresis henvisning til ulike filosofer og rettsvitenskapsmenn som virket på første halvdel 1900-tallet (og litt til). Særlig er det navnene Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt og Karl Olivecrona man tenker på, noen ganger også Alf Ross. Hva vi forstår, eller assosierer, med «Uppsalaskolen» i dag, er antakelig en urettferdig komprimering av historien. Se også Michalsen, *Ret: En internasjonal historie*, s. 51-52, som forteller at «[i] nyere historieforskningen har dette synet [at vi ikke har tilgang til den reelle virkelige fortiden] blant annet kommet til uttrykk i en relativisering av hva som kan være en historisk sannhet. Man snakker ikke da om ‘den franske revolusjon’ som om den fantes i fortiden, men heller om ‘oppfinnelsen av den franske revolusjon’ i den forstand at vi kaller de fortidige fenomener som

1900-tallet satte spørsmålstegn ved rettsvitenskapens vitenskapelighet, og hadde som et av sine mål å kvitte seg med metafysikken og ta avstand fra den tyske begrepsjurisprudensen.<sup>219</sup> Med i dragsuget til den skandinaviske rettighetsdebatten, som fulgte av og etter Uppsalaskolen, ble, som nevnt over, også avtalebegrepet forsøkt redusert til et funksjonelt koblingsord.<sup>220</sup> I samme ånd ble viljeserklæringsbegrepet dissekert i et forsøk på å bevise at det var logisk umulig at viljen kunne være kjennetegn ved den privatrettslige disposisjon.»<sup>221</sup>

Vi vender tilbake til de norske forholdene utover den siste halvdel av forrige århundre (som selvsagt var påvirket av det som hadde foregått i nordisk rett i løpet av den første halvdel). Noen tiår etter Stang hevder Arnholm at det blir noe «underlig overtallig» ved Stangs definisjon av begrepet rettshandel:

«På resultatsiden trenger man det ikke. Og til å avgrense spørsmålsfeltet er det utjenlig – sett fra det synspunkt ville det nemlig foregripe resultatet. Når man samler stoff for å undersøke om det har visse virkninger, velger man ikke som undersøkelsesobjekt de forhold som *har* slike virkninger.»<sup>222</sup>

Slik Arnholm fremstiller det, er det det aktuelle undersøkelsesobjektet som *er* rettshandelen. Ved å kalle objektet som skal undersøkes for rettshandelen før man har undersøkt om det er en rettshandel, viser Arnholm hvorfor han mener begrepet er «utjenlig». Ifølge Arnholm er det også et problem at definisjonen henspeiler til en bestemt form for viljeserklæring, mens det gjerne brukes om gjensidige

---

dette refererer seg til (og som er historisk beleggbar) som den franske revolusjon. Konsekvent sagt vil man da kunne si at fortiden først skapes når den i ettertid blir beskrevet og betegnet.» Michalsen legger også til at slike spørsmål er de mest omstridte i dagens historieforskning. (Det er ikke med lite uhygge man eventuelt tar uttrykket *oppfinnelsen av Holocaust* i sin munn.) I denne sammenhengen ville det i såfall være tale om *oppfinnelsen av Uppsalaskolen*.

<sup>219</sup> Jacob Dahl Rendtorff, *Retsfilosofi*, gir i kapittel 2 en kort innføring i rettspositivisme og rettsrealisme, og på s. 57 oppsummeres de realistiske strømningene slik: «Retsvitenskapen skal ud av elfenbenstårnet og beskrive den virkelige verden.» Selvsagt var det ikke tale om en ensartet bevegelse, se eksempelvis Tuori, *Ratio and Voluntas*, s. 124 flg.

<sup>220</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 395 flg.

<sup>221</sup> For en gjennomgang og kritikk av Uppsalaskolens behandling av viljeserklæringen, se Eng, *Hva er en viljeserklæring?*.

<sup>222</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 24. Arnholm gjør særlig et nummer av den logiske bristen ved å tale om en ugyldig rettshandel, når en rettshandel per definisjon er en viljeserklæring med rettsvirkninger.

viljserklæringer – avtalen.<sup>223</sup> «Det er aldri bra at man definerer et ord i øst og bruker det i vest», legger Arnholm til, og kommer følgelig til at det er behov for et nytt ord.<sup>224</sup>

En mulighet er å holde seg til «viljserklæring», men «[o]rdet *vilje* har en lite ærerik fortid i rettsvitenskapens historie», mener Arnholm.<sup>225</sup> Ja, så ille at:

«[d]en som trekker med seg ordet vilje i en fremstilling av gjeldende norsk privatrett, får en tung arv å løfte.»<sup>226</sup>

Særlig når den moderne psykologis forståelse av, og utfordringer med, viljebegrepet trekkes inn i ligningen, blir viljen u håndterlig.<sup>227</sup> Hvis viljen er koplingen mellom sjelen og muskelbevegelsene, er det kanskje ikke rart at man vegrer seg for å bruke begrepet i rettslig sammenheng?<sup>228</sup> Når det gjelder ordet erklæring, mener Arnholm det er et problem at ordet både kan gjelde verbet, det å erklære, og dokumentet, det erklærte.<sup>229</sup> Heller ikke avtalebegrepet passer, fordi vi, særlig siden vi bygger på løfteprinsippet, trenger et ord for de ensidige forpliktelsene.<sup>230</sup> Det skal ikke være lett. Arnholm vil derfor heller søke seg frem til en «praktisk gruppering av de rettsviktige fakta».<sup>231</sup>

Undersøkelsene resulterer i uttrykket «dispositive utsagn».<sup>232</sup> Et uttrykk som tør være velkjent for de fleste norske jurister i dag, men som ikke fikk gjennomslag med det første.<sup>233</sup> Her møter imidlertid Arnholm seg selv i døren. På samme måte som med

---

<sup>223</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 25-26, som også reflekterer over hvilket verb man bør sette foran, *øve* en rettshandel, *foreta* en rettshandel, *gjøre* en? Når man jo egentlig sier å *inngå* eller å *avslutte* en rettshandel.

<sup>224</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 26, hvor sitatet fortsetter: «(...) særlig ille er det når man gjør slikt med et kunstord som rettshandel er – man skulle tro man skapte det og brukte det nettopp for å nå den presisjon som dagligtalens ord ofte mangler. Ofte brukes ordet så det virker som utenpåhengt krimskrams – det skal bli finere slik. Og man tar neppe feil hvis man i den menneskelige forfengeligheit eller i det som K. G. Westman har kalt ‘människoandens medfödda o vilja mot att låta detta vara detta’.» Ifølge Samuelsson var Arnholms formål «först och främst att förebygga felslut och begreppsjurisprudens, någonting som han alltså ansåg att den tidigare terminologin kunde ge upphov till», se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 427 n. 1217, med videre henvisning til Arnholm *Omkring rettshandelsteorien*.

<sup>225</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 28.

<sup>226</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 28.

<sup>227</sup> Men slike tanker er ikke «nye» for Arnholm. Stang, *Om vildfarelse*, s. 17, skriver for eksempel: «Ord, der udtales i Søvne eller på anden Måde uden Vilje, ligesom i det Hele alle uvilkårlige menneskelige Livsytringer ligger udenfor Handlingerne og er således heller ikke Viljserklæringer.»

<sup>228</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 28-29. Nå skal det sies at det faktisk finnes et Law and neuroscience-miljø hvor viljen i avtale- og strafferett er et hett tema.

<sup>229</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 29. Et problem vi også for så vidt får med flere av begrepene dersom denne logikken anvendes.

<sup>230</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 29-30.

<sup>231</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 30.

<sup>232</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 32.

<sup>233</sup> Se Arnholm, *Lærebok i avtalerett*, s. 3, om at begrepet ikke har slått rot, «i alle fall ikke ennå; slikt tar i beste fall en ganske lang tid.» Seks år senere benytter Hov, *Avtalerett*, begrepet villig, blant



«rettshandel», kan vi heller ikke vite hvorvidt et utsagn er dispositivt før det er ferdig tolket; har avsender med sitt utsagn disponert rettslig?<sup>234</sup> Avtalerettsteoretikere har derfor fortsatt jakten på enda mer hensiktsmessige ord. Huser tar avstand fra alle de tidligere forslagene og uttaler at det kan:

«(...) slås fast at det som først og fremst har interesse ved tolkningen forsåvidt hverken er rettshandlinger, viljeserklæringer eller dispositive utsagn, men derimot de manifesterte ytringer, setningsforekomstene, som partenes kommunikasjonshandlinger produserer. Disse vil jeg ganske enkelt kalle *partsytringer*. Det er partsytringene som er tolkingens *objekter*, eller i første omgang de enkelte ord og uttrykk partsytringene består av. Begrepet 'partsytring' hverken ekskluderer eller kvalifiserer enkelte av partenes ytringer, slik som begrepene 'rettshandel', 'dispositivt utsagn', 'avtale', 'tilbud', 'løfte', osv., og egner seg derfor for vårt formål.»<sup>235</sup>

Slik jeg ser det, viderefører likevel Huser Arnholms prosjekt med å finne det mest treffende navnet på *objektene* man kan binde seg til avtaler med. Og heri ligger poenget ved denne undersøkelsen, *objektiviseringen*. Så vidt meg bekjent er det lengste terminologien har beveget seg vekk fra «viljeserklæring», varianter av «avtalestiftende rettsfakta»:

«Avtalen blir altså ein rettsverknad av dei rettsstiftande fakta.»<sup>236</sup>

---

annet som tittel på et helt kapittel. Av andre som benytter uttrykket *dispositivt utsagn* kan nevnes Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 108, eksempelvis. Woxholth derimot har tatt sterkt til orde mot begrepet, se eksempelvis *Avtaleslutning, ugyldighet og tolkning*, s. 118-137, som også mener å kunne dokumentere at begrepet ikke kan sies å ha slått igjennom, se s. 129.

<sup>234</sup> Se også Giertsen, *Avtaler*, s. 58. Dessuten kan begrepet «utsagn» også problematiseres fordi det høres ut som man kun kan binde seg ved hjelp av språk.

<sup>235</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 47-48.

<sup>236</sup> Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 342. I Sverige skrev Grönsfors en bok han kalte *Avtalsgrundande rättsfakta*, som blant annet har vært en inspirasjonskilde for Woxholth, se eksempelvis *Avtalerett*, s. 117, og *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 54. Formålet med Grönsfors' prosjekt var «att uppställa en matris, som är mera adekvat än den traditionella», se *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 10, og i den forbindelse fjerner han like godt viljen fra ligningen og kommer, på s. 45, til at «[d]å återstår enbart det yttre faktum att anbud och accept sammanfaller och täcker varandra enligt den juridiska bedömningen. Någon kärna av partsvilja i tidigare härskande mening föreligger därför inte längre.» Og løsningen han tilbyr er altså begrepet «avtalsgrundande rättsfakta». Avtals... Jeg kommer tilbake til dette om litt.

## 2.2.4 Objektiviseringen er til å ta og føle på

«Jeg innrømmer at det undertiden faller meg vanskelig å unngå ordet. Men det tror jeg beror på slett oppdragelse og dårlige vaner.»<sup>237</sup>

Viljeteoriene skal være nedkjempet for lenge siden.<sup>238</sup> Likevel lever viljesbegrepet videre (i språket), om enn i en så begrenset rolle som mulig.<sup>239</sup> Woxholth beskriver det slik:

«Selv om viljesteorien i sin tradisjonelle form er forlatt i norsk avtalerett, er ikke dette det samme som at løftegiverens vilje (disposisjonsvilje) ikke er av betydning når det skal avgjøres om en avtale er inngått. I mange domsbegrunnelser spør Høyesterett om partene har ‘ment å binde seg’, dvs om de har hatt vilje til det. Dermed er det likevel ikke sagt at partsvilje er en nødvendig og tilstrekkelig betingelse for avtalebinding. Imidlertid kan partsviljen få betydning som ett blant flere disposisjonskriterier – og undertiden også være avgjørende – for om det foreligger avtalerettslig binding.»<sup>240</sup>

<sup>237</sup> Arnholm, *Omkring rettshandelsteorien*, s. 431, om ordet rettshandel.

<sup>238</sup> Og i Norge var det altså erklæringsteorien som vant frem, mens våre naboer i Sverige og Danmark valgte seg tillitsteorier, se mer under rundt s. 69-70. Ifølge historien er det visstnok likevel ikke så stor forskjell på teoriene. Hambro, *Viljesteorien og tillids- eller erklæringsteorien fra den praktiske jurists standpunkt*, s. 337, hevder at «[s]triden mellom viljesteorien og tillids- eller erklæringsteorien faar derfor i motsætning hertil væsentlig en ‘akademisk’ karakter; det blir en ‘skolestrid’.» Se også Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 46: «Etterhånden er diskusjonen kommet så langt i avklaring at det heller ikke er stor praktisk forskjell fra erklærings- og tillitsteorien til viljesteorien.» Et standpunkt vi kan lese forholdsvis ofte i den avtalerettslige litteraturen er at det egentlig bare handler om noen detaljer i villfarelestilfellene, se Stang, *Viljesdogmet*, s. 280: «Tvisten mellem Viljesdogmet paa den ene Side og Erklæringsteorien samt Tillitsteorien paa den anden Side har ikke stor praktisk Betydning i vor Ret, idet det kun er en liden Gruppe af Tilfælde, om hvis Afgjørelse der strides.» Som svar til Platous imøtegåelse av særlig Lassen, gjentar Stang, *Indledning til formueretten*, 1. utgave, s. 657, at «[d]er tvistes om et litet og praktisk noksaa uvæsentlig punkt i ugyldighetslæren.» Om historien angående den lille praktiske uenigheten, se også Huser, *Avtaletolking*, s. 269-270, og Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 22-23. Schmidt, *En culperegulering ved avtalstolkning*, s. 421, mener imidlertid det er «fel att, som ibland sker, betrakta just denna ogiltighetsregel som den enda centrala punkten i viljeteorin.» Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 82 n. 179, bemerker: «Jfr. det ofta upprepade påståendet att striden mellan vilje- och tillitsteorierna egentligen endast gällde en viss teknisk detalj, nämligen hur förklaringsmissstagsfallen skulle regleras.» Gjentatte påstander, ja, mon tro om det ikke var mer det handlet om.

<sup>239</sup> Om den skandinaviske rettsvitenskapens forsøk på å «springa ifrån sin egen skugga», og de terminologiske bekymringene som nødvendigvis må følge av forsøket på å fjerne viljesbegrepet fra avtaleretten, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 426-428.

<sup>240</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 68. Se også hvordan Eng, *Hva er en viljeserklæring?*, mener å vise at det ikke er noen logisk umulighet å benytte disposisjonsvilje som disposisjonskriterium, og som på s. 40 flg., gir uttrykk for at Hägerström, Olivecrona og Ross gikk for langt, likevel legger det underliggende premisset om en faktisk (psykologisk) disposisjonsvilje til grunn for sine

Fra Hagerups uttalelse om at viljen kunne komme til uttrykk på hvilken som helst måte, har viljen i Woxholths fremstilling blitt til et kriterium, et faktum.<sup>241</sup> Viljen kan ikke lenger tilkjennegis gjennom forskjellige uttrykk; binding kan vurderes utfra ulike disposisjonskriterier, hvorav viljen bare er ett av mange. De to forklaringene skiller seg markant fra hverandre. Det jeg mener vi kan spore i historien utover 1900-tallet, er en tiltakende «objektivering» av terminologien; fra viljeserklæring, via dispositive utsagn til avtalestiftende rettsfakta.<sup>242</sup> Forfatterne ser ut til å søke etter ord som er egnet til å distansere seg fra viljebegrepet for å unngå uheldige, subjektive konnotasjoner. Med objektiveringen av språket, følger også en objektivering av selve viljen.<sup>243</sup> Smått om senn blir viljen til et fysisk objekt på linje med andre fakta.<sup>244</sup>

Det er ikke sikkert Stang så det helt slik.<sup>245</sup> Når Stang skriver om «rettshandelen» og «viljeserklæringen», skriver han om begrepene – om hva som skal til for at en handling kan være en viljeserklæring, om at ikke alle viljeserklæringer er rettshandler, men at alle rettshandler er viljeserklæringer.<sup>246</sup> For *viljeserklæring* er også et *begrep*, en fiksjon om du vil, og ikke et navn på noe i den fysiske «virkeligheten».<sup>247</sup> Men, avstandtagen fra at sjelelige forhold skulle ha avgjørende betydning for bindingsspørsmålet, som var et særlig poeng for Stang, får snøballen til å rulle.<sup>248</sup> Målet for «objektivistene» ble å finne det begrepet som best beskriver avtaleinngåelsen i *virkeligheten*.<sup>249</sup> Problemet er bare at avtaleinngåelse som fenomen ikke tilhører noen

---

resonnementer, se s. 4. Også for Eng er viljen et kriterium, og Woxholth bygger videre på Engs forståelse.

<sup>241</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 96, hvor han setter likhetstegn mellom disposisjonskriterier og rettsfakta: «Det er ikke mulig å oppstille en uttømmende liste over de disposisjonskriterier (rettsfakta) som *generelt* kan komme i betraktning ved avtaleinngåelse.»

<sup>242</sup> Det er nesten så man kan kjenne hvordan terminologien tørker inn.

<sup>243</sup> Men det er altså ikke bare snakk om å gi det samme meningsinnholdet en ny term, se Hjort, *Retthistorisk metode og tolkning av historiske tekster*, s. 42 flg.

<sup>244</sup> For et helhetlig resonnement bak denne påstanden, se også kapittel 3.

<sup>245</sup> Han trenger ikke ha hatt noen anelse om hva han satte i gang (forbindelseslinjene er det jo jeg som trekker opp her).

<sup>246</sup> Se eksempelvis Stang, *Om vildfarelse*, s. 9-25. Flere tiår senere, i forbindelse med en redegjørelse for erklæringsteorien som da har vunnet frem og visstnok blitt til et prinsipp, skriver Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 254: «Ved erklæring forstår jeg her (...) den erklærendes rettshandelsopptreden i det hele.»

<sup>247</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 548 n. 1554, som påpeker at «partsviljans ställning, som psykologisk realitet betraktad, är en icke-fråga i Stangs tolkningslära.»

<sup>248</sup> Det kan godt hende at andre i Norge skrev lignende før Stang. For dette resonnementet holder det å begynne med Stang fordi han nok må anses for å være den ivrigste talsmannen for erklæringsteorien i Norge på den tiden. Den moderne psykologiens betydning for retten ble imidlertid tema for mange rettsforskere i tiårene som fulgte, se blant andre Hagerup, *Innledning til studiet af den almindelige retslære*, s. 183 flg.

<sup>249</sup> I forbindelse med en undersøkelse av Grönfors' syn på avtaleinngåelse etter avtalelovens modell, skriver Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, på s. 78 at: «(...) just så brukar den sociala realitet,

fysisk virkelighet utenfor retten, den tilhører vår språklige, avtalerettslige virkelighet.<sup>250</sup> *Dispositive utsagn* eller *avtalestiftende rettsfaktum* er også bare språklige bilder, de er ikke mer virkelige uansett hvor hardnakket det måtte hevdes.<sup>251</sup>

Dessuten, se hva som lurar i begrepet *avtalestiftende rettsfaktum* – et annet kjent lite ord, *avtale*. Uunngåelig ender man opp i en runddans ved igjen å måtte forklare hva en avtale er, og hvordan gjør man det uten å ende opp i at det er en frivillig enighet av noe slag?<sup>252</sup> I sitatet fra Woxholth, som innleder inneværende punkt, fremkommer det tydelig hvor umulig objektiviseringsprosjektet er:

«Dermed er det likevel ikke sagt at partsvilje er en nødvendig og tilstrekkelig betingelse for avtalebinding»<sup>253</sup>

Hvordan er det mulig at partsvilje ikke er en nødvendig betingelse for *avtalebinding* hvis en avtale er en *frivillig* overenskomst? Selv skriver Woxholth at en avtale bare kan oppstå der parter er blitt «enige», og forsøker kanskje unngå «viljen» på den måten, men hvordan kan man bli enige om man ikke velger det nettopp med viljen sin?<sup>254</sup>

---

som man tänker sig att avtalslagen innrättats efter, beskrivas», som «*de facto* utbytte [av] viljesförklaringar.»

<sup>250</sup> «Avtal ingås genom utbytte av överensstämmande viljeförklaringar. Realisten: ‘Men det stämmer ju inte med *verkeligheten!*’ Nej, vem har påstått det?», se Samuelsson, *Tolkningens gåta*, s. 103 n. 274. Derfor er det også bare måtelig interessant (i denne sammenhengen vel og merke) hvordan avtaler faktisk inngås, om det er ved tale, skrift, telegram eller internett.

<sup>251</sup> Om det da i det hele tatt gir mening å operere med en faktisk virkelighet, se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 79 n. 163, som også siterer Putnam: «[O]nce we assume that there is, somehow fixed in advance, a single ‘real’, a single ‘literal’ sense of ‘exist’ [...] we are already wandering in Cloud Cuckoo Land.» Se også Michalsen, *Retts: En internasjonal historie*, s. 54: «Uansett finnes det ikke noen sikker sammenheng mellom de begreper og betegnelser vi bruker om virkeligheten og virkeligheten selv, enten den er fortidig eller nåtidig.»

<sup>252</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 427 som angående de terminologiske bekymringene som ligger i forsøkene på å kvitte seg med partsviljen, skriver: «Man kan som Grönfors gå från ‘viljeförklaringar’ till ‘avtalsgrundande rättsfakta’, men då får man räkna med att någon kommer framhålla, att ordet ‘avtal’ i sig för med sig alla de associationer man ville undvika – ty avtal är överenskommelser, och överenskommelser är frivilliga.»

<sup>253</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 68. Fullstendig sitat over på s. 50.

<sup>254</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 26. Når Udsen, *Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum*, på s. 106 flg., drøfter innholdet i viljeserklæringsbegrepet, kommer han til at «[p]å baggrund af ovenstående kan en viljeserklæring herefter defineres som en fysisk manifestation fra den angivne udsteder, der er egnet til at give erklæringsadressaten en forventning om udstederens vilje til en bestemt retsvirkning indtræden.» Udsen forfekter, på s. 108, at «[m]ed afvisningen af den subjektive retsvirkningsvilje må i stedet anvendes en objektiv variant, hvilket nøje stemmer overens med tankegangen bag tillidsteorien, jf. nedenfor. Det afgørende bliver således, om erklæringen objektivt set er egnet til at give indtryk af udstederens vilje til en bestemt retsvirkning». Og på den måten kommer han opp i samme problem som Woxholth – uansett hvor objektiv vurderingen er, slipper han ikke unna at det er en vilje det hele munner ut i.

Avtaleinngåelse er ingen fysisk hendelse.<sup>255</sup> En avtale er inngått når partene er enige om det – eller, ved tvist, når domstolen bestemmer at den var det. En viljeserklæring er det uttrykket for viljen som skal til for å inngå en avtale, og kan like godt være en handling som en tekst.<sup>256</sup> Og hvorfor ikke passivitet, hvis man kommer til at ikke-handling i et gitt tilfelle nettopp var en erklæring av vilje til å binde seg?<sup>257</sup> Forstått på denne måten, er det ingen ting i veien med viljeserklæringsbegrepet.

## 2.3 Tolkningsspørsmål

### 2.3.1 Binding og innhold

«Spørsmålet om man har bundet seg og spørsmålet om hva man har bundet seg til, kan nok holdes analytisk fra hverandre. Men psykologisk gir det ingen mening å skille.»<sup>258</sup>

Veien fra viljeserklæring til avtalestiftende rettsfakta viser tydelig hvordan ordene er jusen, og at forståelsen av jusen endres når ordene endres. Ulike ord gir ulike assosiasjoner, og får frem ulike aspekter ved avtalebindingssituasjonen. Mens ordet *rettshandel* fremhever det rettslige aspektet, *dispositivt utsagn* fremhever at det handler om en disposisjon, *tilbud* og *aksept* får frem de gjensidige bebyrdende disposisjonene, gir ordet *erklæring* inntrykk av at også ensidig binding kan finne sted i tillegg til at det ytre uttrykket settes i sentrum og *viljeserklæring* synliggjør viljen (og dermed også

---

<sup>255</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 79 n. 166.

<sup>256</sup> Jeg tror ikke dette er en spesielt kontrær tanke. Se eksempelvis også Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 92: «Men også hvor avtaler blir til på grunnlag av forhandlinger, er det sammenfallende partsytringer som skaper avtalen. Det er ikke bare eksplisitte partsytringer som kan danne grunnlag for en avtale, men også konkludent adferd.»

<sup>257</sup> Jeg kom til å tenke på en episode. I den største anti-krigsdemonstrasjonen i Norge, 15. februar 2003, hvor 60 000 mennesker samlet seg på Youngstorget i Oslo, begynte noen å rope: «Den som ikke hopper nå, støtter krigen!» Hva ville en passivitet her tilsi? Tja, en mulig tolkning er jo at den som ikke hoppet, mente å erklære at hen støttet krigen. Men siden alle som kom, må antas å ha ment å protestere *mot* krigen, tilsier kanskje konteksten at man ikke kan dra slike konklusjoner likevel. I avtalesammenheng er kanskje munnhullet «Den som tier, samtykker» en mer treffende assosiasjon. Det er i det hele tatt ikke så vanskelig å se for seg at passivitet kan være en vel så tydelig viljeserklæring som uttrykte ord eller utførte handlinger. At passivitet kan medføre rettsvirkninger, er da heller ikke ukjent for avtaleretten, se eksempelvis Arnholm, *Tre utsnitt*, s. 59 flg., Woxholth, *Avtalerett*, s. 104 flg. Min bemerkning går ut på at det helt fint lar seg gjøre å kalle passivitet for en viljeserklæring i en situasjon hvor passiviteten gir uttrykk for en vilje til å binde seg. Så lenge man med viljeserklæring ikke leter etter et objekt man kan ta og føle på.

<sup>258</sup> Eng, *Hva er en viljeserklæring*, s. 8.

friheten) til å binde seg ved avtale.<sup>259</sup> En fordel med det svenske *viljeförklaring* er at det får frem at det ytre uttrykket er en forklaring av den indre viljen. Som vist handlet terminologidisputtene mye om å finne det *beste* ordet, og et hovedanliggende var å komme seg unna det betente viljebegrepet.<sup>260</sup> Så blir spørsmålet da om mer «objektive» ord, eller funksjonelle synsmåter, hjelper oss i vurderingene av om avtale er inngått?

Når avtaleinngåelse skal beskrives, er det vanlige å begynne med å si at avtaleloven bare regulerer én form for inngåelse, den som foregår etter tilbud- og akseptmodellen.<sup>261</sup> Deretter kan man gå videre til å si at det er sikker norsk rett at man også kan inngå avtaler på andre måter, for eksempel etter forhandlinger, og eventuelt vise til avtaleloven § 1.<sup>262</sup> På grunn av formfriheten er det imidlertid ikke nødvendig å gå veien om avtaleloven.<sup>263</sup> Partene står i utgangspunktet fritt med hensyn til hvordan de ønsker å komme til enighet; de kan om så avtale noe i muntlige vendinger, annet i tekstform og atter annet med streker i sanden – og likevel slik at alt blir en del av den samme enigheten.<sup>264</sup>

Kjernen i den såkalte ulovfestede avtalebindingen sies å være de fremforhandlede kontraktene, hvor spørsmålet ikke er når partene har avgitt sine viljeserklæringer, eller når disse har kommet frem eller til kunnskap, men hvorvidt forhandlingene har kommet så langt at partene må anses å ha bundet seg rettslig til hverandre. Mens avtalerettsteorien har beskjeftiget seg med begrepsbruk og hvilke teorier som skal være styrende for avtaleinngåelsen, har rettspraksis stilt opp vurderingstema som går ut på

---

<sup>259</sup> Om at ordene i seg kan være fordelaktige, se eksempelvis Hov, *Trenger vi nye begreper*, s. 564, som til fordel for begrepet dispositive utsagn, skriver: «Det er en god betegnelse, fordi den peker på de mest fremtredende trekk ved disse partsutsagnene – som utgjør et av de mest sentrale elementer i avtaleretten.»

<sup>260</sup> Noen vil kanskje bry seg med om det er navnet på termen, eller termen til et begrep det har handlet om, men det har naturligvis handlet om begge deler (og mye mer). Som tidligere nevnt, begrepsbegrepet – hva mener vi i det hele tatt med et begrep – kan si vel så mye om begrepene som navnene vi setter på dem.

<sup>261</sup> Avtalelovens modell tilsier at avtale kommer i stand ved at en aksept som stemmer overens med tilbudet, kommer til tilbyders kunnskap innenfor akseptfristen. Løsningen fremgår ikke direkte av avtaleloven, men både kapitteoverskriften «Om avslutning av avtaler» og kapittelets bestemmelser forutsetter at det er slik binding oppstår, se også Giertsen, *Avtaler*, s. 65. For øvrig handler bestemmelsene i kapittel 1 om akseptfrist, for sent fremsatte aksepter, virkninger av avslått tilbud og aksepter som ikke samsvarer med tilbudet, tilbakekall av tilbud eller svar på tilbud og lignende.

<sup>262</sup> Som for eksempel Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 24, gjør her: «Avtalelovens regler er ikke uttømmende», og videre på s. 22: «(...) de nærmere regler om når slike forpliktelser oppstår er bare stykkevis lovfestet og må for en vesentlig del utledes av sedvanerett. Noen – men langt fra alle – hovedregler på dette området er lagt til grunn i avtaleloven av 1918.»

<sup>263</sup> Det måtte i tilfelle være hvis vi hadde en avtalelov som sa at man måtte begynne her. Litt som anskaffelsesregelverket; skal det offentlige anskaffe noe, må man starte i anskaffelsesregelverket.

<sup>264</sup> Idet vi som avtalerettsjurister forholder oss til avtalen, er det imidlertid tekst alt sammen. Emersons poetiske utsagn: «Words are also actions. And actions are a kind of words», i *The Poet*, s. 6, gir god mening for jusen her.

om partene har blitt enig om det vesentligste, og om motparten hadde rimelig grunn til å tro at den andre har ment å binde seg.<sup>265</sup>

Noe vi imidlertid ikke finner svar på, verken i avtaleloven eller andre steder, er *når* et utsagn kvalifiserer til å være et tilbud, en aksept, en viljeserklæring eller hva som helst vi måtte kalle det, eventuelt når partene anses å ha gått fra uforpliktende kommunikasjon til binding.<sup>266</sup> I praksis er det akkurat det samme som skjer enten avtaleinngåelsen følger avtalelovens system eller ikke. Det er alltid opp til rettsanvenderen å vurdere når i forhandlingsprosessen partene har kommet så langt som til å binde seg rettslig til hverandre. På samme måte som at det er opp til rettsanvenderen å vurdere om det er fremsatt en viljeserklæring, når et utsagn er dispositivt og hvorvidt det foreligger tilstrekkelige avtalestiftende rettsfakta. Vi må praktisere jus, og avtalebindingen må i realiteten avgjøres konkret i hvert tilfelle.<sup>267</sup>

På grunn av formfriheten og avtalenes individuelle natur, er det umulig å gi uttømmende og fyllestgjørende beskrivelser av avtaleinngåelse.<sup>268</sup> Vi kan leke med ord, stille opp typiske forhold som gjør at man kan anse en avtale for inngått eller formulere vurderingstema til hjelp for tanken.<sup>269</sup> Til syvende og sist beror det likevel på en *tolkning* hvorvidt partene anses å ha bundet seg til hverandre ved avtale.<sup>270</sup> Så kan man spørre seg om det er *avtaletolkning* eller en annen form for tolkning?

Tradisjonelt heter det at det prinsipielt er noe annet å vurdere *om* det er inngått en avtale enn å vurdere hva *innholdet* i den eventuelle avtalen er, selv om det i samme

---

<sup>265</sup> Se eksempelvis Rt. 2011 s. 410 avsnitt 47: «Det er på det rene at avtale kan anses inngått når det foreligger klare partsutsagn eller andre forhold som underbygger at partene har ment å binde seg til et avtaleforhold, eller den ene part har handlet slik at medkontrahenten har rimelig grunn til å tro at avtale er inngått. Et utgangspunkt ved vurderingen er om partene har blitt enige om de vesentlige punkter i avtalen, jf. Rt. 1998 s. 946.» Se også Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 92-93.

<sup>266</sup> Se også Giertsen, *Avtaler*, s. 47: «Avtaleloven forutsetter at et tilbud binder avgiveren, men lovteksten sier intet om grensen mellom bundethet og ubundethet.»

<sup>267</sup> Om individualiteten i bindingsvurderingen se eksempelvis Eng, *Hva er en viljeserklæring?*, s. 24: «Når vi ofte slutter fra f. eks. formelen 'jeg lover' til disposisjonsvilje, så er det fordi ordene typisk menes som et løfte, det vil si som noe bindene. (Men bare typisk, ikke alltid).»

<sup>268</sup> Eller for å si det med Stang, *Viljesdogmet*, s. 345: «Forsøker man realistisk og nøgternt at gjøre sig Rede for den norske Rets Stilling til Spørsmålet om Viljens og Forventningens og Erklæringens Betydning, maa man erkjende, at det er et ganske broget Billede, man faar.»

<sup>269</sup> At det ikke er mulig å regulere seg vekk fra uklarheter, fremgår for øvrig også av forarbeidene til avtaleloven, Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 20, hvor det står: «Helt at avskjære adgangen til saadan tvist [om en avtale er sluttet eller ikke] er selvfølgelig umulig - optræder partene uklart under sine forhandlinger, kan ingen lov utvirke at der kommer et klart resultat ut av det.»

<sup>270</sup> Se også Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 651: «Eftersom formfrihet råder kan inte rättsordningen uppställa några regler för avtalsslutande som er mer specifika än grundprincipen, att parterna är bundna om de får anses ha kommit överens om att förplikta sig rättslig. Hur överenskommelsen kommer till uttryck är irrelevant. Uttryckliga förklaringar, realhandlande, passivitet, röksignaler ... det spelar ingen roll. Här finns inga gränser. Frågan om avtal ingåtts kan bare avgöras konkret, i det individuella fallet. Det är en realistisk beskrivning av rättsläget.»

åndedrag viser seg at det naturligvis er mange av de samme tolkningsmidlene som går igjen.<sup>271</sup> Derfor skilles det mellom «regler» for når bindende avtale er inngått, som altså må vurderes først, og «regler» for tolkning som vi kan bruke for å komme frem til avtalens innhold etter at den anses å være inngått.<sup>272</sup> Matrisen blir – først inngåelse deretter avtaletolkning. Eller? Hvordan er det mulig å si at det er inngått en avtale, uten samtidig å legge til grunn at avtalen har et innhold? Å avtale kan forklares med å bli enige, og enige kan man bare bli om *noe*; akkurat som at en viljeserklæring må ha et innhold for å kunne være en erklæring av en vilje. Hvis partene har bundet seg, så er det til et innhold. For å tolke en avtale, må den være inngått, og for å finne ut om det er inngått en avtale, må det tolkes.<sup>273</sup>

For avtaletolkeren kommer det an på hva partene er uenige om – bindingsspørsmålet eller innholdsspørsmålet. I ett tilfelle kan partene være enige om at avtale er inngått, men uenige i hva som er avtalt. I et annet tilfelle kan partene være enige i innholdet i det som skulle bli en avtale, men ikke om den er bindende ennå. Det er spørsmålene som blir forskjellige i de to tilfellene, men tematikken er den samme – om det foreligger to samsvarende viljeserklæringer.

Den egentlige avtaleretten er den retten avtalepartene skaper seg imellom.<sup>274</sup> Fordi vi har avtalefrihet, har vi et system som anerkjenner retten til å lage egne regler for rettslige mellomværender. Slik ser vi det for oss; slik kommuniserer vi avtalerettslig.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> Tydeligst viser dette seg ved at avtalebinding og avtaletolkning blir behandlet hver for seg i samtlige avtalerettslige fremstillinger, se hvilken som helst, mens mange av de samme momentene går igjen (ordlyd, partenes opptreden etc.). Huser, *Avtaletolkning*, s. 99 flg., kaller tolkningen for å finne ut av om avtale er inngått, for en «forprosess». I forprosessen er det «tilstrekkelig med en noe overfladisk og avgrenset tolking», hvor «det springende punkt på dette trinn i rettsanvendelsen snarere [vil] være om parten(e) er rettslig bundet enn hva man i så fall er bundet til.»

<sup>272</sup> Se også Samuelsson, *Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom*, s. 487: «Systematisk skiljer rättsvetenskapen frågor om avtalsslut från frågor om avtalstolkning – de handteras på skilda ställen i avtalsrättsliga framställningar och man tänker sig att det finns regler om avtalsslut, å ena sidan, och regler om avtalstolkning, å den andra.»

<sup>273</sup> I en studentavhandling fra Uppsala, Holmberg, *Tolkning och avtalsslut*, hvor det reises spørsmål om det gir mening å skille inngåelsen fra tolkningen, konkluderer forfatteren, på s. 72, med: «Självt tycker jag snarare att det finns skäl att utgå från att det är *en enda* fråga, vars moment trots det kan behandlas var för sig i relativt stor utsträckning. I teorin. Som att man kan prata om hur det är att åka bil utan att prata om bilen i fråga. Men i verkligheten går de inte att skilja åt. (...) Jag anser at min undersökning visar att den tänkta ordningsföljd som uttalandet antyder (först avtal, sedan innehåll) inte kan betraktas som rättvisande. Detta följer av att det också är givet, att det egentligen är nödvändigt att det finns ett *specifikt* innehåll för att ett avtal skal unna konstateras.» Jeg er enig.

<sup>274</sup> Se eksempelvis Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 94. «Innenfor rammen av partenes avtalekompetanse går avtalen foran.»

<sup>275</sup> «Selve aftalens bindende kraft forudsætter en retsorden, som anerkjender den», Hagerup, *Indledning til studiet af den almindelige retslære*, s. 197. Og så har vi både lov- og ulovfestede innskrenkninger i avtalefriheten, eksempelvis avtalelovens ugyldighetsregler. Et annet praktisk eksempel er anskaffelsesretten – et regelverk som går langt i å regulere *når, hvordan*, og med *hvem* det offentlige kan avtale.



Alle de rettslige problemstillingene vi hankses med i avtaleretten, handler om avtalen som enten ble, eller eventuelt ikke ble, inngått. Hvordan man kan komme til enighet – avtale noe – er selvsagt nært forbundet med tolkningslæren – hvordan man kan komme frem til hva enigheten går ut på.<sup>276</sup> Og manifestasjonene av partenes vilje til å binde seg, er de samme som gir uttrykk for hva partene vil binde seg til.<sup>277</sup> Det er dette avtaletolkeren har å jobbe med, uansett hvilket av spørsmålene som melder seg i en tvist.

### 2.3.2 Tolkning fordrer tvist

«En stor del av vanlig meningsutveksling foregår uten tilstrekkelige garantier for at deltakerne er enige i det de tror de er enige i, og uenige i det de tror de er enige i.»<sup>278</sup>

De fleste avtaler går imidlertid inn og ut av tiden helt uanfektet av hva potensielle avtaletolkere måtte ha å si om innholdet. Bare dersom (minst én av) partene selv ber om det, bringes saken inn i den rettslige sfæren. Når vi sier at svaret beror på en tolkning av avtalen, at avtaler må tolkes, eller at tolkning er å fastlegge avtalens innhold og lignende formuleringer, er det en slags forkortelse for å si at vi må tolke avtalen for å finne svaret på tolkningsspørsmålet i tvisten.<sup>279</sup> Det tolkningsresultatet vi kommer frem til, er da også bare svaret på det konkrete tolkningsspørsmålet, og ikke en tolkning av hele avtalen. Det gir seg egentlig selv – nytt tolkningsproblem fordrer ny tolkning. Noen ganger kan det være viktig å påpeke det åpenbare, at avtaletolkning forutsetter en tvist, en uenighet – et tolkningsspørsmål. Essensen ved avtaletolkning er jo at partene er uenige om hva de er enige om. Språklig er det en selvmotsigelse, juridisk er det en arbeidsoppgave.

Når man forfatter en avtale, eller får i oppdrag å vurdere en, foretas selvsagt også varianter av tolkning, men de må nødvendigvis være hypotetiske og ta forbehold om

---

<sup>276</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 190 n. 561: «Avtalsbegreppet är naturligtvis intimt förknippat med tolkningsläran.»

<sup>277</sup> Se også Hov, *Trenger vi nye begreper*, s. 563: «Det sentrale ved disse partsutsagnene er at de (normalt) vil ha rettsvirkninger etter sitt innhold – den som avgir utsagnet blir bundet – eller berettiget – fordi han gir uttrykk for det.»

<sup>278</sup> Arne Næss, *En del elementære logiske emner*, s. 99.

<sup>279</sup> Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 161: «Når det tales om tolking av avtaler, er dette egentlig upresist. Tolkningstvil vil sjelden knytte seg til hele avtalen som sådan. Det vanligste er at det er en eller flere avtalebestemmelser som byr på tvil.»

hvilke situasjoner og problemer som kan oppstå.<sup>280</sup> For å skrive en uttømmende avtale, eller tolke en avtale fra ende til annen for den saks skyld, måtte vi konstruere opp uendelige hypotetiske uenigheter, og tolkningen ville uansett blitt på liksom.

Der andre rettssystemer har for vane å forsøke å fange mest mulig i avtaleteksten, er tradisjonen i norsk rett å avtalefeste det viktigste og la resten være opp til avtaletolkeren som eventuelt kan utfylle med bakgrunnsrett.<sup>281</sup> Den ene tradisjonen er ikke nødvendigvis bedre eller dårligere enn den andre.<sup>282</sup> Avtaleutforming og -tolkning må uansett ses i sammenheng med hvordan resten av avtaleretten er lagt opp.<sup>283</sup> Motsetningen mellom tradisjonene er heller ikke mer enn et utgangspunkt. Enkle, muntlige og mangelfulle avtaler forekommer overalt, og innenfor bransjer hvor det er behov for det, kanskje særlig der avtalene har internasjonale dimensjoner og/eller er av en slik art at kontraktstypene krever det, finner vi også innenfor det norske rettssystemet kompliserte og utførlige avtalestrukturer som har til hensikt å overlate mindre til avtaletolkeren. For å lette arbeidet med kontraktsutformingen i forkant av hver enkelt avtale, og for å etterstrebe rimelige og balanserte løsninger, har en rekke bransjer samarbeidet seg imellom om å utforme ferdige standardkontrakter til bruk for de som måtte ønske det.<sup>284</sup> Standardiserte kontraktsformularer, eller standardiserte arbeidsbeskrivelser, letter kontraktsutformingen, men eliminerer ikke behovet for tolkning.

Uavhengig av hvilken avtalestil som er valgt, om enigheten er skrevet på en serviett eller i egne bøker, om den er individuelt fremforhandlet eller utformet av andre på et tidligere tidspunkt, må den tolkes hvis og når partene blir uenige om hva de er enige om. Og det er først når vi lurar på noe konkret, at vi kan begynne å tolke oss frem til svaret.<sup>285</sup>

---

<sup>280</sup> Man prøver jo så godt man kan å lage en avtale som regulerer forholdet på en (i alle fall for seg eller sin klient) god måte. Men jeg tror ikke du får noen advokat til å garantere for én tolkning uten å vite hva tvisten går ut på, eller hvordan de konkrete omstendighetene forholder seg.

<sup>281</sup> Se eksempelvis Cordero-Moss, *Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett*.

<sup>282</sup> Som Cordero-Moss, *Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett*, s. 277, påpeker: «(...) skaper en tilsynelatende uttømmende kontrakt ofte falsk trygghet.»

<sup>283</sup> Det vil si hvilke andre avtalerettslige mekanismer, i tillegg til avtaletolkning, partene og rettsanvenderne har å forholde seg til.

<sup>284</sup> Mer om tolkning av standardkontrakter i punkt 4.3.4.

<sup>285</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 154 «När vi ger oss ut i ett tolkningsresonemang finns det alltså alltid en konkret anledning.» Og motsatt: «När en tolkningsfråga infinner sig, är objektet för tolkningen redan givet», Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 154, litt lenger opp på siden.

«Den klareste avtale x kan være uklar i relasjon til et spørsmål y. Det er således det enkelte tolkningsproblem som kommer opp, og ikke avtalen 'som sådan', som gjør det meningsfylt å snakke om uklarhet i kontraktens ordlyd.»<sup>286</sup>

For at avtaletolkning skal komme på tale, må det både foreligge en uenighet og en uklarhet av noe slag.<sup>287</sup> En egentlig avtaletolkning er bent frem umulig uten å ha et konkret problem som skal løses; endelige avtaletolkninger kan bare gjøres i konkrete situasjoner etter at tvist har oppstått og man har et tolkningsspørsmål som krever løsning.<sup>288</sup> Verken uklarheten eller tolkningsspørsmålet oppstår ved avtalens utforming eller inngåelse, men med tvisten.<sup>289</sup> Før vi vet hva partene er uenige om, hva tolkningsspørsmålet er, vet vi ikke, og kan vi ikke tolke oss frem til, om avtalen er klar eller uklar.<sup>290</sup> Selv den erfarne avtaleutformer, som virkelig gjør seg flid med arbeidet, kan ikke garantere for at avtalen er «vanntett» når den potensielle uenigheten fortsatt er en hypotetisk størrelse.<sup>291</sup>

Hva det strides om i en tolkningstvist, hvilke tolkningsspørsmål som oppstår, varierer fra uenigheter om hvordan alminnelige kontraktsbestemmelser, skreddersydde eller i standardkontrakter, er å forstå, til hvilke krav som er satt til kontraktsgjenstanden, i skrift eller tegning, hvem som skal bære risikoen for dette og hint som kan skje i avtaleperioden, eller nær sagt hva som helst som lar seg avtalefeste.

---

<sup>286</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 40.

<sup>287</sup> Her er det egentlig ikke ulike former for uklar ordlyd, som eksempelvis behandlet hos Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 142, det er snakk om, selv om de også nødvendigvis omfattes, men enhver form for uklarhet som kan utledes av avtaleforholdet. Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 170: «Hvis partene, når kontrakten skal oppfylles, fremdeles er enige om hvorledes kontrakten er å forstå, oppstår ikke noe problem i det hele tatt. Det er da verken behov for tolking eller annen juridisk virksomhet.»

<sup>288</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 168: «Oavsett vilket finns risken att någonting senare kommer att inträffa, som givet formuleringarna i avtalstexten antingen ger ena parten en rättighet och motparten en motsvarande skyldighet eller tvärtom. När denna risk realiseras är avtalet vare sig entydigt eller tyst, varför båda sidorna, på olika sätt, kan stödja sig på texten, och vi har en tolkningstvist – den uppstår i spannet mellan det entydigt reglerade fallet och det oreglerade. I tolkningsfrågan binds händelsesförloppet samman: Hur skall denna överenskommelse förstås i relatio til denna incident? Och det rör sig om ett genuint tolkningsproblem under förutsättning av, att vi med hänvisning till avtalstexten legitimt kan avgöra vilken av parterna som skall stå risken.»

<sup>289</sup> Se også den «begrepslige» tidslinjen over hendelsesforløpet i en avtaletolkningstvist i Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 168, hvor han også skriver: «I tolkningsfrågan binds händelsesförloppet samman: Hur skall denna överenskommelse förstås i relation til denna incident?»

<sup>290</sup> Det vil si, i noen tilfeller er det lettere å se på forhånd at en avtaletekst kan innby til stridigheter. Den kjente kommareglen, «heng ham ikke vent til jeg kommer», hvor setningen endrer betydning totalt alt etter om kommaet plasseres etter «ham» eller «ikke» er et eksempel på en tekst som er problematisk allerede ved utforming selv om den ikke har direkte overføringsverdi til avtaletolkning.

<sup>291</sup> Når det er sagt, en god avtale er selvsagt ikke å forakte! Se også Knag, *Hvordan skrive kontrakt?*, som etter en gjennomgang av norske entrepriserettsdommer, på s. 109-110, kommer med gode råd for å unngå de verste fallgruvne.

I fortsettelsen er det imidlertid verken konkrete saker, typekontrakter eller (u)vanlige uenigheter som skal undersøkes, men hvordan avtaletolkningsteorien behandler den juridiske (og praktiske) virksomheten avtaletolkning.

## 3 Partsviljen

### 3.1 Teorikamp

#### 3.1.1 Den største dikotomien

«Det primære formålet med all kontraktstolking er å finne ut hva partene har ment.»<sup>292</sup>

Hva handler avtaletolkning om? Hvorfor trenger man å tolke avtalen, og hva er målet med virksomheten? Tolkningsspørsmålet må besvares så klart; uenigheten mellom partene må få sin løsning.<sup>293</sup> Kort fortalt er avtaletolkning fremgangsmåten vi bruker for å avgjøre avtaletolkningsspørsmål, og avtalens innhold er et resultat av avtaletolkning. Det høres banalt ut, og sier ikke så mye mer enn akkurat det. I undersøkelsene som følger, skal jeg forsøke å nærme meg avtaletolkningens *hva*.<sup>294</sup>

På samme måte som at rettsvitenskapen drøfter ulike teorier for bindingsspørsmålet, handler diskusjonen også for tolkningens del om det er partenes vilje, deres berettigede forventinger eller erklæringens innhold vi skal søke. Avtaleteoretikerens syn på avtaletolkning henger, ikke overraskende, nært sammen med synet på resten av avtaleretten, dens rettslige begrunnelse og forståelsen for grunnstørrelsene.<sup>295</sup> En av de virkelig store dikotomiene i avtaletolkningsteorien er skillet mellom objektivt og subjektivt:

«Den avtalsrättsliga historieskrivningen förutsätter en grundläggande åtskillnad mellan objektivt och subjektivt. Man talar om objektivism och subjektivism i avtalsrätten och om svägningar däremellan.»<sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> Rt. 1993 s. 564.

<sup>293</sup> I denne retning Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 345: «Målet for tolkinga er å stadfesta – eller avkrefta – eit påstått innhald i avtalen.»

<sup>294</sup> Åpenbart finnes det ikke ett «hva» for verken avtaletolkning eller andre rettslige fenomener. Men ved å skille mellom avtaletolkningens *hva* og avtaletolkningens *hvordan*, kan jeg nærme meg fenomenet avtaletolkning på forskjellige måter. Hva skal man oppnå ved avtaletolkning, er noe annet enn hvordan man gjør det (som jeg kommer tilbake til i senere kapitler).

<sup>295</sup> Som Huser, *Avtaletolkning*, s. 27, skriver: «Det synes i dag å være ganske alminnelig akseptert – i hvert fall i prinsippet – at det ofte er nødvendig for å oppnå den fulle forståelse av gjeldende rett å se den i lys av den eldre rett.»

<sup>296</sup> Se Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 645.

Dikotomien utgjør et grunnpremiss for hvordan vi forstår avtaletolkning. Historien om tolkningslæren beskrives gjerne som en kamp mellom det subjektive og det objektive. Samuelsson gir en fortettet sammenfatning av hvordan denne historien (eller myten) vanligvis fortelles:

«Så här: Det började i Rom. Den tidiga romerska rätten var ritualistisk, formalistisk. Rättsverkningarna kopplades till specifika handlingar – ett spjut skulle kastas, vissa ord skulle uttalas...som trollformler. Tolkningen av dessa handlingar var objektiv – huruvida den föreskrivna formen iakttagits blev avgörande. En sådan strikt och formbunden tolkning risikerar emellertid att bli stel och orimlig. *Rättsutvecklingen* kräver ett friare förhållningssätt. Under inflytande av grekisk retorik nådde småningom de romerska juristerna ståndpunkten att avsikten bakom orden måste beaktas vid tolkningen – sammanhanget kan ju utvisa att orden som sådana inte ger ett korrekt uttryck för innebörden. Tolkningen måste i den mening vara subjektiv – för att bli rättvisande. Med denna frigörelse, från formen, når den romerska rättskulturen sin höjdpunkt. Därifrån går det utför. Subjektivismen går till överdrift – man avlägsnar sig från uttrycket så pass att orden förlorar sin innebörd, tolkningen blir godtycklig – och Rom faller. Man tappade balansen.»<sup>297</sup>

For norsk rettsvitenskaps del ebbet debatten ut etter Stangs oppgjør i «Viljesdogmet», og vi så oss egentlig aldri tilbake.<sup>298</sup> I dag ser det ut til å råde en bemerkelsesverdig enighet om hva som gjelder:

«Bare en av tolkningsteoriene er ‘gjengs mynt’ blant dagens avtalerettsteoretikere i Norge, nemlig den objektive tolkningsteori.»<sup>299</sup>

Ingen forfekter en subjektiv tolkningslære, med mindre det er tale om testamentstolkning, eller dersom det foreligger solide holdepunkter for at partene i et

---

<sup>297</sup> Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 646. Huser gjør seg noen lignende betraktninger, i Huser, *Avtaletolkning*, s. 181: «I avtalerettslige fremstillinger hos oss åpner en typisk skissering av tolkningslærens historiske utvikling med en henvisning til forholdene i gamle og primitive samfunn og oppstilling av en hypotese om slavisk bokstavtolking. Deretter diskuteres som regel viljesteorien, og til slutt fremstilles reaksjonen på denne som gjeldende rett. Dette er en forenkling, som kan sammenlignes med det å hoppe direkte fra første akt (eller ouvertüren) til fjerde akt i en forestilling på fem akter.» Se også Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 44-45.

<sup>298</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtaletolkning*, s. 336. Å skrive at vi aldri har sett oss tilbake, er selvsagt altfor bastant og egentlig et litt urettferdig retorisk grep. Også et stykke utover 1900-tallet fantes de som hadde andre synspunkter enn Stang, eksempelvis Gjelsvik og Platou. Dessuten ser de fleste forfattere seg tilbake og tar med historien i sine fremstillinger, men når det gjelder «valget» av objektive tolkningsteorier, tror jeg utsagnet står seg.

<sup>299</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 16.

avtaleforhold har hatt en felles forståelse som avviker fra ordlyden, da godtar vi (inter)subjektivitet. I dagens avtalerettsklima slår man fast at en felles partsvilje formelt går foran.<sup>300</sup> Men så er man snar å legge til at det i praksis som regel må foretas en objektiv tolkning, fordi saker hvor partene har en felles forståelse angivelig sjelden kommer opp for domstolene, eventuelt fordi en felles partsvilje er vanskelig å bevise.<sup>301</sup> I teorien kan man, hvis man vil skrive om avtaletolkning, eventuelt elaborere videre innenfor objektive tolkningsteorier, men man rokker ikke ved utgangspunktet.<sup>302</sup> Objektivt skal det være. Språk og terminologi diskuteres fortsatt (fordi viljebegrepet er så gjenstridig, mistenker jeg), man kan være uenige om hvilke hensyn som kan eller bør legges vekt på, og man kan ha ulike syn på grensen mellom tolkning og andre avtalerettslige mekanismer, men det er lenge siden den rettsvitenskapelige diskursen handlet om grunnstørrelsene.

Den som jakter på avtaletolkingens vesen, må imidlertid forsøke å forstå hva som sto på spill den gangen. I realiteten handler det om å forstå seg selv. Vår egen forståelse av avtaletolkning er fundert på historien vi selv aldri var en del av.<sup>303</sup> Linjene kan trekkes tilbake til den vestlige sivilisasjonens vugge, men jeg skal i hovedsak fokusere på vår egen (retts)historie fra da de siste store slagene sto i Norge. For det er der

---

<sup>300</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 378, Woxholth, *Avtalerett*, s. 407, Giertsen, *Avtaler*, s. 117, og Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 99, for å nevne noen.

<sup>301</sup> Se eksempelvis Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 345, som skriver: «Dei rettslege problem reiser seg først og fremst når partane har oppfatta innhaldet i avtalen på kvar sin måte.» Giertsen, *Avtaler*, s. 118: «Lovdata gjengir ikke mange saker der en part anfører enighet som grunnlag for tolking av avtalen. Bakgrunnen er nok at hvis partene var enige, er utfallet gitt, og saken kommer da som regel ikke opp for domstolene. Derneft kan det vere vanskelig å bevise enighet, slik at sak for domstolene av den grunn ikke reises.» Se også Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 338: «Det er først når partene *ikke* er enige om forståelsen av avtalen at den bringes inn for domstolene. Ofte er det derfor klart at det ikke finnes holdepunkter for at partene hadde en omforent oppfatning om forpliktelsernes innhold.» Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 135-136, har en annen forklaring på hvorfor rettspraksis så sjelden tilsidesetter ordlyden for en felles partsvilje: «Hva partene rent faktisk ble enige om, er et historisk spørsmål. Ingen rettsanvender kan gjenkalle partenes faktiske enighet. Rettsanvender må nøye seg med en rekonstruksjon som fremkommer ved å anvende en *normativt preget metode*. Det er denne rekonstruksjonen som har rettslig relevans og ikke den faktiske enigheten.»

<sup>302</sup> Om denne endestasjonen for avtaletolkningsteorien skriver Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 647: «Avsikten går först, men i praktiken får tolkningen ske på objektiva grunder. Så brukar man uttrycka det; så ser man det i en modern, utvecklade rättskultur. Och det är historiskt, komparativt och närmast begrepps-logisk *oundvikligt*. Det borde väcka våra misstankar. Här har vi en historieskrivning som inte medger ytterligare förväklingar. En historie som är avslutad. Och ändå lever vi. Efter historiens slut.»

<sup>303</sup> For en gjennomgang av avtaletolkingens historiske utvikling, se Huser, *Avtaletolkning*, s. 163-337. For en litt annen historiefremstilling se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning og Tolkningens gåta*. Selv legger jeg verken opp til en kronologisk eller en historisk komplett gjennomgang, men vil trekke frem noen eksempler som jeg mener illustrerer godt hva striden sto om, og som forhåpentligvis kan sette oss på sporet av avtaletolkingens vesen.

dikotomien objektivt og subjektivt «oppstår» som premissleverandør for avtaleretten og avtaletolkningen.

### 3.1.2 Realismens inntog

«Det vil overhodet høre til sjeldenhetene at en tankeretning holder mål hvis den skal vurderes ikke ut fra det den selv hevder, men etter hva dens motstandere mener den burde hevde hvis den skulle være tro mot det motstanderne mener burde være dens utgangspunkt.»<sup>304</sup>

Mens debattene om løfte- eller kontraktsprinsippet, og hvilken rolle viljen og erklæringen burde ha ved avtalebindingen, utspinner seg i den «norske» rettsvitenskapen fra midten av 1800-tallet og utover, foregår det også en frisk diskusjon om avtaletolkningens vesen.<sup>305</sup> Debattene henger sammen og blir oppstilt med to motpoler:

«Sammen med Viljesdogmet er ogsaa den subjektive Fortolkningsteori blevet opstillet, medens en objektiv Teori er gjort gjældende af Erklæringsteoriens Tilhængere.»<sup>306</sup>

Når vi leser dette i dag, er det lett å få inntrykk av at det var slik det var, to sider som sto mot hverandre, hvorav den ene vant. Som om dikotomien ga seg selv, og at dette var et valg enhver måtte ta. Går vi tilbake til Ørsted, den mest markante rettsforskeren i dansk-norsk rettsvitenskap på begynnelsen av 1800-tallet, fremstiller ikke han det subjektive og det objektive som en valgmulighet.<sup>307</sup> I en polemikk mot Hurtigkarl, mener Ørsted blant annet at Hurtigkarl ble for utydelig fordi han fremholdt at man:

<sup>304</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 54.

<sup>305</sup> Jeg skriver «norske» fordi det i tiden etter 1814 var en glidende overgang mellom dansk-norsk og norsk rettsvitenskap, se eksempelvis Michalsen, *Dansk-norsk rettsvitenskap etter 1814*, og Huser, *Avtaletolkning*, s. 241.

<sup>306</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 297. Om sammenhengen mellom debattene, se også s. 282, og Bjørne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 335: «Något förenklande kunde man säga, att vilje- och avtalsteorierna representerade traditionell pandekträtt, tillits- och löfsteorierna moderna marknadsanpassade lösningar.»

<sup>307</sup> Det er ikke uvanlig å lese at forfattere med motstridende syn, begge bygger på Ørsted. Illustrerende nok, mener Stang, *Viljesdogmet*, s. 296-297 samt n. 4, bestemt at Ørsted «klart og autoritativt uttaler Erklæringsteorien», mens Platou, *Ord og villie*, s. 534, mener Ørsted, selv om han ikke var konsekvent, «med rene Ord sluttet sig til en Villiestheori.» Se også Huser, *Avtaletolkning*, s. 243 og n. 407. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 76-77 n. 153, gjetter på at det er ordet *viljeteori* som



«(...) hvor Contracters Ord ere utydelige, maa benytte sig af logiske Fortolkningsregler, hvilke ofte grunde sig paa Billighed».<sup>308</sup>

I følge Ørsted kan man også «[s]elv hvor Ordene i sig ingen Utydelighed indeholde» bli:

«(...) beføiet til at afvige fra den bogstavelige Mening, naar denne vilde være aldeles urimelig og modsige Contrahenternes aabenbare Hensigt (...) Man maa tage sin Tilflugt til hvad der fornuftigviis maa antages at svare til Parternes Hensigt.»<sup>309</sup>

Den (angivelige) uenigheten ser ut til å gjelde hvorvidt man bare kan bruke logiske, rimelige og fornuftige tolkninger når kontraktens ord er uklare, eller om man heller ikke ved ellers klare ordlyder, er henvist til en bokstavelig fortolkning. Det er forholdet mellom ordene og meningen det handler om, og i så måte forholdet mellom det subjektive og det objektive hvis vi skal bruke «moderne» termer. Men legg merke til at det er relasjonen *mellom* det indre og det ytre som er temaet, og ikke et spørsmål om *enten eller*.<sup>310</sup>

Ikke overraskende var også de gamle grekerne opptatt av forholdet mellom det indre og det ytre.<sup>311</sup> I en dialog i Platons «Protagoras», ved spørsmål om den rette tolkningen av et dikt, står det blant annet å lese «sök författarens egentliga avsikt, bakom ordens *prima facie* givna innebörd.»<sup>312</sup> Hensikten bak ordene ... viljen og erklæringen. Og romerne fortsatte funderingene:

---

har fått et annet innhold mot slutten av 1800-tallet, og at denne «inte utan anakronismer kunde överföras på Ørsted och Schweigaard.»

<sup>308</sup> Ørsted, *Om contracter i almindelighed*, s. 402-403. Disputten handlet blant annet om forståelsen for romerretten – eksempelvis forskjellen mellom *contractus stricti juris* og *bonæ fidei* – og dens betydning for den dansk-norske retten. Det er vel og merke Ørsteds egen beskrivelse av forfatteren han polemiserer mot som gjengis her.

<sup>309</sup> Ørsted, *Om contracter i almindelighed*, s. 403.

<sup>310</sup> Se også Ørsted, *Om contracter i almindelighed*, s. 403: «Naar Forfatteren endvidere tilføier, at hiin Sætning gjelder om enhver Art af Contract, saa er det vel forsaavidt rigtigt, at der ikke gives noget Slags Contract, som udelukker alt Hensyn til de Data, der udenfor det bogstavelige Indhold vidne om Partenes Mening, men ingenlunde i den Forstand, at Contracternes Art, Form og øvrige Beskaffenhed skulde være uden Indflydelse paa den større eller mindre Virksomhed, som Man kan tillægge saadanne Data.»

<sup>311</sup> Det er ikke for ingenting at vi stadig henviser tilbake til antikkens Hellas – det var der den vestlige sivilisasjonen slik vi kjenner den, eller i alle fall slik vi forteller den, begynte. Se Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 202: «Vi återför ju vanemässigt 'det västerländska tänkandet' på grekerna», og i n. 56: «Inte bara 'tänkandet' i största allmänhet, utan också vetenskapen», med videre henvisning til Gadamer. Om antikkinspirert avtalerettsforskning, se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 122-125.

<sup>312</sup> Funnet i Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 47, som angir at denne dialogen muligens er det eldste nedtegnede tolkningsresonnementet i den vestlige tradisjonen.

«Især den retoriske lære om forholdet mellem *verba* og *voluntas*, mellem ord og mening vandt en vis anerkendelse samtidig med billigheds-(*aequitas*-)ideen. Det var dog først i den efterklassiske tid, at *voluntas* med den almindelige viljesteori, også i fortolkningen fik central betydning i takt med billighedsideens vækst.»<sup>313</sup>

Tematikken er altså eldgammel, men dikotomien møter vi først senere – når de selverklærte objektivister kommer på banen.<sup>314</sup> Subjektivismen oppstår først hos objektivistene:

«Subjektivismen tillskapas där och då, som objektivismens motsats. Subjektivister är vad den nya lärans anhängare kallade sina motståndare.»<sup>315</sup>

I Norge skjer det mot slutten av 1800-tallet. Som tilfellet er med så mange andre rettsvitenskapelige debatter, hentet vi i Norge også her inspirasjon fra Tyskland.<sup>316</sup> Utover 1800-tallet, brakte de tyske idealistene (pandektistene, romanistene, romantikerne – også barn som ikke er så kjær, kan ha mange navn) romerretten frem i lyset ved å tolke og systematisere gamle romerske kilder.<sup>317</sup> For avtaleteoriens del er det særlig påvirkningen fra de tyske rettsvitenskapsmennene Savigny og Windscheid

---

<sup>313</sup> Stig Jørgensen, *Kontraksret*, s. 177. Se for øvrig Platou, *Privatret*, s. 140, som mener å gjenfinne viljeteorier i romersk, tysk og angloamerikansk rett: «Villiesteorien er pragtisk taget Verdensret.» I et tverrfaglig humanistisk prosjekt, Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 257-258, reflekteres det også litt over de romerske juristenes forhold til det indre og det ytre: «Kanskje er det også en trøst at utfordringene vi står overfor ikke er nye. I den romerske juridiske tenkningen førte praktiske erfaringer fra bruk av dokumenter i forskjellige rettssaker til at man utviklet en distinksjon mellom *scriptum* og *voluntas* – det vil si det som sto skrevet og det som var *ment* med ytringen – ikke ulikt skille vi nettopp har satt opp mellom intensjonalitet og intensjon. Juristene selv var ikke i tvil om at disse elementene var mulige å skille fra hverandre. De var heller ikke uenige om at det var *voluntas*- avsenderintensjonen – som måtte veie tyngst i retten: Om man kunne sannsynliggjøre en intensjon som passet med teksten slik den framsto som helhet, hadde det langt mer rettslig tyngde enn om man fant fram til enkeltpassasjer i teksten som pekte mot en annen intensjonalitet.»

<sup>314</sup> Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 647: «Undersöker man denna historieskrivnings historia ska man finna att kategorierna objektivt och subjektivt inte är ahistoriska konstanter, utan begrepp som kommer i svang och får sin innebörd under artonhundratalets andra hälft, i samband med *objektivismens* genombrot i vetenskapen, och i kulturen i stort.»

<sup>315</sup> Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 648.

<sup>316</sup> Om tyske impulser i norsk og nordisk rettsvitenskap, se eksempelvis Michalsen, *Rettsvitenskapens rettshistorie*, s. 317, Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 85, Tamm, *Retshistorie*, s. 288.

<sup>317</sup> Se eksempelvis Michalsen, *Rettsvitenskapens rettshistorie*, s. 317-319, og Tamm, *Retshistorie*, s. 288 flg. Se også Almquist, *Den moderna romanistikens betydelse*, som om forholdet mellom tysk og svensk romerrettsforskning, skriver: «Det svenska studiet av romersk rätt har i alla tider utgjort en svag og osjälvständig efterbildning av olika tyska mönster. Under 1800-talet vore vi sålunda fullständigt fångna i den tyska pandektvetenskapens system och ännu [i 1932] har vi – med få undantag – ej lyckats fullt frigöra oss därifrån», se s. 31.

som er av betydning.<sup>318</sup> Navn som forbindes med pandektsrett og viljeteori.<sup>319</sup> Navnet Jhering dukker likeledes ofte opp i nordisk litteratur, da han anses for å være den tyskeren som brøt med den da rådende «professorretten» (og med det også seg selv).<sup>320</sup> På den andre siden av debatten i Tyskland sto germanistene, som ville løfte frem rettsstoff fra middelalderen og skape en fellestysk (ikke-romersk) rett.<sup>321</sup> Norske rettsvitenskapsmenn lot seg inspirere og provosere av begge sidene; Schweigaards beretninger levner den tyske filosofien liten ære, Hagerup og Platou inspireres av romanistene og Stang m.fl. lar seg motivere av germanistene.<sup>322</sup> Kort og urettferdig fortalt selvsagt.<sup>323</sup>

Idet vår hjemlige rettsvitenskap tar opp i seg debatten fra kontinentet, gjøres den også til vår egen. Allerede i konkurranseavhandlingen av 1897, tar Stang avstand fra viljeteoriene, men det er i *Viljesdogmet* at han setter inn nådestøtet.<sup>324</sup> Her settes viljen

---

<sup>318</sup> Carl Friedrich von Savigny var hovedskikkelsen i den historiske skole, se Tamm, *Retshistorie*, s. 288, og sto for noen av 1800-tallets mest betydningsfulle rettsvitenskapelige tekster, se Michalsen, *Norsk rettstenkning etter 1800*, s. 368. Både Savigny og Bernard Windscheid drev utstrakt romerrettsforskning, hvorav førstnevnte blant annet sto for *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* og *System des heutigen römischen Rechts* og sistevnte for *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* og *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*.

<sup>319</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtaletolkning*, s. 269: «Det moderne viljesdogmet var et produkt av den tyske romantiske rettsforskning – pandektteorien», og videre «Savigny regnes gjerne som viljesdogmets opphavsmann», med videre henvisning til Stang, *Viljesdogmet*, og så «[h]an fikk støtte bl.a. av Windscheid og Jhering». Et av Windscheids hovedarbeider het da også *Lehrbuch des Pandektenrechts*.

<sup>320</sup> Se eksempelvis Platou, *Ord og Villie*, s. 543, Blandhol, *Den nordiske rettsvitenskapens retoriske grunnlag*, s. 31: «Rudolph von Jhering (1818-1892) – som selv i sine unge år var en av de mest begavede og veltalende eksponenter for den pandektvitenskapelige formalisme – gjorde en helomvending, og fremla et program for rettsforskningen med vekt på formålene bak rettsreglene (*Der Zweck im Recht* – 1877-1884)», Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 76 flg., med videre henvisninger til Stang og Grönfors, og Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 200: «Det er dock Jhering som brukar tillskrivas äran av att ha initierat den realistiska rörelse som så fullständigt behärskade rättsvetenskapen under artonhundratalets slut och under stora delar av nittonhundratalet. Vi känner ännu efterdyningarna.»

<sup>321</sup> Se Michalsen, *Rettsvitenskapens rettshistorie*, s. 317 flg.

<sup>322</sup> Om Schweigaards inspirasjoner se Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, kapittel 5. Om Platou og Hagerups inspirasjoner, se Michalsen, *Norsk rettstenkning etter 1800*, s. 262 flg. Og om Stangs inspirasjoner, se Michalsen, *Norsk rettstenkning etter 1800*, s. 344 flg. Stang selv, *Om vildfarelse*, s. 2 n. 2 viser også til «de mangfoldige stridende Teorier om Forholdet mellem Vilje og Viljeserklæring».

<sup>323</sup> Det er alltid urettferdig å komprimere en historie på denne måten. Ikke er jeg rettshistoriker heller, og har ikke tatt hensyn til andre mulige kilder som kan si noe om påvirkningene den ene eller andre vei. Mer om 1800-tallets rettshistorie, påvirkningen fra Tyskland og de nevnte rettsvitenskapsmenns forbilder og inspirasjonskilder, se Blandhol, *De beste grunner og Nordisk rettspragmatisme*, og Michalsen, *Norsk rettstenkning etter 1800*.

<sup>324</sup> I konkurranseavhandlingen, også nevnt over i n. 209, viser Stang helt fra begynnelsen, i den historiske innledningen, hvor han stiller seg i den tyske debatten, og at han mener viljesdogmet er forfeilet, se eksempelvis, *Om vildfarelse*, s. 1: «Viljesdogmet, der efter denne Opfatning forveksler Ordenes *voluntas* med den Erklærendes *voluntas*, skal derimod være av langt nyere Oprindelse og

opp *mot* erklæringen, som to alternative utgangspunkter for avtaletolkning.<sup>325</sup> Romersk og romanistisk rett omtales som «praktisk uanvendelig spiritualisme». <sup>326</sup> Og mens erklæringsteorien hylles for sin praktiske fornuft, beskrives viljeteoriene nærmest som en sekt:

«Hvad Viljesteorien ikke opnaaende i almindelig Udbredelse, vandt den imidlertid i sine Tilhængeres varme Tilslutning. Den blev for dem ikke en Teori, men et Dogme.»<sup>327</sup>

Etter at slaget var vunnet, skriver Stang:

«Tolkningslæren har gitt anledning til en prinsipiell strid: skal man ved tolkningen søke den mening den erklærende hadde da han uttalte sig, eller skal man søke den mening ordene har?»<sup>328</sup>

Valget sto mellom viljen *eller* erklæringen, og Stang valgte erklæringen. Men, motpolene er det altså Stang selv som har vært med på å skape. Også «viljeteoretikerene» mente nemlig at man måtte ta utgangspunkt i det ytre uttrykket.<sup>329</sup> I en av Savignys visstnok mest siterte passasjer, forklarer han at fordi viljen er en indre, usynlig tildragelse, trenger vi et tegn som kan gjøre viljen kjent for andre, en erklæring av viljen.<sup>330</sup> Viljen i Savignys teorier var aldri et objekt som kunne tolkes i stedet for erklæringen, erklæringen måtte tolkes for å finne frem til viljen.<sup>331</sup>

---

skal egentlig skyldes dette Århundredes romantiske Teori», med videre henvisning til blant andre Windscheid.

<sup>325</sup> Se eksempelvis Stang, *Viljesdogmet*, s. 283, om utviklingen i Tyskland: «I Stedet for det ydre og haandgribelige lod den det indre, sjælelige faa Hovedvægten.» Poenget her er ikke at tyskerne forsto det slik, men at Stang, ved å tilskrive denne forståelsen til tyskerne, gir uttrykk for at han selv mener det er mulig.

<sup>326</sup> Se Stang, *Viljesdogmet*, s. 283. Hvorvidt det passer å sette tilhengere og motstandere av den ene eller andre teorien i romanistiske eller germanske båser, kan imidlertid diskuteres. Platou, *Ord og Villie*, s. 539, skriver: «Og endelig er at gjøre den Bemærkning, at den hele Strid mellem Villiesteorien og dennes Modstandere Intet har havt at gjøre med Modsætningen mellem Romanister og Germanister; der findes Romanister og Germanister i begge Leire.»

<sup>327</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 288. Om erklæringsteoriens fortrinn se eksempelvis *Viljesdogmet*, s. 344 flg.

<sup>328</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 449.

<sup>329</sup> Meg bekjent er det i alle fall ingen som hevder noe annet. Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 433, som blant andre viser til at Manigk i 1907 i, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, heller ikke fant slike viljeteoretikere: «(...) det bland förklaringssteoretikarna ännu i dag härskande missförståndet, att motstånderna inom viljeteorin skulle vilja förespråka läran, att det inte är förklarings, utan den inre viljan, som positivt bestämmer rättshandlingens rättsverkningar. Dock har ingen författare, inte ens Savigny själv, någonsin försvarat en sådan lära.» (Samuelssons oversettelse.)

<sup>330</sup> Funnet i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 433 n. 1238. Se også Huser, *Avtaletolkning*, s. 269.

<sup>331</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 433 n. 1238.

Erklæringsteoretikerne, herunder Stang, oppstilte stråmenn – viljeteoretikere, slik erklæringsteoretikerne så dem.<sup>332</sup> Historiefortellingen skulle vise seg å få gehør også blant våre egne «viljeteoretikere», som ser ut til å markere avstand til blant andre Savigny. Platou skriver eksempelvis, etter å ha gjengitt kritikk av viljeteoriene:

«Bebredelsene for Ensidighed rammer alene den Savignyske Theori, ikke de nyere Villiestheorier, der netop søger at fordele Sol og Vind lige mellem begge Parter (...) Og villiestheoriene opstiller ikke luftige theoretiske Spekulationer uden Kontakt med det faktiske Retsliv – Naturretsfilosofiens Tid er forbi (...).»<sup>333</sup>

Når Platou imøtegår kritikken mot viljeteoriene, legger han vekt på at de nyere variantene tar tilbørlig hensyn til rettslivets faktiske forhold, som var et av ankepunktene fra erklæringsteoretikerne.<sup>334</sup> Realismen gjør sitt inntog, den idealistiske *viljen* erstattes med samfunnsnyttige *erklæringen*, og siden den gang har vi i Norge holdt oss med erklæringsteorien:

«Erklæringsteorien er derved blitt mer enn teori, den inneholder nu en konstatering av et faktum. Riktigere er det derfor nu å tale om e r k l æ r i n g s p r i n s i p p e t – det er det som behersker vår formuerett.»<sup>335</sup>

Mens kampene sto på, var det imidlertid, og naturlig nok, uenigheter også mellom forkjemperne for ulike objektive teorier. Enkelte, heriblant Stang, argumenterer for erklæringsteorien, og andre, heriblant Lassen i Danmark, flagger tillitsteorien.<sup>336</sup> I Norge kan man tidvis høre tillitsteorien nevnt i samme åndedrag som viljesteorien.<sup>337</sup> Tanken da er at mens viljesteorien bare tok hensyn til avsenderen, gikk tillitsteorien i motsatt, og like subjektive, grøft ved bare å ta hensyn til hvilken tillit utsagnet skapte

<sup>332</sup> Her passer det å minne om sitatet fra Arnholm som innleder dette underpunktet.

<sup>333</sup> Platou, *Ord og Villie*, s. 539. Her ser det nærmest ut som Platou setter et slags likhetstegn mellom naturretten og den historiske skole, som vanligvis blir sett på som to konkurrerende syn. For realistene var begge retninger like viktig å ta avstand fra. Sånn sett viser Platou her at også han er påvirket av den realistiske vinden som da sitatet ble skrevet, allerede har blåst over den skandinaviske halvøy i noen tiår.

<sup>334</sup> Se Platou, *Ord og Villie*, s. 539.

<sup>335</sup> Stang, *Innledning til Formueretten*, 3. utgave, s. 254.

<sup>336</sup> Se Lassen, *Vilje og erklæring*, som bygde videre på Goos og Aagesen.

<sup>337</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 16, som skriver «Den objektive tolkningsteori står i opposisjon til så vel bokstavtolkningen (der utsagnet 'i seg selv' er avgjørende) som subjektive tolkningsteorier, der fortolkningen har som mål å kartlegge en av partenes vilje (hva enten dette er avgivers vilje (viljesteori) eller mottagers faktiske tillit (tillitsteori)).» Se også Woxholth, *Avtalerett*, s. 406: «Selv om det subjektive tolkningsprinsipp forkastes som hovedregel for tolkningen, er det ikke på noen måte gitt at tolkningen skal skje etter motpolen – 'tillitsteorien' – i sin rene form.»

hos mottakeren.<sup>338</sup> Vi valgte (selvsagt vil man nærmest legge til etter en slik forklaring) erklæringsteorien – den gyldne middelvei som tar utgangspunkt i den objektive erklæringen. I de øvrige nordiske landene, gikk de for tillitsteorien.<sup>339</sup> Jeg bruker ikke mer tid på debatten mellom tilhengerne av erklærings- og tillitsteorien her, men man kan merke seg at tonen dem imellom var langt mer gemyttelig, og ikke sjelden ser man teoriene nevnt under ett.<sup>340</sup>

Viktig å huske på når man leser Stangs fremstillinger, er at han, da han skrev *Viljesdogmet*, sto midt oppi (restene av) debatten, og at han befant seg på det vinnende partiet.<sup>341</sup> Motstandernes syn på saken er det få som skriver om lenger.<sup>342</sup> Hvis vi leter i deres tekster etter deres mening, ligner ikke forklaringene på Stangs eller andre objektivisters fremstilling av dem. Det er som om de snakker forbi hverandre.

---

<sup>338</sup> Som Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 426, formulerer det: «Man kan som Lassen gå från 'vilja' till 'tillit' bara för att drabbas av omdömet att man misslyckas i sitt uppsåt och egentligen är en 'konsekvent och ren viljeteoretiker' [med videre henvisninger til Hägerström] – ty det mottagaren äger lita till är ju att avgivaren velat det som förklaringen ger intryck av att denne velat (ansluter man till tillitsteorin för att komma bort från viljesdogmen trampar man inte bara i klaveret, utan utför också en liten dans på stället).»

<sup>339</sup> Dette forklares gjerne med avtalelovenes § 32 første ledd, som ser annerledes ut i Norge enn i Danmark, Finland og Sverige. Se eksempelvis Lassen, *Haandbog i obligationsretten*, s. 101-102, Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 55, Huser, *Avtaletolkning*, s. 304-305, Björne, *Den konstruktiva riktningen*, s. 336 og Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 22-23. Nå for tiden ser man ikke for seg at vi driver med forskjellige teorier i de skandinaviske landene, teoriene er ganske avleggs overalt. De fleste skriver mest om teoriene i en historisk sammenheng, se eksempelvis Bryde Andresen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 40 flg. og Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 10. utgave, s. 84 flg.

<sup>340</sup> Se eksempelvis Stang, *Viljesdogmet*, s. 349: «Den Uoverenstemmelse, som i enkelte Punkter maatte findes mellem Tilhængere af Tillidsteorien og Tilhængere af Erklæringsteorien, skyldes altsaa ikke, at deres Teorier fører til forskjellige Resultater – det udelukkes jo allerede af begge Teoriers fuldt empiriske Karakter – men skyldes den Forskjel i Opfatningen, som naturligen kan gjøre sig gjældende paa de fleste retslike Omraader» og videre: «Det er altsaa kun en Forskjel i Formuleringen, som skiller de objektive Teorier.» Begrunnelsen for å velge erklæringsteorien er imidlertid, ifølge Stang, at tillitsteorien legger for mye vekt på berettigede forventninger og at det nesten blir som at den passive part, mottakeren av et løfte, danner grunnlaget for avtalebindingen, se Stang, *Viljesdogmet*, s. 349-350. Se også Platou, *Ord og Villie*, s. 539: «I Hovedsak falder de (Lassens og Stangs Teorier) sammen; kun i Udtryksmaaden skiller de sig fra hinanden.» Se enn videre Gjelsvik, *Om vildfarelsen*, s. 74: «(...) tillidsteorien (ogsaa kaldet erklæringsteorien)», og Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 45-46.

<sup>341</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 297, nevner Herman Scheel og G. W. Gram som andre tilhengere av erklæringsteorien i tillegg til seg selv. Stang kunne selvsagt ikke vite hvordan tingenes tilstand i avtalerettsdiskursen ville se ut 100 år senere, men hans historiefremstilling har siden vist seg å utgjøre det seirende synet som vi altså nødvendigvis er mest fortrolig med.

<sup>342</sup> På motsatt side i Norge, ifølge Stang, sto Francis Hagerup, Oscar Platou og Nikolaus Gjelsvik, se Stang, *Viljesdogmet*, s. 297.

### 3.1.3 Stråmannsteori

«Den objektive Teori er altsaa, rigtig seet, videre og friere end den subjektive. Den lægger mere ind i Ordene end denne. At den subjektive Teoris Tilhængere ikke erkjender dette, har vistnok for en Del sin Grund i, at de gaar ud fra en Forudsætning, som i mange Anvendelser er rigtig, men som paa Retslivets Omraade ikke er det.»<sup>343</sup>

Se for eksempel hva som skjer når Stang leser Hagerup:

«Han [Hagerup] siger, at her maa *'klarligvis det afgjørende være, hvad Parterne har ment. Hverken de eller Tredjemand kan erhverve en større Ret, end det ved Kontrakten har været Hensigten at indrømme Vedkommende.'* Denne Sætning er imidlertid, siger Forfatteren, modtagelig for en Misforstaaelse. Meningen er ikke, at man skal undersøge, hvad Parterne i det konkrete Tilfældet har ment; *'dette vilde i Virkeligheden være ensbetydende med at lade Praktikerne uden al Veiledning; ti Parterne gjør sig i de fleste Tilfælde ved Aftaler af den her omhandlende Art ikke klart Rede for, hvilke specifikke Rettsvirkninger Aftalen medfører.'* Deretter fortsætter han: *'Hvad der er Tale om, er imidlertid at udfinde, hvad der naturlig ligger i Aftalens selv.'* Og for at bringe denne Sætning i Overensstemmelse med den subjektive Teori tilføjer han, at *'den der vil Maalet, maa ogsaa siges at ville de nødvendige Midler til dette, selv om han ikke er sig klart bevidst disse Midlers Natur.'*<sup>344</sup>

Der Hagerup ser ut til å sette likhetstegn mellom hva partene har ment, og hva som ligger i avtalen selv, mener Stang at dette er en omgåelse:

«Naar parterne saaledes fingeres at have ment, hvad Ordene, objektivt seet, indeholder, er man imidlertid ad en Omvei naaet frem til den objektive Teori. Det staar da bare tilbage at erkjende dette. Den subjektive Fortolkningsteori forholder sig altsaa i

---

<sup>343</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 342.

<sup>344</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 343, med videre henvisning til Hagerup, *Om gjældsøvertagelse*. (Min kursivering.) Se også på samme sted: «Efter sin Formulering gaar den subjektive Teori ud paa, at man skal søge den Talendes Tanker, selv om de strider mod hans Ord. De logiske, sproglige og praktiske Vanskeligheder, denne lære fører til, har imidlertid medført, at enkelte af dens Tilhængere bøjer af og unddrager sig denne Konsekvens. De siger, at det kun er, forsaavidt den Erklærendes Mening er forenelig med Ordene, at den skal søges. Saaledes Windcheid.»

Gjennomførelsen paa samme Maade som Viljesdogmet. Det forsvinder, og lader sine Tilhængere uden nogen Veiledning.»<sup>345</sup>

For Stang gir ikke Hagerups forklaring mening, men Stangs tolkning av Hagerup er bare én mulig tolkning. Kanskje mente Hagerup at partene må anses å ha ment det som ligger i avtalen selv – altså at avtaleinnholdet er den meningen man kan tolke ut av erklæringen? Indre og ytre (subjektivt og objektivt) samtidig? I tilfelle stemmer det bra med Hallagers uttalelse noen tiår tidligere hvor han skriver at:

«Alt kommer an paa at udfinde Parternes Mening, som man kan tænke sig udtrykt paa saa uendelig forskjellige Maader»<sup>346</sup>

Det er som om forfatterne skriver om forskjellige ting, og kanskje er det nettopp det de gjør? Jevnt over skriver objektivistene mer om tolkning enn de såkalte subjektivistene. Når Samuelsson leser de tyske opprinnelige «viljeteoretikerne», viser han hvordan Savigny, Windscheid og Jhering beskriver tolkning som en kunst – en praktisk øvelse som må læres inn i motsetning til teoretisk kunnskap som kan læres ut.<sup>347</sup> I følge Samuelsson var Savignys teorier nettopp teoretiske.<sup>348</sup> Når Stang avfeier viljedogmet, deler han det i to «i et lidet omfattende praktisk forstulat og i et uhyre vidtrækkende teoretisk Postulat.»<sup>349</sup> Mens de såkalte viljeteoretikerne selv mener teorien kommer til kort ved forsøk på å redegjøre for tolkningslæren.<sup>350</sup> Slik Samuelsson tolker historien, handlet den «romantiske retningen» om å vise at også fornuften hadde grenser.<sup>351</sup> Det

---

<sup>345</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 343, med videre henvisning til Hagerup, *Om gældsøvertagelse*.

<sup>346</sup> Hallager, *Obligationsret*, s. 63.

<sup>347</sup> Samuelsson vier forholdsvis mye plass til Savigny (og Windscheid og Jhering) både i Samuelsson, *Tolkning og utfyllning*, og Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*. Her nøyer jeg meg med å trekke frem Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 68-85, kapittelet med navnet «Grunddrag i en bortglömd tolkningslära».

<sup>348</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 103: «Savignys antiformalism tjänar som kontrast till detta tänkande [realismens hang til å lage regler av alt]. För honom betyder antiformalistisk rättsvetenskap en rättsvetenskap som vet sina gränser, som respekterar balansen mellan abstrakt norm och konkret tillämpning och som alltså inte försöker att formalisera det juridiske omdömet.» Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 106 i en sammenligning mellom 1800-tallets Savigny og 1900-tallets Vahlén: «Där Savigny finner en gräns över vilken rättsvetenskapen inte kan gå (på denna punkt måste ju teorin, enligt hans uppfattning, lämna företräde åt praktiken), ser Vahlén ett utforskat kunskapsfält breda ut sig, öppet för vetenskaplig erövring.»

<sup>349</sup> Se Stang, *Viljesdogmet*, s. 292.

<sup>350</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, særlig s. 70-72.

<sup>351</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 110 flg., som blant annet legger til: «Det är i och med Romantiken som förnuftet tvingas dämpa den tro på den egna förmågan som det tillägnat sig under Upplysningen, även om denna sida av saken nödvändigtvis hamnar i skymundan i all historieskrivning som behärskas av den modernistiska anden. (För att vara orättvis: Det uppblåsta, självupptagna upplysningstänkandet... Finns det något *osmakligare* avsnitt av idéhistorien? Ja, det



var disse fornuftens grenser Savigny var oppmerksom på da han ikke ville oppstille mer enn noen overordnede prinsipper for selve avtaletolkningen.<sup>352</sup> Dette blir av Stang igjen tolket som en inkonsekvens hos Savigny – ikke en gang viljedogmets opphavsmann forfekter en subjektiv tolkningsteori!<sup>353</sup> At ikke en gang viljeteoretikere er tilhengere av subjektive tolkningsteorier, blir for Stang et tegn på at nå har pendelen virkelig nådd sitt ytterpunkt.<sup>354</sup> Ifølge Samuelsson vil derimot den som leter etter viljeteoretikere som mente det objektivistene sa at de mente, lete forgjeves.<sup>355</sup> Motpolene oppstår først når den nye, moderne, realistiske og objektive teorien setter opp et gammeldags «skremmebilde».

Den dag i dag kan man kjenne seg igjen i Stangs beskrivelser av den objektive tolkningsteorien, (selv om man kanskje ikke synes den gir så mye veiledning):

«Den fæster sig overalt kun ved det ydre, haandgribelige, let beviselige, uden at søge tilbage til det Sjæleliv, som ligger bag Handlingerne. Den gir derfor Regler, som er lette at haandhæve, idet de ikke forudsætter psykologiske Undersøgelser eller vidtløftige Bevisførsler. Omvendt staar den i Fare for at bli ubillig mod den Enkelte. I sin oprindelige Form, saaledes som den kjendes i de ældste Retsforfatninger, led den af denne Mangel.»<sup>356</sup>

---

gör det väl, men i alla fall.)» I rettferdighetens navn bør her vises til Samuelssons forbehold om hva han mener når han skriver om «Romantiken», det tas ikke stilling til det idéhistoriske spørsmålet om hvordan Savignys tekster bør kategoriseres, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 108 og n. 294.

<sup>352</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 77 flg., under overskriften «Teori och praktik i Savignys juridik», hvor det på s. 79 står å lese: «När det gäller den saken [tolkningsverksamheten] upptar Savignys framställning – i likhet med alla andra rättsvetenskapliga framställningar – endast vissa allmänna riktlinjer, och de framställs utan anspråk på att vara heltäckande, uttömmande eller på något sätt bestämmande för det praktiska utövandet av tolkningskonsten.» Siste setningsledd understrekes ytterligere av Samuelsson som litt senere på s. 82 legger til at «Savigny lämnar *the living law* utanför sin framställning, och anser att han måste göra så. Teorin har hos honom ett annat objekt.»

<sup>353</sup> Se Stang, *Viljesdogmet*, s. 289, som om Savigny skriver: «Han uttaler paa dette Punkt en helt objektiv Opfatning», og legger til at heller ikke Windscheid, «Viljedogmets mest fremtrædende og konsekvente Forkjæmper i nyere tid, (...) hyldede oprindelig den subjektive Fortolkningsteori.» (På s. 290 mener Stang at Windscheid gikk over til den subjektive viljeteori i 1878.)

<sup>354</sup> Se Stang, *Viljesdogmet*, s. 290.

<sup>355</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 188 n. 557, som etter å ha slått fast at «Jag är ingen viljeteoretiker», skriver «Jag tvivlar på att det någonsin har funnits några sådana. Den som gav sig ut på jakt efter de 'viljeteoretiker' som antas lura i de historiska källornas djup, skulle, gissar jag, vara tvungen att släppa varje infångat exemplar efter närmare granskning. Och det är egentligen mer än en gissning (segrarnas historieskrivning tenderar att vara orättvis).» Jeg har heller ikke funnet noen.

<sup>356</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 289.

Beskrivelsen av den subjektive teorien, er kanskje litt mer fremmed for oss.<sup>357</sup> Om den subjektive tolkningsteori skriver Stang at den «indeholder en Forfinelse af Retten», og at den «individualiserer og nuancerer og gjør derved Retslivet mangfoldigere», men selv om den fremtrer som «Bærer af en høiere mere bevidst Retferdighed», er det omvendt:

«(...) Fare for, at den kan bli upraktisk. Ogsaa det Fine kan nemlig overdrives – man kan ikke hugge Ved med en Barberkniv. Idet den søger tilbage til det sjælelige, risikerer den at gjøre Afgjørelserne vanskelige og usikre. Den bringer ind i Retslivet et uberegneligt Moment, idet det altid i Handlingens Øieblik vil være mere eller mindre skjult for Udenverdenen, hvad der foregaar i den Handlendes Sind. Den risikerer ogsaa at bli uretfærdig derved, at dens Retfærdighed i Virkeligheden er ensidig.»<sup>358</sup>

I praktisk anvendelse, mente imidlertid Stang at det var liten forskjell på teoriene.<sup>359</sup> For begge de teoretiske utgangspunktene må det ved anvendelsen gjøres tilpasninger.<sup>360</sup> Slik jeg leser Stang, mener han likevel tilpasningene som må gjøres for den subjektive tolkningsteorien (at tolkningen i praksis må ta utgangspunkt i den objektive erklæringen) medfører at hele teorien mister fotfeste.<sup>361</sup> Motsatt, fremholder han at tilpasningene som må gjøres ved anvendelsen av den objektive teorien i praksis, gjør den fleksibel og fornuftig:

«Erklæringsteorien gir ikke en vilkaarlig og mekanisk Grænse; den følger Livets egne Linjer, og er derfor bøielig som det.»<sup>362</sup>

---

<sup>357</sup> Vi hører nemlig sjelden om subjektive teorier, med mindre det snakkes om tolkning av gaveløfter eller testamenter, annet enn at de for lengst er forlatt. Se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 159-160, som tar et lite oppgjør med såkalt subjektiv testamentstolkning. Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 189 note 558. Det kommer litt mer om testamentstolkning under i punkt 3.4.2.

<sup>358</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 289.

<sup>359</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 301.

<sup>360</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 300: «De subjektive Teorier er individualistiske, konkret retfærdige, medens de objektive er samfundsmæssige, sociale. Erfaring har imidlertid vist at, at baade det ensidig objektive og det ensidig subjektive Synspunkt kommer til kort. Begge har været prøvede og er forkastede. Det er Mellestandpunkterne, man nu er faldt tilbage til, og det er i Virkeligheden saadanne Mellestandpunkter, som i Kontraktslæren repræsenteres baade af Viljesdogmet i dets nyere, beklippede Skikkelse, og af Erklæringsteorien. Det første ligger langt indenfor det Yderpunkt, som Savigny indtog. Og den sidste fjerner sig ligesaa langt fra det oldgermaniske og oldromerske Standpunkt.»

<sup>361</sup> Se eksempelvis Stang, *Viljesdogmet*, s. 343.

<sup>362</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 314. Se også Stang, *Viljesdogmet*, s. 313, hvor det, i forbindelse med teoriernes forhold til viljesmangler, om anvendelse av den objektive teorien, står at: «Meningen er, at Domstolene skal anvende Livets Regel, og i hvert enkelt Tilfælde spørge, om Adressaten b u r d e have nærret Tvil om, at Erklæringen var ment som den fremkom.»

Ved å konstruere en subjektiv teori, viser han effektivt hvorfor vi må gå for det objektive. Gjemt i en note i *Innledning til formueretten*, står likevel å lese at:

«(...) har begge parter ment noget annet enn det ordene sier, gjelder det de har ment».<sup>363</sup>

Spørsmålet jeg stiller meg etter denne undersøkelsen, er om det er mulig for oss i dag å tenke oss avtaletolkningshistorien på en annen måte enn en kamp mellom det subjektive og det objektive, som et *enten eller* hvor man må velge side. Hvordan har teorien i ettertid forholdt seg til dikotomien og til *viljen*?

## 3.2 Etterdønninger

### 3.2.1 Roen senker seg

«Det avgjørende er her ikke hva avgiveren mente å uttrykke (subjektiv tolking), men hva mottakeren med rimelighet kan legge i utsagnet slik det fremtrer og i lys av hele situasjonen (objektiv tolking).»<sup>364</sup>

Deltakerne i teorikampene var kjent med hverandres standpunkter, selv om de muligens kan ha misforstått hverandre til tider.<sup>365</sup> I dag kjenner vi hovedsakelig til det seirende synet, herunder også seierherrenes (for det var bare herrer) syn på motstanderne.<sup>366</sup> Slik historien blir fortalt, kan vi puste lettet ut over at våre forgjengere tok til fornuft og oppga fortidens primitive og umulige jakt på viljen.<sup>367</sup> I Knophs historiefremstilling, skriver han at de subjektive teoriene aldri klarte å trenge igjennom, «[d]ertil gikk de for

<sup>363</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 453 n. 25.

<sup>364</sup> Andenæs, *Rettskildelære*, s. 168.

<sup>365</sup> «Meningskiljaktigheterna var starka och man missförstod ofta varandra», som Folke Schmidt, *En culpapregel vid avtalstolkning*, skriver om de historiske debattene i Tyskland og Norden.

<sup>366</sup> Om seierherrenes historieskrivning se også Samuelsson, *Avtalsträtt efter historiesn slut*, s. 648. Når det gjelder kvinnelige rettsforskere, skriver Kristian Andenæs, *Action, kjønn og forskning*, s. 96, om at Elsa Eschelsson var den første kvinne i Sverige til å avlegge doktorgrad i rettsvitenskap i 1897. Kvinner i Sverige fikk imidlertid ikke lov til å inneha embedsstillinger på den tiden, og da de første professoratene innenfor rettsvitenskap ble åpnet opp også for kvinner, ble blant andre civilrätten, som Eschelsson skrev innenfor, holdt utenfor. Så gikk det nærmere 50 år før den neste nordiske kvinnen, finske Inkeri Metsämies (senere Anttila), avla doktorgrad i 1946. Den første danske kvinnen, Agnethe Weis Bentzon, fulgte på i 1969. I Norge fikk vi i Lucy Smith vår første kvinnelige doktorgrad så sent som i 1981 (senere også professor i rettsvitenskap og endog første kvinnelige rektor ved Universitetet i Oslo).

<sup>367</sup> Se i den retning Samuelsson, *Avtalsträtt efter historiesn slut*, s. 648: «Och den position som de [subjektivisterna], fienden, tillskrevs är naturligtvis ohållbar.» Med Nietzsches ord, *Den muntre vitenskapen*, nr. 258: «Tilfeldighetens fornektare – Ingen seierherre tror på tilfeldigheten.»

sterkt imot hvad det levende rettslig forlangte. Men det krevet hård kamp, før de vek plass i teorien.»<sup>368</sup> Man måtte visst både «ta livet av forestillingen om at det fulgte av sakens natur at viljen er avgjørende for kontrakten», og innstille seg på å ta like mye hensyn til «[m]ottagerens interesse og forståelse av avtalen».<sup>369</sup> Beskrivelsen av det objektives seier over det subjektive er ikke til å ta feil av – det første er langt *bedre* enn den andre:

«Spørsmålet om fortolkningens mål, og om virkningen av viljesmangler kan overhodet ikke løses ved spekulative resonnementer, men bare ved nøktern og allsidig vurdering av hvad omsetningslivet er best tjent med. Da marken var ryddet på denne måten, varte det ikke lenge før en mere objektiv behandling av kontraktsproblemene trengte sig frem av sig selv. Indre og subjektive faktorer som hvad man har ment, tenkt og villet, er ikke egnet til å danne grunnlaget for rettsvirkningene, fordi de ikke gir omsetningslivet den sikkerhet det har krav på.»<sup>370</sup>

Hvorfor kan man (jeg) ikke bare godta at den objektive tolkningsteorien er den beste, hvorfor er det nødvendig å grave mer? Kanskje nettopp fordi det er som om vi er blitt enige om rammene det er greit å diskutere innenfor, men at vi er sluttet å problematisere selve rammene.<sup>371</sup> Det er noe urovekkende ved den samstemte enigheten, var det det liksom? Har vi funnet svaret en gang for alle? Hva var spørsmålet igjen? Stang skriver i 1905 at:

«Udviklingen gaar paa Aandslivets Omraader ofte i Pendelbevegelse. Den begynder i et yderlig liggende Punkt og svinger over til den modsatte Yderlighed, for saa efterhaanden gjennem stadig kortere Udslag at nærme sig Midtpunktet og omsider finde Hvile der.»<sup>372</sup>

Hvilen er, i denne sammenhengen, den objektive tolkningen. Roen senker seg, og rettsforskerne kan ta fatt på mer presserede oppgaver.<sup>373</sup> Men også 1900-tallets

---

<sup>368</sup> Knoph, *Oversikt over Norges rett*, s. 128.

<sup>369</sup> Knoph, *Oversikt over Norges rett*, s. 128.

<sup>370</sup> Knoph, *Oversikt over Norges rett*, s. 128.

<sup>371</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 649: «Avtalsrätten är ämnet där ingenting händer. Träffande har det sagts, att disciplinen är försänkt i en djup törnrosasömn», med videre henvisning til Kleineman, *Anm. av Sandgren (red.): Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, s. 621.

<sup>372</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 282. Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 75-76, om Stangs pendelmetafor.

<sup>373</sup> Slik for eksempel Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 45: «Brytningene på dette område var sterke i annen halvdel av forrige århundre og langt ned i dette, og de forskjellige oppfatninger fanget juristenes interesse og beslagla deres arbeidskraft i meget sterk grad.»

avtalerettsteori preges av teorikampene; etterdønningene viser seg i hvordan forholdet mellom det objektive og det subjektive behandles.

### 3.2.2 Forsoning

«Viljesteorien – eller viljesteoriene – møter man hos oss oftest i motstandernes skildringer; men det er en lærebygning sjelden tjent med.»<sup>374</sup>

Når Arnholm skriver sine avtalerettslige fremstillinger rundt midten av forrige århundre, har kruttrøyken allerede lagt seg for flere tiår siden.<sup>375</sup> Det merkes på tekstene. Arnholm kan ufortrødent bygge videre på Stangs arbeider, og samtidig presentere subjektive teorier med en viss forståelse og respekt.<sup>376</sup> Han fremholder, fortsatt, i Stangs ånd, at teoriens ytterpunkter ikke lar seg gjennomføre i praksis, og at det ved praktisk anvendelse visstnok bare er i enkelte tilfeller at et avtalerettslig problem får forskjellige løsninger alt etter om vi holder oss til den ene eller andre teorien.<sup>377</sup> Arnholm mener dessuten at verken viljen, tilliten eller erklæringen kan gi forklaringen alene, og at ingen av teoriene, selv i avdempet form, dekker hele det avtalerettslige spekteret.<sup>378</sup> Ifølge Arnholm er vi kommet «langt på forsoningens vei» hva angår teorikampene.<sup>379</sup> Hver av teoriene «fremhever viktige momenter i en og samme tankerekke» og «noen motsigelse mellom disse betraktninger er det i virkeligheten ikke».<sup>380</sup> I en av sine siste avtalerettslige fremstillinger gjør Arnholm seg noen refleksjoner rundt egen behandling av teorikampene:

«Undertiden spør folk om jeg ikke går for langt i å behandle problemer som hører fortiden til. Ganske særlig gjelder dette fremstillingen av striden mellom viljes- og

<sup>374</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 46.

<sup>375</sup> Slik starter Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 52, historien om teoriene: «Diskusjonen om viljesteori, tillitsteori og erklæringsteori har utvilsomt gjort sin store nytte. Stoffet er blitt gjennomarbeidet og belyst fra alle sider. Nettopp kampmomentet har gjort sitt til at kraftoppbudet er blitt så stort. Men ikke alt har vært like verdifullt. Det er derfor naturlig at man først søker å skille slagget.»

<sup>376</sup> Se eksempelvis Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 53, hvor enkelte bebreidelser som rettes mot de subjektive teorier, som apriorisk tenkning, like gjerne kan rettes mot de objektive teorier.

<sup>377</sup> Se over i n. 238.

<sup>378</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 54.

<sup>379</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 54.

<sup>380</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 54, som fortsetter med en forklaring på hvorfor ingen av teoriene kan rendyrkes: «[M]an kan overhodet ikke løse spørsmålene omkring utsagnets bindende kraft ut fra ett prinsipp.»

erklæringsteori. Det er helt naturlig at spørsmålet blir stillet, og det er sikkert nyttig at det blir drøftet. Kanskje er fremstillingen for sterkt preget av den rent personlige glede jeg har følt ved å være kommet til noe jeg mener kan tjene til forsoning mellom standpunkter som har voldt så lang og bitter en strid. Men jeg tror dette stoff har en så sentral plass i den privatrettslige tenknings historie at en orientering allerede av den grunn er på sin plass.»<sup>381</sup>

Hvis man ser hen til hva Arnholm skriver om tolkning, og ikke om avtalerettslige teorier generelt, er det likevel klart at han foretrekker den objektive.<sup>382</sup> «I eldre tider hevdet man en subjektiv tolkning», skriver Arnholm, og fortsetter:

«(...) selv om man streifer av de rene urimeligheter, legger den subjektive tolkningsteori en så stor risiko på adressaten at det truer utsagnets brukbarhet som redskap i det rettslige samkvem. Teorien er derfor etterhånden trengt tilbake, også i de land hvor man i prinsippet bygger på en viljesteori.»<sup>383</sup>

Med denne historiefortellingen er det forståelig at vi heller gikk for det objektive:

«Den innebærer ikke at man skal rive utsagnet løs fra dets ramme og på rent filologisk basis søke å finne ut den mening ordene har – om en slik oppgave overhodet ville være løselig. Man må ta mange momenter i betraktning (...) Det karakteristiske er at man ikke ensidig stiller seg på avgiverens standpunkt. Dette betyr ikke at man går over til den motsatte ytterlighet og stiller seg på den enkelte adressats standpunkt; om han ut fra sine forutsetninger tar feil, blir det hans sak. Det avgjørende blir hva en adressat med rimelighet kan legge i utsagnet slik som det fremtrer etter sitt innhold og etter hele situasjonen.»<sup>384</sup>

For det tilfellet at adressaten oppfatter utsagnet på samme måte som avgiveren, spiller det heller ikke for Arnholm noen rolle hva en objektiv tolkning eventuelt ville føre til.<sup>385</sup> I et slikt tilfelle går den felles forståelsen foran, men ellers må vi altså gå objektivt til verks – dikotomien er tydelig, enten eller.

---

<sup>381</sup> Arnholm, *Lærebok i avtalerett*, i forordet fra 1968.

<sup>382</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 128 flg.

<sup>383</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 129.

<sup>384</sup> Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 129.

<sup>385</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 128.

### 3.2.3 Ambjørns ny giv

«Selv om ingen i dag seriøst forfekter noe viljesdogme, er de generelle problemstillinger som utløste denne debatten, fortsatt aktuelle.»<sup>386</sup>

Mens Arnholm ga uttrykk for at teorikampene tilhører rettshistorien, mener Huser at førstnevnte kan ha skjøvet viktige problemstillinger under teppet.<sup>387</sup> I et av de største verkene på avtaletolkningens område i Norge, *Avtaletolking; En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*, tar Huser på seg oppgaven å systematisere avtaletolkningen.<sup>388</sup> Hva angår de gamle teorikampenes betydning for eget arbeid, skriver Huser:

«Fordelen ved å foreta en undersøkelse av de sentrale problemstillinger innenfor avtaletolkningens læren i dag i forhold til tidligere, er at denne undersøkelsen kan finne sted ubundet av tidligere tiders noe doktrinære synsmåter og kampfregede standpunkter.»<sup>389</sup>

Ubundet altså.<sup>390</sup> Da skulle man kanskje kunne håpe på et helt nytt eller annerledes syn på de grunnleggende spørsmålene? Huser ser i alle fall ikke ut til å være overvettets imponert av verken Stangs resonnementer, eller etterkrigstidens fremstillinger.<sup>391</sup>

---

<sup>386</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 29.

<sup>387</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 29 n. 19: «Det spørres likevel om ikke en av virkningene av Arnholms drøftelse har vært nettopp at de underliggende problemstillingene *har* blitt skjøvet under teppet.»

<sup>388</sup> Fra svensk rett er det gjerne Lennart Vahléns navn som dukker opp om man ser etter rettsforskere med lignende ambisjonsnivå. I Vahlén, *Avtal och tolkning* fra 1960 skriver han: «En av de viktigaste och mest omdebatterade delarna av den allmänna avtalsrätten som gäller huru den närmare innebörden av bindande rättshandlingar och avtal skall bestämmas. Det är tydligt att vid tolkning olika praktiska övervägande måste på ett mycket komplicerat sätt förenas med hänsyntagande till eller tillämpning av många olika rättsregler. För rättsvetenskapens del är det en viktig uppgift att i klarhetens intresse söka systematisera tolkningsförfarandet och att från varandra söka avgränsa olikartade företeelser samt i möjligaste mån precisera aktuella rättsregler.»

<sup>389</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 30. Som en etterdønning etter de tidligere kampene, kan vi imidlertid merke oss at Huser følger i Stangs fotspor, og kaller Hagerup og Platou for «subjektivister» om enn i anførselstegn, se Huser, *Avtaletolking*, s. 45 n. 9.

<sup>390</sup> Er det i det hele tatt mulig å være ubundet av historien man selv er en del av?

<sup>391</sup> Om Stang skriver Huser, *Avtaletolking*, s. 287, blant annet: «Målt med nåtidens krav til rettsvitenskaplig forskning er Stangs kildebruk fascinerende uortodoks. Den frihet han tiltar seg i denne henseende, minner om Grotius. Således synes Stang å føle seg temmelig fri – i hvert fall når det gjelder avtaletolkingslæren – til å påkalle de kilder som passer han best, utelate andre og forøvrig benytte de valgte kilder på en måte vi ofte vil finne anstrengt – ja, iblant direkte ukorrekt og tendensiøs.» Og videre samme sted: «Når det gjelder Stangs grunnleggende forestillinger om tolking – så langt vi kan slutte oss til disse ut fra hans skrifter – kan enkelte av disse neppe sies å være holdbare ut fra vår tids erkjennelse. Når Stang på tross av dette i stor grad kom frem til akseptable *resultater*, skyldes nok dette nettopp hans selvstendige intellektuelle engasjement koblet med hans praktiske sans.»

«Om etterkrigstidens fremstillinger må det kunne sies at de stort sett med flid har unngått å ta opp igjen debatten, og i det hele uttale noe som kan være kontroversielt på vårt område. Sammenlignet med tidligere generasjoners mer søkende fremstillinger med rike historiske og internasjonale innslag, fremstår de moderne norske fremstillinger nærmest som en noe blek og snever form for pragmatisme.»<sup>392</sup>

Og Huser tar virkelig opp ballen igjen med et imponerende historisk arbeid.<sup>393</sup> Slik jeg leser Huser, fortelles historien likevel innenfor en og samme forståelsesramme, hans egen.<sup>394</sup> Tidligere teoretikers fremstillinger blir stemplet som uklare, tvetydige eller sprikende når de holdes opp mot Husers tolkningsstandarder.<sup>395</sup> Det Huser finner i teorien, er ikke godt nok, og han anser det som en utfordring, bent frem et behov for, å oppstille tydeligere føringer for et så komplekst felt som han anser at avtaletolkningslæren er.

Løsningen som tilbys, er et skjema for avtaletolkning som består av fire tolkningsstandarder – den subjektive felles standard, god tro-standard, lokale standarder og den normale standard – (kombinert med den faktiske referanseramme, retningslinjer og supplerende tolkningsregler). De to sistnevnte standardene benevnes som «objektive» og de to førstnevnte skulle dermed bli «subjektive».<sup>396</sup> Når det gjelder

---

<sup>392</sup> Huser, *Avtaletolkning*, s. 336.

<sup>393</sup> Husers historiske gjennomgang av avtaletolkningslærens teorier, fra Grotius og opp til i dag, utgjør en tredjedel av boken, se *Avtaletolkning*, s. 163-337. Deretter følger også en bolk om utenlandsk rett, se s. 341-364.

<sup>394</sup> Huser er selv oppmerksom på at forfattere som gjengir vandrehistorier om for eksempel primitiv bokstavtolkning, ofte bruker dem «som eksempler på brudd på tolkningsregler forfektet av forfatterne selv», se s. 167, men fortsetter deretter med selv å klassifisere tekster som omhandler avtaletolkning fra romerretten og fremover, i henhold til sine egne tolkningsstandarder. Om Savigny skriver Huser, *Avtaletolkning*, s. 271, for eksempel: «Når det gjelder spørsmålet om valg av tolkningsstandard, uttaler han seg ikke helt klart.» Om Hallager står det på s. 247: «Hallager har vært utlagt som talsmann for en 'subjektiv' tolkningslære, hvilket må sikte til den subjektive felles tolkningsstandard.» På s. 197, 210 og 215 plasseres Grotius', Holbergs og naturrettslige tolkningslærer i en objektiv normal tolkningsstandard. Se også i oppsummeringen på s. 301: «Det vil av drøftelsen ovenfor ha fremgått at viljesdogmet som sådan i norsk teori stort sett bare av Platou ble opptatt og anvendt ved utformingen av en 'subjektiv' avtaletolkningslære. De øvrige forfattere – i den grad de behandler spørsmålet om valg av tolkningsstandard – oppstiller imidlertid også i realiteten den subjektive felles standard som den prinsipale tolkningsstandard. Den normale standard – og eventuelle lokale standarder – er kun subsidiære. Enkelte synes også å oppstille en subjektiv individuell standard som et subsidiært hjelpemiddel.»

<sup>395</sup> Se til illustrasjon Huser, *Avtaletolkning*, s. 170, om romerretten: «Når det gjelder *tolkningsstandarder*, finnes det flere til dels motstridende regler», og s. 243 om Ørsted: «Ørstedes syn på spørsmålet om tolkningsstandard er noe uklart. Formuleringer som 'Man maa tage sin Tilflugt til hvad der fornuftigviis maa antages at svare til Parternes Hensigt', kan tas til inntekt både for en objektiv standard og den subjektive felles standard.» Se likevel på s. 200 hvor Huser om Grotius' tolkningslære skriver at den er «stort sett klar og etter mitt skjønn egentlig langt forut for sin tid.» Se også forrige note.

<sup>396</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 375-376.



Husers forhold til tolkningsteoriene, mener han disse først og fremst har betydning for valg av tolkningsstandard.<sup>397</sup> Siden Huser så på Stang som en forkjemper for den objektive tolkningsteorien, fant han det overraskende at også Stang så ut til å forfekte den subjektive felles tolkningsstandard som prinsippal løsning.<sup>398</sup> Selv om Huser ser ut til å ta en viss avstand fra Stang og andres fremstillinger – gjør han akkurat det samme som andre «objektivister» ved at han gjør viljen til en faktisk støtelse:

«Jeg vil kalle en tolkningsstandard for *subjektiv*, når den på en eller annen måte direkte foreskriver en søking etter den faktiske mening knyttet til ytringen av én eller flere parter.»<sup>399</sup>

Nettopp denne tingliggjøringen av viljen, som vi allerede har vært innom tidligere i forbindelse med det avtalerettslige språket og avtaleinngåelsen, utgjør den største arven (eventuelt arret) etter teorikampene.<sup>400</sup> Selv med «ny» systematikk, nye standarder og et ønske om være ubundet av fordums kamper, lever objektivismens skille mellom det objektive og det subjektive videre som et *enten eller*.

### 3.2.4 Intensjonens renessanse?

«Med subjektive elementer menes ikke kun psykologiske forhold, men hva som er mulig å slutte seg frem til om subjektive forhold ut fra det objektivt tilgjengelige materialet.»<sup>401</sup>

Det neste store bidraget til tolkningslæren, er Alf Petter Høgbergs bok om *Kontraktstolkning; Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Høgbergs inndeling i intensjonal, harmoniserende og risikobasert tolkningsstil, er et nytt grep for å beskrive avtaletolkningslæren, og man kan ikke automatisk tre dette

---

<sup>397</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 29-30 n. 19. For øvrig fremholdes på s. 305: «En annen sak er at f.eks. den såkalte 'tillitsteorien' i seg selv gir liten veiledning med hensyn til innholdet av tolkningslæren. I en viss grad kan det samme sies om 'viljesteorien'.»

<sup>398</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 288.

<sup>399</sup> Huser, *Avtaletolkning*, s. 67.

<sup>400</sup> Arm-metaforen er hentet fra Samuelsson, *Avtalsrätt efter historiens slut*, s. 648: «En häftig konflikt utbröt, mellan äldre och yngre, och den grundregel om avtalstolkning som vi numera tar för given är minnet, eller ärret, efter den konflikten.»

<sup>401</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 103.

«skjemaet» ned over tidligere fremstillinger.<sup>402</sup> Jeg skal likevel forsøke å relatere Høgbergs fremstilling til de tidligere teorikampene.

Høgberg gjør seg noen interessante betraktninger om at forståelsen av begrepene «subjektivt» og «objektivt» har endret seg siden Stangs tid.<sup>403</sup> Høgberg setter den tidligere forståelsen av «objektivt» og «subjektivt» tolkning i sammenheng med hvordan avtaler (angivelig) ble til da, ved tilbud og aksept.<sup>404</sup> I en slik situasjon, skriver Høgberg, tilsier en subjektiv tolkning at avgivers intensjon blir avgjørende for avtalens innhold, mens en objektiv tolkning retter fokuset mot den skriftlige erklæringen. Igjen ser vi at skillet objektivt *eller* subjektivt opprettholdes nærmest som et historisk faktum. Likevel, Høgberg er den norske forfatteren som virker vennligst innstilt til subjektivitet i avtaletolkningen på lenge (eller rettere sagt «intensjonalitet» for å bruke Høgbergs terminologi):

«Det jeg kaller en intensjonal tolkningsstil, er altså en fremgangsmåte der man ved bruk av objektivt tilgjengelige tolkningsmidler, slutter seg frem til hva som var partenes vilje på avtaleinngåelsestidspunktet.»<sup>405</sup>

Høgberg bruker mye tid på intensjonalitet og enighet i rettslig forstand, men knytter dette til erklæringsteorien:

«Erklæringsprinsippet tilsier at det må foreligge særlig kvalifiserende omstendigheter i det ytre før subjektive tilstander i en persons indre kan påberopes som intensjon eller mening i rettslig forstand når kontrakter tolkes. Det å kartlegge partenes vilje i rettslig forstand, innebærer bl.a. å undersøke hvilke slutninger som kan gjøres på basis av slike ytre omstendigheter.»<sup>406</sup>

Høgberg skiller også mellom det indre i et «psykologisk perspektiv», og hva partene mente på en «rettslig kvalifiserende måte»:

«Slutningen fra det ytre til det indre vil ofte være usikker i et psykologisk perspektiv. Hva som var partens mening eller intensjon i relasjon til kontraktstolkningen, trenger

---

<sup>402</sup> Se også Wilhelmssons anmeldelse av boken hvor Høgberg får ros for grepet med tolkningsstilene, *Alf Petter Høgberg: Kontraktstolkning*, s. 253.

<sup>403</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 100.

<sup>404</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 100. Høgberg gir her uttrykk for at tilbud/aksept-modellen er én form for avtaleinngåelse som skiller seg fra andre avtaleinngåelser, og dermed viser han at han også må anse tilbud og aksept for noe faktisk og konkret og ikke som avtalerettslige navn på viljeserklæringer fra hver av partene.

<sup>405</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 103.

<sup>406</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 104.

ikke være beheftet med en tilsvarende form for usikkerhet. Når det snakkes om hva partene mente i relasjon til avtaletolkningen, snakkes det således om hva de ved sine ytre handlinger viste at de mente på en *rettslig kvalifiserende måte*.»<sup>407</sup>

Et stykke på vei ser det ut for at Høgberg ikke ønsker å operere med et psykologisk viljebegrep, men når alt kommer til alt, ser også han ut til å behandle partsviljen som noe faktisk utenfor teksten fordi:

«En intensjonal tolkningsstil er ikke anvendelig dersom det ved avtaleinngåelsen var dissens knyttet til det omtvistede spørsmål.»<sup>408</sup>

Hvis det ikke faktisk forelå en enighet om det tolkningsspørsmålet som foreligger, kan vi ikke søke etter partsviljen, ifølge Høgberg.<sup>409</sup> Likevel, Høgberg er den som har gjort mest for å vise sammenhengen mellom det objektive og det subjektive, og som derfor vekker til live igjen temaene fra teorikampene, og igjen åpner opp for subjektiviteten i den norske avtalerettsdiskusjonen.<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 104.

<sup>408</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 103. Se også Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 99: «I tilfeller hvor det ikke er grunn til å tro at partene hadde en felles oppfatning, eventuelt hvor det ikke er mulig å kartlegge denne, vil således heller ikke en intensjonal tolkningsstil bli anvendt.»

<sup>409</sup> Her ser vi hvordan den språklige selvmotsigelsen gjør det vanskelig for oss å forestille oss at partene «var enige» når de «er uenige om innholdet». Men dersom partene har inngått en avtale, er de avtalerettslig sett «enige», spørsmålet er bare hvordan tvisten skal løses basert på denne enigheten – og der kommer avtaletolkeren inn i bildet dersom ikke partene selv blir enige.

<sup>410</sup> Det vanligste er likevel fortsatt å ta avstand til det subjektive, se eksempelvis Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 207, som (riktignok fokuserer Tørum på en type avtaler, de kommersielle, men det er av mindre betydning her) skriver: «Utgangspunktet om at kommersielle kontrakter skal tolkes objektivt, bygger på et knippe hensyn. To grunnleggende og nært forbundne hensyn er *klarhet og forutberegnelighet*. Disse hensynene antas å bli best ivaretatt gjennom et utgangspunkt om objektiv tolking. Ved å ta utgangspunkt i det som følger av en objektiv tolking av kontrakten, gjør man tolkingsprosessen enklere og klarere. Fra noen tiår tilbake, se også Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 508: «'Tolkning' betyr hverken i rettskildelæren generelt eller i kontraktsretten spesielt å finne frem til personers mening eller vilje, forutsetning eller intensjon, aller minst i gjensidige vare- og tjenestekontraktforhold. Det faktum at slike kontrakter alltid involverer minst to parter er til hinder for en tolkningslære som knytter an til den enes subjektive oppfatninger, forestillinger, forutsetninger og motiver.»

### 3.3 Et nygammelt alternativ

#### 3.3.1 Meningen med viljebegrepet

«...att vilja förstå en text är att fråga efter avsikten.»<sup>411</sup>

Subjektive oppfatninger – viljen, meningen, intensjonen – anses som flyktige og suspekterte størrelser, noe utenfor (og forut for) erklæringen, som man ikke får tak i og som i høyden kan bevises med andre fakta.<sup>412</sup> Uansett hvor objektiv vi mener tolkningen bør være, viser det seg imidlertid, som vi straks skal se, vanskelig (jeg vil si direkte umulig) å bli kvitt subjektiviteten og med det løse problemene med den uhåndterlige partsviljen. Det er slett ikke sikkert at svaret på viljefloken ligger i en stadig mer iherdig avstandstaken fra begrepet. Tvert imot, kanskje er det objektiviseringsiveren som er problemet?

Historiefortellingen frem til nå har vært litt urettferdig. For eksempel er synet på subjektivitet i dagens tolkningsteori ikke fullt så ensidig negativt som jeg kanskje har gitt inntrykk av.<sup>413</sup> Både (inter)subjektivitet, ved at partenes felles forståelse går foran en objektiv forståelse, og såkalte subjektive elementer har sin plass i norsk avtaletolkningsteori.<sup>414</sup> Men utvalget mitt og fremstillingen min er gjort med vilje. For å kunne starte gjenoppbygningen av *partsviljebegrepet*, har jeg hatt behov for å løfte frem akkurat disse forholdene.

Hvis noen per nå sitter igjen med et inntrykk av at partsviljebegrepet er så betent at det er best vi lar det ligge, at vel 100 års teori viser at krangling om viljens betydning i avtaleretten tar oppmerksomheten vekk fra de interessante diskusjonene med praktisk

---

<sup>411</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 42 n. 93.

<sup>412</sup> Om viljebegrepet i teorien skriver Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 291: «(...) den sellan artikulerade, men i moderna avtalsrättsliga sammanhang nästintill undantagslöst förgivet-tagna, föreställningen, att partsviljan måste förstås som et psykiskt-faktisk fenomen, som någonting i parternas medvetanden vid tiden för avtalsslutet.»

<sup>413</sup> Høgberg er det beste eksempelet på at vinden i Norge kan være i ferd med å snu, og at det igjen kan oppstå et rom for å ta subjektiviteten inn i varmen. Men som vanlig blåser det i flere retninger samtidig, og Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, er et godt eksempel på at objektiviseringen fortsatt har vind i seilene. Om akademiske moter og avtalerettslige trender, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 142 flg.

<sup>414</sup> Eller det er slik vi er vant til å lese, se eksempelvis Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 251: «[S]lik det objektive tolkningsprinsipp oppfattes i norsk rett, inneholder det like fullt atskillige subjektive elementer.» Hvis man vil hente støtte i rettspraksis, vises det gjerne til Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159: «Men subjektive fortolkningsmomenter har også sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter. Kan det påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem.» Hva det betyr, og hva subjektive elementer eventuelt skulle være, kommer vi tilbake til under i punkt 3.4.

nytteverdi, og at vi derfor heller bør søke etter andre ord og vendinger, har jeg ikke fått frem meningen min med teksten så langt.<sup>415</sup> Poenget jeg har forsøkt å få frem er ikke at viljebegrepet er så vanskelig at det bør oppgis, men motsatt – at det er så vanskelig å komme seg unna viljebegrepet når man skriver avtalerett, at vi heller bør finne en måte å forlike oss med det – gjenfinne meningen med viljebegrepet. I litteraturen, og kanskje særlig i forbindelse med teoridebattene, møter vi fort på spørsmål om hvem sin forståelse av avtalen vi skal søke – løftegivers, mottakers, begges eller en såkalt objektiv forståelse.<sup>416</sup> Siden løftegivers og -mottakers forståelse lett assosieres med viljen, er det fristende (for oss norske jurister post Stang) å søke mot objektiviteten. Spørsmålet er om vi klarer det, å objektivisere oss vekk fra viljen.

Heller enn å forsøke å løse flokene i avtaletolkningslæren, er refleksjonene som følger her et forsøk på å oppløse «problemene». Jeg skal undersøke muligheten for å se partsviljen som *tolkningstemaet* heller enn et *tolkningsmiddel*, et *faktum* eller en *psykologisk størrelse* «uavhengig» av det ytre uttrykket. Som drøftelsene frem til nå har lagt opp til, mer enn impliserer valget av undersøkelse, at det er mulig. Men det måtte nesten gjøres slik. For hvis jeg heller hadde spurt «hva er partsviljen?» og besvart spørsmålet med henvisninger til teori og rettspraksis, hadde konklusjonen nærmest gitt seg selv og endt med noe à la dette: «Partsviljen kan anses å være det rettslige grunnlaget for avtalebinding, og dersom det kan påvises en felles partsvilje som avviker fra avtalens ordlyd, skal denne legges til grunn ved tolkningen.» Ferdig.

Vel, det at vi er så enige, kan i seg selv være en grunn til å ta opp et spørsmål.<sup>417</sup> Hva er det vi er enige om? Er objektive og subjektive tolkninger to vidt forskjellige tolkningsmetoder, hvor førstnevnte underforstått er den rimelige og rettfærdige, og sistnevnte den tvilsomme og ensidige, som trenger harde bevis for å slå igjennom? Nei, akkurat sånn ville vi gjerne ikke ordlagt oss, ikke fullt så tydelig.<sup>418</sup> Likevel, det

---

<sup>415</sup> Selv om jeg har et ansvar for å gjøre meg forstått, kreves det også at leseren gjør et ærlig forsøk på å forstå. Og i dette tilfellet kreves det kanskje litt ekstra av mottakeren, fordi hen på et vis er nødt til å se bort fra egen forforståelse. Har man hørt nok ganger at viljebegrepet er problematisk, er det ikke rart om man internaliserer tanken og tror på det.

<sup>416</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtaletolking*, s. 370: «På bakgrunn av den erkjennelse at tolkingen er relativ i personell henseende – meningen med en ytring avhenger av *hvem* som mener – har vi trukket den konsekvens at det i enhver tolkningslære må bestemmes hvis mening man skal søke. En *tolkningsstandard* er en rettslig norm, som bestemmer hvilken *person* den søkte mening skal referere seg til.»

<sup>417</sup> Se også over i n. 302.

<sup>418</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 406, går likevel ganske langt i den retning: «Der er saa mange Tanker, som kun faar et fattigt Udtryk, fordi den, som har tænkt dem, ikke formaar at gi dem Form. Den talendes Tanker er derfor ofte rigere end hans Ord, og den subjektive Fortolkning synes at gaa ud fra, at dette gjennemgaaende er Tilfældet. Paa Retslivets Omraade er derimod Forholdet som Regel det

objektive har noen positive konnotasjoner knyttet til seg når vi snakker om avtaletolkning, og det subjektive tilsvarende negative.<sup>419</sup> Hvorfor er det egentlig slik? Og er det ikke litt kjedelig om vi skal «slippe» å ta diskusjonen og bare godta at objektivt er bra, subjektivt *not so much*?<sup>420</sup>

Av undersøkelsene så langt i avhandlingen følger at noe har skjedd med forståelsen av viljebegrepet etter hvert som avtaletolkningshistorien har skredet frem. Dette noe, la oss kalle det «objektiviseringen», har sneket seg inn på en slik måte at vi må konsentrere oss for å klare å se partsviljen som noe annet enn et faktum, et vanskelig tilgjengelig sådan. Undersøkelsen som følger, er et forsøk på å se partsviljen i et nytt, eller egentlig gammelt, men uansett annerledes, lys. Lykkes jeg, kan vi sette likhetstegn mellom partsviljen og avtalens innhold. I så fall vil det avtalerettslige språket, fremfor alt viljebegrepet, igjen gi mening. Vi vil ikke lenger trenge å anstrenge oss for å unngå viljebegrepet, eller andre ord med subjektiv *schwung* over seg.

### 3.3.2 Partsviljen som tolkningstema

«Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig.»<sup>421</sup>

Vi fortsetter med den såkalte objektiviseringen, (og hvorfor jeg skriver «såkalte»). Jeg mener nemlig ikke at selve tolkningen – den praktiske virksomheten – i seg er blitt mer objektiv. Antakelig foregår den noenlunde likt (det vil si forskjellig fra gang til gang) som det alltid har gjort. Man tar hva man har, og søker det mest troverdige resultatet alt tatt i betraktning. Nei, jeg sikter i første rekke til en objektivisering, eller et forsøk på objektivisering, av språket og beskrivelsene av hvordan tolkning helst skal foregå.

---

modsatte. Hvem tror, at Forfatterne af *code Napoléon* – hvis mangelfulde juridiske Indsigt Savigny paaviste – har havt levende i sin Bevidsthed hele det rige, mangesidede og virksomme Indhold, som ligger i den? Og hvem tror, at en praktisk Mand, naar han kjøber en Hat, gjør sig nogen Tanke om Vanhjemmel eller Mora? Her tenker Andre for ham – gaar det galt, indtræder de Regler, som Retsvidenskab og Praxis i Forening har opstillet. Det er derfor netop det rige og alsidige Indhold, den objektive Teori gir. Den subjektive blir – ligesom Viljesdogmet – staaende ved de snevre, ensidige og egoistiske Tanker, den Erklærende har dannet sig.»

<sup>419</sup> Tør jeg spekulere i at det er derfor Høgberg sverger til «intensjonalitet» og ikke «subjektivitet»? (Ja, det gjorde jeg visst.)

<sup>420</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 153-154, hvor Samuelsson gjør seg noen lignende betraktninger om den ene termen i en dikotomi ofte er normativt overlegen den annen, når han skriver: «En nybliven elev i svensk avtalsrätt kunde man instruera så: 'Kom ihåg – objektivt är bra, subjektivt är dåligt. Det är en god tumregel.'»

<sup>421</sup> Windscheid, *Wille und Willenserklärung*, s. 76, omtrentlig oversettelse: «Viljen som indre sjelstilstand er retten likegyldig.»

Når Woxholth skriver om avtaletolkning, og tolkningsteoriene, vier han ti linjer til «det subjektive tolkningsprinsipp». Der konstateres det at den subjektive tolkningsteorien er en forlengelse av viljeteorien og at den «beskytter (...) løftegiverens forventninger på bekostning av løftemottagerens». <sup>422</sup> Passusen avsluttes med at «den subjektive tolkningsteori i sin rene form [har] ikke fått gjennomslag.» <sup>423</sup> Naturligvis, får man lyst å legge til, siden den tydeligvis er urettferdig. Om «det objektive tolkningsprinsipp» skriver Woxholth:

«Det forhold at man som hovedregel anvender det objektive tolkningsprinsipp, betyr ikke at man er henvist til en ren ordlydfortolkning, bare at den ene parts subjektive oppfatning av avtalen på avtaletidspunktet ikke kan tillegges noen særskilt betydning. Bestemmelsens ordlyd må blant annet forstås med referanse til de formål den skal ivareta, reelle hensyn og andre tolkningsmomenter. Det er ikke noe ‘subjektivt’ i dette.» <sup>424</sup>

Ifølge Woxholth er følgelig hovedregelen objektiv tolkningsteori, men:

«Prinsippet om objektiv tolkning må underkastes modifikasjon hvis partene på avtaleinngåelsestidspunktet har hatt en felles oppfatning av kontraktens forståelse, og dette kan påvises.» <sup>425</sup>

Hvis vi skal ta Woxholth på ordet, må vi tro at det han videre skriver om avtaletolkning, som begynner med punktet «Ingen felles partsoppfatning: En oversikt over tolkningsprosessen», er en beskrivelse av objektiv tolkning. Og der støter vi på noen språklige utfordringer. Woxholth gjør det klart at:

«Det avgjørende er i tilfelle ikke hva som kan ha vært partenes vilje eller mening, men, i lys av det objektive tolkningsprinsipp og med utgangspunkt i ordlyden, hva som kan sies å ha vært partenes *berettigede* forventninger alle forhold tatt i betraktning.» <sup>426</sup>

---

<sup>422</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 406.

<sup>423</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 406.

<sup>424</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 406.

<sup>425</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 407.

<sup>426</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 407.

Det språklige grepet Woxholth gjør her, er å bytte ut «vilje eller mening», som ikke skal være avgjørende, med «partenes berettigede forventninger», som vi kan søke etter.<sup>427</sup> Woxholth fortsetter:

«Imidlertid er det ikke alltid slik at det er mulig å oppnå en forståelse av partenes intensjoner *utelukkende* ved å ta ordlyden i betraktning. Spørsmålet om hva som kan sies å ha vært partenes berettigede forventninger, er et normativt spørsmål som må besvares ut fra en gitt *kontekst* (...).»<sup>428</sup>

Og der ble de berettigede forventningene med ett forklart med partenes «intensjoner». Ikke «vilje» eller «mening», men «intensjoner».<sup>429</sup> Ifølge Woxholth, er det slik at:

«Dersom en tolkning basert på konteksten ikke gir noe sikkert svar på hvordan avtalen skal tolkes, vil det for å kartlegge partenes *intensjoner* – og dermed hvilke berettigede forventninger som kan sies å ha vært etablert – være relevant å ta i betraktning andre *partsspesifikke* momenter.»<sup>430</sup>

Hvis Woxholths tekst leses i sammenheng, fremgår det av det han skriver at man ved en objektiv tolkning skal søke etter partenes intensjoner. I så tilfelle er jeg enig med ham. Men hvorfor det da er så viktig å ta avstand fra det subjektive – «det er ikke noe 'subjektivt' i dette» – og viljebegrepet – «det avgjørende er i tilfelle ikke hva som kan ha vært partenes vilje eller mening», blir tilsvarende uklart. Det kan være Woxholth mener å kunne distansere seg fra viljebegrepet ved uttrykket «berettiget *partsvilje*».<sup>431</sup> At så lenge vi passer på at det ikke er enhver partsvilje vi skal søke, men bare den berettigede, så holder vi subjektiviteten på trygg avstand. Kanskje, kanskje ikke. Ved å bytte ut viljen med berettigede forventninger, har ikke viljen blitt borte, den forskyves bare et ledd ut i tankerekken. «Berettigede forventninger om hva da?», kan man spørre.

---

<sup>427</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 31-36, om forventningsprinsippet. På s. 35: «(...) *forventningsprinsippet* har en grunnleggende betydning i avtaleretten. Det må kunne slås fast, selv om det må advares mot at prinsippet som sådant får status som et slags 'mantra' i formueretten som løser alle 'problemer'.»

<sup>428</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 408.

<sup>429</sup> For meg er dette tre sider av samme sak, om ikke direkte synonyme så ikke langt unna.

<sup>430</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 408. Og intensjonsjakten fortsetter nederst på samme side: «Dersom det viser seg at det ikke er mulig med rimelig sikkerhet å fastsette hva partenes intensjoner har vært med bakgrunn i en tolkning basert på partsspesifikke forhold som nevnt, og dermed kunne ha en oppfatning om hvilke berettigede forventninger som måtte være etablert om avtalens forståelse, vil rettsanvenderen – typisk dommeren – i praksis ofte måtte gjøre bruk av rettsstoff *uten partstilknytning*. Det kan i tilfelle være aktuelt å tolke avtalen med særskilt vekt på reelle hensyn (konkret utfylling) eller utfylle avtalen med alminnelig rettsstoff – *bakgrunnsrett* – typisk deklatorisk lov, kontraktspraksis, kutymer mv. (regelbestemt utfylling).»

<sup>431</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 409.



«Om hva den andre parten har ment med utsagnet», blir svaret, og vi er like langt.<sup>432</sup> For den som nå vil argumentere med at det jo kommer an på hva man legger i «berettigede» forventninger, og at det er dette ordet som gjør forskjellen, så må man nesten spørre seg om ikke det allerede følger av at det skal gjøres en «tolkning». Enhver tolkning handler om å finne frem til hvilken mening man «med rette» (berettiget) kan slutte seg til fra det ytre uttrykket. Uansett må man forholde seg til meningen.

Et annet forhold ved språkbruken man kan merke seg, er hvordan Woxholth beskriver «handlingene» som foretas når man skal avgjøre henholdsvis partsviljen eller en objektiv forståelse av avtalen. Å finne en felles oppfatning av kontraktens forståelse, beskrives som en egen form for tolkning der «oppgaven for dommeren ofte [vil] være å søke å konstatere om partene kan sies å ha vært enige opprinnelig», og dette er noe som «påvises».<sup>433</sup> *Konstatere* og *påvise*, ikke tolke. Om partene har hatt en felles oppfatning, blir følgelig et bevissspørsmål.<sup>434</sup> Men så må det altså skilles mellom oppfatning og enighet, som skal påvises, og intensjonen som man kan tolke seg til?<sup>435</sup> Språklig er det noe som ikke går opp når beskrivelsene av de ulike prosessene holdes opp mot hverandre. Jeg tror jeg vet hvorfor, og det er at tolkning må være både subjektiv og objektiv for at tolkningsbegrepet skal gi mening.<sup>436</sup> Og når vi tolker er det ingenting som skal bevises, fordi å tolke er noe annet enn å bevise.<sup>437</sup>

Viljen som et psykologisk faktum kan man raskt konstatere er noe vi ikke har direkte tilgang til.<sup>438</sup> En søken etter denne faktisk-psykologiske størrelsen, utenfor og forut for teksten, kan ingen med vettet i behold begi seg ut på.<sup>439</sup> Det er derfor enighet

---

<sup>432</sup> Litt som med begrepet avtalestiftende rettsfaktum som vi var innom over i punkt 2.2.4.

<sup>433</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 407.

<sup>434</sup> Se også Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 129: «Problemene melder seg hvis partene har lagt hver sin mening i utsagnet – eller i allfall påstår å ha gjort det; det siste blir et bevissspørsmål.»

<sup>435</sup> Se sitater over i brødteksten hvor Woxholth beskriver hvordan objektiv *tolkning* foregår.

<sup>436</sup> Mer om denne siden av tolkningsbegrepet under i punkt 3.3.4.

<sup>437</sup> Forholdet mellom avtaletolkning og bevisvurdering kommer jeg tilbake til i kapittel 4.

<sup>438</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 105: «Vi har like lite tilgang til partenes faktiske mentale tilstand som for et enkelt individ, og partene har heller ikke umiddelbar tilgang på hverandres mentale tilstand.» For Høgberg er dette imidlertid ikke et like stort problem som hos andre, han fortsetter: «Når det like fullt er meningsfylt å operere med et begrep som intersubjektivitet, er dette fordi det er mulig å konstatere at det ikke foreligger ytre konstaterbare forhold som tyder på at partene hadde forskjellige oppfatninger om avtalens innhold i forhold til det omtvistede spørsmål.»

<sup>439</sup> Se eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 34: «I praksis vil det sjelden være mulig for en dommer eller annen rettsanvender å fastslå i ettertid om eller at partene har hatt en felles mening eller vilje på tidspunktet for avtaleinngåelse. Ofte vil det, bortsett fra selve den uklare avtalen, ikke foreligge andre beviser enn partenes egne forklaringer avgitt i ettertid. Det måtte implisere en 'oversanselig' prestasjon fra dommerens side om han skulle ha muligheten til å se inn i hjernen på avtalepartene og dermed oppnå 'innsyn' i deres subjektive vilje og motiver – vilje og motiver som endog kan ha endret seg etter avtaleinngåelsestidspunktet. Jus er realistiske fenomener, ikke parapsykologi, så

om at man må se etter ytre holdepunkter for viljen – faktumet vi ikke har tilgang til og som derfor må bevises med andre fakta, for så eventuelt å kunne bli lagt til grunn som avtalens innhold hvis bevisene er sterke nok.<sup>440</sup> Kanskje ikke så rart at erklæringen virker mer håndgripelig og troverdig, ei heller at de rene subjektive teoriene kan avfeies i en håndvending. Men så spørs det om vi klarer å kvitte oss med viljebegrepet bare ved å kalle tolkningen objektiv? Som vi så over, ser det ikke ut til at Woxholth kommer rundt viljen ved heller å søke etter intensjonen.

Høgbergs beskrivelser av den intensjonale tolkningsstilen, ligner isolert sett tilforlataelig på tidligere tiders «subjektivism». <sup>441</sup> Men, som vi har sett, mener Høgberg selv at den intensjonale tolkningsstilen hans ikke er subjektiv i klassisk forstand fordi den ikke er anvendelig dersom det ved avtaleinngåelsen var dissens knyttet til det omtvistede spørsmålet.<sup>442</sup> Høgbergs forståelse av viljen ser nemlig også ut til å være av faktisk karakter:

«(...) den indre størrelse vi kaller vilje eller partsmening etc. er uansett en størrelse vi aldri får direkte tilgang til, men tvert imot må gjøre mer eller mindre usikre slutninger om fra ulike ytre omstendigheter (som til syvende og sist er det eneste den empiriske 'virkeligheten' har å by på). Resten er vår fortolkning av råmaterialet.»<sup>443</sup>

Ja, tolkning er jo nettopp fortolkning av råmateriale. Spørsmålet er om vi virkelig kan skille mellom det vi gjør når vi fortolker råmaterialet for å komme frem til en partsvilje og det vi gjør for å komme frem til en objektiv forståelse av avtalen. I noen situasjoner, ved «muntlige avtaler og avtaler uten noen bestemt ordveksling», ser Høgberg ut til å lefle med partsviljen som tolkningstema:

---

noe slikt kan naturligvis ikke kreves. Dersom det ikke unntaksvis foreligger mer håndfaste 'ytre' bevis for hva som har vært partenes mening, vil derfor dommeren måtte resignere i sin søken etter en mulig felles partsoppfatning.» Se også Stang, *Viljesdogmet*, s. 299, hvor det om den subjektive teorien står: «Endelig maa den i Anvendelse paa Retshandler som Regel komme tilkort – idet man i de fleste Tilfælde ikke kan skaffe anden Oplysning om den Handlendes Hensigter end det, som ligger i Handlingen selv. Denne udgjør som Regel det eneste, der med Sikkerhed kjendes. Til den virkelige Vilje naar man derfor sjelden frem.» Den *virkelige viljen* sett med realistiske briller, henviser nok til den faktisk psykologiske størrelsen, men den *virkelige viljen* kan også bety «den som faktisk kommer till uttrykk i teksten, inte någønting som uttolkaren lægger in i densamma», se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 189-190 n. 560, som hevder dette er det som menes med henvisningen til den virkelige viljen i BGB § 133.

<sup>440</sup> Forstått på denne måten blir ingen tolkning så objektiv som den subjektive.

<sup>441</sup> Se eksempelvis sitatet som innleder punkt 3.2.4 over. For å unngå enhver misforståelse her; jeg mener ikke at Høgberg er en subjektivist (ei heller at de såkalte «subjektivistene» var det).

<sup>442</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 103.

<sup>443</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 26.

«I slike situasjoner vil man i regelen være langt mer fokusert på å nå en form for ‘autentisk mening’ (...) ofte løsrevet fra en bestemt – i det ytre stabil – kode. Denne meningsstørrelse er ikke et objekt eller en størrelse vi skal tolke, men noe vi skal tolke oss frem til.»<sup>444</sup>

Her er jeg enig med Høgberg, bortsett fra at jeg mener man ved all avtaletolkning skal tolke seg frem til meningen – partsviljen. Det finns alltid noe ytre, en slags kode, og noen ganger er den mer stabil enn andre (skriftspråk for eksempel), men det er alltid partsviljen man skal frem til.<sup>445</sup>

Ifølge Samuelsson er den skandinaviske oppdelingen i «viljen», «tilliten» og «erklæringen» en av årsakene til tingliggjøringen av viljen.<sup>446</sup> Heller enn den klassiske forståelsen av at viljen er det vi søker etter, har den etterhvert blitt til noe vi eventuelt kan bruke i tolkningen – hvis vi finner den. Erklæringen og viljen blir med det sidestilt som to ulike kilder, eller tolkningsmidler, eller rettsfakta alt etter som, avtalens innhold kan gjemme seg i.<sup>447</sup> Og fordi viljen er vanskelig tilgjengelig, blir erklæringen tilsvarende betydningsfull. Forskyvningen er komplett, objektiviseringen gjennomført. Gjør jeg meg forstått? Kanskje det kan hjelpe med et par illustrasjoner. I den klassiske læren, tolker man erklæringen og kommer frem til viljen:



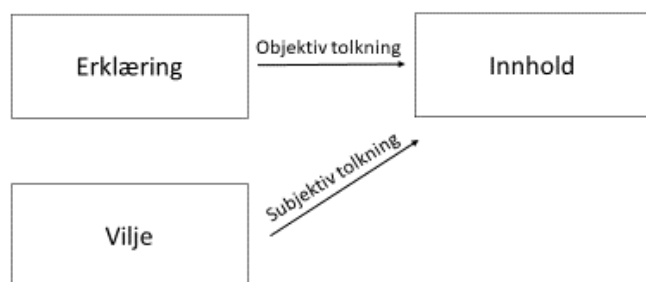
Etter objektiviseringen av viljen, ser man for seg at man kan velge om man vil tolke erklæringen eller viljen for å komme frem til innholdet, henholdsvis objektiv og subjektiv tolkning:

<sup>444</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 35 n. 95.

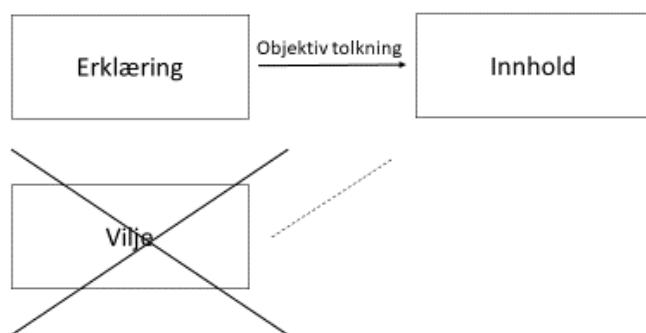
<sup>445</sup> Andre tegn kan dessuten være vel så «stabile». For eksempel om noen viser fingeren til den som kommer med et skambud på vinkjelleren som ligger til salgs (som «bibliotek» selvsagt); vi skjønner alle at det ikke ble noe av salget. Eller som når Magnus Carlsen og Fabiano Caruana tok 12 remis på rad under VM høsten 2018; av sjakkens regler følger at man må tilby remis – for duellantene var det ingen tvil om hvilket blick som betød hva.

<sup>446</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 433-434. I n. 1240: «Denna splittring förutsätter, att frågan, huruvida viljan skall tillmätas betydelse vid tolkningen, är meningsfull, vilket den inte är om man på klassiskt manér sätter likhetstecken mellan vilja och innebörd.»

<sup>447</sup> Se illustrasjon om tilsvarende forskjell i Grotius' og Grönfors' oppfatning av subjektivitet og objektivitet i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 435.



Og fordi vi ikke har tilgang til den faktisk-psykologiske viljen, ender vi opp med den objektive tolkningen:



Et skille mellom objektiv og subjektiv tolkning forutsetter at vi ser på viljen som et faktisk forekommende fenomen, men fordi vi ikke får tak i viljen, står vi igjen med den objektive tolkningen – og alle henvisninger til viljen i det avtalerettslige språket mistenkeliggjøres. Forskjellen mellom den første figuren og den siste, i begge tilfeller tolkes jo erklæringen for å komme frem til innholdet, er at man i figuren like over, ved å kvitte seg med viljen, distanserer seg fra det avtalerettslige språket. For avtalerettslig skrives og snakkes det ustanselig om partsviljen, meningen, forutsetningene og intensjonen. Dersom man heller, som den første illustrasjonen viser, tar tilbake den klassiske forståelsen ved å sette likhetstegn mellom viljen og innholdet, blir partsviljen tolkningstemaet. Det er fortsatt erklæringen som skal tolkes (slik alle har ment alltid), men det avtalerettslige språket kommer også til sin rett igjen. Til illustrasjon vil det atter gi mening å si at avtaletolkning handler om å finne frem til hva partene har ment.<sup>448</sup>

<sup>448</sup> Se motsatt Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 335 n. 16, som nettopp ser ut til å ha et problem med slike formuleringer: «Tradisjonelle formuleringer som at tolkningen søker å klarlegge hva partene mente, kan fort bli misvisende», med videre henvisning til Lilleholt, *Kontraksrett og*

Vi bør, slik jeg ser det, derfor sterkt vurdere å oppgi skillet mellom objektiv og subjektiv tolkning. Da kan vi nemlig også forlike oss med viljebegrepet.<sup>449</sup>

«Partsviljan är den avsikt som kommer till uttryck i den objektivt givna rättshandlingen. Det är den innebörd vi tillskriver avtalet vid tolkningen. Och den finns ingen annanstans. Vid tolkningen er vi bunda till kretsen av relevanta tolkningsdata. Det är alltid så, at vi hade kunnat veta mera, att det hade kunnat vara annorlunda, men detta är aldrig ett hinder för tolkningen. Vi har rätt att uttala oss om innebörden på det givna underlaget.»<sup>450</sup>

Hvis vi vil, og det er et teoretisk spørsmål som teorien har fullt herredømme over, kan vi gi slipp på det faktisk-psykologiske viljebegrepet.<sup>451</sup> Istedent bør det settes likhetstegn mellom partsviljen og avtaleinnholdet.<sup>452</sup> En avtale er en enighet parter har inngått med vilje(n), og ved tolkning kan vi tolke oss frem til avtalens innhold – hvilken partsvilje avtalen gir uttrykk for.<sup>453</sup> Siden vi ikke trenger (eller kan) velge mellom en objektiv eller subjektiv tolkning, fordi enhver tolkning inneholder begge deler, holder det dessuten å si at «avtaler må tolkes».<sup>454</sup> Hvilke motforestillinger til *ikke* å forkaste det psykologiske viljebegrepet finnes det egentlig?

---

*obligasjonsrett*, s. 102: «Somtid blir det sagt at målet for tolkinga av kontrakten er å finne fram til kva partane har meint. Formuleringa er treffande så lenge vi held oss til regelen om at ei sams oppfatning blir avgjerande (...). Elles kan formuleringa fort bli misvisande.» Holder vi dette opp mot den etablerte sannheten om at Høyesterett så godt som aldri finner at partene har hatt en felles forståelse, skulle det tilsi at det så godt som alltid er misvisende å si at målet med tolkningen er å finne frem til hva partene har ment.

<sup>449</sup> Som Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 188, foreslår: «Här finns ingen anledning att hålla viljesbegreppet ur räkningen. Tvärtom: av just den anledning, att tolkningsfrågan inte är en kunskapsfråga, blir det möjligt att förlika sig med viljebegreppet på detta område. Vi kan utan vidare sätta likhetstecken mellan avtalets innebörd och den gemensamma partsavsikten.»

<sup>450</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 191.

<sup>451</sup> Også dette i tråd med Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 43 n. 97: «(...) den psykologistiska tolkningen av det avtalsrättsliga viljebegreppet bör överges.»

<sup>452</sup> Å finne opp enda et ord, tror jeg ikke har noe for seg, og er heller ikke nødvendig idet det avtalerettslige språket fungerer helt utmerket.

<sup>453</sup> Man kan gjerne legge til *felles* partsvilje, eller *partenes felles forståelse*, for å vise at vi mener at dette er noe begge (eller alle) partene har blitt enige om. Det er mest for enkelhets skyld jeg bare bruker *partsviljen*.

<sup>454</sup> Denne påstanden undersøkes videre under i punkt 3.4.

### 3.3.3 Ja, men...

«Det är emelertid lättare sagt enn gjort att fastställa den viljan.»<sup>455</sup>

Hvis avtalens innhold er lik partsviljen, er det da bare tale om et definisjonsspørsmål?<sup>456</sup> Definitivt ikke. Det er intet mindre enn et vesensspørsmål.<sup>457</sup> Hvis jeg heller enn å prøve å blåse liv i partsviljebegrepet, hadde forsøkt å unngå det, eller å bytte det ut med et mindre belastet uttrykk, som partenes berettigede forventninger eller et selvkomponert et, ville jeg neppe kommet særlig lenger enn der vi allerede står i dag og befunnet meg i de samme språklige flokene som før.<sup>458</sup>

Bare å fjerne viljebegrepet fra vokabularet hjelper sannsynligvis heller ikke. Ved eksempelvis konsekvent å vise til avtalens innhold heller enn til partsviljen, hemmes språkbruken unødvendig; repertoaret blir mye mindre. Og det er vel vanskelig nok fra før å formidle det man har lyst til å få frem, om man ikke i tillegg skal måtte begrense seg selv til noen få utvalgte, (av det som for tiden er) ufarlige ord? Heldigvis trenger vi ikke lenger stå med ryggen mot viljebegrepet og late som det ikke er der og påvirker hele vår avtalerettslige samtale.<sup>459</sup> Tar vi derimot viljebegrepet tilbake, og forstår dette som avtalens innhold, gir med ett det avtalerettslige språket mening. Alt snakk om meninger, forståelser, enigheter og intensjoner blir med ett helt uproblematisk.

Den største innvendingen mot partsviljen som tolkningstema er kanskje kronargumentet for hvorfor subjektiv tolkning ikke er hensiktsmessig i de fleste tilfeller, nemlig det at partene sjelden har tenkt på, enn mindre diskutert, det senere omtvistede forholdet ved avtaleinngåelsen.<sup>460</sup> Høgberg er innom problemstillingen og skriver at det:

---

<sup>455</sup> Zetterström, *Svensk avtalsrätt*, s. 92.

<sup>456</sup> Som eventuelt kunne blitt avklart i to setninger i innledningen.

<sup>457</sup> Et vesensspørsmål i betydningen av at det handler om et av de mest grunnleggende premissene for hele avtaletolkningsteorien.

<sup>458</sup> For å repetere et par eksempler: Ved å benytte «avtalestiftende rettsfaktum» heller enn «viljeserklæring» for eksempel, ender man bare opp med igjen å skyve viljebegrepet foran seg – for i «avtalestiftende» lurer igjen spørsmålet om hva en avtale er annet enn en enighet mellom to parter kommet til uttrykk gjennom samsvarende viljeserklæringer? Og hva er en «viljeserklæring» annet enn en erklæring som gir uttrykk for en vilje? Eller, hva må til for å få en «berettiget forventning» om noe? Jo, mottakeren må kunne gjøre seg opp en mening ut ifra et eller annet ytre uttrykk, som igjen gir uttrykk for hva avsenderen har ment å (villet) formidle.

<sup>459</sup> For å låne et bilde fra Samuelsson, *Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten*, s. 66 n. 11: «En bild av den svenska sakrätten: Ämnesföreträdena står i en ring – en sluten krets – alla med ryggen åt det som var äganderättsbegreppet.»

<sup>460</sup> Samuelsson på sin siden mener det ofte kan virke «*verkelighetsfrämmande*» å se for seg at partene faktisk skal ha tenkt over akkurat det spørsmålet som senere kom opp, se *Tolkningslärans gåta*, s. 188.

«(...) ofte [er] liten grunn til å anta at det faktisk forelå noen reell intersubjektivitet som omfattet det forhold partene i ettertid kom til å tvistes om.»<sup>461</sup>

Høgberg påpeker også at en enighet ofte vil være:

«(...) temmelig grovmasket slik at partene er enige om rammene for hvordan kontrakten skal fungere, ikke om detaljene når kontrakten prøves i ulike fremtidige kontekster.»<sup>462</sup>

Dermed er det, ifølge Høgberg:

«(...) heller beskjedent hva som dannes av berettigede forventninger vedrørende disse mer finmaskede spørsmål. Det er kanskje realistisk å si at partene rent faktisk aldri 'var' enige om løsningen på den konflikt som senere havner i retten til avgjørelse, dersom de på avtaleinngåelsestidspunktet hadde kjent den fullstendige konteksten som siden har materialisert seg. I den grad de har trodd de var enige, er denne enighet oftest basert på at partene ikke har tenkt seg den kommende utvikling og kontekst som ledet frem til konflikten.»<sup>463</sup>

Så lenge vi ser for oss viljen som et psykologisk fenomen, blir det vanskelig å tenke seg at partene har inngått en avtale – en enighet – uten at de egentlig var enige, og uforståelig å skulle søke etter en partsvilje som ikke faktisk har vært tilstede i historien. Med et slikt virkelighetsbilde, må man eventuelt ty til hypotetiske oppfatninger – «hva ville partene ha ment *hvis* de hadde tenkt over saken?», som eksempelvis Krüger tar avstand fra her:

«Utgangspunktet for kontraktsrettslige tolkningsspørsmål er nettopp ofte tilfelle da det i ettertid viser seg at partene har hatt en innbyrdes *avvikende* oppfatning av hva kontrakten går ut på. Eller kanskje enda vanligere: Et oppstått tilfelle eller problem ligger beviselig utenfor hva partene forhandlet om eller forutså da avtalen ble inngått (og det hjelper selvsagt ikke at *den ene* faktisk innså eller forutså dette dersom partene ikke har vært på linje i vurderingen av vedkommendes eventualitet). Spekulative løsninger basert på partenes 'hypotetiske' oppfatning står hos oss heller ikke høyt i kurs.»<sup>464</sup>

---

<sup>461</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 27.

<sup>462</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 156.

<sup>463</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 156.

<sup>464</sup> Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 509. Se også Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 210, som mener det kan trekkes en slutning fra utgangspunktet om objektiv tolkning til: «(...) at dommeren bør være forsiktig med å bygge på partenes 'hypotetiske' intensjoner, dvs. hva de ville

En *hypotetisk* oppfatning må her ses på som motsetningen til en *faktisk* oppfatning, hvorav altså førstnevnte er spekulativ og lite ønskelig, mens sistnevnte nok er ønskelig, men ikke oppnåelig. Ergo vender vi oss vekk fra viljen, og griper til den håndfaste erklæringen i den tro at vi slipper fri fra viljer og spekulasjoner. Men tolkning er verken spekulasjon eller beviselig kunnskap, men nettopp tolkning.<sup>465</sup> Med avtalen har partene laget reglene som skal regulere avtaleforholdet mellom dem før tvisten har oppstått – akkurat den tvisten kan de derfor umulig ha hatt i tankene. De kan ha sett for seg ulike tvistesituasjoner og drøftet hypotetiske problemer som kan oppstå, men avtalen er laget for å løse et ubestemt sett av problemer som måtte oppstå, ikke bare dem avtalepartene (tilfeldigvis) drøfter. For å komme frem til hvilken løsning avtalen foreskriver for den senere tvisten, uavhengig av hva som har foregått i partenes hoder på og forut for avtaleinngåelsestidspunktet, må avtalen tolkes. Aubert skriver i en senere utgave av Hallagers *Den norske obligationsret*:

«Og forsaavidt Spøragsmaalet gjelder Punkter, hvorom Parterne ingen Mening har havt ved Kontraktens Indgaaelse, gjelder det at udfinde, hvad der kan ansees mest stemmende med Kontraktens øvrige Indhold eller Forholdets Natur, hvad der jo atter kan stille sig højest forskjelligt efter Tilfældets Art.»<sup>466</sup>

Dersom tvisten som oppstår ligner på noe avtalepartene har regulert, eller diskutert på forhånd, går kanskje tolkningen litt lettere. I så fall beror det på en tolkning av avtaleteksten, og tolkningsmidlene for øvrig, holdt opp mot den aktuelle tolkningstvisten. At partene slett ikke har tenkt på, og heller ikke har nevnt det spesifikke tvistetemaet, betyr på ingen måte at ikke også denne tvisten må finne sin løsning via tolkningen.<sup>467</sup>

---

ha avtalt dersom de hadde blitt forelagt spørsmålet da kontrakten ble inngått. En slik tilnærming kan fort bli spekulativ eller få preg av etterpåklokskap.»

<sup>465</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 188-189: «Att tolka är, som sagt, någonting annat än att konstatera, eller spekulera kring, förekomsten av fakta.»

<sup>466</sup> Hallager/Aubert, *Den norske obligationsret*, s. 105-106.

<sup>467</sup> For å trekke en parallell til lovtolkningen: I et lovtolkningsspørsmål må man tolke loven, med de rettskilder som anses anvendelige og komme frem til et svar, ja eller nei, omfattes eller ikke. At lovtteksten (som ofte utformes med formuleringer som kan romme mange ulike situasjoner) eller forarbeidene ikke spesifikt nevner et bestemt eksempel som et senere lovtolkningsspørsmål søker å løse, betyr ikke automatisk at loven ikke gjelder for det tilfellet – det beror på, ja nettopp, en tolkning. Utsagn som at: «Det kan ikke har vært lovgivers intensjon at forholdet skulle omfattes» betyr ikke at man hypotetisk setter seg inn i det konglomerat av hjerner som er medvirkende i lovgivningsarbeidet for å finne ut om noen (eller alle på likt) faktisk-psykologisk mente at tilfellet skulle eller ikke skulle omfattes, det betyr at rettsanvenderen har tolket og kommet frem til at *lovgiverviljen* (som er like lite faktisk som noen annen rettslig vilje) slik den blir tolket frem i dette tilfellet, tilsier at forholdet ikke omfattes. Det er slik vi snakker (og skriver) jus. Se også Lord



Jeg tror svaret på hvordan vi bør forholde oss til partenes meninger og ytringer, ligger nettopp i forståelsen av viljebegrepet.<sup>468</sup> Som et psykologisk faktum får vi ikke tak i viljen, verken der partene faktisk har tenkt på forholdet eller der det ikke en gang har streift dem.<sup>469</sup> Ved å forstå partsviljen som den indre meningen som kommer objektivt til uttrykk på en eller annen måte, er det derimot helt greit om partene ikke har tenkt over saken.<sup>470</sup> Tolkningsunderlaget er aldri perfekt. Har vi først med et tolkningsspørsmål å gjøre, kan vi aldri vite, eller oppdage, hva partene har ment, men vi kan tolke oss frem til hvilken mening erklæringen gir uttrykk for – og det er denne meningen vi kaller partsviljen.<sup>471</sup>

Et annet motargument mot partsviljen som tolkningstema kan være at objektivitet er å foretrekke ved avtaletolkning så vel som ved annen juridisk virksomhet.<sup>472</sup> Og ja, objektivitet i form av redelighet, uavhengighet, upartiskhet og andre rettferdighetsidealer, er selvsagt grunn til å etterstrebe.<sup>473</sup> Men det har med behandlingen av tolkningsunderlaget å gjøre. Avtalen må ytes rettferdighet, avtaletolkeren må gjøre en samvittighetsfull jobb.<sup>474</sup> Av og til tror jeg vi forsøker å skjule hva som kreves av avtaletolkeren, at det må et subjekt til for å tolke og at en god tolkning også avhenger av det tolkende subjektet. Med det nærmer jeg meg uunngåelig det punktet at jeg bør skrive noe om hvordan jeg forstår tolkningsbegrepet.

---

Hoffmann, *The Intolerable Wrestle with Words and Meaning*, s. 663: «It may well be that few of the actual members of Parliament had given these matters much thought; it might even be that the legislation was actually the result of some obscure political compromise. But such uncomfortable facts do not affect the assumptions which the courts make about the intentions of that imaginary author, Parliament or the framers of the Constitution.» Sammenligningen med lovtolkning er for øvrig ikke kontroversiell, i alle fall ikke i en historisk kontekst, se mer under i punkt 5.1.3.

<sup>468</sup> Med det mener jeg selvsagt ikke svaret med stor S. Andre kan godt ha andre svar, men jeg mener jeg kan tilby et svar som har sine fordeler.

<sup>469</sup> Selv ikke testators vilje er en faktisk-psykologisk vilje, men innholdet i testamentet.

<sup>470</sup> Som at det også er helt greit om ikke lovgiver har vurdert alle mulige situasjoner som kan rammes av en lovtekst. Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 191: «Härav följer, att det inte på något sätt är ett problem att tolkningsresultatet rent faktiskt inte föresvävat parterna. Vi spekulerar inte i mentala tillstånd. Frågan är hur avtalet skall förstås. Det gäller den innebörd detta kan tillskrivas givet objektiva tolkningsdata, och denna är aldrig given på förhand.»

<sup>471</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 189: «I äkta tolkningstvister – tvister i vilka tolkningsfrågan inte kan avfärdas – är det givet att lösningen inte kan *upptäckas*, som om det bara gällde att titta på rätt ställe. Det leder fel att tänka sig partsavsikten som innehållet i en ask; det visar sig redan därigenom att det i så fall skulle röra sig om en ask som inte kan öppnas, alltså överhuvudtaget inte en 'ask'.»

<sup>472</sup> Ordet *objektivt* er et honnørord ikke bare for jusen, men i samfunnet generelt, og vitenskapen er kanskje det sted objektiviteten settes aller høyest.

<sup>473</sup> Intensjonen min er aldeles ikke å fjerne objektiviteten fra tolkningen, i så tilfelle har jeg ikke uttrykt meg klart nok.

<sup>474</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 190: «Tolkningen skall vara rättvis. Det är hela saken.»

### 3.3.4 Begrep om tolkning – et tolkningsbegrep

«Persepsjon ER bedre enn virkelighet. Men på samme tid er persepsjonen vår også virkeligheten vår. Selv om du aldri kan være helt sikker på at tolkningen av informasjonen fra sansene dine er riktige, kan du føle deg sikker på at det er nettopp denne tolkningen som gjør deg tilpasset den verdenen du lever i.»<sup>475</sup>

Å skrive om avtaletolkning, fordrer at man har et begrep om hva tolkning er, men det betyr ikke at det er enkelt å formulere denne forståelsen i ord.<sup>476</sup> Et virkemiddel i formidlingen kan være å kontrastere min forståelse mot én jeg ikke er enig i. Huser skriver:

«Av og til kan man støte på det syn at avtaletolking nærmest er et rent praktisk foretagende, hvor hvert enkelt tilfelle krever en slik individuell, konkret behandling at det er svært begrenset hvilken veiledning forsøk på generaliseringer og oppstilling av prinsipper og regler kan gi. Det som er riktig i en slik betraktning er at hvert enkelt tilfelle av avtaletolking i praksis krever individuell, konkret behandling. Derimot er det all grunn til å søke veiledning i juridisk teori når det gjelder en så komplisert prosess som avtaletolking. Ett av hovedproblemene teorien står overfor, er nettopp å lokalisere de elementer i tolkingslæren og de ledd i tolkingsprosessen hvor den enkelte avtales konkrete og individuelle særpreg får betydning. Selv om dette kan være vanskelig, er det ikke umulig. Å strukturere de tilsynelatende ustrukturerbare faktiske variasjonselementene og innordne dem under et generelt juridisk normsett må således være en viktig oppgave sett fra en praktisk synsvinkel.»<sup>477</sup>

Tar vi dette sitatet nærmere i øyesyn, ser vi at Huser imøtegår synspunkter som går ut på at avtaletolkning er et «rent praktisk foretagende», som krever «individuell, konkret behandling» og at det er «svært begrenset hvilken veiledning forsøk på generaliseringer

---

<sup>475</sup> Kaja Nordengen, *Hjernen er stjernen*, s. 177.

<sup>476</sup> Egentlig følger min forståelse av avtaletolkning, og dermed også av tolkningsbegrepet, av avhandlingen i sin helhet. Fordi sammenhengen mellom det objektive og det subjektive er en så sentral del av tolkningsbegrepet, kan det likevel være formålstjenlig å stoppe opp litt akkurat her, selv om det også betyr at jeg må foregripe tema som følger senere.

<sup>477</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, s. 28-29.

og oppstilling av prinsipper og regler kan gi».<sup>478</sup> Selv om Huser sier seg enig i at «hvert enkelt tilfelle av avtaletolking i praksis krever individuell, konkret behandling», mener han prosessen med avtaletolkning er så komplisert at det er «all grunn til å søke veiledning i juridisk teori». Men de problemene Huser angir er ikke *praktiske*, de er nettopp *teoretiske*.

Det er «hovedproblemene teorien står overfor» som deretter listes opp – og teoriens problemer med å «lokalisere de elementer i tolklingslæren og de ledd i tolkningsprosessen hvor den enkelte avtales konkrete og individuelle særpreg får betydning». Enhver konkret sak er alltid særpreget. Hva som skal få betydning ved tolkningen, avhenger – på grunn av særpreget – nettopp av tolkningen i den konkrete saken. Når Huser tar på seg arbeidet med å «strukturere de tilsynelatende ustrukturerbare faktiske variasjonsmomentene og innordne dem under et generelt juridisk normsett», er det (i høyden) av teoretisk interesse, men bare måtelig interessant «sett fra en praktisk synsvinkel». Huser medgir at det er en vanskelig jobb, men fremholder at det like fullt ikke er umulig. Likevel, allerede av forordet følger at:

«Stoffmengden og emnets vanskelighetsgrad tilsier at fremstillingen hverken kan gjøre krav på å være uttømmende eller å gi noen endelig svar på de spørsmålene det gjelder.»<sup>479</sup>

Nei, så klart, vil jeg påstå. De eneste endelige svarene som kan gis, er det avtaletolkerne i praksis som står for; og i *praksis* er det eneste «problemet» hvordan akkurat denne avtalen skal tolkes, ikke hvordan en uendelig mengde faktiske variabler skal eller kan systematiseres.

Hvis vi fortsetter tankerekken fra tidligere, om at enhver tolkning krever en konkret tvist – en uklarhet og en uenighet – og at partsviljen er tolkningstemaet, vet vi at avtaletolkeren har en jobb å gjøre. Hen må på bakgrunn av tolkningsmaterialet avgjøre hva avtalens innhold er. Tolkningsmaterialet vil alltid være usikkert i den forstand at partene jo er uenige om hvordan det skal forstås. I teorien kan tilfanget av tolkningsmidler være uendelig stort, men i praksis er det alltid begrenset. Avtaletolkeren må derfor skaffe seg oversikt over (det objektive) tolkningsmaterialet *i den konkrete saken*, og ved tolkningen må avtaletolkeren gjøre sine tolkninger av hva

---

<sup>478</sup> Omtrent de synspunktene som denne avhandlingen gir uttrykk for.

<sup>479</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, i forordet.

som er det troverdige (og subjektive) meningsinnholdet, basert på det den har tilgjengelig.<sup>480</sup>

Det er forskjell mellom tolkning i praksis og det å skrive om tolkning i teorien – det er for eksempel ulike ting som er vanskelig. Mens vanskelighetene i praksis går ut på å løse nettopp konkrete saker, kan teoretiske problemer enten bestå i hvordan teorien skal forholde seg til praksis (de vanlige fremstillingene), eventuelt hvordan teorien skal forholde seg til teorien (denne fremstillingen). Hvis målet med teorien er å *normere* den praktiske tolkningen (oppstille regler og retningslinjer for hvordan tolkning skal foregå), støter man på vanskeligheter hvis enhver tolkning alltid er konkret og individuell.<sup>481</sup> Man kan systematisere uante mengder rettspraksis, men neste tolkning vil jo uansett også være konkret, og dermed bare bli en brikke til i systematiseringen. En normering av tolkningen krever derfor at tolkningen *ikke* er konkret og individuell, men styrt av noe generelt.<sup>482</sup>

Den heftigste generelle normen vi opererer med, er «det objektive tolkningsprinsipp».<sup>483</sup> For at tolkningen ikke skal bli vilkårlig, ensidig, urettferdig og spekulativ, sies det at tolkningen må være objektiv.<sup>484</sup> Jeg er enig i at enhver tolkning må være objektiv ved at man må ta utgangspunkt i et objekt – en tolkningsgjenstand. Det gjelder enten vi har en avtaletekst, et muntlig utsagn, andre tolkningsdata, eller om så bare en gest å forholde oss til. Som mennesker tolker vi hele tiden. Når vi snakker til hverandre, vet vi aldri hva den andre har tenkt inne i hodet sitt; vi hører hva som blir sagt og gjør oss opp en mening. Subjektivt – objektivt – subjektivt. De to subjektive størrelsene kan aldri møtes, ikke i avtaletolkning og ikke i livet for øvrig.<sup>485</sup> En mening

---

<sup>480</sup> I teorien kaller vi det «tolkningsdata» eller «tolkningsmidler», mens man i praksis viser til «konkrete formuleringer i avtaleteksten», «e-post av 22. januar», «avtaleutkast01» eller «motparten protesterte aldri på min klients praktisering av varslingsregimet».

<sup>481</sup> Dette er tema i kapittel 5.

<sup>482</sup> Mer om tolkningens dilemma under i punkt 5.3.1.

<sup>483</sup> Slik det fremstilles i alle fall. Selv tviler jeg vel på at det har særlig påvirkning på praktisk tolkning, men et grep om teorien har det definitivt.

<sup>484</sup> Jeg nøyer meg her med å vise til Stangs uttalelser over i punkt 3.1, og henvisningene under i punkt 3.4.

<sup>485</sup> Se eksempelvis Hoffmann, *The Intolerable Wrestle with Words and Meanings*, s. 661: «(...) for the purpose of interpreting what other people say, we have no direct access to their subjective mental states, no window into their minds. The best we can do is to use the background against which the utterance was made, including our knowledge of the speaker, to the maximum extent that we can lay our hands on it. In the end, however, our interpretation is bound to be objective in the sense that it will be our best effort to construe what such a person, using those words against that background, would have meant. We may hope that our interpretation corresponds with his or her subjective intentions, but we cannot be sure.» Se også Kinander, *En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori*, s. 15-16: «Vi kan aldri vite helt eksakt hvilken mening og assosiasjoner en forfatter av en tekst har og gjør med de ordene han skriver, like lite som jeg kan vite *akkurat* hvilke

må alltid uttrykkes når den skal formidles, og tolkes når den mottas.<sup>486</sup> Sånn er det bare. Når vi tolker legger vi mening i uttrykket vi tolker. Vi kan aldri vite om det er den samme meningen som gikk *inn* i uttrykket som den vi tar med oss *ut*.<sup>487</sup> Men vi kan selvfølgelig ikke tolke hva vi vil inn i uttrykket, så ville det ikke være en tolkning, men en ren overkjøring. Vi må ta utgangspunkt i uttrykket, hva forteller det oss, hvilken sammenheng ble det uttrykt i, hva vet vi fra før, og så videre.

Med denne forståelsen følger erkjennelsen av at alt innhold vi tolker oss til er subjektivt, og det eneste vi kan tolke er det som fremkommer objektivt. Å tolke betyr i denne sammenhengen å tillegge *noe* en *mening*. Det vil igjen si at kombinasjonen av objektivt *og* subjektivt er sentral i tolkningsbegrepet. Avtaleparter ønsker å avtale noe (subjektivt), uttrykker det i en tekst (objektivt) og så tolker avtaletolkeren det (subjektivt).<sup>488</sup> For å se sånn på saken, kan man ikke være redd for ordet *subjektivt*. Og hvis man (som jurist) er redd for dette lille ordet, finnes det råd. Det korteste og enkleste rådet innebærer bare å godta at mennesker er subjekter, som handler (herunder også inngår avtaler) og som tolker. Hvis man (leseren) derimot insisterer på å opprettholde et skille, og noen (jeg) ønsker å overbevise om at skillet ikke treffer, innser jeg at det tar lenger tid å rede ut denne floken.<sup>489</sup>

---

forestillinger en jeg prater med, gjør seg når hun beskriver katten hun møtte på gaten. Jeg har en anelse, og jeg tror jeg forstår, men arbeidet med å danne en mening må jeg gjøre like mye selv hvis jeg skal være en deltager i hva man kan kalle et meningsfelleskap. Poenget er at mening ikke er noe som blir overlevert meg, noe jeg rent passivt mottar; jeg bidrar selv, uavhengig av om jeg er klar over det eller ikke. Enhver forståelse involverer dermed en anvendelse, hvor jeg søker å *gi* noe en mening.»

<sup>486</sup> Hvor vanskelig det enn kan være, se Nietzsche, *Den muntre vitenskapen*, nr. 244 «*Tanker og ord*. – Man kan heller ikke gjengi sine tanker helt i ord.»

<sup>487</sup> Se n. 485 over, og Bernt/Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, s. 166: «Ikke sjelden skjer det at mottageren tolker den språklige ytring *annerledes* enn avsenderen. Det har avsenderen egentlig ingen mulighet til å forhindre. Den eneste muligheten avsenderen har til å forhindre at hun eller han blir tolket på en annen måte enn det som var intensjonen, er å uttrykke seg på en slik måte at det ikke gir rom for andre tolkninger enn den som frembringer hans eller hennes mening bak utsagnet.» Men, sikker kan vi aldri være.

<sup>488</sup> For å sette det på spissen, kan eksempelet også lyde: Lovgiver ønsker å lovfeste noe (subjektivt), lovfester det i en skreven lovtekst (objektivt) og så tolker juristene det (subjektivt). Nå vil helt sikkert noen reagere og si at *lovgiver* ikke er et menneske og ikke kan ønske noe som helst, og ja, det er riktig nok det; *lovgiver* er et rettslig begrep og intet fysisk menneske, akkurat som at *avtalepart* også er et rettslig begrep som kan, men ikke trenger å knytte seg til et fysisk menneske. Om man absolutt vil, kan man i *lovgiver* og *avtalepart*, når denne eksempelvis er et aksjeselskap, ser for seg et sammensurium av subjektive tanker som er objektivt formidlet og igjen subjektivt mottatt av alle de som beskjefter seg med lovgivningen, men om man oppnår noen bedre forståelse for det rettslige tolkningsbegrepet med det, er vel heller tvilsomt.

<sup>489</sup> For den som allerede har forstått hva jeg forsøker å formidle, vil de neste undersøkelsene virke som unødige gjentakelser. Siden dikotomien objektivt og subjektivt møter oss over alt hvor det skrives om avtaletolkning, og går igjen i tema etter tema, kjenner jeg likevel på et behov for å fortsette undersøkelsene. Det kan jo være at dikotomien gir mening noen steder og andre ikke ...

## 3.4 Å tolke objektivt eller subjektivt

### 3.4.1 Enda en start

«De rettslige utsagn er ofte meget knappe og ikke sjelden uklare; mange ganger blir de formet av ukyndige og korttenkte mennesker. Det kan da bli en vanskelig oppgave å fastslå hva man skal legge i utsagnet og hvilke rettsfølger det skal få.»<sup>490</sup>

For å starte nøstingen fra en litt annen vinkel: Avtalefiksjonen er en meningsstørrelse man får tilgang til ved tolkning. Denne kan, på grunn av avtalefriheten, komme til uttrykk på mange måter. Går vi til litteraturen, ser vi at forfattere benytter forskjellig terminologi når det skrives om de ulike uttrykkene som brukes når det tolkes. Av forfattere som foretrekker ordet «tolkningsdata», som vel er det vanligste, har vi Huser, Haaskjold, og Samuelsson.<sup>491</sup> Ordet «tolkningsfaktor» benyttes blant andre av Giertsen som viser til Nygaard, som igjen ser ut til å sidestille «tolkningsfaktor» og «tolkningsmiddel».<sup>492</sup> Giertsen legger til at begrepet «‘tolkningsdata’ brukes med i hovedsak samme innhold» og viser i den forbindelse til Huser.<sup>493</sup> Woxholth skriver om «tolkningsmomenter».<sup>494</sup> Mens Stang og Høgberg holder seg til «tolkningsmidler».<sup>495</sup> Til en viss grad ser det ut som vi har med synonymer å gjøre, selvsagt med forbehold om at forfatterne kan legge litt ulikt innhold i begrepene.<sup>496</sup>

I utgangspunktet må, på grunn av formfrihetselementet i avtalefriheten, alt som er egnet kunne bidra i tolkningen når partsviljen (altså hva partene har avtalt, ikke hva de

---

<sup>490</sup> Se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 126.

<sup>491</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, s. 468: «Tradisjonelt opereres det med endel hovedkategorier av *tolkningsdata*.» Huser henviser igjen til Stang, Knoph og Selvig som også benytter «tolkningsdata». Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 191: «Vid tolkningen är vi bundna till kretsen av relevanta tolkningsdata.»

<sup>492</sup> Se Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 345, og Giertsen, *Avtaler*, s. 114 n. 190.

<sup>493</sup> Se Giertsen, *Avtaler*, s. 114 og s. 124.

<sup>494</sup> Se Woxholth, *Avtalerett*, s. 411. Arnholm ser ikke ut til sette en samlebetegnelse på forhold som kan ha innvirkning på tolkningen, men bruker også «tolkningsmoment» et sted, se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 132.

<sup>495</sup> Se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 453, og Høgberg, *Kontraktstolking*, s. 109 flg.

<sup>496</sup> Selv om det for så vidt kunne vært en interessant øvelse å sammenligne begrepsbruken, er det ikke dit denne undersøkelsen er på vei.

faktisk tenkte på) skal avgjøres.<sup>497</sup> Kall det tolkningsmiddel eller tolkningsdata eller hva som helst. Selv har jeg sansen for ordet «tolkningsmiddel» fordi det gir meg assosiasjoner til noe som kan brukes i en handling. Motsatt minner ordet «tolkningsdata» meg mer om noe som kan telles. Men, som beskrivelse av elementer i tolkningsprosessen, er vel det ene like godt som det andre.

Finnes det en avtaletekst – et objektivt uttrykk som er laget med *formål* å gi uttrykk for enigheten – er det naturlig å starte tolkningen der.<sup>498</sup> Når vi leser en avtaletekst, eller hvilken som helst annen tekst for den del, gjør vi oss opp en mening om innholdet i det vi leser.<sup>499</sup> Allerede den umiddelbare lesningen er en form for tolkning; vi kaller den ordlyden.<sup>500</sup> Enhver teori om avtaletolkning, fremhever avtaletekstens og ordlydens betydning.<sup>501</sup> Enten man er forkjemper for en såkalt objektiv tolkningsteori, eller, som meg, hevder tolkningstemaet er partsviljen, er avtaleteksten praktisk, faktisk og rettslig utgangspunkt for tolkningen. Praktisk fordi avtaletolkeren begynner med å lese teksten, faktisk fordi avtaledokumentet (også) representerer et faktum i saken og rettslig fordi avtalen er reglene som gjelder for rettsforholdet mellom partene.

I avtalerettsteorien problematiseres tidvis avtaletekstens rolle som både tolkningsgjenstand og tolkningsmiddel.<sup>502</sup> Tolkningsgjenstanden må da forstås som objektet som underlegges tolkning, og tolkningsmidlene redskaper som kan bidra ved tolkningen av objektet.<sup>503</sup> Ifølge Høgberg er det trolig fordi enkelte forfattere ønsker å skrive om tolkning generelt at skillet mellom tolkningsgjenstand og tolkningsmiddel

---

<sup>497</sup> Se også Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 340: «Heller ikke innenfor tolkningslæren er det noen tradisjon for å begrense det faktiske tolkningsmaterialet. Norsk tolkningslære har ingen klare relevanskriterier, slik at alle omstendigheter som kan kaste lys over hvordan partene i fellesskap mente å regulere sitt mellomværende, i utgangspunktet kan tas i betraktning. Grensen for hvilke argumenter som er relevante, problematiseres sjelden, og det er ikke noen tradisjon for å sette grenser for hvilke bevis som kan føres for å underbygge argumentene», med videre henvisning til Lilleholt.

<sup>498</sup> Se likevel domsanalysen i punkt 3.5 under.

<sup>499</sup> Se også Næss, *En del elementære logiske emner*, s. 23: «Det er vanskelig for oss norske å lese en norsk setning uten straks å danne oss et bilde av hva setningen uttrykker. Det er vanskelig, for ikke å si umulig, å innskrenke seg til å registrere lydene ved lesning. Prøv en gang!»

<sup>500</sup> Leser man teksten flere ganger, og i lys av konteksten, kan ordlydsforståelsen også endre seg – det er ingen konstant størrelse vi har med å gjøre.

<sup>501</sup> For å nevne noen: Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 131: «Utgangspunktet for tolkingen er selve det utsagn som foreligger», Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 195: «Det mest sentrale tolkingsdatum vil som regel være avtalens ordlyd», Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 106: «Orda partane har nytta, er normalt det viktigaste meterialet som kan tene til å fastlegge kontraktsvilkåra», og Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 350: «I all tolkning av skriftlige avtaler, må en anerkjenne at ordlyden er med på å forme hvilke berettigede forventninger partene kan ha på grunnlag av hverandres utspill. Ordlyden er jo det sentrale argument for forståelsen av vilkårenes innhold».

<sup>502</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 34. flg.

<sup>503</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 34 med videre henvisninger.

nærmest er forsvunnet fra tolkningslæren.<sup>504</sup> Videre, fortsatt ifølge Høgberg, har avtaler som er inngått skriftlig, muntlig eller ved konkludent adferd så lite til felles at en fellesbehandling blir upresis og lite interessant.<sup>505</sup> Siden Høgberg selv holder seg til tolkning av skriftlige kontrakter, mener han at det er mulig å operere med et skille slik at den skriftlige avtaleteksten er tolkningsgjenstand. Dermed forhindres visstnok også at begrepene tolkningsgjenstand og -middel ikke bare blir abstrakte størrelser.<sup>506</sup> Haaskjold på sin side problematiserer det forhold at ordlyden gis en særstilling ved tolkningen:

«Selv om ordlyden alltid står sentralt når avtaler skal tolkes, viser rettspraksis at avtalens ordlyd bare er en av flere faktorer som kan og skal tas i betraktning. Ved kontraktsinngåelsen oppstår avtalen mellom partene som et normativt abstrakt, og det er innholdet av dette som skal fastlegges ved tolking: Avtalens innhold fremkommer gjennom en avveining av de relevante tolkningsdata, og avtalens ordlyd er bare ett av disse. Dersom rettsanvenderen fokuserer på et skriftlig avtaledokument som «tolkningsgjenstand», mens de øvrige tolkningsdata bare er «tolkningsmidler», vil dette kunne lede til en uriktig avveining, og man vil dessuten kunne risikere å legge for store begrensninger på tolkningsprosessen.»<sup>507</sup>

Det er forskjell på *avtaleteksten* og *ordlyden*. Teksten har partene valgt, og den må respekteres ved at det er den som må tolkes. Men, hva vi får ut av teksten, ordlyden, er en annen sak. Ofte er den uklar i møte med et tolkningsspørsmål. Dessuten må enhver tekst (eller annet ytre uttrykk) være tolkningsgjenstand når det er akkurat denne teksten som tolkes. Det vil si at både avtaleteksten, og eksempelvis kommunikasjonen i forkant av avtaleinngåelsen, er tolkningsgjenstander når de respektive tekstene tolkes, og begge tekstene er tolkningsmidler når de benyttes som bidrag til tolkningsresultatet.<sup>508</sup>

At ordlyden likevel har en særstilling, mener jeg har sammenheng med at den er utformet med formål å gi uttrykk for partenes enighet. Ved skriftliggjøring av avtalen har partene brukt (skrift)språket til å fremstille enigheten.<sup>509</sup> Partene har villet skrive

---

<sup>504</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 35-36.

<sup>505</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 36.

<sup>506</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 37, som selv vurderer mulige innvendinger mot et slikt synspunkt.

<sup>507</sup> Se Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 196, med videre henvisninger til Stang og Høgberg.

<sup>508</sup> Språklig er det helt i orden om man noen ganger foretrekker å si at «dette er et (tolknings)moment i vurderingen», «sett i lys av dette tolkningsmiddelet» eller «tolkningsgjenstanden er uklar», uten at man med det tar stilling i noen teoretiske debatter om hva som skiller det ene fra det andre.

<sup>509</sup> Eller den som har formulert den for dem eventuelt.



ned enigheten sin, og det må avtaletolkeren respektere. Hvis det av tolkningen fremkommer at avtaleteksten ikke, eller ikke alene, gir et troverdig tolkningsresultat (avtaletolkeren kommer til at ordlyden ikke gir uttrykk for partsviljen) ja, så må tolkningsresultatet bli et annet. Men at det hører til sjeldenhetene hvis ordlyden er klar, er ikke underlig, nettopp på grunn av partsautonomien. Sånn sett, og med forbehold om at vi har et noe forskjellig syn på hva «partsviljen» er, er jeg enig med Høgberg når han skriver:

«Det å kunne underbygge at avtaleklausuler er utslag av partens omforente vilje på avtaleinngåelsestidspunktet, utgjør derfor et særlig vern mot fortolkning på tvers av ordlyden.»<sup>510</sup>

Kort oppsummert skulle tolkningsoppgaven kunne formuleres omtrent slik: Begynn med avtaleteksten hvis det finnes en, men vurder også andre uttrykk som kan gi bidrag til tolkningen.<sup>511</sup>

Så var det dette med objektivitet og subjektivitet da, for skal man tro på det man leser, er det snakk om to forskjellige øvelser man kan «velge» mellom.<sup>512</sup> Men, hvordan tolker man en avtale objektivt, i motsetning til subjektivt? Med den forståelsen for partsviljen og tolkningsbegrepet som legges for dagen i denne avhandlingen, synes det nok åpenbart at jeg har et problem med dette skillet.

---

<sup>510</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 156.

<sup>511</sup> «Det är aldrig försvarligt att låsa läsningen till ett enskilt uttryck», Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 18.

<sup>512</sup> Ikke at valget er fritt, men at det er to ulike muligheter som finnes tilgjengelig.

### 3.4.2 På leting etter forskjellen

«Motsætningen mellom subjektiv og objektiv fortolkning kan derfor ikke søges i modsætning mellem fortolkningsens mål (...). Al fortolkning tager sit udgangspunkt i tilkendegivelsen og søger at nå frem til intentionen. Forskjellen beror på de data, der tages i betragtning ved fortolkningen.»<sup>513</sup>

I et forsøk på å forstå hva som menes med objektiv og subjektiv tolkning, vil jeg ta utgangspunkt i påstander om at det *er* en forskjell, og se hvor langt jeg kommer.<sup>514</sup>

Påstand nr. 1: Det er forskjell på objektiv og subjektiv tolkning.

Eller det bør vel være forskjell, for ellers gir det ingen mening å skille mellom dem.<sup>515</sup> Alle er enige om at viljen som en faktisk-psykologisk størrelse, har ingen tilgang til. En subjektiv tolkning kan dermed ikke gå ut på å tolke viljen heller enn erklæringen. Man må eventuelt lete etter fysiske tegn for viljen, men også den objektive tolkningen handler om å tolke fysiske tegn. Hvis skillet mellom objektiv og subjektiv tolkning skal kunne opprettholdes, må forskjellen ligge et annet sted. Kan det handle om hvilke tolkningsmidler som benyttes ved henholdsvis den ene og den andre tolkningen?

Påstand nr. 2: Det er forskjell på objektive og subjektive tolkningsmidler.

---

<sup>513</sup> Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 143-144.

<sup>514</sup> Et par eksempler på slike påstander finnes i Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 140: «Det som er karakteristisk for det en vanligvis betegner som det 'objektive' tolkningsprinsipp, er først og fremst at det *ikke* er subjektivt.» Og Huser, *Avtaletolking*, s. 67: «Jeg vil kalle en tolkningsstandard for *subjektiv*, når den på en eller annen måte direkte foreskriver en søking etter den faktiske mening knyttet til ytringen av én eller flere parter. Tolkningsstandarden må altså direkte tilordne denne partsmeningen, det er ikke nok at den mening en standard genererer tilfeldigvis *faller sammen med* en faktisk partsmening. *Objektiv* er en standard i alle andre tilfelle, dvs. at den er ikke-subjektiv. Den person hvis mening søkes, er med andre ord da en annen enn de aktuelle avtaleparter.»

<sup>515</sup> Se sitat fra Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande*, s. 197, som er gjengitt ovenfor på s. 40.

Slik de fleste avtaletolkningslærene beskrives, deles ikke tolkningsmidlene opp i «objektive» og «subjektive».<sup>516</sup> Det vanligste, i Norge i alle fall, er å liste opp eksempler og typer av tolkningsmidler det kan ses hen til ved objektiv tolkning, eventuelt også ved subjektiv tolkning.<sup>517</sup> Ordlyden anses av alle for å være et objektivt tolkningsmiddel, eller i alle fall utgangspunktet for enhver objektiv tolkning.<sup>518</sup> Typiske tolkningsmidler som ellers anses for gangbare ved objektiv tolkning, er alt fra forhandlinger mellom partene og andre forhold rundt avtaleinngåelsen, etterfølgende opptreden og partenes forutsetninger, formål- og systembetraktninger og reelle hensyn til det glir over i utfyllingslandskap hvor også annet alminnelig rettsstoff kan benyttes.<sup>519</sup> Det meste ser det ut for. Noen ganger påpekes det at det er de samme tolkningsmidler som går igjen enten man søker partenes felles forståelse (også kalt intersubjektiv tolkning), eller foretar en objektiv tolkning.<sup>520</sup> Assosiasjonene ordene

---

<sup>516</sup> I teorien opererer forfatterne naturligvis med hver sine systemer, begrepsstrukturer og klassifiseringer. For en presentasjon av tre ulike skandinaviske rettsvitenskapelige tilnærminger se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 22-31, som gjennomgår og sammenligner Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 6. utgave, Bryde Andersen, *Grundläggande aftaleret* og Lehrberg, *Avtalstolkning*.

<sup>517</sup> Noen opererer med parts- og ikke-partsspesifikke tolkningsmidler, andre med individuelle og generelle. Se eksempelvis Huser, *Avtaletolking*, s. 468-469, som ramser opp «(...) tidligere forbindelse mellom partene, forutgående forhandlinger, avtaleutkast og andre forarbeider, etterfølgende opptreden osv. (...) Foruten slike individuelle fakta vil også opplysninger av mer generell art kunne være av interesse, alt fra opplysninger om verdenssituasjonen og de politiske, økonomiske og sosiale forhold på det aktuelle sted i den aktuelle tidsperiode til opplysninger av mer lokal karakter om bakgrunnsituasjonen.» Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 335 flg., skiller mellom «objektiv tolkning» og «partsspesifikk tolkning», hvorav sistnevnte «beror på argumenter utledet fra kilder som er spesifikke for avtaleforholdet», og førstnevnte «som i større grad bygger på argumenter fra kilder uten tilknytning til de konkrete partene», som for eksempel bakgrunnsrett og reelle hensyn, se s. 357-369. Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 195, skriver at hvis man ikke kan finne en felles forståelse, eller anvende godtrostandarden, må man: «(...) se hen til hva som kan utledes fra de foreliggende tolkningsdata. Med tolkningsdata mener vi de ytre forhold eller omstendigheter som kan eller skal tas i betraktning ved fastleggelsen av kontraktens rettsvirkninger», og deretter følger en gjennomgang av avtalens ordlyd, avtalesituasjonen, omstendigheter forut for avtaleslutningen, avtalens formål, vederlagets størrelse, partenes etterfølgende opptreden og kontraktspraksis.

<sup>518</sup> Henvisninger er overflødige her, se tidligere og etterfølgende noter samt punkt 3.4.3 under.

<sup>519</sup> Listen er laget som en potpurri etter Giertsen, *Avtaler*, s. 124 flg., Woxholth, *Avtalerett*, s. 411 flg. Andre begrenser utvalget av såkalte objektive tolkningsmidler, se mer straks under i punkt 3.4.3.

<sup>520</sup> Se eksempelvis Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 171, og legg merke til at han både ser viljen som et faktum og skiller tydelig mellom felles forståelse og objektiv tolkning, men samtidig mener at prosessene må ta utgangspunkt i de samme uttrykkene: «Hvorledes en part har oppfattet avtalen, er et psykologisk spørsmål, ikke et juridisk. En felles forståelse lar seg således bare påvise ved hjelp av ytre konstaterbare forhold. Man er henvist til å danne seg en oppfatning av hvordan vedkommende part har forstått avtalen på grunnlag av slutninger fra de foreliggende faktiske forhold. De kjensgjerninger som kan bidra til å kaste lys over hvordan en part har oppfattet avtalen, er langt på vei de samme som de tolkningsdata som får betydning når avtalens innhold skal fastlegges gjennom en objektiv fortolkning.» Det er ikke tilfeldig at Haaskjold kaller uttrykkene «tolkningsdata» når det er tale om objektiv tolkning, og «faktiske forhold» eller «kjensgjerninger» når det er tale om partenes felles forståelse, sistnevnte er nemlig et bevissspørsmål for Haaskjold, se s. 172: «De mest sentrale *bevismomentene* når en felles forståelse skal påvises etter norsk rett, vil ofte være

bringer med seg er likevel tydelige nok; objektive tolkningsmidler kan alltid benyttes, subjektive må man være mer varsom med, i alle fall i profesjonelle avtaleforhold, og særlig hvis hensyn til tredjemenn gjør seg gjeldende.<sup>521</sup>

Den som setter seg fore å rydde opp og komme med et skjema, en grense eller en liste som alle kan enes om, mistenker jeg tar på seg en evighetsoppgave som aldri kommer i havn. Men hva handler det om da, hvis det ofte er de samme tolkningsmidler som benyttes, og hvis det ikke går an å skille etter hvilke som er det ene og det andre? En frase som går igjen, er at objektive tolkningsmidler er de som er tilgjengelige for begge avtalepartene, i motsetning til subjektive som bare relaterer til den ene parten.

Påstand nr. 3: Objektive tolkningsmidler er de som er tilgjengelige for begge parter.

Om en visstnok tidligere forståelse av skillet mellom objektiv og subjektiv tolkning, skriver Høgberg:

«I mellomkrigstiden var bruken av ordene ‘subjektiv tolkning’ og ‘objektiv tolkning’ langt på vei stabil, slik at grensen mellom subjektiv og objektiv tolkning markerte en grense mellom de slutninger som kan gjøres på basis av de tolkningsmidler som er tilgjengelige for begge parter (‘objektivt tilgjengelige tolkningsmidler’), og de slutninger og forutsetninger som kun knytter seg til den ene parten. Denne bruksmåten av ordene, angir hvordan risiko skal deles ved dissens. Bruksmåten gir god mening om den relateres til tolkningsteoriene. Både viljesteorien og tillitsteorien er subjektive teorier ettersom de medfører at man i visse tilfeller vektlegger forhold som kun var tilgjengelige for den ene part (henholdsvis avgiver og mottager av det ‘dispositive utsagn’, ‘rettshandelen’ eller ‘viljeserklæringen’). I motsetning til disse subjektive teorier har vi erklæringsteorien,

---

forholdene ved avtaleinngåelsen og etterfølgende omstendigheter.» Pussig nok ser det likevel for Haaskjold ut som at de samme forholdene blir mer usikre dersom man søker partsviljen, enn om man foretar en objektiv tolkning, se s. 176: «Hvis partene har hatt en felles forståelse som faller sammen med en objektiv forståelse av ordlyden, kan man like gjerne tolke avtalen fremfor å bygge på mer usikre betraktninger om hva partene har ment.»

<sup>521</sup> Se eksempelvis Viggo Hagstrøm/Herman Bruserud, *Entrepriserett*, s. 175 (særlig om anbudskontrakter), Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 175: «For det første står hensynet til forretningslivets behov for sikekrhet og forutberegnelighet særlig sterkt i avtaler mellom næringsdrivende. Dette hensynet ivaretas naturlig nok best dersom tolkingen baseres på objektive momenter, slik som avtalens ordlyd. (...) For det andre vil hensynet til tredjemann gjøre seg gjeldende i kontraktsforhold hvor ulike tredjeparter må forholde seg til de avtalte rettigheter og forpliktelser. Dette vil typisk kunne være tilfellet ved avtaler om garanti- eller sikkerhetsstillelse, finansiering eller overdragelser. Også hensynet til tredjemenn fremmes best ved en objektiv tolking basert på avtalens tekst», Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, som argumenterer sterkt for objektiv tolkning i kommersielle kontrakter og Woxholth, *Avtalerett*, s. 412.

som sikrer mottagers berettigede forventninger på basis av utsagnet og de objektivt tilgjengelige tolkningmidler.»<sup>522</sup>

Høgbergs historiefortelling er imidlertid uten kilder, hvem som har hevdet at det er helt i orden å legge vekt på tolkningsmidler som ikke var tilgjengelige for begge, vites ikke.<sup>523</sup> Det er historien om den urettferdige viljeteorien som gjentas, og man kan nesten ikke annet enn å riste på hodet av de hodeløse viljeteoriene som tydeligvis tillot hva som helst på bekostning av den andre partens interesser.

Men som vi har vært inne på tidligere, er det først når objektivismen oppstår, at den angivelige distinksjonen mellom objektiv og subjektiv tolkning også oppstår (og den ser ikke ut til å slippe taket så lett).<sup>524</sup> Før det var det bare tolkning – man skulle finne frem til partsviljen ved å tolke erklæringen, eller hvilket som helst uttrykk viljen kom til uttrykk på.<sup>525</sup> Å tolke tolkningsmidler som ikke var en del av avtalen (avtaleutkast som aldri ble sendt, setninger som aldri ble sagt, forslag som aldri ble delt), ble antakelig avskåret (eller eventuelt tillatt, hva vet jeg) med helt andre begrunnelser enn at de var subjektive eller objektive.<sup>526</sup> Når objektivistene postulerer at man (nå ved objektiv tolkning) bare kan se på tolkningsmidler som var tilgjengelige for begge parter, kan de like gjerne ha slått inn åpne dører.

Ta for eksempel den gamle maksimen, *falsa demonstratio non nocet*, og de tilhørende og velkjente eksemplene med avtalepartene som i avtalen skrev biblioteket, men mente vinkjelleren, eller de som skrev håkjerringkjøtt og mente hvalkjøtt; alle

---

<sup>522</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 100.

<sup>523</sup> Men at denne historien fortelles av flere, vet vi, se eksempelvis Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 144: «Den subjektive fortolkning er den, der medtager et hvilket som helst forhold, der er i stand til at belyse meningen, specielt alle personlige og faktiske omstændigheder i forbindelse med ytringens tilblivelse og fremsættelse. Den objektive fortolkning derimod begrænser de relevante data til dem, der er kendelige for modtageren i den situation i hvilken han oplever ytringen.»

<sup>524</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 224: «Den vetenskapliga diskussionen kring tolkningsfrågorna är till exempel fortfarande hårt präglad av de mönster som växte fram i samband med viljeteorins kollaps under det sena artonhundratalet. Striden mellan subjektivism och objektivism blev i tolkningsläran till den på många sätt förvirrande motsättningen mellan subjektiv och objektiv tolkning, och denna saknar, såvitt jag kan se och så som ofta framhållits, strängt taget helt praktiska implikationer. Ialltfall har, mig veterligen, ingen lyckats visa att denna den akademiska tolkningslärans kardinalfråga egentligen har någon bäring på det faktiska tolkningsförandet i domstol. Problemet tycks endast kunna förstås som en konflikt mellan vetenskapliga ideologier, eller snarare, numera, som det bleknande minnet av en sådan konflikt.»

<sup>525</sup> Se tidligere uttalelser fra Ørsted s. 65, Hallager s. 1 og 72, og Hagerup s. 71 (i sitat fra Stang).

<sup>526</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 224 n. 224, kaller det en *dårlig* tolkning dersom man legger vekt på et tolkningsmiddel som bare var tilgjengelig for den ene parten, og mener nok definitivt ikke at det har å gjøre med at tolkningen er objektiv i motsetning til subjektiv.

handler de om det samme – at det er enigheten som teller uansett hvordan den fremgår.<sup>527</sup> Poenget er likevel at enigheten må fremgå på en eller annen måte:

«Någoting har sagts och gjorts, i ett visst sammanhang, och det är i regel allt. Till och med maximen *falsa demonstratio non nocet* – som ofta antas vara det tydligaste uttrycket för den klassiska viljesbaserade synen på tolkningen i nu gällande lära – förutsätter för sin tillämpning ett objektivt konstaterbart tolkningsunderlag, som är lika synbart, och potensiellt sett lika ägnat att inge tillit, som det mest standardiserade och välspredda allmänna villkor.»<sup>528</sup>

Så klart må man ha noe å bygge resonnementet på – at noen skulle mene at «viljeorientert» eller «subjektiv» tolkning beror på spekulasjoner om skjulte indre tankeprosesser, står kun å lese i motstandernes beskrivelser. At man også trenger objektivt tilgjengelig materiale for å komme frem til en fellespartsvilje, er en erkjennelse blant annet Inger B. Ørstavik gjør seg i et av de nyeste bidragene til norsk avtaletolkningsteori, *Prinsippet om objektiv tolkning*. Ørstaviks skille går ut på om tolkningen er partsspesifikk eller ikke, som fører til at letingen etter en felles partsoppfatning, ligner mye på andres beskrivelser av objektiv tolkning:

«Det å finne frem til en felles partsoppfatning (...), er derfor også et spørsmål om tolkning. Innenfor et objektivt tolkningsprinsipp er tolkningens mål å fastlegge hvordan partene med rette kunne oppfatte kontraktsmotpartens utspill. Spørsmålet om partene hadde en omforent oppfatning om en forpliktelse (...), er da ikke et spørsmål om den subjektive meningen hos hver av partene, men et spørsmål om hvilken berettiget forventning hver av partene kunne ha på grunnlag av kontraktsmotpartens utspill.»<sup>529</sup>

---

<sup>527</sup> Dersom det på en eller annen måte fremgår at partene har ment noe annet enn de har skrevet, gjelder det de har ment. Det følger egentlig direkte av ideen om avtalefiksjonen – partene står fritt til å bli enige og hvilken måte de skal bli enige på – og det er enigheten man skal tolke seg frem til. Om eksemplene se Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 129-130, Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 190, Giertsen, *Avtaler*, s. 49, Woxholth, *Avtalerett*, s. 407, og dessuten, (etter et tilfeldig google-søk), Ziegler, *Der subjektive Parteiwille*, s. 45.

<sup>528</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 225-226.

<sup>529</sup> Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 335. Se også Giertsen, *Avtaler*, som på s. 116 er inne på noe av det samme, og viser dessuten også til sammenhengen med spørsmålet om binding: «Som argumentasjonsmåte vil det ofte være kunstig å avgjøre først om avtalen skal tolkes subjektivt eller objektivt, og deretter fastlegge partenes plikter. Problemstillingen kan i stedet formuleres på tilnærmet samme måte som ved tolking av partsutsagn for å finne om en part er bundet – dvs. hva som er den rimelige forståelsen, eller den mest nærliggende forståelsen, alle forhold tatt i betraktning.»

For en som meg, som ser på partsviljen som tolkningstemaet, er det en selvfølge at man, på bakgrunn av materialet som foreligger, tolker seg frem til en felles partsoppfatningen. Sånn sett har jeg sansen for det grepet Ørstavik gjør her. Motsetningen mellom subjektive meninger og objektive forventninger, er likevel for meg fortsatt forvirrende.<sup>530</sup> Subjektiv tolkning finnes stadig som begrep hos Ørstavik, men ifølge henne (som så mange andre) er det kun testamenter og ensidig rettsstiftende erklæringer som kan tolkes subjektivt, «uten noen vekt på hvilke berettigede forventninger en annen part får ved lesning av dokumentet».<sup>531</sup> En slik forståelse samsvarer for så vidt med en tanke om at tolkningsmidler må være tilgjengelige for å kunne brukes ved en «objektiv» avtaletolkning (som svar på påstanden som undersøkes her). Men, det er likevel noe jeg ikke helt får til å stemme, og det er (det underforståtte) likhetstegnet mellom *tilgjengelig for begge parter* og *objektivitet*, motsatt skulle *tilgjengelig for den ene* og *subjektivitet* henge sammen. Og det er ikke bare semantikken som skurrer.<sup>532</sup>

For å ta et «utpreget subjektivt» eksempel – testamentstolkning: At tolkningsmidlene ved testamentstolkning ikke på forhånd trenger å være tilgjengelige for de tilgodesette i testamentet, har ikke med at testamentstolkningen foregår mer subjektivt å gjøre, bare at meningen med testamentet kun uttrykkes av testator og ikke ved to overensstemmende viljeserklæringer, slik enhver avtaledefinisjon forutsetter. Når det sies at testamenter skal tolkes subjektivt, er det derfor like misvisende som ellers, hvis man med det mener at det er selve *viljen* som skal tolkes. En nevrologisk jakt på viljen inne i hodet på testator på det tidspunktet testamentet ble skrevet, er åpenbart ikke mulig; testators faktisk-psykologiske vilje har vi like lite tilgang til som noen annens vilje.<sup>533</sup> Her også må det tas utgangspunkt i testamentet og eventuelle andre objektive tolkningsmidler.<sup>534</sup> At det kan bli tale om andre, «utilgjengelige»

---

<sup>530</sup> Selv om man altså ikke skal søke partenes subjektive mening (for å finne en felles partsoppfatning), men deres respektive berettigede forventninger til hverandres opptreden, stiller Ørstavik likevel, i forbindelse med vurderingen av bruken av forarbeider til standardkontraktene, spørsmålet om «forhandlernes mening [kan] supplere partenes mening» ved objektiv tolkning, se Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 364. Helt klok på hva Ørstavik legger i ordet mening, blir jeg ikke.

<sup>531</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 76 n. 131, Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 336 n. 18, med videre henvisninger. Se også Giertsen, *Avtaler* 3. utgave, s. 49, Woxholth, *Avtalerett*, s. 406, Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 140, Mæhle/Aarli, *Fra lov til rett*, s. 316, for å nevne noen.

<sup>532</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 226 n. 594, som gjør oppmerksom på at «[v]i får med andra ord inte blanda i hop det subjektiva (i bemärkelsen det individuella) med det subjektiva (i bemärkelsen det inre, det psykiska).»

<sup>533</sup> Når testamentstolkning kommer på tale, er dessuten som regel testator død.

<sup>534</sup> Enten det er i form av dagboknotater, vitneførsel eller hva som helst.

tolkningsmidler, og at de som er tilgodesett i testamentet har en annen rolle enn avtaleparter i et gjensidig kontraktsforhold, har med testamentets egenart som ensidig «viljeserklæring» å gjøre.

For avtalenes vedkommende vil et potensielt tolkningsmiddel som bare er tilgjengelig for den ene parten, sjelden være noen *erklæring* av viljen, og derfor heller ikke noen del av avtalen. Å binde seg til en avtale, er å binde seg til et innhold; en vilje som aldri er erklært, har ingen bindende kraft. Ingen, ikke en gang den slemmeste viljeteoretiker, mener at man kan binde seg med tankens kraft.<sup>535</sup> Det er rimelig anstrengt å anse et avtaleutkast skifte fra å være et subjektivt tolkningsmiddel hvis det ikke ble sendt til motparten, til å bli et objektivt et hvis det ble sendt. Jeg vil vel heller si at det hører med til sjeldenhetene at det har forekommet en erklæring av viljen, dersom den ene avtaleparten ikke faktisk erklærte den for den andre på noe vis.<sup>536</sup>

La oss likevel anta da at de objektive tolkningsmidlene er de som er tilgjengelige for begge parter.<sup>537</sup> Har vi funnet ut hva som skiller en objektiv fra en subjektiv tolkning? Holder det at tolkningsmidlene er tilgjengelige – er ordet objektivt overflødig? Ja, for min del må vi bare la det forbli et blekt minne fra teorikampene, men det ser ikke helt slik ut i teorien.

Påstand nr. 4: Noen objektive tolkningsmidler er mer objektive enn andre.

I Ørstaviks fremstilling er de tolkningsmidlene som ikke har partstilknytning mer objektive enn de som har det, hun skriver om en «objektiv slagside».<sup>538</sup> Tolkningsmidler med partstilknytning (individuelle) får straks et subjektivt preg over

---

<sup>535</sup> Da må man nok et godt stykke ut i religionen for å få gehør.

<sup>536</sup> Når det er sagt, kan det selvfølgelig ikke prinsipielt avvises at også «utilgjengelige» tolkningsmidler kan komme på tale. Datteren min og jeg avtaler for eksempel at hun kan få den tredje tingen som står på ønskelisten hennes uten at jeg har sett listen. Selvsagt er ønskelisten et høyaktuelt tolkningsmiddel selv om det var utilgjengelig for meg da avtalen ble inngått. Også andre, mer «rettslige», tilfeller kan tenkes. I en bilhandel kan selgeren ha vært kjent med hvordan kjøperen forsto avtalen, og tilkjennegitt dette til kompanjongen, men når tvisten kommer opp, nekter han og hevder at egen forståelse skal legges til grunn. Så klart vil vitnesbyrdet til kompanjongen kunne være relevant. Å avvise et slikt «tolkningsmiddel» fordi det var «subjektivt» eller «ikke tilgjengelig for begge parter ved avtaleinngåelsen», tror jeg ikke noe på.

<sup>537</sup> Hvorvidt tolkningsmidlene i enkelte tilfeller også må være tilgjengelige for andre enn avtalepartene problematiseres litt videre nedenfor i punkt 3.5.

<sup>538</sup> Tematikken går igjen i hele artikkelen som avsluttes med: «Den objektive delen av tolkningen kjennetegnes ved et 'overskudd' av objektive tolkningsargumenter – tolkningen har en 'objektiv slagside'», se Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 381. Når det gjelder Ørstaviks hovedskille, mellom parts- og ikke-partsspesifikk tolkning, minner det ikke rent lite om skillet mellom tolkning og utfylling slik det tidvis fremkommer i teorien, se mer under i kapittel 4.



seg idet de objektive tolkningsmidlene er de man kan finne i en viss distanse fra avtalepartene (generelle). For Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud er det særlig system- og formålsbetraktninger og andre reelle hensyn, som i tillegg til ordlyden, benevnes som objektive.<sup>539</sup> Amund Bjøranger Tørum skriver at:

«(...) kommersielle kontrakter skal tolkes ‘objektivt’, dvs. med adskillig vekt på hva som følger av en naturlig forståelse av ordlyden (...).»<sup>540</sup>

Fordi tolkning «må» være objektiv, blir ordlyden det sikreste holdepunktet når prinsippet settes på spissen. Høgberg ser ut til å spore en tendens som nettopp går ut på en mer tekstlojal tolkning:

«Det er både i moderne og rettslig praksis og teori tilløp til å bringe denne (høyst kontekstavhengige) privilegiering av kontraktens ordlyd ut av sin opprinnelige kontekst, og også la den virke i tilfeller der elementer utenfor ordlyden ville vist at partene eventuelt var *enige* om noe annet. I så fall snakker vi om en særlig kvalifisert form for tekstbasert tolkning i forhold til den klassiske bruk vi for eksempel finner hos *Stang*. Dette prinsippet er snarere et angrep på grunnprinsippet om at kontrakter skal tolkes i samsvar med hva partene mente (selv om dette måtte ha kommet til uttrykk på en objektivt misvisende måte), enn en form for risikofordeling ved dissens. Motstykket til denne form for ‘objektiv tolkning basert på kontraktens ordlyd’ er ikke nødvendigvis subjektiv tolkning, men ‘objektiv tolkning’ basert på tolkningsmidler utenfor teksten.»<sup>541</sup>

Jeg tror han har rett i at forståelsen av hva som *ligger* i begrepet «objektiv tolkning», eller rettere sagt, hva vi som jurister *legger* i begrepet, tidvis kan være nærmere «objektiv tolkning basert på kontraktens ordlyd» enn en tolkning som også baserer seg på tolkningsmidler utenfor teksten.<sup>542</sup> Her tror jeg teorien må ta på seg mesteparten av skylden fordi rettsvitenskapen har insistert på å dyrke en såkalt «objektiv» tolkning.

---

<sup>539</sup> Se Hagstrøm/Bruserud, *Entrepriserett*, s. 175.

<sup>540</sup> Amund Bjøranger Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 199. På s. 213 påpekes at en objektiv tolkning «ikke [er] begrenset til kontraktens ordlyd», og dermed ikke er en bokstavitolkning. En påstått felles forståelse som avviker fra objektiv tolkning, må det imidlertid føres klare og begivenhetsnære bevis for, se s. 215-216.

<sup>541</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 100. Høgberg bruker deretter flere sider på å analysere det han mener er et eksempel på en slik kvalifisert form for objektiv tolkning, Rt. 2002 s. 1155.

<sup>542</sup> Selv utelukker ikke Høgberg bruk av tolkningsmidler utenfor teksten, tvert imot, den intensjonale tolkningsstilen rommer alt objektivt materiale som kan gi uttrykk for intensjonalitet, se Høgberg, *Kontraktstolkning*, kapittel 4, hvor det på s. 113 står: «Felles for de ulike relevante tolkningsmidler ved anvendelsen av en intensjonal tolkningsstil ved fortolkning av skriftlige kontrakter, er at de er egnet til å kaste lys over hva partene kan ha ment med avtalen. I dette ligger det at det enkelte tolkningsmiddel (eller tolkningsdatum) må ha en konkret partstilknytning.»

Noe må det jo bety, hvorfor ikke å holde fast i teksten (den kalde harde ordlyden) heller enn å ta inn hele bildet? For å stramme skruen enda et hakk; heller ikke ordlyden går fri for objektiviseringsiveren. Noen av de vanligste utsagnene som forbindes med objektiv tolkning, er nemlig at en objektiv tolkning innebærer at *ordlyden skal tolkes objektivt* og at det *avgjørende er ikke partenes subjektive mening, men hvordan en objektiv referanseperson ville forstått ordlyden*.<sup>543</sup> Og letingen etter hva som skiller en objektiv og en subjektiv tolkning fortsetter.

### 3.4.3 Ytre uttrykk for indre mening

«Språkbruken varierer innenfor grenser som ikke språkforskerne makter å ha nøyaktig kjennskap til.»<sup>544</sup>

At avtalen (eller ordlyden) skal *tolkes objektivt*, viser ikke til hvilket tolkningsmiddel som benyttes, men *hvordan* vi tolker, og forutsetter at det er mulig for avtaletolkeren å velge enten å gå objektivt eller subjektivt til verks.<sup>545</sup> For at det skal være mulig å foreta en *objektiv (ordlyds)fortolkning*, må den kunne kontrasteres mot det motsatte, en *subjektiv (ordlyds)fortolkning*.<sup>546</sup> Ordlyden skal tolkes på *denne* måten, *ikke denne*. Hvis ikke betyr det ingenting at ordlyden skal tolkes objektivt.<sup>547</sup> Forfekter man en objektiv tolkningsteori, fremheves ofte at det ikke er hva partene *faktisk har ment* med ordene som er avgjørende, men hvordan ordene *vanligvis forstås* – og det er dette som skal gjøre tolkningen *objektiv* i motsetning til *subjektiv*. Huser beskriver det slik:

---

<sup>543</sup> Et eksempel fra entrepriseretten: Tore Sandvik, «*Entreprenørrisikoen*», s. 225 skriver: «Det kan muligens hevdes at hvor kontrakten er istandbrakt ved en åpen anbudskonkurranse, må dette av hensyn til likhet i konkurransevilkårene betinge en objektivisering av tolkningen, ved at en fraviker det vanlig gjeldende prinsipp om at tolkningen skal være individuell og baseres på hva de aktuelle kontraktsparter legger i det anvendte uttrykk.»

<sup>544</sup> Næss, *En del elementære logiske emner*, s. 12.

<sup>545</sup> Haaskjold, *Kontraktforpliktelse*, s. 198, skriver eksempelvis om «en objektiv bedømmelse av vedkommende erklæring», og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 347, skriver om «å finna den objektivt sett rimelege og fornuftige mening i den aktuelle avtalen».

<sup>546</sup> «Hur kan det finnas någonting objektivt (i avtalsrätten), om det inte finns någonting subjektivt (i avtalsrätten)?», se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 429.

<sup>547</sup> Og det er egentlig poenget mitt.

«Den normale standard, dvs. at den mening søkes, som en 'normal' utenforstående person med 'normal' eller 'alminnelig' språkbruk som hos folk flest ville tilordne partsytringen.»<sup>548</sup>

Et hovedpoeng ser ut til å være å distansere seg fra avtalepartene i det konkrete avtaleforholdet, og heller søke det *normale*, det *vanlige* og dermed også det *objektive*. I 1935 stiller Stang spørsmålet:

«H a r o r d e n e e n o b j e k t i v b e t y d n i n g ? S å u n d e r l i g d e t e n n k a n h ø r e s u t h a r d e t t e s p ø r s m å l e t v æ r t o m t v i s t e t , o g t v i s t e n o m d e t h a r s p i l l e t i n n o g s å i d e n r e t t s v i d e n s k a p e l i g e t e n k n i n g .»<sup>549</sup>

Ifølge Stang har det skjedd en utvikling i språkvitenskapen som får betydning for rettsvitenskapen. Mens språket tidligere ble oppfattet som et individuelt fenomen, noe som fikk sterk tilslutning fra romantikere og tilhengere av viljesdogmet, gikk utviklingen, særlig i den franske språkskole, i retning av å betone dets sosiale karakter slik at:

«I nutiden se man altså i sproget et fastslått tegnsystem, hvor tegnene betyr det samme for enhver som behersker sproget. Det er dette almene som utgjør sproget. De individuelle avvikelser fra det almengyldige ligger utenfor sproget – del av det blir de først hvis de etterhånden optas av mange. Denne nye opfatning av sproget trer støttende inn for de objektive teorier i rettsvitenskapen.»<sup>550</sup>

Det er klart at hvis ordene har en allmenn, objektiv mening som er den samme for enhver som benytter seg av språket, må det bero på en eller annen form for regler.<sup>551</sup> De reglene man da lener seg mot, er ikke de juridiske, men de språklige. Tidvis kan vi

---

<sup>548</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 68. Se også på s. 457 om resultatet av en objektiv tolkning: «Sluttproduktet blir da den 'naturlige' eller 'objektive' forståelsen av avtalen.» Objektiv ... forståelse, ser det ikke litt pussig ut? En forståelse må nødvendigvis være knyttet til et subjekt. Objektiv skulle nesten tilsi den forståelsen som bare ligger der i ordlyden, utolket.

<sup>549</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave s. 450. Jeg kjenner ikke til den franske språkvitenskapen på det tidlige 1900-tallet, men har ingen grunn til å betvile de strømmingene Stang viser til. Det er heller ikke meningen å bruke nyere språkvitenskap, som Stang naturligvis ikke kunne kjenne til, mot ham. Men at man, da eller nå, kan bruke språkvitenskap til å verifisere eller falsifisere rettsvitenskapelige program, stiller jeg meg skeptisk til.

<sup>550</sup> Se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 451.

<sup>551</sup> Hvis ord x, så betydning y.

lese i avtalerettslitteraturen at tolkning egentlig er en *ujuridisk* øvelse, fordi den baserer seg på språkbruksregler, psykologi, logikk, og ikke rettsregler.<sup>552</sup> Høgberg skriver:

«Man kan således skille mellom tekst og ordlyd: Med ‘avtalens ordlyd’ forstås gjerne den umiddelbare betydningen av avtaledokumentets tekst etter alminnelige språknormer. Termen ordlyd må nærmest betraktes som et juridisk kunstuttrykk, ettersom den består av en syntese mellom det faktisk fremsatte språklige uttrykk og de språklige normer.»<sup>553</sup>

Dersom ordlyden er en syntese mellom tegn og språknormer, skulle vi ikke trenge jurister til ordlydsfortolkningen. Det ville nær sagt vært en fordel om for eksempel en språkviter tok seg av den delen av jobben.<sup>554</sup> Ett (av veldig mange) problem med slutningen at ordlyden er en syntese mellom tegn og språknormer, er at språkvitenskapen, som alle andre vitenskaper, selvsagt har sin egen teori og praksis, sine egne paradigmer, og slett ikke er en enhetlig størrelse som rettsvitenskapen automatisk kan trekke på.<sup>555</sup> Selv ikke de enkleste språkbruksreglene, som «alle kan enes om», kan foreta en avtalerettslig ordlydsfortolkning, det er det bare mennesker som kan gjøre.<sup>556</sup>

Et eksempel: En ungdom som går i kiosken og spør etter «cola», får antakelig en brus, mens en ungdom som banker på døra på nattklubben og spør venninnen sin om hun også kan få «cola», antakelig får noe helt annet.<sup>557</sup> Det hjelper ikke hva de alminnelige språkbruksreglene forteller oss, alt avhenger av situasjonen. Når det er sagt, er det klart at avtaleparter må forstå hverandres språk, det er begrenset hvilke kontrakter

---

<sup>552</sup> Se eksempelvis Ussing, *Aftaler*, s. 227, hvor slike synspunkter uttrykkelig uttales og Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 118 flg. hvor språknormenes betydning fremheves. Se for øvrig mer om dette i kapittel 4, særlig punkt 4.1.3.

<sup>553</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 38-39, se også s. 118 flg.

<sup>554</sup> Eventuelt i tillegg til en psykolog til å vurdere hvilken partsvilje som egentlig forelå og en logiker til å analysere sammenhengen i teksten. Så kunne juristen kommet på banen når de *juridiske* implikasjonene skulle vurderes. Det ville vel i realiteten bety ved en eventuell utfylling med bakgrunnsretten. Eller? Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 444 n. 1269, oppfordrer: «Fråga inte en mikrobiolog vad culpa är ... eller gör det, för all del. Men, skulle man inte kunna fråga t ex en *psykolog* vad (parts)vilja är? Visst, men svaret kommer i en viss mening inte att gälla avtalsretten.»

<sup>555</sup> For en innføring i språkvitenskapens teori, metode og faghistorie, se Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, og Asdal m.fl., *Tekst og historie*, for en rekke undersøkelser omkring språk og tekst sett fra ulike humanistiske ståsteder. Ikke overraskende har også språkvitenskapen sine historiske kamper, arr etter disse, bestående motsetningsforhold og forsøk å på forsoningsprosesser.

<sup>556</sup> Å konstatere at en tekst har et gitt innhold, er egentlig et ganske formalistisk synspunkt, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 96.

<sup>557</sup> Ideen til eksemplet har jeg hentet fra Holmberg, *Tolkning och avtalslut*, s. 22 flg., som igjen er inspirert av Lord Hoffmann, *The Intolerable Wrestle with Words and Meanings*, s. 658.

som kan inngås non-verbalt, og selv da kreves det en form for språk.<sup>558</sup> Poenget er bare at det ikke er nok å kunne språket, det er ikke reglene i språket som tolker avtalen, det er avtaletolkeren. Med en lignende begrunnelse, tar også Høgberg avstand fra at tekstens mening er en objektiv størrelse:

«Selv ikke tekstens mening kan sies å være objektiv, i den forstand at teksten ikke kan utlegges uten å trekke inn tekstanvenderens subjektive forhold. I denne forstand kan man si at det subjektive og det objektive er uløselig forbundet og at grensen mellom dem blir tilsvarende ustabil.»<sup>559</sup>

Så kan det innvendes at det tolkende subjektet, avtaletolkeren, må *anvende* språkbruksreglene når hen tolker, og at en slik tolkning da blir en objektiv ordlydsfortolkning.<sup>560</sup> Ja, avtaletolkeren anvender naturligvis språket, og i den forstand også de «reglene» for språket som måtte ligge innbakt i det.<sup>561</sup> Jeg vil likevel hevde at det ikke er reglene som styrer tolkningen. For det første må avtaletolkeren ha et tolkningsspørsmål som skal løses. Avtalen som tolkes, skal besvare dette konkrete spørsmålet og selv ikke den første lesningen av teksten kan fristilles fra den overordnede oppgaven.<sup>562</sup> Vi har et problem: Spørsmålet er hvordan avtalen løser dette problemet, og hva avtaleteksten sier om løsningen av problemet – ikke, hva språkbruksreglene sier om dette problemet. Jeg mener derfor at tolkningen i aller høyeste grad er juridisk fordi den er ledd i å løse et juridisk problem. At tolkningen ikke er regelstyrt, fratar den ikke en rettslig karakter. Jus er mer enn regler, det er også

---

<sup>558</sup> For eksempel kroppsspråk.

<sup>559</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 103. Selv ville jeg kanskje sagt «tilsvarende stabil».

<sup>560</sup> Se refleksjoner i Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 76, om hvordan språket fungerer i et språkfelleskap: «Medlemmene av et språkfelleskap må være noenlunde enige om forholdet mellom språkkomponentenes form og betydning. Det er et mysterium hvordan denne implisitte kontrakten egentlig oppnås, tatt i betraktning de store variasjonene mellom individer (for eksempel i uttale), mellom ulike sjangere, og ikke minst det faktum at språket hele tida endrer seg. Kontrakten er jo nemlig ikke stabil, men reforhandles hver eneste gang medlemmene av et språkfelleskap kommuniserer.» Selv om språkets finurligheter ikke lar seg forklare, er det jo likevel slik at vi kan forstå hverandre. Noen former for «regler», eller «overenskomster» om språket, må det finnes, se samme sted: «Det er vanskelig, kanskje umulig, å kommunisere hvis vi ikke kejnner overenskomstene om språktegnene.» Når det er sagt, det er langt fra sikkert av vi som jurister bør ta med vår forståelse av «regelbegrepet» inn i språkvitenskapen.

<sup>561</sup> Uten at jeg med det mener å ta stilling til karakteren av slike eventuelle regler, jeg er ingen lingvist.

<sup>562</sup> Som eksempelet med «colaen» viste. Mulige tolkningsspørsmål kan være: «Hvilken drikk bestilte egentlig ungdommen på kiosken?» eller «Hvilket rusmiddel ønsket ungdommen å få tak i?» Er det språkbruksreglene som gir svaret? *Reglene* sier vel bare at ordet kan bety to forskjellige ting alt etter som. Jurister liker godt å komme med eksempler som dette. Woxholth bruker ordet «sats» som har mange ulike betydninger, se Woxholth, *Avtalereett*, s. 414-415. Det klassiske eksempelet er ofte ordet «skog», se blant andre, Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 10. utgave, s. 164.

metode, herunder tolkning generelt og avtaletolkning spesielt. Men nå skriver jeg meg bort her. Tilbake til saken.

Ingen skriver noe om hvordan en subjektiv tolkning av ordlyden skulle foregå – mener man syensing? Eller tenker man seg at en parts forståelse ukritisk legges til grunn – den som oppgis når tvisten er en realitet? At hver side i en tvist får komme med sine argumenter (sin tolkning) for hvordan avtaleteksten skal forstås, er selvsagt.<sup>563</sup> Men avtalepartenes tolkninger av teksten i etterkant, når tvisten kommer opp, er bare tolkninger blant andre mulige tolkninger:

«För det fall att en författare yttrar sig om sina egna, i text uttryckta, avsikter, gör han sig till sin egen exeget, och har som sådan inget principiellt försteg framför andra uttolkare. Innebörden er textens, vilket betyder att tolkningen angår den i texten uttryckta avsikten – inte den som författaren vill dra sig till minnes att han hade vid tillfället.»<sup>564</sup>

Hvis subjektiv bare betyr en tilfeldig (eller ellevill) tolkning, er det jo ingen tolkning i det store og hele, og derfor heller ingenting å holde opp mot den objektive tolkningen.<sup>565</sup> I stedet for å utdype hva som menes med en subjektiv tolkning, bortsett fra bare å legge til grunn hva den ene parten måtte mene i etterkant, fokuseres det på hvordan man ser for seg at en objektiv tolkning skal foregå. I streben etter å komme seg fri fra avtalerettens iboende subjektivitet, har teorien oppstilt en objektiv referanseperson som (tilsynelatende) skal sørge for at meningsinnholdet ikke tilskrives noen ekte subjekter. Haaskjold skriver eksempelvis:

«Det sies gjerne at ordlyden skal tolkes ‘objektivt’. Med dette menes at man skal tillegge utsagnet den betydningen som en adressat rimeligvis vil komme frem til om han leser ordlyden.»<sup>566</sup>

Ja visst bør ordlydsfortolkningen gi uttrykk for en rimelig forståelse av ordene. Vi kjenner det også igjen som «en alminnelig språklig forståelse», «en naturlig språklig

---

<sup>563</sup> Prosessrettslige regler sørger for det.

<sup>564</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 159.

<sup>565</sup> Forskjellen vil i så fall bli mellom en rimelig og en urimelig tolkning – igjen, selvfølgelig velger man den rimelige, men er det riktig å si at den er mer *objektiv*?

<sup>566</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 198. Se også Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 119: «Når det gjelder hvordan kontraktens tekst skal forstås, tas det (som i engelsk rett) utgangspunkt i en objektivisering av den subjektive oppfattelse av ordenes betydning, slik at kontrakten presumeres å ha det innhold eller den betydning en alminnelig person ville få ved omhyggelig gjennomlesning».

forståelse», eller lignende.<sup>567</sup> Betyr det at en subjektiv tolkning motsetningsvis vil være en urimelig tolkning, en ualminnelig eller unaturlig? Jeg nekter å tro at du finner noen i historien som har tatt til orde for urimelige tolkninger verken i «moderne» eller «primitive» tider, uansett hvor viljeorienterte de måtte være.

Forsøket på «objektivering» ligger i at det vises til «en adressat» (generelt/objektivt) i stedet for «den konkrete adressaten» (konkret/subjektivt). Hvis man med det mener at man ikke skal ta den konkrete adressatens tilfeldige påstander om hva ordene kunne bety, for god fisk ved tolkningen, kan jeg være med på tankerekken et stykke på vei. Poenget er bare at vi kan komme like langt uten den objektive referansepersonen – ved å foreta en rimelig fortolkning av det objektive uttrykket. Som det skjer i praksis; hvor det alltid er opp til avtaletolkeren å avgjøre hva den rimelige tolkningen er.<sup>568</sup> Tolkningen blir ikke mer objektiv av at avtaletolkeren ser for seg hva en tenkt objektiv referanseperson ville kommet frem til.<sup>569</sup> Det bidrar bare til at man fokuserer på noe annet enn det som skal tolkes, og dermed at tolkningen heller blir mindre objektiv i betydning rettferdig overfor avtalen selv. Dessuten skurrer den objektive referansepersonen ikke rent lite med eksempelvis Haaskjolds uttalte begrunnelse for «ordlydens relevans som tolkingsdatum»:

«(...) de ord og uttrykk partene har benyttet, antas å reflektere det partene har ment. Når enigheten mellom partene nedfelles i de formuleringene som er valgt, blir ordlyden et middel til å finne frem til partenes mening.»<sup>570</sup>

Litt nærlesing: Første ledd i sitatet over, at ordlyden «antas å reflektere det partene har ment», kan godt bare bety en presumsjon for at en såkalt objektiv forståelse av ordlyden samsvarer med en såkalt subjektiv forståelse. Annet ledd derimot, at ordlyden blir et «middel til å finne frem til partenes mening», gir ikke mening dersom ordlyden skal tolkes «objektivt» og nettopp *ikke* for å finne partenes mening (som vel er «subjektivt»). Samtidig som ordene antas å samsvare med partenes mening, må vi for all del søke

---

<sup>567</sup> Se blant andre Huser, *Avtaletolking*, s. 68, Woxholth, *Avtalerett*, s. 411, Giertsen, *Avtaler*, s. 120, Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 354.

<sup>568</sup> Hva som menes med «en rimelig avtaletolkning», undersøkes også under i punkt 5.4.3.

<sup>569</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 426 n. 1215.

<sup>570</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 199. (Kursivering fjernet av meg.) Se også Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 251: «Dersom avtalens ordlyd er klar, viser praksis at det skal særlige begrunnelser til for å fravike denne. Dette skyldes imidlertid ikke respekt for ordlyden 'i seg selv', men at en typisk vil anse ordlyden som bærer av partenes enighet».

ordenes mening uavhengig av partene som har uttalt dem; hvorfor ellers stille opp den objektive referansepersonen?

Selv om man lager en avtalerettslig Skybert, slipper man ikke unna det faktum at et meningsinnhold nødvendigvis kun kan realiseres gjennom et subjekt, og at det derfor ikke gir mening å si at teksten sier én ting, men at vi som leser forstår noe annet med den.<sup>571</sup> Også det første er vår oppfattelse av teksten. Jeg tror problemet ligger i dikotomien subjektivt eller objektivt. Idet man forsøker seg på et skille mellom objektive og subjektive *forståelser*, forsvinner meningen i forståelsesbegrepet – for det kan bare realiseres gjennom subjekter.

Hva da med de situasjonene hvor objektiv tolkning anses som ekstra viktig? I kontrakter mellom profesjonelle begrunnes det med behovet for forutberegnelighet og omsetningslivets tarv, og i anbudsforhold henges objektiviteteten på flerpartsforholdet og kravet til likebehandling.<sup>572</sup> Betyr det egentlig noe mer enn at avtaletolkeren må

---

<sup>571</sup> Jeg mener altså ikke at det nødvendigvis bærer galt av sted å se for seg en objektiv referanseperson; kanskje kan det være en nyttig tankeeksesis for meddommere og andre som ikke er vant til å tolke avtaler. Vi trenger heller ikke avskrive ham fordi han er en fiksjon. Jeg sier bare at vi ikke trenger ham hvis vi godtar at det er avtaletolkeren som må tolke, og som må leve seg inn i tolkningen selv. Vi får ikke fjernet avtaletolkeren fra ligningen bare ved å kreere en tenkt person (enten det er Skybert – skandinavias mest kjente fantasivenn – eller en avtalerettslig variant som endrer seg alt etter hvilken avtale det er tale om), det er poenget. Om krav til innlevelse ved tolkning generelt, se eksempelvis Hårstad/Lohndal/Mæhlum, *Innganger til språkvitenskap*, s. 51: «For å oppnå den nødvendige forståelse av meningen bak en gitt historisk hendelse er det derfor påkrevd med visse metodologiske grep, for slik å være i stand til å gripe denne meningen. Ulike tilnæringsmåter har her blitt lansert opp gjennom hermeneutikkens historie, men fellesnevneren for dem alle kan sies å være kravet om en eller annen form for *innlevelse*.»

<sup>572</sup> For å ta et raskt blikk til siden, og et diskusjonstema innenfor tolkning av immaterialrettslige avtaler. Sund-Norrgård, *Lojalitet i lisensavtal*, s. 20 flg., viser først til hvordan den immaterialrettslige teorien (så langt jeg kan se basert hovedsakelig på nordisk, men ikke norsk, teori) fokuserer på avtaleteksten og hevder at lisensavtaler bør tolkes «strikt». Selv slår hun imidlertid et slag for lojaliteten og relasjonalteten i lisensavtaler og konkluderer blant annet med: «Utgangspunktet måste i stället vara att betona *avtalets syfte*, partsavsikten, som endast kan fås fram utifrån en bedömning av samtliga omständigheter i det aktuella fallet. Det är ingenlunda fråga om att förorda tolkningsprinciper som snarare bidrar till att skapa obalans i relationen. På basis av denna avhandling kan man dra slutsatsen att det är *centralt att uppnå balans mellan avtalsfrihet och relationalitet*. Avtalsfriheten skal respekteras, men på ett sådant sätt att lojaliteten och andra relationella hänsyn ges tillräcklig relevans», se s. 278. Det er befriende å kunne lese om andre hensyn enn omsetningslivets tarv og andre samfunns- og økonomisentrerte hensyn, som etter teorien de siste hundre år å dømme, anses for å være konstaterbare faktum mer enn de ideologisk baserte verdiparametre som de jo er. At den enkeltes avtalefrihet holdes opp mot ivaretakelsen av relasjonen med den andre avtaleparten, tror jeg dessuten er vel så oppbyggelig for samfunnet (og næringslivet for den saks skyld). Om verdier og nøytralitet i rettsvitenskap, se også Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 49, i punktet om «Den omöjliga idén om en värdenneutral rättsvitenskap» og s. 55 flg., hvor han relanserer vennskapsdygden som ideal for avtalen. Hvorfor dette lille hjertesukket her? Jo, for å vise at det er fullt mulig å problematisere hensyn og begrunnelser som har blitt repetert så mange ganger at vi tror de er Sannheter med stor S. Men sannhet er et normativt begrep, se over i n. 83. At objektiv tolkning (for enkelte kontraktsyper eller -situasjoner) er det eneste «riktige» fordi økonomiske hensyn tilsier det, er ikke et uangripelig argument. For det første er det ikke, for meg i alle fall, så greit å få tak på hva som menes med «objektiv tolkning», og for det andre kan saktens andre «hensyn» være vel så relevante ved



respektene den avtaleteksten partene har valgt å utforme, og at dersom denne er klar holdt opp mot det konkrete tolknings spørsmålet, ja da hører det til sjeldenhetene at andre forhold rokker ved et tolkningsresultat i tråd med ordlyden? Profesjonelle parter legger gjerne mer flid i avtaleteksten, så den vil kanskje oftere ta høyde for tvisten som oppstår. Men hva hvis ordlyden er uklar? Da hjelper det vel lite å rope på ordlydens viktighet, eller partenes profesjonalitet? Eller hva hvis det finnes tolkningsmidler utover ordlyden; hvis en part i et anbudsforhold (enten der det er lov å avholde en eller annen form for forhandlinger, ved lovlige avklaringer, dersom forhandlingsforbudet brytes eller på annen måte) har fått grunn til å tro at den andre parten la en bestemt mening til grunn i en avtalebestemmelse, skal hensynet til de andre i flerpartsforholdet tilsi at tolkningsmiddelet holdes utenfor tolkningen, på helt prinsipielt grunnlag? Partene var enige, men vi kan ikke legge det til grunn? Det vil i så fall bety at det er fritt frem å lyve i slike tilfeller. Jeg tror ikke det. Det jeg tror, er at avtaletolkere tar det de har tilgjengelig, vurderer egnetheten – hva kan tolkes ut av tolkningsmiddelet og hva kan det bidra med i løsningen av tolknings spørsmålet – og forsøker etter beste evne å komme frem til et troverdig tolkningsresultat alt tatt i betraktning. At forskjeller i avtalesituasjonen (profesjonalitet, formål, tilblivelsesmåten etc.), og de praktiske forutsetningene fra sak til sak (fremforhandlet kontrakt eller forhandlingsforbud etc.), påvirker tolkningen og tolkningsresultatet, er selvsagt, men det har med hver situasjon å gjøre – og ikke med at tolkningen ikke er *subjektiv*. Jeg mener det er en utopi å tro at man kan forklare avtalerett og avtaletolkning uten å falle inn i subjektiviteten. En avtaletolkning må alltid være begge deler:

«Forhållandet mellan objektivt och subjektivt i avtalstolkningen måste förstås dialektiskt. Inte antingen eller, utan *både och*. Den som uttalar sig i en tolkningsfråga går från objektivt till subjektivt. Han måste hålla sig till det objektivt givna tolkningsunderlaget, men måste samtidigt överskrida detta, för svaret på frågan *hur* underlaget skall tolkas är inte objektivt givet. (Och denna överskridande handling måste han vidta *själv* – inga metanormer kan hjälpa den tolkande; det finns inga objektiva måttstockar, inga dolda kalkyler som här kommer i spel.) Att tolka ett avtal er att säga: Parterna har menat *detta*. Och när man säger det, säger man det alltså alltid trots att

---

avtalerettslige undersøkelser. Å avtale er blant annet, som vist over i punkt 2.1.1, et eksempel på en handling som kjennetegner mennesket og vår evne til å samhandle ved hjelp av språk og fiksjoner.

underlaget, ur en viss synvinkel sett, är bristfälligt. Det bär inte fram til slutsatsen; men gjorde det det vore tolkningen överflödig.»<sup>573</sup>

Å forstå partsviljen som tolkningstema, betyr å anerkjenne at subjektiv mening kommer objektivt til uttrykk, og at den meningen – avtaleinnholdet – som frembringes ved avtaletolkning, kalles partsviljen.

La meg avslutte kapittelet med et praktisk eksempel.<sup>574</sup>

## 3.5 Teori i praksis

### 3.5.1 Rt. 2014 s. 866

«Ordlyden i de aktuelle bestemmelser gir ikke et entydig svar»<sup>575</sup>

Statens vegvesen og Fjord1 Fylkesbaatane AS inngikk en tjenstekonsesjonskontrakt om drift av to riksvegfergesamband etter en tilbudskonkurranse med prekvalifisering og etterfølgende forhandlinger.<sup>576</sup> Fjord1 krevde tilleggsvederlag for tapte inntekter som følge av endringer i trafikkgrunnlag anslått i konkurransegrunnlaget. Kravet ble fremmet på grunnlag av kontrakten og subsidiært etter læren om bristende forutsetninger. Tvisten nådde Høyesterett og ble behandlet i Rt. 2014 s. 866. Dommen er spekket med teknikaliteter, og det er en fare for at poengene drukner dersom vi dykker for langt ned i disse. Men noe kjøtt på beinet behøves. Den omtvistede avtaleteksten, i punkt 2.9 åttende ledd, lød som følger:

«Dersom forutsetningene for driftsselskapets tilbud endres på annen måte enn det som er beskrevet her og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2, kan det gi grunnlag for revisjon av kontraktsbeløpet etter den alminnelige lære om bristende forutsetninger.»<sup>577</sup>

---

<sup>573</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 189. Om normer og metanormer for tolkning, se kapittel 5.

<sup>574</sup> Om at subjektivitet og objektivitet nesten blir absurde størrelser i praksis, se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 225-226.

<sup>575</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 48.

<sup>576</sup> Da den omtvistede kontrakten ble inngått, var ikke tjenstekonsesjonskontrakter underlagt anskaffelsesregelverket, men det er av mindre betydning her. Det gjaldt uansett et krav til likebehandling for konkurransen.

<sup>577</sup> Gjengitt i både først- og annenvoterendes votum, Rt. 2014 s. 866 avsnitt 75 og 109.

Partene var enige om at kontrakten i utgangspunktet var en nettokontrakt hvor Fjord1 hadde risikoen for inntektene og kostnadene i kontraktsperioden. Etter nærmere angitte vilkår i de foregående leddene i punkt 2.9, kunne imidlertid løyvehaveren ha krav på «justering av kontraktsbeløp som følge av merkostnader og/eller pålagt endringsarbeid». Endringene det var tale om, gjaldt reduksjon i trafikkmengder som var regulert i punkt 3.2. Den omtvistede passusen var «og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2» som ble inntatt etter at partene hadde vært i forhandlinger. Tilsa dette tillegget at endringer nevnt i 2.9 og i 3.2 og 4.2, skulle reguleres etter 2.9, eller måtte endringer i 3.2 og 4.2 løses etter forutsetningslæren? Et ekte tolknings spørsmål.

Dommen ble avsagt med dissens 4-1. Førstvoterende, som flertallet sluttet seg til, kom til at leverandøren selv måtte bære risikoen for trafikkutviklingen og derfor ikke kunne kreve tilleggsvederlag verken med grunnlag i kontrakten eller reglene om bristende forutsetninger. Mindretallet mente at leverandøren hadde rett på tilleggsvederlag med grunnlag i kontraktens punkt 2.9.<sup>578</sup>

Undersøkelsen som følger tar utgangspunkt i Rt. 2014 s. 866, men det legges ikke opp til noen alminnelig domsanalyse. Jeg er verken ute etter å vurdere om Høyesteretts tolkning er i samsvar med tolkningslæren, eller å inducere fra dommen til tolkningslæren. Heller motsatt, vi skal se hvor godt teorien passer i praksis. Høyesterett uttaler nemlig en hel del om hvordan kontrakter (generelt) skal tolkes før de går i gang med (den konkrete) tolkningen, og som vi snart skal se, er det noe som skurrer når det generelle holdes opp mot det konkrete i dommen. Og det er særlig når skille mellom objektivt og subjektivt skal settes ut i praksis, at det stokker seg. Min hypotese er at det er de generelle uttalelsene det er noe i veien med, og ikke nødvendigvis den konkrete tolkningen, (selv om jeg, avslutningsvis, har noen bemerkninger å komme med der også).

---

<sup>578</sup> Stavanger tingrett kom, i likhet med Høyesteretts flertall, til at det ikke var grunnlag for tilleggsvederlag, mens Gulating lagmannsrett enstemmig kom til at det forelå grunnlag for tilleggsvederlag på 85 millioner kroner, se TSAV-2012-141055 og LG-2013-98798. Av i alt 9 dommere som behandlet saken, kom 5 til at det ikke forelå grunnlag for tilleggsvederlag, og 4 til at tilleggsvederlag kunne kreves, om enn med ulik utmåling. En slik sammenslåing av dommere i flere instanser har selvsagt ingen betydning utover den illustrasjonen det gir av uenighet blant presumtivt dyktige og erfarne jurister.

### 3.5.2 En annerledes domsanalyse

«Det synes på det rene at det var slik Fjord1 forsto kontraktsbestemmelsene.»<sup>579</sup>

Førstvoterende starter med å gi en «sammenfatning av de sentrale tolkingsprinsipper» utledet av tidligere rettspraksis, og siden det er de generelle uttalelsene som er sammenligningsgrunnlaget her, kan det være greit å gjengi noen avsnitt. Førstvoterende siterer en hel del fra Rt. 2012 s. 1729 «Mika», og her følger det som er viktig for oss nå:

«Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entreprisforhold. (...) Er det - til tross for enkelte uklare punkter - etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbyderen holde seg til dette.»<sup>580</sup>

Om hva en slik objektiv fortolkning innebærer, følger (fortsatt fra «Mika» som igjen viser til tidligere rettspraksis):

«'Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.'

I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.»<sup>581</sup>

Deretter gir førstvoterende i «Fjord1» noen egne kommentarer til de overnevnte uttalelsene:

«Alt dette er tolkingsmomenter som vil være tilgjengelige for alle tilbydere. At slike momenter vektlegges, innebærer dermed ikke noe avvik fra det objektive

---

<sup>579</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 55.

<sup>580</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 41, jf. Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58. Førstvoterende i Rt. 2012 s. 1729, viser til Rt. 2002 s. 1155 «Hansa Borg bryggerier», Rt. 2003 s. 1531 «Veidekke», Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt» og Rt. 2010 s. 961 «Florø Idrettssenter».

<sup>581</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 42, jf. Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 66-67, jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

tolkingsprinsipp. Problemstillingen blir en annen om det skulle legges vekt på den ene parts subjektive oppfatning av kontrakten på avtaletidspunktet. Vektlegging av dette subjektive element ved tolkingen vil det ikke være rom for.

Noe annet er at en slik oppfatning, ikke minst når den er uttalt og uimotsagt, kan ha vekt ved vurderingen av om det foreligger en felles kontraktsforståelse. En subjektiv oppfatning kan videre være forårsaket av uklarhet som medkontrahenten er ansvarlig for, og etter omstendighetene kan det også oppstå spørsmål om gyldig avtale er inngått. Saken her gir ikke foranledning til å si noe nærmere om slike ellers mulige problemstillinger.»<sup>582</sup>

Kjente strofer: Objektiv, men ingen ordlydstro fortolkning, andre forhold kan spille inn, men det er ikke rom for subjektive oppfatninger, med mindre det er grunn til å vurdere en felles kontraktsforståelse. Kanskje har jeg klart å skape nok tvil om hensiktsmessigheten med – og realismen i – å operere med et skille mellom objektivitet og subjektivitet i avtaletolkning, til at flere enn meg leser disse avsnittene med en viss undring nå. For å vise at det generelle (teorien) ikke lar seg overføre til det konkrete (praksis), må vi inn i tolkingen som ble foretatt.

I den konkrete tolkingen kan vi merke oss at førstvoterende ikke tolker ordlyden utover dette:

«Ordlyden i de aktuelle bestemmelser gir ikke et entydig svar, og jeg finner det innledningsvis hensiktsmessig å beskrive og kommentere prosessen frem til endelig kontrakt.»<sup>583</sup>

I realiteten er dermed dette en tolkning som ikke baserer seg på ordlyden, siden resten av tolkingen gjøres med andre tolkningsmidler. Når førstvoterende har nøstet seg frem fra konkurransegrunnlaget via forhandlinger og frem til den endelige avtaleteksten, skriver han:

«Det er denne bestemmelsen som skal tolkes, men på bakgrunn av det jeg har sagt om forståelsen av det kontraktsutkastet som ble sendt til tilbudene den 10. september 2004, er det tilstrekkelig her å vurdere om tilføyelsen ‘og i tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2’ innebærer en materiell endring av bestemmelsen.»<sup>584</sup>

---

<sup>582</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 43-44.

<sup>583</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 48.

<sup>584</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 76.

Det ser unektelig ut som innholdet i avtalen var klart før den endelige avtaleteksten forelå, noe førstvoterende for så vidt skriver uttrykkelig:

«En slik forståelse støttes i betydelig grad av at det ikke er noe som tilsier at det skulle gjøres materielle endringer etter at enighet var oppnådd.»<sup>585</sup>

En objektiv tolkning skal altså (i teorien) være noe annet enn en felles kontraktsforståelse, mens den konkrete tolkningen (i praksis) munner ut i hva partene ble enige om – en felles kontraktsforståelse.

<b>Generelle uttalelser (teori)</b>	<b>Konkret tolkning (praksis)</b>
Objektiv tolkning > ikke felles partsvilje	Tolkning → felles partsvilje

Vi fortsetter med tolkningsmidlene. Av de generelle uttalelsene ser vi at førstvoterende først viser til hvilke tolkningsmidler som ble benyttet i «Mika» og «Florø Idrettssenter», og så fremhever at «dette er tolkningsmomenter som vil være tilgjengelige for alle tilbydere» og som derfor ikke er i strid med et objektivt tolkningsprinsipp. Begrunnelsen for at tolkningsmidlene må være tilgjengelige for alle, henter førstvoterende i kravet til likebehandling i anbudskonkurranser. I den konkrete tolkningen blir det derimot benyttet alt fra avtaleutkast, interne notater fra Statens vegvesen, redaksjonelle endringer og presiseringer i de omtvistede kontraktsbestemmelsene, brev og notater fra begge parter, referat fra forhandlingsmøte, revidert tilbud fra Fjord1 samt Statens vegvesens evaluering av de inngitte tilbud.<sup>586</sup> Uten å spekulere i hvilke av disse tolkningsmidlene øvrige tilbydere hadde adgang til, er det klart at dette er tolkningsmidler av en annen karakter enn de som ble ramset opp i «Mika» og «Florø Idrettssenter», og det er neppe grunn til å tro at alt dette var kjent for alle. Selv om førstvoterende i den konkrete tolkningen viser til «hensynet til likebehandling» i forbindelse med vurderingen av når det var oppnådd materiell enighet om hva, gjøres det ikke konkrete vurderinger av om eksempelvis notatet til styret fra Fjord1s prosjektleder var tilgjengelige for forbigåtte tilbydere.<sup>587</sup> Slik jeg ser det, viser Høyesteretts tolkning bare at man i praksis tar hva man har.

<sup>585</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 78. Se også avsnitt 82: «Dette peker klart i retning av at det allerede forut for Fjord1s tilbud av 5. oktober var oppnådd materiell enighet om utformingen av punkt 2.9.»

<sup>586</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 59-83.

<sup>587</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 78 og 81.

Generelle uttalelser (teori)	Konkret tolkning (praksis)
Tolkningsmidler tilgjengelig for alle	Man tar hva man har

Det er problemet med å vise til tidligere rettspraksis som viser seg her – de praktiske forutsetningene i «Mika» og «Fjord1» var nemlig vesensforskjellige. Den åpenbare forskjellen mellom avtaleinngåelsen i tilfellet «Mika» og tilfellet «Fjord1» blir verken påpekt eller problematisert av Høyesterett. I «Mika» var kontrakten inngått etter en anbudskonkurranse med forhandlingsforbud, og i «Fjord1» var det en tilbudskonkurranse med forhandlinger.<sup>588</sup> I «Mika» var det derfor ikke en prosess frem til endelig kontrakt som kunne beskrives og kommenteres, slik som tilfellet var i «Fjord1». <sup>589</sup> Og, mens avtaletolkerne i «Mika» hadde et svært begrenset tolkningsmateriale å forholde seg til, hadde avtaletolkerne «Fjord1» et mye bredere tolkningsunderlag.<sup>590</sup>

Etter min mening, viser dette at det ikke er hensiktsmessig å gi generelle uttalelser eller liste opp tolkningsmidler som var anvendelige i en annen avtaletolking.<sup>591</sup> Selv der kontraktene har blitt inngått etter samme prosedyreform, eller om så etter avtalelovens tilbud/ aksept-modell, kan det foreligge variasjoner i hvilke tolkningsmidler som finnes og hvilke som har betydning for det konkrete tolkningsspørsmålet. Og om det er akkurat de samme type tolkningsmidler som benyttes i to ulike saker, beror det på de konkrete forholdene, og ikke om man i sak nr. 2 velger tolkningsmidler på bakgrunn av sak nr. 1.

<sup>588</sup> For at ikke tilbyderne skal kunne tilpasse tilbudene etter at tilbudsfristen er gått ut, for å forhindre kameraderi og korrupsjon og sånn, oppstilles det som regel forhandlingsforbud i klassiske anbudskonkurranser.

<sup>589</sup> Når man har med forhandlingsforbud å gjøre, sier det seg selv at tilfanget av tolkningsmidler blir vesentlig begrenset. Som regel har man som avtaletolker bare konkurransegrunnlag og tilbud å forholde seg til. Dersom det derimot avholdes konkurranser med forhandlinger, sånn som tilfellet var i «Fjord1», er mulighetene igjen der for at det kan oppstå individuelle og partsspesifikke tolkningsmidler utover avtaledokumentene. Etter den siste revisjonen av anskaffelsesregelverket i 2016 (med gjennomføring av nytt anskaffelsesdirektiv fra 2014), er adgangen til å avholde konkurranser med forhandlinger betydelig myket opp, og derfor må hyppigheten av tilfeller tilsvarende Rt. 2014 s. 866, kunne forventes å øke fremover. Så fikk jeg flettet inn litt aktualitet sånn en passant.

<sup>590</sup> Ved anbudskonkurranser er konkurransegrunnlag og tilbud i praksis ofte de eneste tilgjengelige tolkningsmidlene fra inngåelsesfasen, se eksempelvis Goller, *Vesentlige avvik og forbehold*, s. 100.

<sup>591</sup> Se motsatt Simonsen, *Mikadommen*, s. 13: «De generelle uttalelsene Høyesterett [i «Mika»] gjør om tolking av avtaler mellom profesjonelle og særlig i forbindelse med utarbeidelse av konkurransegrunnlag, er av allmenn interesse.»

Hva så med at tolkningen måtte være objektiv og ikke subjektiv? I «Fjord1» er det likebehandlingskravet, i tillegg til at det gjelder en avtale mellom næringsdrivende, som trekkes frem som argument for at prinsippet om objektiv tolkning gjelder med «særlig styrke». I de generelle uttalelsene understrekes også at det ikke er rom for å vektlegge «den ene parts subjektive oppfatning av kontrakten på avtaletidspunktet» og at «subjektive elementer» bare kan ha vekt ved vurdering av en felles kontraktsforståelse (underforstått ellers ikke). I den forbindelse blir det også sitert fra en annen dom, Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt»:

«Jeg kan vanskelig se at anbyderens subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget.»<sup>592</sup>

Først av alt må jeg legge til at jeg er helt enig med førstvoterende i «Byggholt» i at det avgjørende må være hvor klart intensjonen fremgår av anbudsgrunnlaget.<sup>593</sup> Problemet er jo at intensjoner er subjektive, og da er det ikke er så greit å vite hvilke intensjoner som er tillatt ved en objektiv tolkning og hvilke som ikke er det. Hvordan praktiseres dette objektivitetskravet?

Førstvoterende i «Fjord1» begynner altså i et utkast til kontrakt som fulgte med konkurransegrunnlaget, tolker dette og kommer til at Fjord1 også må ha tolket det som at endringer i trafikkgrunnlaget ikke ga rett til tilleggsvederlag:

«Det synes på det rene at det var slik Fjord1 forsto kontraktsbestemmelsene. Dette førte til at Fjord1, da det første tilbudet ble inngitt 2. september 2004, tok omfattende forbehold fra den risikodeling som fulgte av utkastet.»<sup>594</sup>

<sup>592</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 47, jf. Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 74.

<sup>593</sup> Om jeg skulle driste meg til en omskrivning av førstvoterendes uttalelse (sitert like over), ville det blitt som følger: Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon (det subjektive) fremstår ut fra en fortolkning av anbudsgrunnlaget (det objektive).

<sup>594</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 55.



At Fjord1 tok inn et forbehold, taler altså for at de *forsto* kontraktsbestemmelsene på en bestemt måte. Etter det første forhandlingsmøtet ble avtaleteksten heller *ikke* endret, noe Høyesterett også mente indikerer at det «ikke ble oppnådd enighet om noen ytterligere endring av bestemmelsen i punkt 2.9».<sup>595</sup>

Hva annet sier dette oss enn at (subjektive) oppfatninger må ha kommet (objektivt) til uttrykk, og motsatt at et (objektivt) uttrykk kan tolkes for å komme frem til en (subjektiv) mening? Gjennomgående ser det ut til at førstvoterende tolker partenes subjektive oppfatninger ut av de objektivt tilgjengelige tolkningsmidlene. Førstvoterende legger for eksempel vekt på oppfatningen til prosjektlederen i Fjord1 som fremkom i et notat til styret i selskapet dagen før innsendelsen av tilbudet. I notatet står det blant annet at forbeholdene tas ut av tilbudet og at prosjektgruppa heller risikopriser de områdene der forbehold kunne vært vurdert.<sup>596</sup> Dette mener Høyesterett «peker klart i retning av at det (...) var oppnådd materiell enighet».<sup>597</sup>

Bare ett sted avvises et tolkningsmiddel fordi det angivelig er *subjektivt*. I etterkant av forhandlingsmøtet sendte Fjord1 inn et revidert tilbud hvor forbeholdet var tatt bort og med påskriften om at dette nå «er klargjort etter nytt punkt 2.9».<sup>598</sup> Til dette bemerker Høyesterett to ting. For det første at:

«(...) det knapt [er] rom for ved tolkningen av den endelige bestemmelse å hensynta et slikt subjektivt uttrykk for kontraktsforståelsen».<sup>599</sup>

Men førstvoterende sier også at det uansett ikke er klart hvordan dette tolkningsmiddelet skal tolkes, det:

«(...) er vel forenelig med en rekke ulike tolkninger av kontraktsbestemmelsene».<sup>600</sup>

Å ta inn forbeholdet i det opprinnelige tilbudet tyder altså, som vi så over, på at Fjord1 hadde *oppfattet* at de nevnte endringer ikke ga rett til tilleggsvederlag, mens å ta bort det samme forbeholdet ikke kunne vektlegges fordi det var et *subjektivt* uttrykk for kontraktsforståelsen. Altså var det to objektive uttrykk som ble tolket til å inneholde to subjektive meninger, men bare den ene kunne vektlegges. Det er ikke helt greit å få tak

---

<sup>595</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 71.

<sup>596</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 81.

<sup>597</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 82.

<sup>598</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 72.

<sup>599</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 73.

<sup>600</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 73.

på hvilke oppfatninger Høyesterett finner grunn til å vektlegge. Den andre bemerkningen, om at fjerningen av forbeholdet var forenlig med en rekke tolkninger, er lettere å forstå siden den henviser til tolkningsmildelets klarhet. For også tolkningsmidlene er tolkningsgjenstander når de tolkes, og i likhet med avtaleteksten kan selvsagt også tolkningsmidlene vise seg å være enten klare eller uklare holdt opp mot tvistesporsmålet. Og er de uklare, er det ikke så underlig at de ikke har så mye å bidra med i tolkningen.<sup>601</sup>

Når det gjelder oppdragsgivers intensjoner, legger førstvoterende vekt på evalueringsnotatet fra Statens vegvesen av 15. oktober hvor det sto at det måtte påregnes at endringer i trafikkgrunlaget ville bli ansett som offentlig myndighetsutøvelse som igjen ga krav på endringer av det årlige kontraktsbeløpet.<sup>602</sup> Ved tolkningen av denne teksten, finner førstvoterende at det «ikke uten videre [er] klart hvordan dette skal forstås», men at:

«Den mest nærliggende forståelse er etter mitt syn at de to saksbehandlerne har ment å påpeke et punkt i kontrakten som bør presiseres ytterligere.»<sup>603</sup>

Saksbehandlerne i Statens vegvesen sin oppfatning kunne altså vektlegges, også der det ikke videre var klart hvordan uttalelsen skulle forstås. Dette kunne vel også vært forenlig med en rekke tolkninger av kontraktsbestemmelsene, som ved uklarheten i det reviderte tilbudet, eksempelvis at oppdragsgiver mente at endringer i trafikkgrunlaget kunne gi adgang til tilleggsvederlag? Uansett, jeg tror trygt vi kan notere oss i illustrasjonen (straks under) at Høyesterett trekker subjektive meninger ut av objektive uttrykk. Om jeg fikk komme med et ønske, var det at tolkningsmidler heller ble avvist fordi de var for uklare enn med henvisning til at de var subjektive – for det passer rett og slett ikke inn med resten av tolkningen hvor en rekke oppfatninger og intensjoner brukes med den største selvfølge.

---

<sup>601</sup> Som for øvrig er i tråd med både uttalelsen fra Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt» og Rt. 2012 s. 1729 «Mika» over om at intensjonene må ha kommet tilstrekkelig klart frem – det må gjelde uavhengig av hva som tolkes.

<sup>602</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 83: «Det må påregnes at endringer som forlengelse av eksisterende bompengeprojekt, nye prosjekt og endrede vilkår for eksisterende vil bli ansett som offentlig myndighetsutøvelse. Offentlig myndighetsutøvelse gir i henhold til kontraktsgrunlaget krav på endringer av det årlige kontraktsbeløpet.».

<sup>603</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 84.

<b>Generelle uttalelser (teori)</b>	<b>Konkret tolkning (praksis)</b>
Objektivt, ikke subjektivt	Objektivt og subjektivt samtidig

Oppsummert ser illustrasjonen slik ut:

<b>Generelle uttalelser (teori)</b>	<b>Konkret tolkning (praksis)</b>
Objektiv tolkning > ikke felles partsvilje	Tolkning → felles partsvilje
Tolkningsmidler tilgjengelig for alle	Man tar hva man har
Tidligere praksis er relevant	Tidligere praksis følges ikke
Objektivt, ikke subjektivt	Objektivt og subjektivt samtidig

Jeg mener denne domsanalysen får frem et par interessante poenger. For det første at teorien må vike for praksis i konkret avtaletolkning. For det andre at tidligere dommer på generelt grunnlag ikke kan bidra med så mye mer enn å fortelle oss at vi skal tolke oss frem til enigheten ved å benytte oss av det objektive materialet som finnes. Det betyr også at vi bør være varsom med å lese for mye teori om avtaletolkning – i den tro at det er slik det faktisk foregår – for da kan man få inntrykk av at tolkning kan gjøres objektivt.<sup>604</sup> Sistnevnte risiko bør likevel neppe overdrives – enhver som gir seg i kast med avtaletolkning, må nødvendigvis trekke mening ut av ytre uttrykk, men det kan bære galt av sted dersom noen meninger forsøkes avvist fordi de er subjektive.

For å unngå mulige misforståelser, jeg mener absolutt rettspraksis om avtaletolkning bør leses med liv og lyst av alle som ønsker å lære mer om denne gåtefulle kunsten.<sup>605</sup> Eksempelets makt bør ikke underdrives.<sup>606</sup> Når det er sagt, vet jeg ikke om jeg syns «Fjord1» er den beste dommen å studere.

<sup>604</sup> Det være seg rettsvitenskapelige arbeider, eller generelle uttalelser om avtaletolkning i rettspraksis.

<sup>605</sup> For å bli en god avtaletolker, tror jeg imidlertid det kreves øving i å tolke selv.

<sup>606</sup> For å trekke en linje fra Savigny til norsk Høyesterett, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 71, som siterer (og oversetter) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, bind 1, s. 211: «Det är endast genom att betrakta föreliggande mästerstycken som vi kan utröna vari deras förträfflighet består; den vägen kan vi dock skärpa sinnen för det som det vid varje tolkning gäller, och lära oss att rikta vår strävan mot de rätta punkterna.»

### 3.5.3 Malapropos

«Det er denne endrede ordlyden i konkurransegrunnlaget avtalen viser til, og som kravet på tilleggsvederlag derfor må vurderes ut fra.»<sup>607</sup>

Man kan være enig eller uenig i Høyesteretts avtaletolkning i «Fjord 1». Saken gikk til topps, ble avgjort og er nå rettshistorie. Høyesterett har åpenbart hatt bedre forutsetninger enn oss andre når det gjelder den konkrete tolkningen – de har hatt tilgang til hele saken, mens vi andre bare har Høyesteretts tekst å forholde oss til. Som det fremgår av domsanalysen over, er det de etablerte og repeterte sannhetene fra avtaletolkningslæren jeg har mest problemer med. Hva den mest troverdige partsviljen var i «Fjord 1» skal jeg (prøve å) avstå fra å mene noe bestemt om, men etter lesning av dommen mener jeg likevel det er grunn til å så tvil om Høyesterett kom til riktig resultat.<sup>608</sup>

Særlig én ting slår meg når jeg leser flertallets og mindretallets votum; først- og annenvoterende går løs på oppgaven på ganske forskjellige måter. Tolkning er en utpreget praktisk øvelse, og det kan bero på tilfeldigheter hvilket dokument som leses først, den endelige avtaleteksten er kanskje forsvunnet, og det kan dukke opp korrespondanse midt under hovedforhandlingen. Dette lille malaproposet handler om hvordan først- og annenvoterende bygget opp tolkningsresonnementene sine, men passer for så vidt også fint som en avslutning på kapittelet om partsviljen.

Over så vi at førstvoterende begynner tolkningen i de foreslåtte kontraktsbestemmelsene som fulgte av konkurransegrunnlaget.<sup>609</sup> Først etter å ha brukt to og en halv side på tilblivelseshistorien, siterer førstvoterende den bestemmelsen i avtalen som skal tolkes. Da han kommer frem til den endelige avtalen, uttaler han at det er tilstrekkelig å vurdere hvorvidt den siste endringen, «og i tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2», utgjorde en materiell endring fra de tidligere avtaleutkastene, noe den etter sigende ikke gjorde.<sup>610</sup> Førstvoterende mener at endringen ikke var av materiell

---

<sup>607</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 108, annenvoterendes votum.

<sup>608</sup> Jeg understreker at dette bare er min lesning – mine tolkninger basert på det jeg leser. Det er ingen «rettslige» argumenter for hvorfor min tolkning er bedre, jeg påstår for eksempel ikke at min tolkning er mer i tråd med den alminnelige tolkningslæren.

<sup>609</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 48 flg.

<sup>610</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 78.

karakter, men en presisering av avtaleutkastet som forelå da Fjord1 fikk tilsagn om konsesjon.<sup>611</sup>

Det som skjer her, er at førstvoterende tolker avtaleutkastet, som det var klart at skulle være gjenstand for forhandling, for deretter å se om den *endelige* avtaleteksten kan rokke ved tolkningen av utkastet. At en enighet kan komme til uttrykk på utallige måter, og at avtaleteksten verken er eneste eller nødvendigvis det viktigste tolkningsmiddelet i enhver avtaletolkning, er jeg enig i. Men det er likevel noe underlig med denne argumentasjonen. Flertallet mener altså at den endelige avtaleteksten, etter at «og i tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2» var tatt inn, var uklar, mens det opprinnelige avtaleutkastet var klart.<sup>612</sup> Og så skriver førstvoterende at endringen i teksten, var en *presisering* av utkastet – som jo var klart i utgangspunktet.<sup>613</sup>

Endringen *kunne* også vært foranlediget av det siste forhandlingsmøtet, eksempelvis fordi partene der ble enige om å presisere retten til tilleggsvederlag ved endringer i 3.2 ved å innta tilføyelsen. Forstått på den måten, var det et poeng i å endre på teksten.<sup>614</sup> Ved først å tolke det som må anses for å være et avtaleutkast, for deretter å se om de etterfølgende utkastene og den endelige kontraktsteksten klart nok tilsier en annen forståelse, snus på en måte avtaletolkningen på hodet.

Annenvoterende angriper tolkningsproblemet annerledes.<sup>615</sup> I stedet for å ta utgangspunkt i konkurransegrunnlaget og hvordan dette utviklet seg, begynner annenvoterende med å tolke ordlyden i den endelige avtaleteksten. Da tilføyelsen av det omstridte tekststykket, etter sin ordlyd, må forstås som at heller ikke endringer i disse punktene skal vurderes etter læren om bristende forutsetninger, finner annenvoterende det nærliggende at slike endringer skal gi rett til tilleggsvederlag som for tilfellene beskrevet i punkt 2.9 første og annet ledd.<sup>616</sup> Deretter vurderer annenvoterende om kontraktens tilblivelseshistorie tilsier at det omstridte punktet likevel ikke kan tolkes slik.<sup>617</sup> Annenvoterende kommer til at kontraktsforhandlingene ikke var avsluttet selv om konsesjonsvedtaket var fattet, og presenterer i den forbindelse et tolkningsmiddel som førstvoterende ikke har med i sin tolkning.<sup>618</sup> I en e-post fra

---

<sup>611</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 77, som er i tråd med Statens anførsel gjengitt i avsnitt 15.

<sup>612</sup> Førstvoterende tolket det jo slik at Fjord1 også forsto avtaleutkastet som at endringene i trafikkgrunnlaget ikke ga rett til tilleggsvederlag, og at det var derfor de tok inn forbeholdet.

<sup>613</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 84.

<sup>614</sup> Hvorfor presisere en klar tekst? Og hvorfor endre en tekst uten grunn?

<sup>615</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 103 flg.

<sup>616</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 110-112.

<sup>617</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 113 flg.

<sup>618</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 115.

oppdragsgiver står det svart på hvitt at: «Vi har tatt hensyn til noen av momentene som ble diskutert i vårt møte fredag 10. desember.»<sup>619</sup> Den omtvistede T-forbindelsen er ikke uttrykkelig nevnt i notatet, og mindretallet mener ikke det går klart frem akkurat hva dette gjaldt. Men, en eventuell uklarhet på dette punktet må gå ut over oppdragsgiver.

Avtaletolkningen til først- og annenvoterende er forskjellig både hva angår ordlydstolkningen, hvilke tolkningsmidler som ble benyttet og fremgangsmåten for øvrig; og det i en sak der begge dommerne er enige i de «generelle tolkningsprinsippene».<sup>620</sup> Ingen av tolkningene minner derimot om avtaletolkningen som ble foretatt i «Mika», og som de generelle uttalelsene hviler på. Begge votaene bygger i stor grad opp argumentasjonen basert på tolkningsmidler fra forhandlingsfasen. Hvorfor det, mon tro? Fordi de fantes, tipper jeg. Sånn helt konkret, har jeg nok mer sansen for fremgangsmåten til annenvoterende.

For å oppsummere kapittelet ved hjelp av Fjord1: Jeg mener tolkningstemaet i praksis er å finne frem til partsviljen, fordi det både først- og annenvoterende vurderer er hva partene har blitt enige om (tilleggsvederlag eller ei). Om Høyesterett uttrykkelig hadde oppstilt partsviljen som tolkningstema (heller enn en objektiv tolkning uten subjektive elementer), ville kanskje ikke gjort noen forskjell resultatmessig (flertallet og mindretallet tolket avtalen, herunder også ordlyden, forskjellig), men man ville sluppet å lure på hvorfor de fleste intensjonene var helt i orden, mens andre ble avvist ved angivelig å være subjektive. Det er rett og slett ikke hensiktsmessig å skille avtaletolkning i objektiv eller subjektiv, den må alltid være begge deler. Å tolke en avtale innebærer å søke seg frem til meningen med teksten – innholdet i avtalen.<sup>621</sup>

---

<sup>619</sup> Rt. 2014 s. 866 avsnitt 115.

<sup>620</sup> Se Rt. 2014 s. 866 avsnitt 104.

<sup>621</sup> «Om man vill förstå en text, som är oklar, så frågar man efter avsikten hos det, eller de, subjekt, som står bakom texten. Det gäller avtal likaväl som varje annan text. Vid tolkning är vi ute efter den tanke som förmedlas genom texten», Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 42.

## 4 Normativiteten

### 4.1 Tolkning, tolkning og utfylling

#### 4.1.1 Tolkningsevne

«Och ändå är det som faktiskt sker i avtalstolkningen en gåta.»<sup>622</sup>

Fra å ha handlet om målet for avtaletolkningen, nærmer refleksjonene seg nå spørsmålet om hvordan avtaletolkning foregår.<sup>623</sup> Man kan bare ha ett mål for tolkningen, å løse tvisten. Ved å forkaste det faktisk-psykologiske viljebegrepet, var det «enkelt» å konkludere med at: Partsviljen er målet (tolkningstemaet) for avtaletolkningen. Avtaletolkerens jobb er å løse tolkningstvisten ved å avgjøre hva partene har ment å avtale. *Hvordan* nå målet, er en helt annen sak.

Ambisjonene mine om hva som kan oppnås («nytteverdien») ved å reflektere rundt avtaletolkningens «hvordan» er nokså lave. Jeg har ingen intensjoner om å komme med en ny «løsning», som gjenopplivningen av det avtalerettslige partsviljebegrepet for så vidt var. Det er ingen revolusjon av den praktiske tolkningsevne på gang; i tilfelle måtte jeg jo mene at det faktisk gikk an, og dessuten ha en formening om at det er noe i veien med hvordan avtaletolkning foregår nå.<sup>624</sup> Den praktiske avtaletolkningen ruller og går helt fint med eller uten denne avhandlingen. Men så klart har jeg mine grunner for å ta fatt på temaet likevel. Tittelen på kapittelet – normativiteten – er nøkkelordet.

Avtaleskapt rett er ikke som annen rett; avtalen representerer et unntak. Har vi en avtale, er det denne som gjelder og ikke den andre retten.<sup>625</sup> Men avtalen tolkes alltid i en rettslig kontekst.<sup>626</sup> I praksis manøvrerer avtaletolkningen mellom individuelle og

---

<sup>622</sup> Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggstenar*, s. 101.

<sup>623</sup> Det vil si, avtaletolkningens «hvordan» er et spørsmål som kan angripes på flere måter. I inneværende kapittel tar jeg for meg en mulig inngang til problematikken, og i neste kapittel en annen.

<sup>624</sup> For en skummel (og stormannsgal) mening det ville vært.

<sup>625</sup> Og så legger man vanligvis til, «innenfor rammen av preseptorisk rett», eller lignende forbehold. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 94, formulerer seg slik: «På rettsområder hvor det er adgang til å forplikte seg ved avtale, må rettsforholdet mellom avtaleparter først og fremst fastlegges på grunnlag av avtalen. Innenfor rammen av partenes avtalekompetanse er det avtalen som utgjør den prinsipielle rettskilden.»

<sup>626</sup> Som en liten innledning til tematikken, les Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 180-181: «(...) vid avgivande av en rättshandling är kontexten alltid i någon utsträckning rättslig. Den rättshandlandes

generelle tolkningsmidler, mellom konkrete og mer abstrakte vurderinger, mellom tekst og tvist. I det ene øyeblikket er det avtaleteksten som studeres, i det neste deklarasjonsrett. Tolkningen kan være fort gjort eller en komplisert prosess, og før tolkningen faktisk er foretatt, er det ikke gitt hvilke elementer avtaletolkeren må innom i den konkrete saken, eller hvilket resultat den vil komme til. Som vi så over, man tar hva man har, men noen ganger kommer ikke avtaletolkningen i havn, og avtaletolkeren må gå bredere ut:

«Kommer man ingenstans med tydingen får man søka sig utåt.»<sup>627</sup>

Det handler om normativitet; avtalens individuelle normativitet, den generelle rettslige normativiteten og forholdet dem imellom. I avtaletolkningsteorien finner vi historiebrevskrivelser av overgangen fra en angivelig primitiv bokstavtolkning, til et moderne samfunns krav til mer raffinerte prosesser. Vi kan lese om de (rettslige) vurderingene avtaletolkeren må foreta, begrepsparet tolkning og utfylling, dikotomien jus og faktum og forholdet mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse – alle bilder og forklaringsmodeller teorien har tegnet opp (og endret på) etter hvert som avtaletolkning har blitt en populær rettsvitenskapelig disiplin.

Selv om fokuset flyttes vekk fra avtaletolkningens objektive og subjektive sider over til nye begrepspar, slipper vi ikke unna førstnevnte. Forståelsen av partsviljen er for eksempel sentral også når tolkning og utfylling som avtalerettslige fenomener skal undersøkes. Fordi partsviljen er sentral i tolkningsbegrepet, og tolkningsbegrepet er den ene delen av «tolkning og utfylling», følger forståelsen av partsviljen uunngåelig med på lasset inn i denne undersøkelsen. Man skal dessuten ikke langt inn i teorien om tolkning og utfylling, før man møter på synspunkter om at tolkningen er av en *faktisk* karakter, idet det egentlig handler om å bevise hva partene har ment å avtale, mens utfyllingen er av *rettslig* karakter fordi den handler om anvendelse av allmenne normer og rettslige vurderinger. På sett og vis begynner vi derfor fra begynnelsen igjen her,

---

avsikt är att åstadkomma en rättslig effekt. Det är därför naturligt att rättshandlingen uttrycks i delvis rättsliga termer. Sett till sitt materiella innehåll är den ordning som rättshandlingen grundlägger alternativ till den som annars skulle ha gällt, enligt dispositiv rätt. Och så vidare. Denna sammanhangets ofrånkomliga rättslighet återverkar självfallet på tolkningen. Men hur?»

<sup>627</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 37. Se eksempelvis også Haaskjold, *Kontraktforpliktelse*, s. 168: «Det vil ikke alltid være mulig å finne frem til en avtales innhold bare ved å se på det som partene uttrykkelig har satt ord på. (...) Man må da forsøke å trekke inn andre forhold som kan bidra til å kaste lys over avtalen.»



men forhåpentligvis kommer vi med denne undersøkelsen et stykke lenger på vei i jakten på avtaletolkningens vesen.<sup>628</sup>

Resonnementene som følger vil kanskje oppleves enda langsommere (og kanskje hakket mer krangleverne) enn de har vært til nå. Poengene underveis er av den mer subtile sorten, og en del «resultater» av drøftelsene kommer ikke på bordet før i neste kapittel. Jeg tror det er fordi den norske avtalerettsvitenskapens pragmatiske tilnærming til de teoretiske stridstemaene som skal drøftes, medfører at det ikke er mulig å stille opp klare motsetninger lenger; det som ikke lar seg klassifisere inn under det ene eller andre, gjemmes heller i glidende overganger.<sup>629</sup> Det må derfor litt akademisk detektivarbeid til for å forsøke å ta rede på hva disse bildene som stilles opp handler om, for deretter eventuelt å kunne vurdere om andre bilder kan være mer treffende.

#### 4.1.2 Fra primitiv bokstavtolkning...

«Den ældste, naiveste, Forestilling er den, at man uden videre blev hængende ved den ydre Kjendsgjerning, det være Ord eller Handling.»<sup>630</sup>

Den historiske antakelsen er at avtaletolkerens oppgave, for å tilpasse seg den moderne tid, har blitt mer kompleks enn den var tidligere. Stang skriver:

«Dommerens stilling overfor en rettshandel som forelegges for ham, har gjennom tidene skiftet. I de gamle samfund utformet partene nøiaktig og pedantisk sin avtale i ord. Hvad de ikke uttrykkelig hadde sagt, gjaldt ikke. Den småligste bokstavtolkning blev anvendt på deres avtale. Dommerens oppgave var bare å bringe en rent logisk-grammatisk

---

<sup>628</sup> For den utålmodige leser kan det virke unødvendig å bruke tid på å forkaste det faktisk-psykologiske viljesbegrepet atter en gang. Men det som ser ut som dobbeltbehandling ved første øyekast, er egentlig ikke det. Vår måte å forstå avtaletolkning i norsk, og nordisk, teori, virker bare å være så fastgrodd at et oppgjør med de etablerte sannhetene blir tilsvarende tidkrevende.

<sup>629</sup> Jeg mener ikke at det nødvendigvis er noe i veien med en slik tilnærming, det er mest en observasjon, som det også ser ut til at Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 338-339 gjør seg: «Avtaletolkningslæren, slik den utlegges i nyere norsk teori, har imidlertid ikke noe skarpt skille mellom faktiske spørsmål og rettslig tolkning. (...) Nyere teori, særlig *Huser*, argumenterer for å inkludere bevisbedømmelsen i tolkningen. Det blir da ikke nødvendig å skille mellom faktiske og rettslige spørsmål. Etter dette har *Høgberg* nokså generelt konkludert med at kontrakten 'står i en mellomposisjon mellom jus og faktum, noe som gjør at våre tolkningsregler står i en mellomposisjon mellom bevisregler og rettskildeprinsipper'», med sitat fra *Høgberg, Kontraktstolkning*, s. 83.

<sup>630</sup> Platou, *Ord og Villie*, s. 531.

utlegning til anvendelse. (...) I nutiden er den oppgave som stilles dommeren mere sammensatt og mere omfattende.»<sup>631</sup>

Streng bokstavtolkning er noe man ser for seg at de drev på med tidligere, men som vi som moderne jurister har sluttet med.<sup>632</sup> For alt vi vet, kan det være at tolkere også i «primitive tider» så an situasjonen og ikke gikk inn for å være urimelig, selv om historieskrivningen i etterkant kan gi inntrykk av det motsatte.<sup>633</sup> Den tidligere nevnte passasjen om dikttolkning fra de evigunge grekerne, forteller oss nettopp at man må se hen til tekstens koherens (den logiske overensstemmelsen mellom ulike passasjer), søke etter forfatterens egentlige mening (bakom ordenes *prima facie* gitte innhold), se til den lokale språkbruken, så vel som til ordenes allmennspråklige innhold, sette det uklare uttrykket i relasjon til det som følger etter, se hen til tekstens formål, lese den uklare passasjen i lys av tekstens innledning, se teksten som en helhet og gå ut ifra at tekstens innhold er rimelig og utelukke absurde tolkninger så lenge det finns andre alternativer.<sup>634</sup> Selv om akkurat disse rådene ikke gjaldt jus, gir det oss i hvert fall en grunn til å tro at tolkning også i riktig gamle dager, var en noe mer finslepen øvelse enn vår egen avtaletolkningshistorie forteller oss.<sup>635</sup> Historieskrivning har ofte en agenda.<sup>636</sup>

For Stang er det et poeng å fremheve at den objektive teorien verken tilsier en smålig bokstavtolkning (primitivt), eller er ensidig viljeorientert (hadde gått for langt i andre retning), men at dens fortrinn er at den gir dommeren mulighet til å utøve en rettslig virksomhet hvor praktiske, samfunnsmessige og moderne hensyn kan få avgjørende betydning (den balanserte løsningen).<sup>637</sup> Forsvaret for den objektive tolkningsteorien kan ikke ses uavhengig av bekjempelsen av viljesdogmet.

---

<sup>631</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 445-446.

<sup>632</sup> Selv om blant andre Høgberg ser ut til å spore en mer tekstlojal tendens, se over på s. 113.

<sup>633</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s.43-44 n. 61, hvor han gir uttrykk for at han ikke tror historieskrivningen om tolkning i primitive tider «har någonting med tolkningens *praktik* att göra, men väl med dets *teori*.» Se også Samuelsson, *Åter til huset vid Göta älv*, s. 142-143 samt n. 9, hvor han peker på at det er populært å sjablonmessig stemple eldre rett som primitiv og formalistisk.

<sup>634</sup> Oppramsingen er en løselig oversettelse fra Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 47, dialogene nevnes dessuten også i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 43 n. 60. Se også over i punkt 3.1.2

<sup>635</sup> Se også Huser, *Avtaletolkning*, s. 179 som skriver: «Vi mangler likevel sikre opplysninger om at bokstavtolking – og spesielt rigorøs sådan – virkelig har funnet sted i noe særlig omfang, og i hvert fall at dette har hatt støtte i den alminnelige rettsoppfatningen.»

<sup>636</sup> Se eksempelvis Hjort, *Retthistorisk metode og tolkning av historiske tekster*, s. 27, som skriver at «forfatterens agenda» er en kontekst som kan prege en tekst.

<sup>637</sup> Om Stangs beskrivelser av objektiv tolkning og dens fortrinn, se også over i punkt 3.1.

Skremmebildet som oppstilles av viljeteorier og subjektive tolkningsteorier, brukes som begrunnelse for objektiviseringen.<sup>638</sup>

«Ved kun at søge den Erklærendes Tanker, afskjærer altsaa den subjektive Teori alle reale Afgjørelser og gir ikke Plads for de Hensyn, som er de ledende ved moderne Fortolkning: Ønsket om at finde den hensigtsmæssigste og mest praktiske Løsning.»<sup>639</sup>

Ved, i tillegg til å avskrive den primitive bokstavtolkningen, å kalle viljeteoriene ensidige, gjøre partsviljen til et psykologisk faktum og fremheve behovet for samfunnsmessig ønskelige løsninger i avtaletolknings spørsmål, kunne de objektive teoriene tre frem som den balanserte og rimelige løsningen – den som baserer seg på *rettslige overveielser*. Noe er i gjære. Det individuelle må vike plass for det generelle; letingen etter viljen må underordnes ønsket om de generelt sett mest hensiktsmessige løsningene. Individ settes mot samfunn, i avtaletolkningsteorien.<sup>640</sup>

Lenge bruker Stang begrepet «fortolkning» om hele tolkningsprosessen.<sup>641</sup> Da Stang i 1908, bare tre år etter «Viljesdogmet», skriver et kraftig forsvar for handelskutymene som tolkningsmidler, skiller han ikke mellom tolkning og utfylling.<sup>642</sup> Tvert imot, Stang drøfter spørsmålet om dommerens virksomhet der han fortolker kontrakten i seg selv eller lar handelskutymen bli avgjørende, ser motforestillingene mot å kalle alt fortolkning, men tar likevel til orde for et vidt tolkningsbegrep.<sup>643</sup> Stang gjør endog et poeng av at det er tilhengerne av «Viljesdogmet» som må foreta en sonndring fordi:

«De mener, at kontrakten ikke inneholder andet end, hvad partene har villet.»<sup>644</sup>

Det er verdt å ta med at Stangs formål med artikkelen var å fremheve handelskutymenes betydning i handelsretten, og forsikre seg om at ikke Høyesterett ble avskåret fra å

---

<sup>638</sup> Som vist over i punkt 3.1, oppsto de subjektive teoriene (slik vi får dem fremstilt) hos objektivistene. (Jeg tror de trengte en fiende for at det skulle kunne se ut som de vant noe.)

<sup>639</sup> Stang, *Viljesdogmet*, s. 342.

<sup>640</sup> Senere fremholdt Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 11, at individ og samfunn ikke trenger å utelukke hverandre. Om ikke annet så støtter det tolkningen, den historiske lesningen, av hva som var på gang fra slutten av 1800-tallet.

<sup>641</sup> Senere går Stang over til å skrive om «tolkning», se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 447 n. 7.

<sup>642</sup> Se Stang, *Handelskoutumer*.

<sup>643</sup> Se Stang, *Handelskoutumer*, s. 133 flg.

<sup>644</sup> Stang, *Handelskoutumer*, s. 134. Det kan hende at Stangs valg av terminologi her nettopp har sammenheng med et ønske om å ta avstand fra viljesteoretikerne. Han kaller det på s. 136, et språks- og smaksvalg.

behandle kutymespørsmål dersom de ble gjort til en ren kassasjonsrett i forbindelse med en sivilprosesslov som var på trappene.<sup>645</sup> Det var derfor særlig prosessrettslige betraktninger som lå til grunn for Stangs uttalelser; det var avgjørende å vise at handelskutymene burde ha samme stilling som sedvanene ved kontraktstolkningen.<sup>646</sup> Senere lar Stang seg overtale til å la sin «gamle uttrykksmåte falle» og taler deretter om tolkning og utfylling av rettshandelen:

«Sitt utgangspunkt må han naturligvis ta i en nøiaktig analyse av de ord partene har brukt, og i strid med dem kan han bare under særegne omstendigheter gå. Innenfor denne grense beveger han sig imidlertid med ikke liten frihet: når avtalen ikke selv løser tvisten, må dommeren søke den løsning som – samfundsmessig sett og i forholdet mellom de enkelte parter – gir den beste avgjørelse der er forenlig med de ord partene har brukt.»<sup>647</sup>

Stang mener at «[e]t v u r d e r i n g s m o m e n t skyter sig altså inn; det er i stor utstrekning en b e s l u t t e n d e virksomhet dommeren utøver.»<sup>648</sup> Og han stiller spørsmål ved om alt dette kan kalles tolkning, eller om det må anses å være «en tolkende og en selvstendig skapende?»<sup>649</sup> Stang er imidlertid snar til å påpeke at:

«Forsøker man å spalte dommerens virksomhet i to adskilte deler, vil man da også se at noget skarpt skille lar sig ikke trekke, de flyter umerkelig over i hverandre.»<sup>650</sup>

Selv om Stang følger trenden og går over til å skrive om tolkning og utfylling, behandler han virksomhetene under ett. Eksempelvis skriver Stang om tolkningsmidler som «hjelpemidler ved tolkningen og utfyllingen av rettshandler».<sup>651</sup> Og om deklarasjonsrett som hjelpemiddel, følger blant annet:

«De fravikelige lover kan være tolkende i ordets snevrere betydning, eller de kan utfylle avtalen. Her som ellers er imidlertid grensen mellom tolkning i snevrere forstand og utfylling av rettshandelen glidende.»<sup>652</sup>

---

<sup>645</sup> Se Stang, *Handelskoutumer*, s. 77. Se også Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 449.

<sup>646</sup> Se eksempelvis Stang, *Handelskoutumer*, s. 159-160. I den forbindelse fremheves at kutymen: «(...) er et blot og bart faktum, som kan ha betydning for fortolkning av partenes avtale paa samme maate som en række andre faktiske forhold kan ha det», se Stang, *Handelskoutumer*, s. 159, og på s. 153: «(...) lovens regel tilhører den objektive ret, mens kutymen er en del av kontrakten».

<sup>647</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 447-448.

<sup>648</sup> Se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 448.

<sup>649</sup> Se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 448.

<sup>650</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 448.

<sup>651</sup> Se Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 453.

<sup>652</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 455.

Når vi vet at Stang ikke var videre interessert i partsviljen og mente dommeren måtte finne den samfunnsmessig sett beste løsningen, gir det for så vidt mening at han i utgangspunktet ikke ønsket å skille mellom tolkning og utfylling. Alt tilgjengelig materiale kunne den kyndige dommeren ta i bruk for å treffe den beste beslutningen, og som følge av moderniseringen, samfunnets utvikling og bekjempelsen av viljedogmet, kunne det nå tas tilbørlig hensyn også til samfunnets interesser og om nødvendig kunne man skape rett. Jeg tror Stangs syn kan illustreres slik:<sup>653</sup>

Primitiv tolkning	Objektiv tolkning / utfylling	Subjektiv tolkning
Bokstavtolkning	Ordlyd, individuelle og generelle forhold, reale hensyn og rettslige vurderinger	Viljedogmet

Stangs oppfatninger og beskrivelser har (igjen fått gjøre nytten som drøftelsenes utgangspunkt. Det har fortsatt sammenheng med at Stang i mange henseender *er* utgangspunktet for dagens norske avtalerettsteori. Skillet mellom tolkning og utfylling pleier imidlertid å henføres til Ussing. Det er sjelden at slike teoretiske «oppfinnelser» stammer fra en mann alene, som oftest gror de frem blant flere teoretikere parallelt og på kryss og tvers.<sup>654</sup> Først i ettertid ser man hva og hvem som fikk gehør.<sup>655</sup> Vi fortsetter med Ussing siden han altså anses for å være utfyllingens far.<sup>656</sup>

<sup>653</sup> Tabellene (denne og de som følger) har ikke noe annet formål enn å være knagger å henge resonnementet på, jeg mener ikke at det *er* slik, eller at forfatterne selv har presentert sin teori slik.

<sup>654</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 60 flg., mener likevel Ussing representerer et brytningspunkt: «Vare sig Lassen, Almén eller Stang gjorde något nummer av att 'tolkning' måste skiljas från 'utfyllning'.»

<sup>655</sup> Og hvordan historien blir fortalt. Det er heller ikke slik at innholdet behøver å være en nyvinning selv om det introduseres et nytt begrep. Eksempelvis har man alltid behandlet forholdet mellom det indre og det ytre når noe skal tolkes, mens dikotomien subjektivt og objektivt vokste frem under teorikampene. På samme måte kan man om tolkning og utfylling raskt (det holder å lese Stang) konstatere at en del av det vi utover 1900-tallet har forbundet med utfylling, tidligere ble ansett som en del av tolkningsaktiviteten.

<sup>656</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 154, 180 og 212 med videre henvisninger.

### 4.1.3 ...til tolkning og noe mer

«Hvis der ikke opplyses en for Parterne fælles Mening og den sproglige Fortolkning ikke giver et utvivlsomt Resultat, maa Fortolkeren fastlægge Erklæringens Betydning.»<sup>657</sup>

I *Aftaler paa Formuerettens Omraade* som utkom første gang i 1930, stiller Ussing spørsmål om hvordan kontraktens rettsvirkninger skal fastsettes hvor viljeserklæringen, og en rekke andre nevnte kontraktsspesifikke omstendigheter, «ikke afgiver det fornødne Grundlag».<sup>658</sup> Ussing viser til at «Udtrykket *Fortolkning*» ofte brukes i så vid forstand at det «omfatter ogsaa den Virksomhed, hvorved dette Spørgsmål besvares».<sup>659</sup>

«Fortolkning betyder da Fastlæggelse af Viljeserklæringens Rettsvirkninger overhovedet indenfor de ufravigelige Retsreglers Ramme. Her foretrækkes det at tage Udtrykket i snævrere Betydning, saaledes at det kun betegner Fastlæggelsen af Erklæringens *Betydning*. Den yderligere Virksomhed, der kan være nødvendig til at bestemme Rettsvirkningerne indenfor de ufravigelige Retsreglers Ramme, kaldes da *Udfyldning* af erklæringen. Fortolkning har nemlig en noget anden Karakter end Udfyldningen.»<sup>660</sup>

Det vide fortolkningsbegrepet kjenner vi igjen fra Stang, men som vist lot også han seg etter hvert overtale til å dele virksomheten(e) opp i tolkning og utfylling.<sup>661</sup> Et vidt tolkningsbegrep omfattet etter sigende alt som behøvdtes for å fastlegge viljeserklæringens rettsvirkninger. Allerede i denne antakelsen at tolkningsbegrepet enten kan omfatte «alt» eller bare en «del», snevres tolkningsbegrepet inn. Ved å kalle den overordnede virksomheten «Fastlæggelse af Viljeserklæringens Rettsvirkninger overhovedet», kan Ussing ganske selvfølgelig skrive at denne består av tolkning og *noe mer*. Om at «tolkning» og «utfylling» har forskjellig karakter, skriver Ussing:

«Fortolkningen søger i første Række at udfinde, hvad der er lovet (erklæret) i *det enkelte Tilfælde*, og den er for en stor Del *ujuridisk*, idet den er anvendelse af Sprogvidenskab, Psykologi, Logik etc. Udfyldningen sker derimod for *Størstedelen med almindelige*

---

<sup>657</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 219.

<sup>658</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227.

<sup>659</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227. Ussing bruker Stang og Lassen som eksempler på forfattere som benytter et vidt fortolkningsbegrep.

<sup>660</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227.

<sup>661</sup> Se punkt 4.1.2 over.

*Regler, der ikke kan findes ved en Betragtning af det enkelte Tilfælde, men kun ved retlige Overvejelser.»*<sup>662</sup>

For Ussings vedkommende, kan tabellen se slik ut:

Tolkning	Utfylling
Språkvitenskap, psykologi, logikk	Rettslige overveielser

Den egentlige tolkningen er noe annet enn jus, her er det angivelig behov for andre vitenskaper. Først i utfyllingen kommer de rettslige overveielserne i sving, og de er, slik Ussing ser det, ikke konkrete, men generelle (kan ikke finnes ved betraktninger av det enkelte tilfellet). Om grensen mellom de to virksomhetene, skriver Ussing:

«Det maa imidlertid indrømmes, at det er umuligt at drage en skarp Grænse mellem Fortolkning og Udfyldning. Saasnart Fortolkningen gaar ud over at fastslaa Ordenes sproglige Betydning og den erklærendes eller begge Parters Mening, beherskes den af retlige Synspunkter og bliver mer eller mindre beslægtet med Udfyldningen.»<sup>663</sup>

Straks man går utover å fastslå ordenes språklige betydning, beveger man seg altså over i rettslige vurderinger og utfyllingslandskap. Når tolkningen forklares med mange andre fagfelt – bare ikke det juridiske – og det først er i utfyllingen at vurderingene blir rettslige, skjer det noe:

«Spørqsmaalet om, hvorledes Viljeserklæringens Retsvirkning bestemmes paa de Punkter, hvor Fortolkningen intet Resultat giver, er *et rent Retsspørqsmaal*, og det *maa løses paa samme Maade som andre Retsspørqsmaal.*»<sup>664</sup>

Er det tale om utfylling, må spørsmålet løses som andre rettsspørsmål. Underforstått, partenes vilje kan ikke være styrende, for ingen andre rettsspørsmål løses vel slik? Ifølge Ussings redegjørelse, er tolkning faktum og utfylling jus.<sup>665</sup> Partenes felles forståelse rager (fortsatt) høyest i hierarkiet hos Ussing, der en slik kan «oplyses».<sup>666</sup>

<sup>662</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227.

<sup>663</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227, som henviser videre til Knoph.

<sup>664</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 227-228.

<sup>665</sup> For ordens skyld vises det til Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 213-216, som foretar en analyse av omtrent den samme passasjen hos Ussing.

<sup>666</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 217 og s. 219.

En bevist felles forståelse trumfer endog språknormene.<sup>667</sup> Hvis heller ikke språknormene gir et «utvivlsomt Resultat» så «*maa Fortolkeren fastlægge Erklæringens Betydning*».<sup>668</sup>

Slik jeg forstår Ussing, mener han alt utover en bevist felles partsvilje og fortolkning av ordenes språklige betydning, hører til under fastlegging av erklæringens betydning. Av omstendigheter som der kan komme i spill, hører «de forudgaaende Forhandlinger og alle de øvrige faktiske Omstændigheder, der danner Baggrunden for Viljeserklæringen.»<sup>669</sup> Først hvis denne prosessen ikke fører frem, trenger fortolkeren en regel å falle tilbake på.<sup>670</sup> Dernest kan det bli tale om utfyllende rettsregler, deklarasjonsrett.<sup>671</sup> Alt dette har imidlertid, ifølge Ussings egen systematikk, utfyllingskarakter.

Som vi har sett, beveger Stangs og Ussings historier seg langs (iallfall) to akser. For det første har vi utviklingen av tolkningsbegrepet fra den primitive og bokstavtro ordlydsfortolkningen, via den urettferdige og ensidige viljetolkningen til den fornuftige objektive tolkningen og Stangs vide tolkningsbegrep. I dette perspektivet går historien fra den ene ytterligheten til den andre, til den omsider finner hvile i objektiviteten. Den andre historien, Ussings, går omtrent slik: Først hadde vi et vidt tolkningsbegrep som rommet hele prosessen, men siden det er forskjell på å finne ut hva partene *faktisk* mente, og avgjøre tolkningstvisten etter generelle, *rettslige* parametere, må vi skille mellom det vi gjør når vi tolker og når vi utfyller. Begge historiene fortelles og gjenfortelles i den avtalerettslige litteraturen, men kan ved første øyekast vanskelig fortelles samtidig – fordi tolkningsbegrepet i den første historien, ikke passer med tolkningsbegrepet i den andre. Mye av det som naturlig henføres til såkalt objektiv tolkning i den første historien, ser ut som utfylling når man forteller historie nummer to.<sup>672</sup> Selv om Stang i utgangspunktet argumenterer sterkt for at alt var tolkning, og

---

<sup>667</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 219. Selvfølgelig får man vel si, *falsa demonstratio non nocet*, se over i punkt 3.4.2.

<sup>668</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 219.

<sup>669</sup> Der nevnes alminnelig språkbruk, eventuelt lokal språkbruk, fagspråk, forutgående forhandlinger, formålet med rettshandelen, interesser som bærer avtalen og endog samfunnsmessige synspunkter, se Ussing, *Aftaler*, s. 219-220.

<sup>670</sup> Her nevnes varianter av uklarhetsregelen og minimumsregelen, se Ussing, *Aftaler*, s. 220-222. På s. 223 nevnes også varianter av skrevet foran trykt etc.

<sup>671</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 228 flg. Fra s. 231 flg. behandles sedvaner, kutymer, skikk og bruk.

<sup>672</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 595, kommer, i en slags oppsummering, til at man kan spore tre stadier for tolkningsbegrepet: «Vi har, *för det första*, det tolkningsbegrepp som föregick distinktionen mellan tolkning och utfyllning och som denna distinktion utgör en reaktion mot; *för*



Ussing på sin side tar til orde for at det meste er utfylling, er det likevel et tydelig fellestrekk mellom de to – begge løfter, slik jeg leser dem, frem den generelle rettslige normativitetens betydning. Jeg kommer tilbake til denne «oppdagelsen» om litt, men først skal jeg se hvordan det har gått med begrepsparet tolkning og utfylling og den underliggende dikotomien jus og faktum.<sup>673</sup>

## 4.2 Variasjoner over samme tema

### 4.2.1 Gordisk knute, eller transportetappe?

«At Smørrebrød er ikke Mad,  
Og Kiærlighed er ikke Had,  
Det er for Tiden hvad jeg veed  
Om Smørrebrød og Kiærlighed.»<sup>674</sup>

Til forskjell fra dikotomien subjektivt og objektivt, er det i Norge i dag helt innenfor å skrive at skillet mellom tolkning og utfylling mest er av teoretisk interesse.<sup>675</sup> Og ja, tolkning og utfylling er teoretiske konstruksjoner.<sup>676</sup> Ikke at begrepene er fremmede for den praktiske jusen, de brukes i rettspraksis og andre sammenhenger også. Men vi trenger ikke begrepene for å tolke en avtale; det er når vi skriver om avtaletolkning at

---

*det andra*, det tolkningsbegrepp som följer av distinktionen mellan tolkning och utfyllning (tolkning som utfyllningens motsats – det vil säga som ett utrönande av den faktiska partsviljan); och *för det tredje*, det tolkningbegrepp som blir resultatet av det funktionalistiska avståndstagandet från distinktionen mellan tolkning och utfyllning – ett avståndstagande som när det drivs till sin spets resulterar i uppfattningen, att avtalstolkningen, betraktad just som ett utrönande av den faktiska partsviljan, saknar praktisk betydelse vid fastställandet av avtalets rättsverkningar.» Stang og Ussing skulle vel her representere henholdsvis første og andre stadiet, men jeg tror kanskje heller jeg vil henføre Stang midt mellom de to første stadier, han tok ett steg videre, mens Ussing tok begge.

<sup>673</sup> Man kunne tenke seg at noe tredje, eller fjerde for den saks skyld, kunne oppstå, men slik emnet behandles i teorien, oppstilles det heller nye underbegreper av de to. Man kan lese om konkret og abstrakt utfylling, negativ eller positiv utfylling, partsorientert og erklæringsorientert tolkning, subjektiv og objektiv tolkning, eventuelt under ulike tolkningsstiler, alt etter hva som «passer inn» i den enkeltes system.

<sup>674</sup> Johan Herman Wessel, *Komiske fortellinger og dikt*, s. 93.

<sup>675</sup> Det gjelder ikke bare i Norge, men også i resten av Skandinavia. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 269, viser til dansker og svensker som mener det samme, og kommenterer deretter, på s. 586: «Det har sagtts att distinktionen mellan tolkning och utfyllning är teoretiskt betydelsesfull, men att den saknar praktisk betydelse. Det är, vill jag nu påstå, bara ett annat sätt att konstatera att teorin ifråga har glidit oss ur händerna.»

<sup>676</sup> Det vil si at skillet ikke er noe vi kan lete etter annensteds hen. Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 212: «Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en doktrinär konstruktion – jag har inte för avsikt att skyla över detta förhållande genom att postulera att den realitet som skall studeras egentligen är belägen någon annanstans, såsom i 'det praktiska rättslivet'.»

vi kan kjenne et behov for dem.<sup>677</sup> At vi velger akkurat disse to – tolkning og utfylling – er ikke tilfeldig. Dette er ordene vi selv har lært, og språket er seiglivet.<sup>678</sup>

I likhet med Stang og Ussing, er det heller ikke nå til dags vanlig (eller mulig) å angi konkret hvor skillet går, det fortelles gjerne om glidende overganger. Huser skriver:

«De fleste forfattere synes å være enige om én ting, nemlig at grensen mellom tolking og utfylling er vanskelig å trekke fordi prosessene delvis glir over i hverandre.»<sup>679</sup>

På et overordnet nivå, forsøkes skillet gjerne sammenfattet omtrent slik:

«Forholdet mellom tolkning og utfylling i følge de alminnelige fremstillinger av tolkningslæren [er] at man ved tolkning søker å komme til et resultat som følger av avtalen, mens målet ved utfylling er å utfylle kontrakten med annet materiale.»<sup>680</sup>

Begrepsparet fungerer (kanskje) slik at man, når begrepene brukes, kan nikke til hverandre som om man forstår hva som menes, men med en gang skillet mellom tolkning og utfylling forsøkes konkretisert, får man problemer.<sup>681</sup> Ifølge Høgberg «slår det en at Høyesterett ikke opererer med samme presisjon i begrepsbruken som rettsvitenskapen».<sup>682</sup> For den som leser avtalerettslig litteratur om emnet, må det slå en at heller ikke teorien kan tilby et presist begrepsapparat. Og vil vi lese om skillet mellom tolkning og utfylling, og den eventuelle grensedragningen derimellom, er det

---

<sup>677</sup> Når vi tolker, kan vi gå rett på sak, men idet vi skal fortelle hva vi gjør, trenger vi beskrivende ord. Som vel egentlig betyr med en gang vi begynner å tolke, fordi tolkning er en tekstlig øvelse som bare kan foretas med ord, se mer under i punkt 4.3.1. Om vi kjenner behovet for eksempelvis utfyllingsbegrepet, vil vel avhenge av om vi finner ut at avtalen trenger å utfylles i dette tilfellet, eller egentlig med en gang vi i det hele tatt vurderer det, eller også avfeier det. Man kan «glemme» ord, men det er ikke mulig å tenke på at man ikke skal bruke et bestemt ord, for så er det med der likevel.

<sup>678</sup> Uavhengig av hvordan vi selv vil forklare begrepene, om vi tar avstand fra noe vi har lest eller bejubler en bestemt definisjon, hører begrepene «tolkning og utfylling» til det avtalerettslige språket, og på en eller annen måte må vi forholde oss til dem.

<sup>679</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 127. Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 168: «Det er neppe mulig å trekke noe skarpt skille mellom tolking og utfylling. Det er tale om to prosesser som til en viss grad flyter over i hverandre, og domstolene behandler i enkelte tilfeller tolking og utfylling under ett, uten å skille mellom dem.»

<sup>680</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 73. Se også Woxholth, *Avtalerett*, s. 402: «Tradisjonelt oppstilles det en distinksjon mellom *tolkning* og *utfylling*. Mens tolkning (i snever forstand) sies å være å fastsette avtalens innhold med grunnlag i 'selve' avtalen – i første rekke partsspesifikke momenter så som ordlyden og andre forhold som har tilknytning til avtalepartene og deres intensjoner, så sies utfylling å innebære en fastleggelse av avtalens innhold på grunnlag av generelle regler og prinsipper gjennom en supplering med reelle hensyn, deklatorisk lovgivning, kutymen mv.»

<sup>681</sup> Et ikke uvanlig problem i rettsvitenskapen. Hvor mange oppdager ikke at akkurat det fenomenet, det begrepet eller det prinsippet man selv jobber med, er spesielt uhåndterlig?

<sup>682</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 74.

til teorien vi må gå.<sup>683</sup> Der mener noen at tolkningsbegrepet bør reserveres for ordlyden og andre partsspesifikke tolkningsmidler.<sup>684</sup> Andre mener at bakgrunnsrett og reelle hensyn også kan fungere som tolkningsmidler, og dermed reduseres utfyllingen til utfylling av lakuner.<sup>685</sup> Enkelte følger i Ussings fotspor og mener den egentlige tolkningen er ujuridisk, eller handler om bevisvurdering, mens andre igjen mener at tolkningen så vel som utfyllingen handler om rettslige overveielser.<sup>686</sup> Skillet mellom tolkning og utfylling oppstår og lever i de avtalerettslige tekstene, og så lenge tekstene spriker og forklarer fenomenene ulikt, blir et hvert nytt bidrag bare det – et nytt bidrag til teorien om tolkning og utfylling.<sup>687</sup> Har teorien laget sin egen gordiske knute?<sup>688</sup>

I de fleste av samtidens norske fremstillinger, ser det heller ut som at forholdet mellom tolkning og utfylling er blitt til en slags transportetappe man må igjennom når man skriver om avtaletolkning.<sup>689</sup> Som om skillet var viktig en gang, men ikke lenger. Haaskjold bruker en drøy side på selve skillet og skriver:

---

<sup>683</sup> Se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 238-239: «All vår kunskap om distinktionen mellan tolkning och utfyllning har vi från rättskällorna. Vet man någonting om tolkning och utfyllning, så gör man det genom sin bekantskap med den avtalsrättsliga litteraturen – och det som där står upptecknat är *inte* baserat på empiriske studier av en utomrättslig verklighet. Så mycket är säkert.» Den som søker svar på innholdet i tolknings- og utfyllingsbegrepene eller grensen dem imellom i en (annen) virkelighet «skulle snart hamna i stora svårigheter», se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 235. Og det gjelder også undersøkelser av rettspraksis, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, kapittel 5 «Distinktionen mellan tolkning och utfyllning i praxis och doktrin – ingenting här, ingenting där?» for et fyllestgjørende resonnement.

<sup>684</sup> I denne retning Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 168: «Når man på denne måten beveger seg bort fra et rent studium av kontraktens ordlyd til en undersøkelse av ytre forhold [avtalens formål, tidligere forretningsforbindelser mellom partene, skikk og bruk i vedkommende bransje eller hvilke løsninger som oppstilles i deklarasjonsrett], vil det lett kunne bli kunstig å formulere problemet som et spørsmål om hva partene må antas å ha avtalt, eller hva de ville ha avtalt dersom de hadde tenkt over problemet, i juridisk terminologi sonderer man i slike tilfeller mellom tolking (i snever forstand) og utfylling.»

<sup>685</sup> Se gjennomgang hos Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 74-75. Om lakuner se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 54-57. Se også Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 308: «Udfyldning taler man om, når aftalen ikke har søgt at løse det foreliggende problem. Aftalen efterlader parterne i et reguleringsmæssigt tomrum, som retsanvenderen er nødt til at fylde noget i for at få afgjort sagen (hvad den jo skal).»

<sup>686</sup> Se mer under i punkt 4.2.2 og 4.2.3.

<sup>687</sup> Konklusjonen i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 608, lyder slik: «Min slutsats – kalla den en lära den som vill – blir att åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning inte kan grundläggas, utan endast *vårdas*.» Jeg skal bestemt ikke gi grensedragningen et nytt forsøk.

<sup>688</sup> For å fortsette det språklige bildet; betyr det av vi må vente på jusens Aleksander den store til å hogge knuten av? Hvordan skulle det gå til? Slette alle ordene? Hvis vi skulle ønske å kvitte oss med skillet mellom tolkning og utfylling som teoretisk konstruksjon, måtte det nok noe skikkelig radikalt til, det er så, men vi kan også la den være og heller studere den fra ulike vinkler. En knute som ingen klarer å løse, det er jo unektelig et spennende studieobjekt.

<sup>689</sup> I lærebøkene som benyttes for tiden, bruker forfatterne ikke mange sidene på skillet, se Woxholth, *Avtalerett*, s. 401-403, hvor én side er viet selve skillet, og Giertsen, *Avtaler*, s. 116.

«Selv om det klart nok ligger prinsipielle ulikheter til grunn for sontringen mellom tolking og utfylling, må det antas at lite er vunnet ved et forsøk på å identifisere bestemte kriterier som avgjørende for om vi har å gjøre med den ene eller andre typen prosess. Så lenge man er klar over de forhold og betraktninger som ligger til grunn for sontringen, er den nærmere grensegang uvesentlig».<sup>690</sup>

Ifølge Haaskjold er det altså en prinsipiell forskjell, som man bør være klar over, men ellers er det ikke viktig hvor skillet går.<sup>691</sup> Giertsen fremholder i samme gate at formålet med tolkning å utfylling er det samme, «å fastlegge innholdet av partenes rettigheter og forpliktelser», og viser til hvilke tolkningsmidler som typisk blir brukt ved de respektive øvelsene.<sup>692</sup> Woxholth viser også til forskjeller i hvilket tolkningsmateriale som typisk benyttes, men påpeker at:

«Dette kan gi en teoretisk forklaringsmodell, men modellen er utilstrekkelig til å begrunne hvordan avtaleinnholdet fastsettes i praksis. Rettsanvenderen vil i praksis rette oppmerksomheten mot helheten i avtaleforholdet og legge avgjørende vekt på *samspiillet* mellom de omstendigheter som relaterer seg til avtalepartene og avtalen i snever forstand, og de omstendigheter som relaterer seg til lovgivning, kutymen og annet utfyllende rettsstoff.»<sup>693</sup>

Høgberg skriver også noe om det tradisjonelle skillet mellom tolkning og utfylling, hvor han mener at grensen enten kan trekkes etter hvilke faktorer som benyttes, eller etter hvilke problemer prosessene relaterer seg til.<sup>694</sup> Selv behandler imidlertid Høgberg forhold som andre ville klassifisert som utfylling, i tolkningsstilene, og da særlig i den harmoniserende tolkningsstilen.<sup>695</sup>

---

<sup>690</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 169, med videre henvisning til Hov, *Avtalerett*, 3. utgave, s. 71. Huser, *Avtaletolking*, s. 131 ser ut til å begrunne problemene med grensedragningen helt motsatt: «I norsk teori foreligger få helhjertede forsøk på å definere utfylling, og den alminnelig oppfatning synes å være at sontringen mellom tolking og utfylling *ikke* er av prinsipiell betydning – og da langt mindre har direkte rettslig relevans.»

<sup>691</sup> Et utsagn som vel (i alle fall isolert sett) stemmer overens med Samuelssons konklusjoner om at skillet mellom tolkning og utfylling ikke kan trekkes, bare beskyttes, se over i n. 687.

<sup>692</sup> Se Giertsen, *Avtaler*, s. 116: «Enten man tolker en avtale eller utfyller den med bakgrunnsretten, er formålet det samme – å fastlegge innholdet av partenes rettigheter og forpliktelser. Ved tolking bruker man typisk avtalens ordlyd og andre omstendigheter knyttet til det konkrete avtaleforholdet. Ved utfylling er det normalt rettsregler som er materialet, dvs. lovfestede eller ulovfestede regler som gjelder for avtaleyten, når partene ikke har avtalt noe annet. (...) Utfylling er aktuelt når avtalens tekst eller andre tolkningsfaktorer ikke løser et problem.»

<sup>693</sup> Woxholth, *Avtalerett*, s. 402.

<sup>694</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 73-77.

<sup>695</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 77.

«Den harmoniserende tolkningsstil kjennetegnes ved at et tolkningsspørsmål løses ved å harmonisere eller samordne de foreliggende (partsrelaterte) tolkningsmidler *med rettsstoff uten spesifikk partstilknytning.*»<sup>696</sup>

Ørstavik skiller mellom *partsspesifikk tolkning*, som «beror på argumenter utledet fra kilder som er spesifikke for avtaleforholdet» og en *renere objektiv tolkning* som «i større grad bygger på argumenter fra kilder uten tilknytning til de konkrete partene».<sup>697</sup> Utfylling nevnes bare så vidt; skillet som er av betydning for Ørstavik, slik jeg leser henne, er hvorvidt tolkningsmidlene er partsspesifikke eller ikke.<sup>698</sup>

Det kan altså se ut som den norske avtalerettsvitenskapen ikke bryr seg så mye om skillet mellom tolkning og utfylling, men heller fokuserer på andre elementer – andre ord.<sup>699</sup> Om situasjonen i norsk rettsvitenskap skriver Samuelsson at den er «påfallende nyanserad och avslappad», sammenlignet med Sverige, og mener dette er Stangs fortjeneste.<sup>700</sup> Mye mulig.<sup>701</sup> Siden Stangs opprinnelige tolkningsbegrep rommet «alt» også det Ussing mente måtte forbeholdes utfyllingen, kan det godt sies å være i Stangs ånd at fokuset for den norske rettsvitenskapen for tiden er det objektive tolkningsprinsippet.<sup>702</sup>

---

<sup>696</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 164.

<sup>697</sup> Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 336. For begge tolkningene er utgangspunktet ordlyden, og det er, slik jeg leser Ørstavik, det øvrige tolkningsmaterialet som avgjør klassifiseringen.

<sup>698</sup> Som er forståelig fordi Ørstavik skriver om tolkning av standardkontrakter som ikke utformes av partene selv, og hvor det derfor oppstår færre partsspesifikke tolkningsmidler og flere generelle tolkningsmidler. Se mer under i punkt 4.3.4.

<sup>699</sup> Og det ser ut til at vi har forholdt oss slik en stund, som Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 127 formulerer det i 1949: «Man pointerer ofte at det som vanligvis kalles tolking egentlig innebærer noe mer; det skal også skje en *utfylling* av avtalen. Ordvalget betyr lite – noen reell dissens om virksomhetens omfang og dens oppgave er det ikke. Ordet utfylling har verdi for såvidt det peker på at man må søke lenger enn til det vedkommende part har tenkt seg; men det markerer man allerede når man understreker at tolkingen i prinsippet er objektiv (...). På den annen side kan det peke for langt, og dermed lede til misforståelse. Man må stadig holde seg innen rammen av det enkelte løfte eller den enkelte avtale (...).»

<sup>700</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 548 n. 1554.

<sup>701</sup> Det er kanskje også noe norsk over det å ikke hisse seg sånn opp over slike (teoretiske) spørsmål? Så lenge det ikke har noen praktisk betydning, trenger vi liksom ikke å dvele mer ved det, og går heller rett på sak (hvordan skal denne avtaletypen tolkes for eksempel).

<sup>702</sup> Til illustrasjon så vi over, i punkt 3.4.2, hvordan Ørstavik til og med forklarer spørsmålet om partene hadde en felles forståelse som et tolkningsspørsmål innenfor det objektive tolkningsprinsippet, Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 335.

## 4.2.2 Sideblikk

«Varför skall avtalet vara den alldeles dominerande rättskällan, när avtalsmönstren till alldeles övervägande del och för flertalet viktiga avtalstyper är så noga utarbetade i lagstiftningen?»<sup>703</sup>

I våre naboland har diskusjonen om tolkning og utfylling fått mer dramatiske utslag (i den grad det er mulig å skrive at teoretisk avtalerett kan være dramatisk).<sup>704</sup> Antakelig har man i dansk og svensk teori blitt mer påvirket av Ussing enn av Stang. I forsøkene på å gi meningsfulle forklaringer på hvorfor man bør skille mellom tolkning og utfylling, og hvor grensen eventuelt går, ser forfatterne ut til å gå i ulike retninger.<sup>705</sup> Mens dagens norske avtaletolkningsteori ser ut til å konsentrere seg om tolkning (det er i alle fall det det skrives mest om), finner vi representanter for de som fortsatt er

<sup>703</sup> Grönfors, *Tolkning av fraktavtal*, s. 24.

<sup>704</sup> Det vil si, heller ikke svenskene eller danskene har for vane å mene at det er mulig å trekke opp en klar grense. (I så fall ville det jo vært underlig om det bare var vi nordmenn som ikke fikk det til.) For å ta et par eksempler fra siste halvdel av forrige århundre: For svensken Lennart Vahlén beror det på at grensedragningen må antas å være «mer komplisert än man vanligen föreställer sig», og at svensk og nordisk avtalerett, per 1964, ikke har kommet langt nok ennå, se Vahlén, *Bidrag till avtalstolkningens systematik*, s. 384. På s. 389 skriver Vahlén: «Vad särskilt gäller distinktionen mellan tolkning och utfyllning vet vi enligt min mening för svensk rätts del hittills alltför litet bl.a. om tolkningsreglernas faktiska tillämpning för att kunna göra några realistiska ställningstaganden.» For dansken Stig Jørgensen ser det ut til å være skillet i seg selv som er uklart å flytende, se Jørgensen, *Kontraksret*, s. 168: «Det må erkendes, at en sådan afgrænsning mellem fortolkning og udfyldning ikke giver nogen større praktisk vejledning, og det må erkendes, at grænsen mellem fortolkning og udfyldning er uklar og flydende. Den omstændighed, at afgrænsningen er vanskelig, kan dog ikke anfægte den principielle betydning af sondringen, der har stor retskildemæssig betydning.» Jørgensens forklaring av skillet, er sterkt inspirert av Ussing, se s. 167-168: «Ved fortolkning i snævrere forstand forstår man da den virksomhed, som går ud på at fastlægge erklæringens eller aftalens retsvirkninger. Ved udfyldning forstår man derimod den yderligere virksomhed, som går ud på at fastlægge erklæringens eller aftalens retsvirkninger inden for de ufravigelige retsreglers rammer. Fortolkningen er herefter nærmest en sproglig ujuridisk virksomhed, som går ud på at fastlægge, hvad der er lovet i det enkelte tilfælde, medens udfyldningen er en juridisk virksomhed, som går ud fra retlige overvejelser at afgøre, hvilke almindelige regler en erklæring eller aftale af den pågældende type skal suppleres med i tilfælde af, at den konkrete aftale ikke har taget stilling til problemet.» Dessuten er det også svensker (og dansker) som ikke virker å være særlig interessert i skillet lenger de heller, se eksempelvis Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9. utgave s. 143: «Förr i tiden gjorde man en stor skillnad mellan egentlig tolkning (tydning av text) och utfyllning (hur luckor i avtalet skal fyllas). Den moderna metoden för att fastställa avtals innehåll innebär i stället att man gör en helhetsbedömning och tar hänsyn till många olika faktorer; vad parterna uttryckligen sagt och skrivit, vad parterna underförstått antagit, avtalets syfte och ändamål, hur parterna betett sig i samband med avtalsförhandlingarna och i samband med att de börjat fullgöra avtalet, dispositiv rätt samt handelsbruk.» Selv tror jeg vel Stang kunne nikket gjenkjennende til hele Ramberg/Rambergs liste av tolkningsmidler og forklaring av fremgangsmåten. Ikke bare var den «moderne» også for 100 år siden, den har flere likhetstrekk med Platons Protagoras også, se over på s. 138.

<sup>705</sup> For en gjennomgang og sammenligning av svenske forfatters syn på saken, se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 542 flg.

opptatt av å opprettholde et skille, eller som ser det meste som utfylling, i Danmark og Sverige.<sup>706</sup>

Bert Lehrberg er av de som opp til i dag holder fast ved skillet ved hjelp av dikotomien jus og faktum, når han skriver:

«De frågor man ställer sig är dels vilka rättsföljder som direkte kan härledas ur *avtalet som rättsfaktum (tolkning)*, dels vilka rättsföljder i övrigt som rättsordningen, särskilt genom utfyllande (tvingande eller dispositiva) *rättsregler*, kopplar till avtalet (*utfyllning*).»<sup>707</sup>

Slik Lehrberg formulerer det, kan man fastlegge en rettshandlings betydning ved å presisere rettsfaktum.<sup>708</sup> Tolkningsevirsomheten er for Lehrberg et spørsmål om å klarlegge faktum – et bevisspørsmål:

«Vid den mest typiska tolkningen arbetar man med att tolka de yttringar som avtalet har fått i sinnevärlden, till exempel anbud och accept samt parternas avsikter med dessa, i ljuset av bevismateriale specifikt för avtalssituationen. Här rör det sig primärt om bevisfrågor (sakfrågor): Vad har sagts eller skrivits? Vad har parterna avsett eller uppfattat?»<sup>709</sup>

Utfyllingen blir alt det andre – det rettslige:

«Vid den typiska utfyllningen är det däremot fråga om att tillämpa tvingande eller dispositiva rättsregler, till exempel i köplagen. När regler saknas kan domstolarna konstruera nya. Om detta inte bedöms lämpligt görs en rettslig bedömning på grundval av omständigheterna i fallet. Här rör det sig i stället om rättsfrågor.»<sup>710</sup>

---

<sup>706</sup> Motsetningen mellom norsk og øvrig skandinavisk avtaletolkningsteori settes litt på spissen her i et forsøk på å få tak på hva det handler om.

<sup>707</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 13.

<sup>708</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 16: «Tolkning brukar definieras som det förfarande, genom hvilket den *betydelse* av en rättshandling som skall läggas til grund för fastställandet av dess rättsverkningar bestäms. Här gäller det alltså att precisera rättshandlingens innehåll som rättsfaktum enligt regeln att avtal skall hållas.»

<sup>709</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 17.

<sup>710</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 16-17.

Tabellen blir da seende slik ut:

<b>Tolkning</b>	<b>Utfylling</b>
Bevissspørsmål	Rettssspørsmål

I andre enden av skalaen, befinner blant andre Palle Bo Madsen og Kurt Grönfors seg.<sup>711</sup> For dem virker det å være tolkningsbegrepet som er problematisk, siden avtaletolkning *egentlig* beror på rettslige overveielser.<sup>712</sup> Sånn sett er det fortsatt dikotomien fakutm og jus som råder, selv om eksempelvis Madsen ser ut til å stille seg tvilende til det tradisjonelle skillet som Ussing oppstilte. Først skriver Madsen:

«Den egentlige fortolkning skulle herefter være en individuell, konkret, ujuridisk virksomhed, medens udfyldning baserer sig på en generel, regelorienteret, retlig vurdering. Det er dog almindeligt erkendt, at grænsen herimellem er meget flydende.»<sup>713</sup>

Deretter slår han raskt fast at «*[f]ortolkning er også anvendelse av retsregler*».<sup>714</sup> At den tradisjonelle tolkningen i snever forstand, «der forsøger at finde frem til parternes konkrete vilje og hensigt med aftalen», er primær sammenlignet med «generelle retlige overvejelser og hensyn», godtas bare et stykke på vei:

«Heri rummes naturligvis en rigtig kerne, al den stund parterne inden for aftalefrihedens rammer netop *kan* bestemme, hvad der skal gælde, men samtidig synes det at måtte

<sup>711</sup> Jeg har valgt å ta utgangspunkt i noen sitater fra Madsen, men der det passer seg viser jeg også til Grönfors i notene. Idet ligger at jeg mener det er noen likheter i fremstillingene deres (at det meste blir til *utfylling*), og at jeg for dette formålet ikke har hatt behov for å gå inn på forskjellene.

<sup>712</sup> Grönfors anstrengte forhold til tolkningsbegrepet, og tolkningsterminologien, kommer tydelig til uttrykk i denne passasjen: «När svenska domstolar anger 'saken' i avtalsrättsliga tvistemål är en mycket vanlig beteckning 'avtalstolkning', ibland med tillägget 'med mera' för att öppna dörren till möjligheten att även andra avtalsrättsliga problem kan vara inblandande. Så tycks det gå till, oavsett om tvistefrågorna egentligen har något att göra med vad doktrinen anser sig mena med avtalstolkning. Förklaringen är naturligtvis den enkla att, när två parter inte är överens om innehållet i en överenskommelse, vardera parten hävdar sin uppfattning, i slappt språkbruk kallad 'tolkning'. Därmed är det inte alls säkert att tvisten också löses med hjälp av avtalstolkning i egentlig mening. Denna slappa inställning smittar av sig på yrkesjuristernas argumentation. Det är exempelvis märkligt hur lätt advokater – t o m vid ansökan om prövningstillstånd till HD – nöjer sig med något element ur tolkningslärorna och bare slänger ur sig en motivering som: 'En avtalsbestämmelse skall enligt en grundläggande regel för avtalstolkning tolkas emot den som formulerat densamma och det var i detta fall motparten.' Ett sådant uttalande är juridisk sett, inte annat än rent nonsens, när påståendet görs alldeles naket. Skulle detta vara godtagbart som ett stycke avtalstolkning under svensk rätt, skulle vilket argument som helst vara tillåtet i samma mening som vis allmänt prat människor emellan», i *Tolkning av fraktavtal*, s. 8.

<sup>713</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 341. Det er i boken oppgitt at Madsen har skrevet det aktuelle kapittelet.

<sup>714</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 342.



karakteriseres som en reminiscens fra den ældre viljesdoktrin (...) når bestemte aftalevirkninger undertiden forklares i en fortolkningsterminologi, selv om de reelt må siges at være resultatet af en mere generel eller typiseret bedømmelse.»<sup>715</sup>

Madsen stiller, som vi har sett andre gjøre tidligere, partenes felles forståelse opp som ett av flere «fortolkningsdata». <sup>716</sup> Videre bemerker han at «en egentlig juridisk fortolkningsvirksomhed kun kommer på tale, dersom parterne ikke er enige om, hvilke retsvirkninger der skal knyttes til aftalen». <sup>717</sup> Hvis partene har en felles oppfatning, trenger man ikke tolkning. <sup>718</sup> Særlig mer sier ikke Madsen om hva partenes felles oppfatning er for slags tolkningsdatum; han skriver mest om at den:

«(...) subjektiverede (*intersubjektive*) iklædning dækker (...) ofte i realiteten over en *retlig* bedømmelse på basis af almindelige fortolkningsregler (herunder normative *god tro*-kriterier), og/eller en almindelig tendens til fortolking i retning af det i situationen *sædvanlige* og *forventelige*.»<sup>719</sup>

Å vise til en felles partsvilje, blir en «teknisk nödlögn». <sup>720</sup> Egentlig er også tolkningen basert på generelle rettslige overveielser fordi i tolkningen må avtalen hele tiden vurderes opp mot generelle normer, og et hvert avvik må *bevises*. <sup>721</sup> Og som vi så over,

<sup>715</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 342.

<sup>716</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 354.

<sup>717</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 354.

<sup>718</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 354.

<sup>719</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 354-355.

<sup>720</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 355, med videre henvisning til Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 8. utgave s. 174: «Hänvisningen till den gemensamma partsviljan blir ofta en fiktion, en slags teknisk nödlögn». Se også J. Ramberg, *Avtalstolkningsmetoder*, s. 511, hvor formuleringen antakelig stammer fra: «Möjligtvis uppfattas avtalstolkningslärorerna som en onödig teoretisk belastning till nackdel för den som i första hand skall uttröna den gemensamma partsavsikten – vilket dessvärre i regel misslyckas – och i andra hand avgöra vems uppfattning som skall läggas till grund. Men det är enligt min mening viktigt att man gör klart för sig själv och även öppet redovisar *varför* man kommer fram till att den ena partens uppfattning har mer fog för sig än den andres. Då tvingas man nämligen redovisa när man utgått från annat än vad parterna givit uttryck för vid förhandlingar och i det skriftliga avtalet. Och när man tillämpar metoden att laborera med underförstådda partsavsikter eller fiktiva utfästelser bör man göra klart för sig själv och andra att man i själva verket på *objektiva grunder* funnit tolkningsresultatet tillfredsställande men ändå önskat förankra detta med en traditionell subjektivistisk metod. Även om språkbruket förvillar är detta inte nödvändigtvis förkastligt. Hänvisningen till partsviljan blir en fiktion, en slags teknisk nödlögn och med hjälp av denna kan ett korrekt tolkningsresultat antas enklare och mer ogenerat än eljest. Det er dock normalt bättre att låta de faktorer som i *realiteten* styr avtalstolkningen klart framträda och att inte juridiskt kryptera dem under fiktionen täckmantel.» I denne passasjen ser man tydelig hvordan synet på partsviljen, påvirker synet på tolkningen – den objektiviseres og «realitetsorienteres». Et subjektivt språk dekker dermed over for de egentlige rettslige overveielser som foretas.

<sup>721</sup> Se eksempelvis Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 347: «Den part, som påstår, at andet er aftalt på et eller flere punkter, eller at et bestemt aftalevilkår skal forstås som en afvigelse fra 'normalløsningen', har *bevisbyrden* for, at dette er tilfældet.»

dersom en felles partsvilje kan bevises, trenger man ikke tolke.<sup>722</sup> Tabellen blir dermed seende slik ut:

Tolkning	Utfylling
Rettslige overveielser	Rettslige overveielser

Bakgrunnsretten er utgangspunktet, og tolkningsvirksomheten foregår:

«(...) som enhver anden dømmende virksomhed ved anvendelse af retlige normer, og det må derfor være fortolkningens legitime mål så langt som muligt at harmonere med de resultater, der tilstræbes ved andre retsregler.»<sup>723</sup>

Med andre ord, den generelle normativiteten er å foretrekke. For Madsen blir den gode tolkningen av de individuelle reglene, den som samsvarer med tolkningen av de generelle reglene. Når fortolkningsreglene og -prinsippene «reelt [er] en særlig slags utfyllingsregler» som sier noe om avtaletolkerens valg mellom ulike meninger «ud fra en snæver sproglig, psykologisk og logisk fortolkning alle kan indlægges i aftalen», har plutselig alt blitt til utfylling.<sup>724</sup> Heri inkluderes selvfølgelig den «gamle» forståelsen av utfylling som går ut på å fastlegge avtalens innhold der denne selv ikke gir støtte for en eller flere bestemte løsninger.<sup>725</sup> Men, Madsen legger til at:

«Ofte giver udfyldningsreglerne (også i denne forstand) dog netop et resultat som begge parter har tilsigtet eller på forhånd accepteret, idet de udfyldende (deklaratoriske) regler formodningsvis afspejler en rimelig byrdefordeling ud fra parternes gennemsnitlige interesser, og idet 'huller' i aftalen meget vel kan være efterladt helt bevidst for at spare

<sup>722</sup> Madsen viser blant andre til Grönfors når han hevder: «Fortolkningsreglerne og de udfyldende regler opstiller reelt *en legal formodning* for en bestemt løsning eller for et bestemt aftaleindhold under de pågældende omstændigheder. Hvis en af parterne påstår en anden løsning lagt til grund, må det konkret sandsynliggøres, at det har været parternes mening at fravige de 'normale' retsvirkninger for en aftale af denne type, og det er simpelthen den opgave, der stilles for fortolkningen i snæver forstand», se Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 344 med videre henvisning til blant andre Grönfors.

<sup>723</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 345. Se også Grönfors, *Juridisk analys och intuition*, s. 128: «Målet för varje tolkningsoperation är att resultatet skall låta sig infogas i det rättsliga helhetsmönstret.»

<sup>724</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 423.

<sup>725</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, s. 424. Som materielle ufyllingsregler nevner Madsen: «lovregler, sædvaner, kutymer eller blot almindelig skik og brug.»

tid og ulejlighed ved kontraktsindgåelsen, og fordi begge parter er trygge ved de deklarasjonsregler.»<sup>726</sup>

De generelle normene blir dermed også indikatorer for hva partene har ment med avtalen, i alle fall hvis man legger gjennomsnittsmennesket til grunn. Bakgrunnsrett og utfyllingsaktiviteten blir den trygge havnen for den urolige og uforutsigbare avtaletolkningen, slik jeg forstår Madsen. Og med det snus tolkningslæren på hodet. For å låne Grönfors' ord:

«Men därmed kommer man följdriktigt fram till att hävda en alldeles omvänd ordningsföljd i tolkningsresonnemangen. *Den första frågan* man bör ställa är: hur skall detta oklara avtal förstås i typfallet i fråga med ledning av tillgängliga dispositiva rättsregler? När denna fråga besvarats är man redo att ställa *den andra frågan*: föreligger det i dette fall några individuella omständigheter som motiverar, att den genomtänkte normallösningen bör frångås till förmån för en partsorienterad lösning?»<sup>727</sup>

### 4.2.3 Mellom to stoler

«(...) dikotomienes tyranni (...)»<sup>728</sup>

I norsk avtalerettsteori har man kanskje ikke snudd tolkningsvirksomheten på hodet (avtaletolkere bes ikke først finne ut hva den generelle regelen går ut på for deretter å se om denne er fraveket), eller gjort alle tolkningsspørsmål til bevisspørsmål (og lagt de rettslige overveielene til utfyllingen), men dikotomien jus og faktum påvirker også vår forståelse av avtaletolkningens vesen. Dikotomien gjenfinnes nemlig i en annen variant – i begrepsparet rettsanvendelse og bevisbedømmelse – hvor avtaletolkningen (tilsynelatende i alle fall) også må finne sin plass. Når det skrives om hva jurister gjør, skilles det mellom det som angår jus og det som angår faktum:

«Et vanlig bilde i norsk juridisk teori er dette: Dommeres og andre rettslige beslutningstagers vurderinger lar seg inndele i to kategorier: bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Bevisbedømmelsen gjelder fastleggingen av en saks faktum, mens rettsanvendelsen – tolkning og subsumsjon – gjelder den generelle forståelse og konkrete

<sup>726</sup> Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 6. utgave, s. 424.

<sup>727</sup> Grönfors, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler*, s. 322.

<sup>728</sup> Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 150, der brukt i forbindelse med polariserte idealer for forskning.

anvendelse av rettsreglene på det foreliggende faktum. Bevisbedømmelsen dreier seg om fakta, rettsanvendelsen utelukkende om jus.»<sup>729</sup>

I norsk avtalerettsteori er det særlig forskjellen mellom det å søke den felles partsviljen (subjektivt) og annen tolkning (objektivt) som aktualiserer denne dimensjonen.<sup>730</sup> Fortsatt ser de fleste ut til å mene at en felles partsvilje må bevises.<sup>731</sup> Haaskjolds ofte siterte formulering, om hvordan ta stilling til om det forelå en felles forståelse mellom avtalepartene på avtaleinngåelsestidspunktet, er illustrerende:

«Dette blir i høy grad et bevissspørsmål, og det er den parten som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, som har *bevisbyrden* for at alminnelig språkbruk var fraveket, og at det på avtaletiden forelå en felles forståelse mellom partene.»<sup>732</sup>

Så lenge vi forstår partsviljen som noe faktisk inne i hodet på folk, er veien kort til å lete etter bevis for denne viljen – et faktum til å bevise et annet (skjult) faktum.<sup>733</sup> Og fra et avtaletolkningsperspektiv ser utsagn som «det er et rent bevissspørsmål» enkelt ut, det er faktum som kan fastlegges. Som om en henvisning til at det handler om bevis og bevisbyrde er nok til at man forstår hva man skal gjøre. Borer man ned i bevismaterien, strengt tatt holder det å skrape litt i overflaten, slår det en straks at å skrive at noe må

---

<sup>729</sup> Jerkø, *Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen*, s. 445. Jerkø selv nyanserer imidlertid dette bildet betraktelig, se eksempelvis konklusjonen på s. 464: «Norsk juridisk teori kan gi inntrykk av at rettsanvendelsen nærmest utelukkende dreier seg om jus, og ikke om det faktuelle. Slik jeg har illustrert, er dette feil. Det faktuelles rolle i avgjørelsen av rettslige tvister er ikke utspilt ved bevisbedømmelsen eller ved oppstillingen av det (antatte) faktum som ligger til grunn for rettsanvendelsen, for rettsreglene lar seg ikke forstå uavhengig av vår faktiske virkelighet. Tvert imot tvinger rettsreglene rettsanvenderen til å skue ut i vår faktiske virkelighet for å forstå hvordan rettsreglene skal tolkes og anvendes.»

<sup>730</sup> Om hvorvidt det er mulig å skille mellom objektiv og subjektiv tolkning, se over i kapittel 3, særlig punkt 3.4 og 3.5.

<sup>731</sup> Se eksempelvis Giertsen, *Avtaler*, s. 117 og Woxholth, *Avtalerett*, s. 407 som skriver at en felles oppfatning må «påvises». Som vist tidligere, har både Høgberg og Ørstavik et litt annet syn på saken, se over i punkt 3.2.4 og 3.4.2.

<sup>732</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 171. En formulering som også er benyttet av Høyesterett, se eksempelvis Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159, og Rt. 2005 s. 268 avsnitt 43. Om hva som må bevises, skriver Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 173: «Det er selvsagt ikke tilstrekkelig at en kontraktspart godtgjør at han selv har lagt til grunn en avvikende forståelse. Det må også føres bevis for medkontrahentens aksept av en sammenfallende forståelse.»

<sup>733</sup> Fortståelsen av partsviljebegrepet var tema i kapittel 3, men for å ta et eksempel til: Giertsen, *Avtaler*, s. 117, skriver om «[t]olking i lys av parten(e)s forståelse». Hva som menes med å «tolke i lys av» forklares ikke nærmere, men Giertsen bruker denne formuleringen også der han generelt om avtaletolkning skriver at: «(...) tvilstifeller ofte avgjøres etter en allsidig vurdering, der avtaleteksten tolkes i lys av en rekke faktorer», se Giertsen, *Avtaler*, s. 115. I så måte forstår jeg Giertsen dit hen at han mener partenes felles forståelse er en faktor på linje med andre faktorer. I et tenkt eksempel der partene i ettertid angir hver sin forståelse for avtalens innhold, og hevder at motparten mente det samme som dem selv da avtalen ble inngått, er det ifølge Giertsen «et bevissspørsmål» hvor det avgjørende er «hva domstolen finner mest sannsynlig», se Giertsen, *Avtaler*, s. 117.

«bevises» ikke er en på forhånd klart definert øvelse.<sup>734</sup> Verken prosessrettens regler, eller bevisbedømmelsesteori handler om hvordan avtaler tolkes; våre avtalerettslige spørsmål blir i høyden illustrasjoner for prosessrettslige eller bevisteoretiske drøftelser.<sup>735</sup> Bevisspørsmål er ikke tolkningsspørsmål; bevisspørsmål har sin egen virkelighet, egne formål og utfordringer – sin egen teori.<sup>736</sup> Poenget mitt er imidlertid ikke å skrive om prosessrettslige bevisregler, bevisbedømmelse eller bevisteori for øvrig, bare å vise at noe må «bevises» ikke er et særlig fyllestgjørende svar på hvordan avtaletolknings spørsmål løses.<sup>737</sup> Jeg tror ikke at man bør hoppe inn i prosessretten,

<sup>734</sup> Et raskt eksempel fra Kolflaath, *Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?*, s. 281: «Det bevisteoretiske feltet spenner over tre kunnskapsteoretiske nivåer som må skilles fra hverandre i enhver bevisteori som pretenderer et minimum av presisjon. For det første har vi det aletiske epistemiske psykologiske hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til tro nivået – virkelighetsnivået – som dreier seg om hva som er de faktiske forhold, uavhengig av våre antagelser og hvilke bevis som foreligger. For det andre har vi det epistemiske psykologiske hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til tro nivået, som tar utgangspunkt i bevissituasjonen. For det tredje har vi det psykologiske hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til tro nivået, som dreier seg om bevisbedømmerens kognitive prosesser og samhandling med andre bevisbedømmere i samme sak. Det aletiske nivået har bevisbedømmeren ikke direkte tilgang til, og bevisbedømmerens konklusjoner omhandler primært ikke det aletiske nivået, men derimot hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til å tro (det epistemiske nivået). Ikke alle bevisteorier berører alle tre nivåene, men bevisteori som felt beveger seg fra det aletiske via det epistemiske til det psykologiske.»

<sup>735</sup> Se eksempelvis Jerkø, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, s. 117 som bruker et avtalerettslig eksempel for å si noe om hva han mener om rettslig bevisbyrde. Teksten handler naturlig nok ikke om avtaleinngåelse som fenomen, og akkurat her ligger det et lite tilleggspoeng. Som vist tidligere mener jeg, i likhet med Samuelsson, at det ikke går an å stille opp noen rettsregler for avtaleinngåelse – det kommer an på om man kommer frem til at partene har blitt enige, se over i punkt 2.3.1. På prosessrettens område gjør Jerkø seg noen lignende betraktninger angående bevisbyrden: «Det finnes ingen (retts)regler om den rettslige bevisbyrden! Det er ikke slik at det finnes en egen rettsregel som legger bevisbyrden på den part som hevder at en avtale har blitt inngått. (...) Det vil si, vi kunne selvsagt formulert regler som konstaterer dette, men disse ville vært fullstendig overflødige. De ville ikke fortalt oss noe mer enn det som allerede fulgte av beviskravet alene», *Bevisvurderingens rettslige rammer*, s. 117. At Jerkø bruker avtaleinngåelse som et eksempel, bidrar sikkert til forståelse for sivilprosessen som drøftes, men sier ikke særlig mye om avtaleretten, spør du meg. Samme sted skriver Jerkø: «Når saksøker hevder at han og saksøkte har inngått en avtale, har han den rettslige bevisbyrden som en konsekvens av at han påberoper seg en rettsregel om avtaleinngåelse, som det er knyttet et beviskrav til. Dommeren kan ikke legge til grunn at avtalen har blitt inngått, uten at dette har blitt tilstrekkelig sannsynliggjort.» Det foretas ingen drøftelser av om det finnes rettsregler for avtaleinngåelse (kanskje slike også er «fullstendig overflødige»), dette legges bare til grunn som et premiss for det prosessrettslige spørsmålet. Naturlig nok, siden det er prosessrett som drøftes. Selv ville jeg vel, avtalerettslig, ha sagt at parten påberopte seg «reglene i avtalen» og ikke «en rettsregel om avtaleinngåelse», og så måtte det bli opp til avtaletolkeren (dommeren i saken) å vurdere om avtalen var inngått. At man fra et prosessrettslig ståsted mener avtaleinngåelse er et forhold som må sannsynliggjøres, betyr ikke at man også avtalerettslig behøver å se det som et bevisspørsmål. For meg, for eksempel, er spørsmål om avtaleinngåelse et tolkningsspørsmål.

<sup>736</sup> Selv om Kolflaath, *Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?*, s. 279, påpeker at bevisbedømmelse er et «nokså marginalt tema i norsk juridisk litteratur», og antar at det har sammenheng med at bevisbedømmelse «i liten grad er rettslig regulert i Norge». Om begrepet «bevisteori» skriver Kolflaath på s. 279-280, at det (ikke overraskende) brukes på flere måter, og jeg mener selvsagt ikke å ta stilling til noe som helst bevisteoretisk her.

<sup>737</sup> Gitt at partsviljen i det hele tatt er et faktum som kan bevises da.

eller bevisteorien, dersom man trenger hjelp til avtaletolkning, enten det gjelder søken etter partenes felles forståelse eller annen tolkning.<sup>738</sup> Skal man tolke en avtale, får man fokusere på de konkrete forholdene, og vil man lese om avtaletolkningsteori får man gå til avtaletolkningslitteraturen.

Når det er sagt, så klart må den som får seg forelagt en avtaletolkningstvist, forholde seg både til bevissituasjonen og tolkningsspørsmålet; det er sånn konkrete saker løses når jurister praktiserer jus.<sup>739</sup> Dersom en avtaletolkningstvist bringes inn for retten, foreligger det selvsagt en sammenheng mellom avtalerett og prosessrett, mellom avtaletolkning og bevisbedømmelse. I motsetning til lovfestede regler, eller andre generelt tilgjengelige rettskilder, må avtalen, i form av alle objektive uttrykk den måtte vise seg gjennom, «bevises» – den må føres for dommeren som ellers ikke har tilgang til den.<sup>740</sup> Men, det er ikke enestående for avtalene. Også for generelle regler, eksempelvis ulike sedvanerettslige konstruksjoner, kan det måtte føres bevis for reglene som anføres.<sup>741</sup> Å legge frem den omstridte avtaleteksten, avhøre vitner for å finne ut hva partene faktisk sa, og vurdere om et signert dokument er ekte eller en forfalskning, eller frembringe hvilke bokstaver som står på et tilgriset avtaledokument, er selvsagt bevisspørsmål. Men selv om et ytre uttrykk etter prosessretten må bevises, betyr ikke det at uttrykket *bare* trenger å bevises (eller sannsynliggjøres).<sup>742</sup> Handler det om

---

<sup>738</sup> For de som klarer å skille objektiv og subjektiv tolkning.

<sup>739</sup> Som Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 12, formulerer det: «Med tolknings- og utfyllningsverksamheten är i praktiken ofta *bevisfrågor* intimt sammanvävda.» Så intimt sammenvevd at det ikke lar seg skille i praksis. Mens man holder på, mens man løser den praktiske oppgaven som eksempelvis krever både avtaletolkning og bevisbedømmelse, bruker man ikke tid på å definere hvilken lesning av teksten som er det ene og det andre – tekstkritikk eller tolkning (se også n. 744 under). Heldigvis ikke, for idet man hadde forsøkt på noe sånn, hadde hele den praktiske virksomheten stoppet opp, og avtaletolkeren hadde ikke fått gjort jobben sin. Å undre seg over når man leser for å bevise, og når man leser for å tolke, er en teoretisk øvelse. Se i den forbindelse også Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 219: «Ger vi efter för [det teoretiska tvivlet], och börjar filosofera istället för att fokusera på det vi håller på med, kommer vi ingenstans.» Å finne ut av hva som står i en avtale, og hva det skal bety, er praktiske oppgaver. Teoriens forsøk på å beskrive og forklare hva som foregår i praksis, kan aldri bli mer enn fattige etterligninger.

<sup>740</sup> Må og må. Vi har fri bevisførsel, se tvisteloven § 21-3 første ledd. Ingen «må» føre bevis for noe, men dersom man vil påberope seg avtaleskapte regler, er det jo et poeng å gi dommeren noe å arbeide med. Om rettens ansvar for rettsanvendelsen, se tvisteloven § 11-3.

<sup>741</sup> Se tvisteloven § 11-3, jf. NOU 2001: 32, Bind B, s. 705 og Skoghøy, *Tvistløsning* 3. utgave, s. 876-877.

<sup>742</sup> Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 342, kommer med en interessant bemerkning angående forholdet mellom avtaletolkning og bevisregler: «Det er imidlertid helt teoretisk at spørsmålet om partene hadde en felles oppfatning som avvek fra ordlyden, kommer på spissen som et spørsmål om bevisbyrde. I avtaletolkning er det fullt mulig å ha to tolkningsalternativer som bygger på faktiske opplysninger som er like sannsynlige. (...) Partene kan *både* ha skrevet under en standardkontrakt med den aktuelle ordlyden, og ha gitt uttrykk for avvikende oppfatninger om det samme spørsmålet per e-post, i møter eller lignende. Når alle bevisene er vurdert, kan en altså ha den situasjonen at det faktiske grunnlaget for begge tolkningsalternativer er like sannsynlige. Det er fordi spørsmål om partene hadde en omforent oppfatning, ikke bare er et spørsmål om bevis, men

avtaletolkning, må det samme uttrykket også tolkes; hva det beviste *betyr* for avtaletolkningstvisten, hva partene *mente*, hvilken *vilje* erklæringen gir uttrykk for, er tolkningsspørsmål, ikke bevisspørsmål.<sup>743</sup> For eksempel: Hvis løftemottageren beviselig nikket etter å ha mottatt løftet, er det et tolkningsspørsmål hvilken mening som skal tillegges nikket, var det et «ja» til tilbudet, eller en bekreftelse på at tilbudet var oppfattet?

Det er langt fra noe nytt i å påpeke at noe både må bevises og tolkes.<sup>744</sup> Det underlige er hvordan man kom til å mene at (noen) tolkningsspørsmål egentlig er bevisspørsmål.<sup>745</sup> Årsaken ligger antakelig i det psykologiske viljebegrepet.<sup>746</sup> Som jo også var en av beveggrunnene bak skillet mellom tolkning og utfylling.<sup>747</sup> Ved å benytte et avtalerettslig partsviljebegrep, hvor partsviljen er tolkningstema og ikke et

---

også tolkning: hvilke berettigede forventninger partene kunne ha med grunnlag i hverandres utspill. For å løse slike motstridstilfeller, må en ta skrittet fra vurderingen av bevis – altså klarlegging av det faktiske grunnlaget for tolkningen – til den rettslige tolkningen. Det vil stort sett være naturlig å betegne valget mellom to like sannsynlige tolkningsalternativer som tolkning.»

<sup>743</sup> Jeg er dermed ikke enig med Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 17, som i forbindelse med skillet mellom tolkning («sakfrågor») og utfylling (rättsfrågor), skriver: «Distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor har betydelse genom processrättens distinktion mellan rättsfakta, som parterna måste åberopa och bevisa, och innehållet i gällande rätt, som domstolen förutsätts känna till.»

<sup>744</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 545, som viser til den klassiske forskjellen mellom «*tekstkritik*» og «*hermeneutik*». Se også Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 452-453: «Før tolkningen (og utfyllingen) kan foregå, må g j e n s t a n d e n for den være bragt på det rene. Er en muntlig avtale sluttet, må man, hvis ordlyden er omtvistet, føre bevis for hvad som er sagt. Er det en skriftlig erklæring det gjelder, og er der reist tvil om hvorvidt den er forfalsket, må dette spørsmål bringes på det rene. Det er imidlertid ikke et ledd i tolkningen; tekstkritikk er ikke tolkning. Likeledes må alle de tolkningsmomenter man vil bruke (...) være bragt på det rene. Heller ikke det er tolkning.» Eller Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, s. 126: «Tolkingen begynner først når faktum er bragt på det rene – selv om man i praksis ikke alltid tar dette som to skarpt atskilte operasjoner.» Og Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 6. utgave, s. 180: «Det är viktigt att skilja mellan bevisning och tolkning och att inte sammanblanda den processrättsliga frågan om bevisning med civilrättslig tolkning.»

<sup>745</sup> Huser, *Avtalstolkning*, s. 378 skriver for eksempel: «Hvilke meninger partene måtte ha knyttet til en partsyttring på det relevante tidspunkt, er i utgangspunktet et *bevisspørsmål*.»

<sup>746</sup> Jeg mener Husers forklaring av sammenhengen mellom bevisspørsmål og tolkningsprosessen, *Avtalstolkning*, s. 378 støtter denne antakelsen (sitatet er en direkte fortsettelse av det som fremkommer i forrige note): «Men som det er redegjort for ovenfor (...), vil en ordinær tolkningsprosess trolig måtte inngå som et hovedelement i bevisvurderingen. Både retningslinjer for tolkingen og de supplerende tolkningsregler kan nemlig gis en 'subjektiv' begrunnelse, altså slik at en parts faktiske meningsdannelse i mangel av andre holdepunkter antas å ha skjedd i samsvar med det som følger av anvendelsen av disse. Bare dersom det foreligger konkrete bevis – f.eks. i form av parts- eller vitneforklaringer – som med stor grad av sannsynlighet viser hva parten(e) har ment, kunne en tenke seg at en ytterligere bevisføring i form av en 'egentlig' tolkningsprosess langt på vei skulle kunne overflødiggjøres. (...) Uansett hvor sterke bevis man ellers måtte ha for én bestemt mening hos en part, vil denne kunne stå i en slik kontrast til det som følger av tolkningsprosessen som helhet, at det fremstår som usannsynlig at parten hadde en slik mening.»

<sup>747</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 473. «Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är i sin klassiska formulering beroende av, att urskiljandet av det faktiska icke-rättsliga – det vill säga av partsviljan – verkligen kan genomföras.»

«objekt» for tolkningen, trenger man ikke se for seg partsviljen som noe som er gitt på forhånd og som kan bevises i etterkant.

I Norge er det kanskje Ørstavik som har gått lengst i å distansere søken etter en felles partsvilje fra bevisproblematikken – samtidig som analysene hennes tar utgangspunkt i prosessrettens beviskrav.<sup>748</sup> Som vist tidligere, er også søken etter en felles partsvilje en del av den objektive tolkningen for Ørstavik.<sup>749</sup> Hun skriver:

«Hvorvidt partene hadde en omforent oppfatning som avviker fra ordlyden, er under det objektive tolkningsprinsipp, et spørsmål som hvordan den ene parten med rette kunne forstå utspill fra den annen part (...). Det er en rettslig vurdering, basert på det faktiske grunnlaget som partene fører bevis for. Fordi det ligger en rettslig vurdering i dette, blir det lett misvisende dersom bevistemaet formuleres som et spørsmål om det anførte tolkningsalternativet var partenes felles oppfatning ved avtaleinngåelsen.»<sup>750</sup>

Til forskjell fra bevisterminologien som hefter med den såkalte (inter)subjektive tolkningen, beskrives den objektive tolkningen i Norge med typisk rettslig terminologi. Giertsen skriver for eksempel:

«At mange argumenter kan ha relevans ved tolkingen, betyr ikke at alle vil ha samme vekt».<sup>751</sup>

Relevans, (slutning) og vekt, er kjente strofer fra alminnelig norsk rettskildelære, i Eckhoffs ånd.<sup>752</sup> Eckhoff selv holder imidlertid avtalene utenfor rettskildelæren, for ham er de konkrete fakta, og rettskildene kjennetegnes nettopp av sin generelle karakter.<sup>753</sup> Andre, som Andenæs, Nygaard og Skoghøy behandler derimot avtalene i

---

<sup>748</sup> Om egen struktur skriver Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 339: «Den videre diskusjonen er strukturert ut fra prosessrettens tilnærming til bevis. Reglene om bevis løser ikke spørsmålene, men kan gi en inngang til å diskutere hvilke regler som avgrenser det faktiske grunnlaget for avtaletolkningen.» Se også over i n. 742.

<sup>749</sup> Subjektiv tolkning gjelder for henne, som så mange andre, kun testamenter og andre ensidige disposisjoner, se Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 336 n. 18.

<sup>750</sup> Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 346.

<sup>751</sup> Giertsen, *Avtaler*, s. 125.

<sup>752</sup> Ifølge Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 16 n. 9, var det imidlertid Aarbakke, *Kutymen som rettskilde*, som innførte skillet mellom et relevansstadium, et slutningsstadium og et harmoniseringsstadium.

<sup>753</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 28: «(...) rettskildelæren [befatter] seg hovedsakelig bare med de rettslige, ikke med de faktiske, premisser for våre avgjørelser.» En viss glidende overgang finner Eckhoff likevel, idet han mener det er større grunn til å ta med «[a]vtaler som fastsetter generelle normer» i rettskildelæren, se Eckhoff *Rettskildelære* 2. utgave, s. 20, og da får «meget av det jeg skriver om tolking av lover, (...) også anvendelse på tolkingen av generelle avtalefestede normer.»



sine metodebøker.<sup>754</sup> Men, det faller ingen naturlig å kalle avtaletolkningsmidlene for rettskildefaktorer – avtaleutkast, forutgående forhandlinger og andre partsspesifikke forhold har ingen generell relevans eller vekt.<sup>755</sup> Det som benyttes når avtaler tolkes, havner lett på faktasiden hvis man må forholde seg til denne diktotomien. Motsatt ville man aldri henført de generelle rettskilde(faktor)ene til faktasiden selv om de også fremgår av faktiske uttrykk.

Om avtaletolkning ikke er bevisbedømmelse, forteller den andre siden av dikotomien oss at avtaletolkning er rettsanvendelse. Er det ikke det ene, så er det det andre.<sup>756</sup>

«Rettsanvendelse består i å anvende rettsregler på faktiske forhold. Først må det generelle – abstrakte – innholdet av regelen klarlegges. Det er vanlig å kalle dette den *generelle tolking* av regelen. (...) Etter at det generelle innhold av rettsregelen er fastlagt, må det tas stilling til om det aktuelle tilfellet omfattes av regelen, og – i så fall – hvilken konkret løsning som følger av denne. Dette kalles *den konkrete rettsanvendelsen* eller *subsumsjonen*. (...) Det må skilles mellom *rettsanvendelse* og *bevisbedømmelse*. Bevisbedømmelsen går ut på å bestemme hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn for avgjørelsen.»<sup>757</sup>

Til rettsanvendelsen hører ifølge Skoghøy, og de fleste andre, både den generelle og den konkrete tolkningen – tolkningen og subsumsjonen:

<b>Bevisbedømmelse</b>	<b>Rettsanvendelse</b>
Avgjøre faktum	Tolkning og subsumsjon

<sup>754</sup> Se M. H. Andenæs, *Rettskildelære*, s. 165 flg., Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, s. 335 flg., Skoghøy, *Rettsanvendelse*, s. 92 flg.

<sup>755</sup> Problemet med å forstå avtalen som en rettskilde, eller rettskildefaktor, ligger i kravet til generell relevans, se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 81 og 172 med videre henvisninger. Siden avtalen bare gjelder mellom individuelle parter, har den ikke generelle virkninger, og derfor har det vært vanskelig for oss å behandle den med de øvrige rettskildene. Med mindre det gjelder standardkontrakter og tariffavtaler og sånn, da ser teorien ut til lettere å anse avtalen som en rettskilde. Se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 20, og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 340.

<sup>756</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 171, skriver om «det realistiska juridiska tänkandets tvångsmässiga spjälkande av alla fenomen i en faktisk och en rättslig komponent». Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudence och rättslig motvetande*, s. 195, mener vi bør spørre oss «vilken diskurs som gör att det rättsliga vetandet sönderfaller i dikotomier.»

<sup>757</sup> Skoghøy, *Rettsanvendelse*, s. 16, lignende uttalelser også på s. 264.

Den oppmerksomme leser kan nå se at tolkningen har «byttet plass» fra tidligere tabeller der tolkningen ble holdt opp mot utfyllingen, eksempelvis hos Ussing og Lehrberg.<sup>758</sup> Kanskje beror det på at man tenker annerledes om generelle regler enn om individuelle regler? Når det skrives om lovtolkning, er det ingen som vil anse tolkningen som et faktaspørsmål (vi driver ikke med noen faktisk-psykologisk lovgivervilje).<sup>759</sup> Tolkning handler da om jus, og subsumsjon om å anvende jusen på faktum (som er bevist). Med Eckhoffs ord:

«Ofte sondres det mellom ‘tolking’ og ‘subsumsjon’. Med ‘tolking’ mener man da å fastslå regelens generelle innhold, og med ‘subsumsjon’ å ta stilling til om et individuelt saksforhold faller inn under den.»<sup>760</sup>

Eckhoff selv bruker tolkning som «en felles betegnelse på begge de nevnte ledd i avgjørelsesprosessen».<sup>761</sup> Samtidig skriver han at «[n]år det er behov for å sondre, kan vi tale om ‘generell tolking’ som motsetning til ‘individuell tolking’ (eller ‘subsumsjon’)». Det ser derfor ut som at han mener det er mulig å sondre, men at det av ulike grunner ikke bør legges avgjørende vekt på sontringen i rettskildelæren.<sup>762</sup> I den reviderte utgaven et par år senere, avvises imidlertid skillet helt: «I rettskildelæren er det imidlertid ikke grunn til å sondre mellom tolking og subsumsjon».<sup>763</sup>

Sett nå likevel, for drøftelsens skyld, at rettsanvendelse kjennetegnes av elementene «generell tolkning» og «konkret subsumsjon», da passer ikke avtalene helt inn – der må tolkningen nødvendigvis også være konkret. Avtaleskapte regler har ikke noe generelt innhold slik som andre regler har; de er alltid individuelle. I rettskildelæren løses avtalens uhåndterlighet ved hjelp av «flytende overganger»:

«Selv om det må trekkes et skille mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse, kan det undertiden bli en flytende overgang. Dette gjelder blant annet ved avgjørelsen av om det

---

<sup>758</sup> Se over på s. 143 og 152. Det vil si, tabellen så litt annerledes ut der, men tolkningen ble koblet til det faktiske og utfyllingen til det rettslige.

<sup>759</sup> Når det er sagt, er også lovgiverviljebegrepet et yndet diskusjonstema, og lovtolkningsteorien holder seg også med subjektive og objektive teorier. Se mer om forholdet mellom lov- og avtaletolkning i kapittel 5.

<sup>760</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 117.

<sup>761</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 117.

<sup>762</sup> De to grunnene er at juridiske resonnementer, særlig i domsgrunner, slett ikke alltid faller i to ledd, og at det stort sett er de samme faktorer som tas i betraktning når man avgjør hvordan bestemmelsen generelt er å forstå, og hvilken anvendelse den skal ha i det konkrete tilfellet, se Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 117-118.

<sup>763</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utgave, s. 27, som for så vidt klinger fint med Samuelssons: «Tolkningen är tillämpningen», se *Tolkningslärans gåta*, s. 101, selv om sistnevnte muligens går et hakk lengre.

er inngått avtale, og hvordan denne i tilfelle skal forstås, og ved avgjørelsen av spørsmål om verkshøyde, etterligning og forvekslingsfare innenfor immaterialretten.»<sup>764</sup>

Avtaletolkningen, enten det gjelder inngåelses- eller innholdsspørsmålet, er altså verken fugl eller fisk, men må befinne seg et sted derimellom, eller skal vi si på en slags glideskala hvor (inter)subjektiv tolkning er bevisbedømmelse, utfylling er ren jus og objektiv tolkning en slags salig blanding? Noe á la dette:

<b>Felles partsvilje</b>	<b>Objektiv tolkning</b>	<b>Utfylling</b>
Bevisbedømmelse	Glidende overgang	Rettsanvendelse

Tidvis kjennes det som om denne undersøkelsen nærmer seg noe, men så glipper det liksom hver gang jeg stopper opp et sted. Er det ikke mer til skillet mellom tolkning og utfylling enn glidende overganger og pragmatiske setninger om samspill mellom jus og faktum? Siden alle dessuten ser ut til å være enige i at det ikke er mulig (eller en gang vits i å forsøke), å skille tolkningen fra utfyllingen, er det kanskje ikke *i* skillet mellom tolkning og utfylling at vi kommer nærmere avtaletolkningens vesen. Beveggrunnene bak skillet, som man jo mener var viktig en gang, kan likevel vise seg å være interessante. Jeg tror det kan være grunn til å gå tilbake til de to historiene, den om tolkningsbegrepets utvikling og den om oppsplittingen i tolkning og utfylling, og den «rettsliggjøringen» av avtaletolkningen som kan spores der.

#### 4.2.4 Rettsliggjøring

«Förutsebarheten tar lätt över i jämförelsen med andra värden.»<sup>765</sup>

Enten man holder fast ved at tolkningen er faktisk og utfyllingen rettslig, mener at begge deler er rettslig, eller inntar en avslappet holdning til hele skillet, er det dikotomien jus og faktum teorien hviler på og dras imellom. Som en selvfølgelighet, virker det som. Jo lenger unna i tid vi kommer Ussing, dess lettere er det å vise til at skillet er klassisk og tradisjonelt, og glemme at det også fantes en tid før det igjen hvor man beskrev tolkningsaktiviteten i andre termer.<sup>766</sup> Først ved realismens inntog, og

<sup>764</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 264.

<sup>765</sup> Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggstenar*, s. 98.

<sup>766</sup> En gang var det å skille mellom tolkning og utfylling opprørsk og moderne.

overgangen til et faktisk-psykologisk viljebegrep, oppsto behovet for å skille letingen etter den faktiske viljen, fra de rettslige vurderingene i avtaletolkningen.

«Objektivisten synar den äldre juridikens tolkningsterminologi, och vill från denna tillämpning undanta de fall i vilka det 'verkligen' rör sig om regelanvändning snarare än om ett uttrönande av partsviljan. Tolkningsbegreppet spjälkas i en faktisk och en rättslig del – och resultatet är 'den klassiska distinktionen mellan tolkning och utfyllning'.»<sup>767</sup>

Litt kontraintuitivt kanskje da at Stang mener det er viljeteoretikerne som trenger å skille mellom tolkning og utfylling.<sup>768</sup> Tanken er at de som er opptatt av å lete etter viljen, ikke uanstrengt kan forklare bruk av *naturalia negotii* og slikt ved avtaletolkning, og derfor trenger et ekstra begrep.<sup>769</sup> Ifølge Stang følger skillet dermed nærmest som en konsekvens av viljesdogmet. Men her må man være oppmerksom på at det er Stangs eget viljebegrep som projiseres på de såkalte viljeteoretikerne; det er for ham selv, som så partsviljen som en sjelelig tilstand, at det blir problematisk. De såkalte viljeteoretikerne ville neppe kjenne seg igjen i at det var de som hadde behov for å skille mellom *faktisk* tolkning og *rettslige* vurderinger, de var antakelig opptatt av helt andre ting – andre ord. Dikotomien jus og faktum er en av realistenes viktige markører, ikke forgjengernes. Antakelig «oppsto» denne dimensjonen nettopp som en reaksjon mot forgjengerne i et forsøk på å komme metafysikken til livs og avdekke hva som virkelig går for seg.<sup>770</sup> Og siden dikotomien er «laget» for å ta avstand fra fortidens forfattere, er den neppe en god målestokk for hva disse mente.<sup>771</sup> Derimot kan

---

<sup>767</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 597.

<sup>768</sup> Se over på s. 139.

<sup>769</sup> Se Stang, *Handelskoutumer*, s. 135: «Det er kontraktens nærmestliggende indhold, de mener man kan finde ved fortolkning, mens de *naturalia negotii*, som i avtalens øieblik maa ha staat fjernere for partenes tanke, ikke siges at følge av kontrakten, men at lægges ind i den utenfra. Denne sontring er imidlertid vag og gir ikke noget virkelig holdepunkt. Naar den allikevel hævdes, har det sin grund enten deri, at man bevisst eller ubevisst lar sig beherske av viljesdogmet, og derfor ikke strækker begrepet fortolkning længer end man kan tænke sig (eller fingere), at partenes bevisste vilje er gaat, eller deri, at man føler sig bundet ved den nærmestliggende betydning, som ordet fortolkning har i daglig tale.»

<sup>770</sup> Som vi i dag kommer med våre reaksjoner på 1900-tallets rettsrealisme. Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 172, som skriver: «Med tiden har emellertid den ortodoxa realistiska uppfatningen, att avtalet är att se som ett rent faktum, kommit att förlora den självklarhet med viljen den från början gjorde sig gällande. Då, vid tiden för den realistiska väckelsen, framstod den prerealistiska avtalsrättens tendens att tala om avtalet som om detta i sig var rättsskapande som en av denna disciplins värsta försyndelser. Nu ser vi inte längre poängen som given (och för egen del vill jag tillägga att det från första början rörde sig om en missuppfatning).»

<sup>771</sup> Om dynamikken i vitenskapen, som stadige oppgjør mellom dogmatikere og skeptikere, mellom forgjengere og etterkommere, mellom dogmer, se eksempelvis Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskapelighet*, s. 203-204, som kulminerer med: «En mans sanning, blir nästa mans myt.»

dikotomien si en hel del om oss selv og vår forståelse, fordi vi ennå ikke har tatt oppgjøret med den.<sup>772</sup>

Historien slik vi kan lese den hos Stang (om den tidligere primitive tolkningen og viljedogmets feilbarlighet etc.), gjenfortelles stadig, og vi er liksom enige med Stang i at det av dagens avtaletolkere forventes mer. For Stang var dette «noe mer» de rettslige overveielserne og reale hensynene som det moderne samfunnet krever av avtaleretten og avtaletolkerne.<sup>773</sup> Stangs tolkningsteori er et tydelig «rettslig» prosjekt hvor det individuelle nedtones og det generelle fremheves:

«Han [dommeren] må trenge inn i partenes forutsetninger og forstå deres rettsbehov, men han må også med en god lovgivers allsidighet og omsyn gi en løsning der passer som norm for andre konflikter av samme art. Dommeren må altså tenke for partene – der hvor deres tanke er stanset op, må han tenke videre. Men han må også tenke som lovgiver – det er en av de betydeligste faktorer i rettsutviklingen som ligger i dommerens hånd og utløses gjennom hans rettsavgjørelser. Ikke ved formal rettslogikk alene, men ved en allsidig og vid samfundsopfatning er det altså dommeren i nutiden løser sin oppgave.»<sup>774</sup>

I Stangs beskrivelser av tolkningsvirksomheten, kan her spores en glidning fra at målet er å tolke den konkrete avtalen til vurderinger av hva som med en lovgivers blikk ville ha passet som norm for andre konflikter av samme art. Spørsmålet blir, i stedet for å søke etter hva partene har *ment* å avtale, hvordan slike avtaler *generelt* bør forstås.<sup>775</sup> Sammenstiller vi dette utsagnet med tingliggjøringen av partsviljen, blir det synlig hvordan selve avtalen (og dermed også avtaletolkningen) gjøres til noe *faktisk*, mens vurderingene som deretter foretas, blir *rettslige*.<sup>776</sup> For Stang er det imidlertid fortsatt

---

<sup>772</sup> Eller, noen har jo det, da. Og med denne avhandlingen gir jeg mitt lille bidrag. Som derfor også betyr at jeg neppe kan yte mine «forgjengere» tilstrekkelig rettferdighet – jeg faller for eget grep. Akk ja, men hva annet kan man gjøre?

<sup>773</sup> Se over i punkt 4.2.1.

<sup>774</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 447.

<sup>775</sup> Se også Knoph, *Nogen ord om dommerens stilling til kutymene*, s. 307, i en passasje om hvordan dommeren må forholde seg når han beveger over i utfylling: «Det er ikke lenger kontraktens ånd som ubetinget skal inspirere hans avgjørelse, hvor rettsfientlig og urettferdig den enn kann være. Så lenge dommeren ennå befinner sig like utenfor grensen av ordenes uomtvistelige rekkevidde, er hans emansipasjon fra kontrakten riktignok ufullstendig. Men efterhvert som han kommer inn på den egentlige utfyllings område, både kann og skal han med stadig større åpenhet vise et annet flagg. Uten hensyn til den tone som kontrakten har slått an, skal han fylle dens huller på den måte som hans rettsbevissthet sier ham er riktig og rettferdig.» Her argumenterer Knoph mot Stang som ennå ikke har adoptert skillet mellom tolkning og utfylling, men som vi ser er innholdet mye av det samme.

<sup>776</sup> Enda tydeligere hos Ussing, se over i punkt 4.1.3.

partenes avtale som kommer først, bare der hvor «deres tanke er stanset op», må avtaletolkeren gå videre.<sup>777</sup>

Norsk avtaletolkningsteori post Stang har, slik jeg ser det, fortsatt i det sporet Stang (og Ussing for så vidt) staket ut. På tross av dagens skuldertrekk til skillet mellom tolkning og utfylling, og hangen til å gjemme de prinsipielle utfordringene i glidende overganger, mener jeg man kan spore en rettsliggjøring også i den norske avtaletolkningsteorien. Forkastelsen av viljedogmet og den etterfølgende utviklingen av tolkningsbegrepet, med den påfølgende utskillingen av utfyllingen, førte til at tolkningsteorien ble ledet inn på et mer *rettslig* spor.<sup>778</sup> Vi kan ikke vite hva partene tenkte, i høyden prøve å bevise det, ergo vi må løse avtaletolkningen som andre rettsspørsmål. Det har foregått en rettsliggjøring av avtaleretten, om man vil.<sup>779</sup> Når den individuelle, faktiske partsviljen er så vanskelig tilgjengelig, blir det tilsvarende lett å ty til de generelle, rettslige reglene. Denne «forskyvningen» mellom jus og faktum er avhengig av at vi tror at det er her avtaletolkningen hører hjemme, på et sted langs denne (tenkte) aksen, og idet avtaletolkningen skyves i retning det rettslige, kommer også de rettslige idealene i spill.

Ett av våre aller største idealer, er at jusen må være forutberegnelig.<sup>780</sup> Det skrives for eksempel gjerne om generell eller konkret rimelighet, hvor den generelle er den

---

<sup>777</sup> I lignende baner skriver Knoph, *Nogen ord om dommerens stilling til kutymene*, s. 307: «(...) det står allikevel fast, at dommeren er bundet av ordene, og er nødt til å låne dem rettens kraft, selv om den ånd som taler ut av kontrakten, ikke stemmer med det rettsideal han bærer i sitt indre. Hårde, ubillige kontrakter, som utbytter den svakere eller dummere part, må dommeren som den store hovedregel bøie sig for; hvis ordene taler tydelig, må dommerens rettferdighetsinstinkt tie.»

<sup>778</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 43: «Uppfatningen att partsviljan skall förstås som ett empiriskt fenomen – *förtingligandet*, eller reifierandet, av viljan – motsvaras av ett *förrättsligande* av avtalstolkningen. I den realistiska avtalsrättens matris separeras på så sätt varat från börtat, det faktiska från det rättsliga, och tolkningen från utfyllningen.» Se som illustrasjon dette sitatet fra Knoph, *Nogen ord om dommerens stilling til kutymene*, s. 307: «Over på utfyllingens grunn trer han derimot, når han blir nødt til å treffe avgjørelser om forhold og situasjoner som har ligget helt utenfor partenes tanker (...).» Tolkning handler om partenes (fysiske) tanker (enten de er «uttrykkelig avtalt» eller «det som partene stiltiende har ment å legge i sine ord») og alt annet blir utfylling.

<sup>779</sup> Selvsagt er avtaleretten «rettslig». Misforstå meg rett. Det vi først tenker på når vi tenker på det «rettslige», er den generelle rettsligheten. Det er denne rettskildelærer bygges rundt, og det meste av rettsvitenskapen handler om. Og som vist, passer ikke avtalene helt inn i denne rettslige meningsammenhengen. Rettsliggjøringen jeg mener å kunne spore, handler om å la den allmenne rettslige normativiteten spise seg inn på området til den individuelle avtalerettslige normativiteten.

<sup>780</sup> Se eksempelvis Bernt/Mæhle, *Rett samfunn og demokrati*, s. 148, som kaller forutberegneligheten en rettstatsverdi. Se også Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, s. 291, med videre henvisning til Eng, *Rettsfilosofi*, s. 212-216.

mest forutberegnelige.<sup>781</sup> Og for de generelle reglene, ligger der kanskje et poeng.<sup>782</sup> For avtalene er det annerledes – de er alltid konkrete.<sup>783</sup> Likevel kan vi lese at forutberegnelighet har en egenverdi også ved avtaletolkning.<sup>784</sup> I en sammenligning mellom norsk og engelsk rett, spør Høgberg om ikke den engelske retten har et fortrinn:

«Her er nemlig rettsanvendelsen mer regelbunden og presis, noe som gjør at borgerne i økt grad blir i stand til å forutberegne sin rettsstilling. Og dette har i seg selv en egenverdi: Det er selve innbegrepet av rett som noe annet og mer enn rimelighet. Og i denne situasjon kommer man ikke helt i mål med å hevde at den nordiske fremgangsmåten er likeverdig, idet det man etter denne bare kan forutberegne at konflikten får en antatt rimelig løsning, mens det rimelige er en høyst skjønnsmessig størrelse avhengig av øynene som ser.»<sup>785</sup>

Dersom forutberegnelighet er den eneste saliggjørende målestokken, har Høgberg rett i at en regelstyrt prosess er lettere å forutberegne enn en høyst skjønnsmessig avgjørelse. Sånn sett skulle det vært en fordel om tolkning egentlig var utfylling. Høgberg selv tar imidlertid ikke til orde for det; han uttrykker tvert imot at for sterk gravitering mot bakgrunnsretten, kan innebære:

«(...) en korreksjon av den virkning som ellers ville fulgt av avtalens ordlyd, og derved også en reduksjon av avtalens funksjon som rettslig instrument.»<sup>786</sup>

Hvis jeg forstår Høgberg riktig, mener han med denne «advarselen» at avtalen bør gå foran bakgrunnsretten. Men, idet han fremholder at tolkningen bør være «forutberegnelig», og fremhever den engelske tolkningslærens fortrinn fordi den er «regelbunden», dras Høgberg mot det generelle igjen. For hvordan kan man forutsi

---

<sup>781</sup> Bare for å ta et par raske eksempler: Hagerup, *Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse*, s. 59: «E n t e n kan Dommeren søge at finde den Afgjørelse, som under Hensyn til alle de i n d i v i d u e l l e Omstændigheder ved det konkrete Tilfælde forekommer ham billigst og hensigtsmæssigst. E l l e r: Han kan søge at danne sig en Regel af en saadan Beskaffenhed, at den egner sig til at anvendes i a l l e l i g n e n d e T i l f æ l d e. Der findes hos friretslige Forfattere Ytringer, som peger i Retning af det første Alternativ. Det er imidlertid klart, at derved opgiver man i Virkeligheden al objektiv Retsorden og prisgiver Retshaandhævelsen den rene Kasuistik og derved tillige den rene Vilkaarlighed.» Og i Tørum, *Konsekvens i formueretten*, s. 314, angis temaet å være: «(...) hensynet til regeldannelse, konsekvens og klare linjer – konsekvens i formueretten. Eller sagt med andre ord: Hva er viktigst, konkret rimelighet eller klare regler som sikrer *forutberegnelighet*, og som passer inn i *systemet*?»

<sup>782</sup> Min forbeholdenhet her kommer bare av at jeg ikke skriver om tolkning av generelle regler.

<sup>783</sup> Se også under i n. 1214.

<sup>784</sup> Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, har hensynet til forutberegnelighet som en gjennomgående fanesak, se eksempelvis (i det norske sammendraget) s. 200-201, 207 og 214.

<sup>785</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 161-162.

<sup>786</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 158.

hvordan en avtale skal tolkes, om man ikke har noen generelle føringer å holde seg til?<sup>787</sup>

I behandlingen av den objektive tolkningen gjør teorien sitt ytterste for å kunne bidra til forutberegnelighet – det må liksom være mulig å si noe generelt om hvordan avtaler skal tolkes, slik at man kan forutse hvordan en konkret avtale kommer til å bli tolket og dermed sikre at ikke avtaletolkeren tolker i vei etter eget forgodtbefinnende.<sup>788</sup> Men det er akkurat det da, at det individuelle kjennetegnes av at det ikke er generelt.<sup>789</sup> For avtaletolkningen, må spørsmålet bli hva partene kan forutberegne ut fra avtalen de har inngått, ikke hva noen andre regler tilsier. Tolkningsbegrepet representerer det individuelle (hvordan skal akkurat denne teksten forstås i akkurat dette tilfellet), mens utfyllingsbegrepet representerer det generelle (hvis ikke det individuelle går å fastlegge, hvordan kan de generelle reglene hjelpe til). Ethvert krav om at tolkningen skal foregå etter noen generelle retningslinjer, i tråd med bakgrunnsretten eller at «kontrakten bør tolkes mot den som hevder en forståelse i strid med bakgrunnsrettens løsning», undergraver avtalens individualitet – og med det også tolkningsbegrepet, og vi står igjen med utfyllingen.<sup>790</sup>

Våre naboer drar det lengst. Vel halvveis ut på 1900-tallet, kan vi se hvordan skepsisen til tolkningsvirksomheten, gjør at Vahlén heller mot heller å gå for den kjente og etablerte bakgrunnsretten:

---

<sup>787</sup> Hvorvidt det *kan* oppstilles generelle regler for avtaletolkning, kommer vi tilbake til i neste kapittel, se under i punkt 5.3.

<sup>788</sup> Se eksempelvis hos Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 200: «Hensynet til forutberegnelighet krever betydelig grad av kontinuitet på dette rettsområdet.» Om Tørum's eget *analyseverktøy* på s. 201: «Analyseverktøyet er derfor ment å bidra til større konsistens, forutsigbarhet og transparens i tolkningsprosessen.» Se også s. 207, om begrunnelsen for at kommersielle kontrakter skal tolkes objektivt: «To grunnleggende og nært forbundne hensyn er *klarhet og forutberegnelighet*.»

<sup>789</sup> Språket er (i alle fall for en stor del) bygd opp av motsetninger, og disse to begrepene – individuell og generell – kan bare forstås holdt opp mot hverandre. Det individuelle er ikke generelt, og omvendt. At *noe* vi skulle snakke eller skrive om, tilfeldigvis er begge deler samtidig, betyr likevel ikke at betydningen av ordene smelter sammen. Eksempelvis kan man avtale den samme regelen i en avtale som står i en lov, bokstavene i den individuelle teksten og den generelle teksten vil da naturligvis være de samme. Tekstene er likvel av henholdsvis det individuelle og det generelle slaget. Se også Samuelsson, *Tolkningens gåta*, s. 167, som til en kommentar fra Grönfors, *Juridisk analys och intuition*, s. 128: «Målet för varje tolkningsoperation är att resultatet skall låta sig infogas i det rättsliga helhetsmönstret», svarer: «Det er inte sant, inte för avtalstolkningens del», og på s.179, hvor han i en kommentar til en påstand fra Schmidt, om at avtaletolkningen så langt som mulig bør harmoneres med de materielle reglene, skriver: «Det går inte att säga, att tolkningen *skall ge* samma resultat som de materiellrättsliga reglerna (det vore en kontradiktion).»

<sup>790</sup> Sitatet er hentet fra Giertsen, *Avtaler*, s. 131, som igjen har det fra Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 194. Med fare for å bli misforstått; jeg er ikke imot at man kan komme til et resultat som er i tråd med bakgrunnsretten. Det er *kravet* om harmonisering jeg mener ikke kan oppstilles.



«Den vanlige oppfatningen inom doktrinen kan nog sägas vara att avtal skall gå före utfyllande rätt. Jag vill emellertid ifrågasätta om denna princip generellt kan upprätthållas, när fråga är om s.a.s. osäker tolkning. I varje fall när en utfyllande regel är väl inarbetad och känd, blir resultatet i praktiken många gånger, att man prefererar en lösning som överensstämmer med denna regel framför ett osäkert tolkningsalternativ.»<sup>791</sup>

For forfattere som Grönfors og Madsen forsvinner tolkningsbegrepet helt, og med det også dikotomien tolkning og utfylling fordi den jo krever to motpoler.<sup>792</sup> Også for forfattere som Ussing og Lehrberg, forsvinner tolkningsbegrepet, men av litt andre grunner; hos dem gjøres tolkningen om til språkvitenskap, logikk og psykologi eller bevisspørsmål – altså ikke lenger tolkning.<sup>793</sup>

Selv om de fleste i Norge ser ut til å gå for en variant av Stangs vide tolkningsbegrep, er vi likevel med på rettsliggjøringen. Det opereres fortsatt med et faktisk-psykologisk viljebegrep som gjør at vi dras mot det generelle, det objektive, det forutberegnelige og det rettslige. Selv om ingen kan annet enn å innrømme avtalenes individuelle karakter (enhver dom om avtaletolkning handler unektelig om akkurat den avtalen som der tolkes), bare må man liksom forsøke å si noe generelt om hvordan de skal tolkes, hvorfor tolkningen må være objektiv og hvor viktig det er med forutberegnelighet.<sup>794</sup> Motsetningene i språket legger opp til det. Den ene delen av et begrepspar verdsettes over den andre.<sup>795</sup> Det objektive over det subjektive, det forutberegnelige over det vilkårlige og det generelle over det konkrete.<sup>796</sup> Og i dikotomien jus og faktum tør jeg påstå at det er jus-siden som, iallfall for jurister,

---

<sup>791</sup> Vahlén, *Bidrag till avtalstolkningens systematik*, s. 398.

<sup>792</sup> Se over i punkt 4.2.2.

<sup>793</sup> Se over i punkt 4.1.3 og 4.2.2.

<sup>794</sup> Se eksempelvis formålet til Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 21: «Det å tilstrebe en enhetlig praksis som gir borgerne muligheten til å forutse sin rettsstilling, er etter min oppfatning et selvstendig og verneverdig retts gode; en verdi som jeg gjennom denne bok ønsker å realisere ytterligere.»

<sup>795</sup> Se Samuelsson, *Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten*, s. 103-104 som tar utgangspunkt i at den ene termen i et begrepspar har lavere verdi enn den andre, før dette igjen knyttes an til kjønn: «Till exempel associeras det kvinnliga regelmässigt med den lägre värderade termen i våra grundläggande dikotomier: objektivt/subjektivt, förnuft/känsla, offentligt/privat, stark/svag, stor/liten, aktiv/passiv, ljus/mörker, själ/kropp, djup/yta med flera.» Samuelsson kaller, i n. 6, denne bruken av ordene for: «Ett 'grammatiskt' faktum, i meningen: det är så vi använder språket (det är så vi lever).» Se også Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande*, s. 194: «Genom en särskild metafysik inuti rätten och rättsvetenskapen själv skapas underordning och underordnade begrepp», og på s. 197 om kjennetegnet «'hierarkisk organisering' där den ena kategorin utgör det normala och 'det andra' det avvikande och, därmed, det underordnande: en binär hierarkisk opposition etableras.»

<sup>796</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 517 om hvordan det objektive verdsettes over det subjektive.

trekker det lengste strået.<sup>797</sup> Vi må nærmest stritte imot språket, og dermed også oss selv, for å se det annerledes. Og hvordan sette seg opp mot språket, når det er det eneste vi har? Holde munn? Slutte å skrive? Nei, vi trenger ikke å kapitulere bare fordi vi møter på en utfordring.

### 4.3 Rettsanvendelse, bevisbedømmelse og ... avtaletolkning

#### 4.3.1 Teksttolkning

«Words are, in my not-so-humble opinion, our most inexhaustible source of magic.»<sup>798</sup>

Så lenge vi tror at avtaletolkningen må befinne seg et sted langs aksene mellom jus og faktum, vil enhver avstandtagen fra at avtalen er et *faktum* føre til at den blir mer *rettslig*, og omvendt. Det er uunngåelig. Dikotomien rigger forståelsen. For å kunne komme fri fra denne evinnelige jus og faktum-tankegangen, kan det være fruktbart å ta en nærmere kikk på hvordan det *faktiske* og det *rettslige* faktisk arter seg i jusen. Begge deler fremgår nemlig av – *tekst*.<sup>799</sup>



<sup>797</sup> Bevisvurderinger og bevisteori levnes til illustrasjon liten, om noen, plass i jusutdanningene.

<sup>798</sup> Albus Percival Wulfric Brian Dumbledore, *Harry Potter and the deathly hallows part 2*, 01:34:58-01:35:08.

<sup>799</sup> Med det mener jeg absolutt ikke å nedvurdere, eller forenkle den rettslige virkeligheten. Umberto Eco skriver, *Interpretation and history*, s. 40, (oversettelse funnet i Asdal m.fl., *Tekst og historie*, s. 57): «En tekst er et uendelig univers der tolkeren kan oppdage et infinitt antall sammenhenger.»

Uansett hva jurister gjør, gjøres det med språket.<sup>800</sup> Noen faktisk virkelighet utenfor språket finnes i realiteten ikke for oss.<sup>801</sup> Alt er tekst.<sup>802</sup> For eksempel, i en juridisk sammenheng: Tekster som beskriver hva som har skjedd, tekster som argumenterer for at noe annet skjedde, tekster som sier noe om hvordan slike situasjoner bør løses og tekster som løser situasjonen ved å holde en eller flere tekster opp mot en annen. Selv virkeligheten er tekst.<sup>803</sup>

Den «språklige vendingen» i filosofi og språkteori, kan også gis betydning for jusen, det vil si hvis vi tillegger den mening for oss. Blant annet vil det å rette fokuset mot språket i seg selv, hvordan vår virkelighet i realiteten bare er tilgjengelig for oss via språket, medføre at de to motpolene jus og faktum, med ett blir to utslag av det samme – språket. Selvsagt kan vi fortsatt skrive om hver av dem uten å tillegge dem samme betydning (beskrivelser av jus og beskrivelser av faktum ser forskjellig ut), men enten vi holder på med det ene eller det andre, er det tekst og teksttolkning det handler om.<sup>804</sup> Enten det er beviser som vurderes, faktum som subsumeres, prinsipper som systematiseres eller avtaler som tolkes, skjer det i språk og tekst.<sup>805</sup> Å skille rettslige

---

<sup>800</sup> Og «alt» som skal være relevant i en rettslig sammenheng, «må» fremkomme i et «rettslig språk». Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande*, s. 205 skriver: «Det skulle vara frestande att göra en medveten parafras och påstå att *det finns ingenting utanför det rättsliga språket*. Absolut ingenting. Det vi kallar 'verkeligheten' tar endast plats i och genom det juridiska vetandet om det skall ha någon *rättslig* relevans.»

<sup>801</sup> Se eksempelvis Høgberg, *I språkets bilde*, s. 47: «Fra å bli sett på som et tidløst og immaterielt medium for fremstilling av virkeligheten har språket i stigende grad blitt sett på som en materiell og historisk betinget del av virkeligheten. Fra å fokusere mot det språket fremstiller (som jo paradoksalt nok gjerne er det vi kan kalle 'verkeligheten utenfor språkbruk'), har man altså gradvis rettet fokus mot språket selv. Dette skiftet av fokus forbindes med det som kalles 'den språklige vending' og har resultert i en rekke endringer i synet på forholdet mellom språk og 'verkelighet', herunder språkets betydning for erkjennelsen. Språket har gradvis endret posisjon fra å være medium for erkjennelse og for 'erkjennelse av det erkjente', til altså å innta posisjon som erkjennelsens objekt).

<sup>802</sup> «Ingenting kan identiferas utan att man börjar tala om det», skriver Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 9.

<sup>803</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 59: «Vårt språk er ikke bare avgjørende for kommunikasjonen ved at det *representerer* virkeligheten, men også ved at språket vårt konstituerer (vår forståelse av) virkeligheten. Det finnes ingen annen virkelighet tilgjengelig for vår forståelse enn den språket tilbyr. Sagt på en annen måte: Ved språket er det ikke slik at virkeligheten beskrives; ved språket konfigureres vår forståelse av virkeligheten. Virkeligheten utenfor språkbruk blir en grensestørrelse, en slags 'tingen i seg selv' – noe vi ikke kan snakke om ettersom språket bringer oss tilbake til 'språkets konfigurerte virkelighet'.»

<sup>804</sup> Høgberg, *I språkets bilde*, s. 50: «Denne erkjennelse vil kunne endre synet på den prosess vi kaller 'subsumsjon'. Tradisjonelt er ikke dette sett på som noen utpreget tekstlig bevegelse. Man snakker om å henføre faktum under en norm, eller å prøve normen på et faktum. Det vi glemmer er at både 'normen' og 'faktum' er middelbare størrelser i teksten: Det dreier seg om en språklig formulert 'norm' og et språklig formulert 'faktum'. *Det vi kaller subsumsjon av faktum under en regel, er etter dette en hermeneutisk sammenlignende prosess, hvor den språklige tolkningen av 'verkeligheten' sammenlignes med den språklige tolkningen av normen.*»

<sup>805</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 455: «Juridik handlar, fortfarande, väsentligen om texttolkning.»

tekster fra «virkeligheten» utenfor (som nødvendigvis også må utformes i tekst), høres i utgangspunktet tilforlætelig ut, men jeg mistenker at det mest er fordi vi har hørt det så mange ganger.

La oss gå tilbake til avtaletolkningen, og ordlyden, siden den viktigste teksten vi leser når vi avtaletolker, er avtaleteksten. Når det fremholdes at «ordlyden» er «den umiddelbare betydningen av avtaledokumentets tekst etter alminnelige språknormer», tror jeg ikke vi skal forledes til å tro at det er ekte normer som bestemmer hvordan teksten skal leses.<sup>806</sup> En henvisning til at tolkning er språkvitenskap, er ingen «løsning» i form av at avtaleteksten kan sies å ha en ferdig bestemt språklig mening «språkvitenskapelig» sett.<sup>807</sup> Språkvitenskapen kan i høyden gi oss (ulike) forklaringer på hvordan språket fungerer, og ordbøker kan fortelle oss forskjellige meninger ulike ord vanligvis har, ikke fortelle oss hvordan vi praktisk skal bruke språket – ei heller hvordan avtaler skal tolkes.<sup>808</sup> Som Høgberg formulerer det:

«Det som kalles mening eller betydning er en lagt mindre håndfast og stabil størrelse enn hva den alminnelige meningsteori gir uttrykk for. Et språklig uttrykks mening kan ikke løsrives fra bruken av det språklige uttrykk, og denne bruken kan ikke beskrives ved – eller reduseres til – andre språklige uttrykk.»<sup>809</sup>

Jeg tror heller vi skal forstå kunstuttrykket «ordlyden» som en henvisning til en rettfærdig lesning av teksten, i motsetning til en tendensiøs lesning. Ofte vil nok det tilsi en «vanlig» forståelse, en forståelse de fleste vil kunne enes om selv om den ikke er gitt på forhånd. Dersom det er grunn til å tro at avtalepartene har ment noe annet, noe «uvanlig» om du vil, er det denne forståelsen som skal legges til grunn. Bare slik yter vi avtalen, og avtaleteksten, rettfærdighet. I hvert enkelt tilfelle må vi vurdere språket (med språket). Når jurister tolker avtaler, gjøres denne lesningen i en rettslig ramme

---

<sup>806</sup> Se sitat fra Høgberg over på s. 116.

<sup>807</sup> Motsatt altså av hva Stang forfektet, se s. 115.

<sup>808</sup> I praksis kan vi ikke la være å foreta de nødvendige språklige fortolkningene, vi trenger ikke ytterligere språkvitenskapelig hjelp. Her må jeg si meg enig med Huser, *Avtaletolkning*, s. 88: «Avtaletolkning er derfor bare i beskjeden grad anvendt språkvitenskap, og slik bør det nok også være.» Se likevel Engberg/Kjær, *Hvad betyder sproget for juridisk fortolkning?*, s. 265: «I samtaler med skandinaviske jurister hører man ofte det argument, at sprogvidenskabelige teorier ikke er nyttige til at afdække, hvad juridisk fortolkning er, fordi ordlyden af en retstekst ikke er særlig vigtig og i hvert fald kun udgør et af flere aspekter, der indgår i den juridiske fortolkning. Den pragmatiske retstraditionen i Skandinavien rimer ikke med ordlydsfortolkning (...). Denne afvisning bygger imidlertid på en forenklet forestilling om, hvad sprogvidenskab kan bidrage med, og hvad sprogvidenskabelige forskere interesserer sig for, når de undersøger ords betydninger.»

<sup>809</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 58.

(med en rettslig forforståelse, for å bruke et hermeneutisk uttrykk), men tolkningen må være individuell. Å *tolke* en tekst er å *lese* teksten.<sup>810</sup>

En henvisning til avtaletekstens språklige mening, sier altså ikke særlig mer enn at avtalen er utformet i språk som må leses – tolkes.<sup>811</sup> Men, det samme gjelder jo for utfyllingen; enhver rettslig tekst enten den er individuelt utformet, en generell lovregel eller en beskrivelse av en ulovfestet regel, er også språk som må tolkes. Ved begge virksomhetene må vi forholde oss til tekstene – vi må bedrive teksttolkning – og man kan jo undre seg over hvordan det ene språklige uttrykket ble mer faktisk (eller rettslig) enn det andre? Forstått på denne måten, blir tabellen seende slik ut:

<b>Tolkning</b>	<b>Utfylling</b>
Teksttolkning	Teksttolkning

Og så lenge vår utlegning av «virkeligheten» nødvendigvis også må utformes i tekst, også slik:

<b>Tolkning</b>	<b>Utfylling</b>	<b>Bevisbedømmelse</b>
Teksttolkning	Teksttolkning	Teksttolkning

Hva kan denne erkjennelsen brukes til? En regel er vel fortsatt noe annet enn en hendelse, selv om begge utformes i tekst? Joda. Poenget med denne lille «dekonstruksjonen» har vært å løsrive avtaletolkningen fra aksene mellom jus og faktum ved å vise at alt jurister gjør handler om teksttolkning.<sup>812</sup> Målet har ikke vært å benekte «eksistensen» av begrepene jus og faktum, så tvil om hensiktsmessigheten av å operere med dikotomien i det store og det hele, ei eller å fraskrive dem relevans i teorien som

<sup>810</sup> På samme måte som at å skrive (en tekst) *er* å mene noe. Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 101 n. 264: «Förståelsen och tolkningen kan lika litet skiljas åt som menandet och språkhandlingen. Man skulle vilja säga: Att uttrycka sig i tal eller skrift *är* att mena någonting med någonting, och att läsa/tolka är att förstå. T o m: Den som uttalar sig om någontings innebörd, och i denna mening tolkar, konkretiserar därigenom sin förståelse och *först* därigenom. T ex är domstolens förståelse av lagen eller avtalen given först i och med skälen. Skälen kommer inte efteråt. De *är* tolkningen.»

<sup>811</sup> Som selvfølgelig ikke betyr at en slik henvisning er «overflødig» av den grunn. Skulle vi la være å si eller skrive alt som uansett er gitt, hadde det ikke blitt mye igjen av verken tale eller skrift. Hvor mange floskler lirer man ikke av seg hver eneste dag? Intet nytt under solen og alt det der.

<sup>812</sup> Ordet «dekonstruksjon» har jeg satt i anførselstegn, fordi jeg ikke mener noe mer med det enn at denne undersøkelsen har noen dekonstruktive trekk. Det er ingen henvisning til Derrida eller andre filosofer.

sådan. De er vel fiksjoner like gode som andre. Jeg ville vise at alt handler om å tolke tekst, for deretter å kunne se at avtaleteksten verken er en «rettslig tekst» eller en «faktisk tekst» slik dikotomien jus og faktum legger opp til. Avtaler er individuelle av natur, og er derfor ikke med i den generelle rettslige sfæren, og idet det faktisk-psykologiske viljebegrepet oppgis, faller grunnen til å kalle avtaletolkning for bevisbedømmelse bort. Det er ingen vilje utenfor som skal bevises, men viljen i teksten som skal tolkes. Avtalen er ei heller «en blanding» av de to teksttypene, men sin egen form for tekst – den er individuell rettslig – med det konkrete til felles med faktumtekster, og det normerende til felles med de rettslige tekstene.<sup>813</sup>

Så blir spørsmålet om noe kan settes («konstrueres») i stedet, om det finnes andre bilder som kan brukes for å komme nærmere avtaletolkningens vesen? Alternativet til å skille tolkningen fra utfyllingen med hevisning til dikotomien jus eller faktum, eller å gjemme avtaletolkningen i en glidende overgang mellom bevisbedømmelse og rettsanvendelse, innebærer å anerkjenne avtalens egen normativitet.

#### 4.3.2 Avtalens egen normativitet

«Distinktionen mellan tolkning och utfyllning har i praktiken främst en normativ betydelse.»<sup>814</sup>

Avtaletolkning er noe annet enn både bevisbedømmelse og rettsanvendelse (i betydning tolkning og subsumsjon av generelle regler) – det er en individuell rettsanvendelse (tolkning og subsumsjon av individuelle regler om vi skal fortsette med den sjargongen). Avtaletolkning kommer i tillegg til den generelle rettsanvendelsen vi foretar oss.

«Sakfrågor, rättsfrågor och avtalstolkningsfrågor».<sup>815</sup>

Avtaletolkningen har sitt eget forhold til faktum, og til bevisbedømmelsen, akkurat som lovtolkningen (eller tolkningen av annen generell rett) har sitt.<sup>816</sup> Med det mener jeg ikke å avklare noe som helst om forholdet mellom de tre, det er nok like komplisert

---

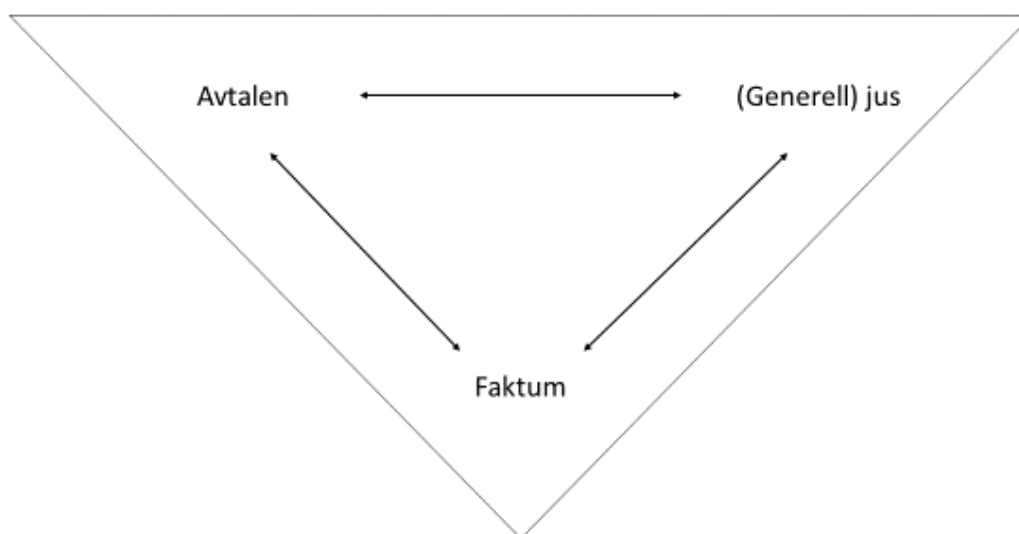
<sup>813</sup> Det er vel gjerne derfor de plasseres i midten.

<sup>814</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 12.

<sup>815</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 175.

<sup>816</sup> Se også over i punkt 4.3.

som det alltid har vært (og må dessuten alltid løses konkret), men bare gjenta at hvis vi skal operere med slike begreper, så er avtalen noe *annet* enn både faktum og jus.



Mens de generelle reglene gjelder for alle, gjelder avtalen (i utgangspunktet) bare for avtalepartene, og er derfor ikke en del av den rettslige meningssammenhengen.<sup>817</sup> Det er nettopp avtalens konkrete og individuelle karakter som skiller den fra andre rettslige fenomener.<sup>818</sup> All rett virker konkret i hvert enkelt tilfelle, men avtalen er spesiell ved at den per definisjon virker avgrenset.<sup>819</sup> Mens de generelle reglene gjelder generelt og for alle.<sup>820</sup> Det er ulik normativitet vi har med å gjøre, og det får betydning for eksempel ved at det for avtaletolkningen må være avgjørende hva partene har avtalt seg imellom – partsviljen – og at man bare må ty til utfylling med generelle regler der man ikke

<sup>817</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 179: «(...) det som konstituerar avtalstextens särart är alltså det faktum att avtalet till skillnad från de i egentlig mening rättsliga texterna inte hör till det rättsliga meningssammanhanget.»

<sup>818</sup> Når det er sagt, er det også andre rettslige områder som er utpreget konkrete av natur. For å nevne bare ett eksempel, som også påpekt av Skoghøy over på s. 162-163, har åndsverk likhetstrekk med avtaler idet de også er individuelle (og det aner meg at det er vanskelig å lage regler for vurderingen av om noe er et åndsverk også), se eksempelvis sitat fra HR-2017-2165 avsnitt 113: «Det avgjørende er om de individuelle trekk som beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket kan sies å ha bevart sin identitet», med videre henvisning til Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, s. 138, som igjen henviser til Knoph, *Åndsretten*, s. 101.

<sup>819</sup> Ja, det gjelder også rammeavtaler eller langvarige avtaler, avtaler mellom flere parter eller sågar mellom et ubegrenset antall parter.

<sup>820</sup> Ja, det gjelder også Kongen, Sivilombudsmannen eller spesialisert lovgivning – som regler gjelder de generelt – for enhver som er konge, sivilombudsmann eller driver på med den spesielle virksomheten.

kommer i mål ad tolkningsvei.<sup>821</sup> Jaha, er det noe «nytt» i dette da? Mange har vel skrevet lignende? Det stemmer:

«Ved fortolkning forstår jeg derfor at dommeren søker å bringe for dagen det tankeinnhold som ordene rummer. Først det som er uttrykkelig avtalt, men dernest alt det som partene stiltiende har ment å legge i sine ord. Først når alle holdepunkter for å bringe dette stiltiende avtaleinnhold for dagen glipper, kann dommeren gi sig utfylling av kontrakten ivold.»<sup>822</sup>

«Det övergripande *ändamålet* bakom regeln att avtal skall hållas – till vilken tolkningen är kopplad – är ju att realisera partsautonomin i form av parternas rätt att själva bestämma över avtalets innehåll och rättsverkningar. Detta förutsätter att utfyllningen tillgrips endast när en tolkning på grundval av parternas individuella avsikter och uttrycksmedel har genomförts och konstaterats inte leda till något resultat.»<sup>823</sup>

Jeg påstår likevel at det er ved å anerkjenne avtalens egen normativitet at disse (nokså typiske) uttalelsene – virkelig gir mening. Motsatt gir det, for meg i alle fall, ikke særlig mening dersom man straks etter forklarer tolkning som bevisbedømmelse eller språkvitenskap. Hvis vi forsøker å begrense tolkningen til enten å oppdage noe faktisk som har skjedd, eller bokstavtolke en ordlyd, og det først er i utfyllingen at de rettslige implikasjonene må vurderes, er det å undervurdere avtalen som partenes eget rettslige instrument. Det hjelper lite om vi visker ut skillet mellom faktum og jus eller nedtoner betydningen av skillet mellom tolkning og utfylling, hvis vi i samme åndedrag åpner opp for den generelle rettslige normativiteten hvor forutberegneligheten råder. Vurderingene som må foretas når vi tolker, er også rettslige – bare ikke på den generelle måten, men derimot på den individuelle avtalerettslige måten.<sup>824</sup>

Et alternativt bilde til de glidende overganger mellom de to tenkte (og dessuten inkommensurable dersom vi ikke ser dem som nettopp tekster) størrelsene jus og

---

<sup>821</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 609: «Avtalet är en text, en rättslig text, som innehåller regler som skall tillämpas på en uppkommen problematisk situation. Det som skiljer tolkning och tillämpning av avtal från tolkning och tillämpning av andra rättsliga texter är det begränsade urvalet av tolkningsdata. Avtalsstolkaren är hänvisad till de individuella omständigheterna i fallet. Den norm som skall läggas till grund för avgörandet hämtas i den mån det är möjligt därifrån, inte från rättssystemet i övrigt. Endast så kan parternas avtalsfrihet respekteras.»

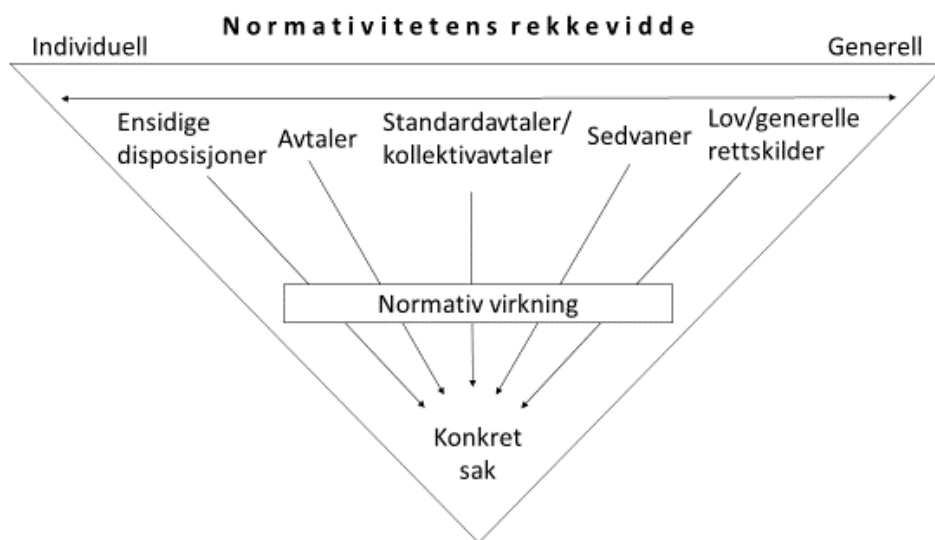
<sup>822</sup> Knoph, *Nogen ord om dommerens ställing til kutymene*, s. 307.

<sup>823</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 21.

<sup>824</sup> Om sammenhengen mellom avtaltolkning og resten av avtaleretten, se under i punkt 4.4.



faktum, er å se for seg at avtalen har sin egen normativitet – en *kraft* som virker på løsningen av tolkningsspørsmålet.



I illustrasjonen over er alt på akse individuell/generell regler, med normativ kraft som virker på den konkrete saken.<sup>825</sup> Avtaleskapte regler, eller andre regler som bygger på avtalefrihet og partsautonomi, som eksempelvis gaveløfter eller garantier, er like mye regler som lovfestede er det, men de virker på en annen måte. At rettshandler og andre normative fenomener har noen *kraft*, kan høres absurd ut i en rettsvitenskap som tok et oppgjør med naturrett, viljeteori, metafysikk og andre uvirkelige fenomener for lenge siden.<sup>826</sup> Det er ikke populært å skrive at loven eller avtalen har noen kraft i seg selv; makten tillegges for tiden helst rettsanvenderen som foretar beslutningen. Begreper kan

<sup>825</sup> Illustrasjonen er lånt (og lett modifisert) fra Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 172 som (naturligvis) legger til at man ikke skal legge for mye i illustrasjonen i seg selv.

<sup>826</sup> Som Claes Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, s. 333 formulerer det: «1900-talet innebar visserligen att mycken metafysisk bråte kunde mönstras ut (...)» Det hører med til historiefortellingen å skrive at de før oss drev med metafysikk, men at vi selvsagt ikke gjør det lenger. For å låne Arnholms ord: «Ordet metafysisk har for mange en ubehagelig biklang – slike ting behøver man ikke å befatte seg med, og man bør ikke befatte seg med dem om man vil være et moderne og opplyst menneske», se Arnholm, *Fra diskusjonen om rettighetsbegrepet*, s. 137. På omtrent samme tid, skriver Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 190: «Självfallet kan man icke antaga att moderna avtalsrättsliga författare som framhålla det yttre viljeuttryckets betydelse för tolkning hysa någon metafysisk tro att orden ha en självständig och från början given betydelse i sig. Många tolkningstviser gälla för övrigt just vilken betydelse som bör tilläggas olika ord och termer, och härom finnas också vissa legala tolkningsregler (...).» Egentlig litt pussig, siden det jo ofte er «objektivist» som tror at det er mulig å tolke ordlyden objektivt – at ordene har en mening i seg selv uavhengig av tolkningen, se eksempelvis Vahlén på neste side, *Avtal och tolkning*, s. 191: «Å andra sidan är det tydligt att parter i en given situation ofta använda ord eller uttryck som i och för sig enligt gällande språkbruk ha en sådan otvetydig mening, att de utan vidare utläggning kunna läggas till grund för bestämningen av vad i detta arbete har kallats det objektiva avtals- eller förklaringsinnehållet. En återstående tolkningsfråga blir då att undersöka om anledning finns att beakta eventuellt föreliggande individuella avvikelser från detta.»

ikke løse saker, for så blir det *begrepsjurisprudens*. Fiksjoner bør unngås, vi er opptatt av det som er ekte. Slik har gjennomgangstenen vært utover det 20-århundret, og gir fortsatt gjenklang nå et stykke ut i det 21.

Bildet jeg forsøker å (gjen)skape krever imidlertid at vi gir oss hen til «magien» i den forstand at vi godtar at alle våre juridiske konstruksjoner nettopp er våre egne konstruksjoner, våre fiksjoner – og forliker oss med det.<sup>827</sup> All jus er metafysikk hvis vi først skal benytte den terminologien.<sup>828</sup> At avtalen har en normativ kraft skal selvsagt ikke forstås som en «virkelig» kraft som *kan* flytte fjell eller gjøre vann til vin. På samme måte som at våre funksjonelle begreper heller ikke beskriver «virkelige» funksjoner.<sup>829</sup> Det er forskjellige termer, bilder og forklaringsmodeller vi bruker for nettopp å beskrive, forklare og formidle forståelsen vi har.<sup>830</sup> Det er ikke noe i veien for å forklare avtalens normativitet som en «kraft», på linje med at vi forklarer jus ut fra hvilke «funksjoner» den har (det ene er ikke mer metafysisk enn det andre).

---

<sup>827</sup> Nå er det ikke slik at vi *trenger* å forklare retten som verken metafysisk eller antimetafysisk, eller som enten magi eller vitenskap, men hvis det er derom valget står, går jeg saktens heller for magien. For å vise to motstridende standpunkter i «magi-spørsmålet»: Ross, *Om ret og retfærdighet*, s. 16, skriver: «En påstand må referere sig til et sagforhold udenfor sig selv, og dens sandhed må være uafhængig af, om påstanden fremføres i en sætning eller ej. Det andet ville jo være den rene magi: ord, der skaber deres genstand og dermed deres egen sandhed.» Til dette utsagnet (og Ross' teorier for øvrig) har Henrik Zahle, *Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth*, s. 815 replisert: «And magic cannot be science. Ross demonstrated that legal doctrine somehow creates its own object and thereby contributes to its own truth. Consequently legal doctrine has a 'magical' element. It is up to us to face the magic which blinded Ross, to understand and handle it. Although Ross disliked the spheres of rhetoric and magic, they are the spheres to which Ross brought the interpretation of legal doctrine, and it may be correct to integrate elements of magic and rhetoric in a new starting point for an understanding of legal doctrine and its production.» Også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 475 n. 1340, går for magien i den forstand at han ønsker å få frem et poeng ved å vende den scientistiske retorikken bak frem.

<sup>828</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 452: «Hägerströms realitetsbegrepp, de logiska positivisternas vetenskapssyn och så vidare, kan vi nu inte betrakta som annat än avslutade kapitel i *metafysikens* historia. Det finns ingen identifierbar och enhetlig realitet som man kan kräva att de akademiska dciplinerna skall vara intiktade mot. Distinktionen mellan realitet och fiktion har visat sig omöjlig att upprätthålla. Följaktigen är de juridiska begreppen begrepp som alla andra.»

<sup>829</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 453: «I avtalsrätten talar vi om avtal, förutsättningar, partsvilja och så vidare – och ger på så sätt liv åt dessa fenomen. Det är metafysik, om man vill. Men om det är metafysik, så är talet om 'färglösa mellanbegrepp', 'funktioner', 'dogmatiska överbyggnader', 'rättslivets realiteter' (sic!) och 'begrepsjurisprudens' exakt lika metafysiskt. Även genom rättsfunktionalistens terminologi grundläggs naturligtvis en ontologisk ordning, och denna har som sådan ingen prioritet framför den motsvarande ontologi som de traditionella juridiska begreppen är förbundna med och hör hemma i. Rättsfunktionalisten kan inte visa, att de objekt som han eller hon föredrar att tala om, är mer verkliga än den 'traditionella' juridikens objekt. Han eller hon ser inte verkeligheten klarare än traditionalisten – trots att den funktionalistiska terminologin innehåller särskilt många ord som tycks vilja antyda att funktionalismen har ett övertag i detta hänseende (det talas mycket om saklighet, fakta och realiteter).»

<sup>830</sup> Forklaringene vil imidlertid alltid komme til kort. Vi har språket, men det er også alt vi har (fritt parafrastrert etter Ole Paus': «Vi har alt, men det er også alt vi har.») Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 144: «Språket lägger fallor för oss – till exempel genom att länka samman begreppen *förståelse* och *förklaring* på ett sätt som skapar en förväntan om, att man skall kunna förklara det som man förstår.»

Normativitet er den kraften vi jurister jobber med. Og den virker forskjellig alt etter om normativiteten følger av individuelle avtaleskapte regler eller generelle lov- eller ulovfestede regler. Den ene er ikke mer rettslig eller faktisk enn den andre, med mindre man insisterer på at bare det generelt rettslige kan være «rettslig».<sup>831</sup>

Forstått på denne måten, handler avtaletolkning om å la avtalens egen normativitet styre tolkningen og løsningen av det konkrete tilfellet. Det er først når vi ikke klarer å avdekke avtalens innhold – partsviljen – med avtalens egen normativitet, at vi får lov til å la den generelle normativiteten virke – og da bare i den grad det er nødvendig. Det betyr likevel ikke at jeg mener at vi kan skille mellom tolkning og utfylling alt etter hvilke tolkningsmidler som brukes (hvilke tekster som leses), partsspesifikke eller deklarasjonsrett for eksempel.<sup>832</sup> Det er ikke noe i veien for at avtalen selv trekker med seg generelle betraktninger inn i tolkningen, eksempelvis ved en henvisning til at begrepene i avtalen skal forstås i tråd med kjøpslovens begrepsbruk. Avtaletolkeren kan da helt uproblematisk se hen til nettopp kjøpslovens begrepsbruk, uten at det kjennes ut som utfylling av den grunn. Likefullt må avtaletolkeren vurdere om det er en god tolkning å sette likhetstegn mellom begrepene i den omtvistede avtalen og i lovgivningen. Det kan jo være at det står andre ting i avtalen som vitner om at avtalepartene nettopp ikke har ment den betydningen som følger av loven. Vel, dere skjønner poenget. For å følge opp mine egne forenklinger av andres fremstillinger, kan tabellen nå se slik ut:

<b>Tolkning</b>	<b>Utfylling</b>
Avtalens normativitet	Generell normativitet

Hva hjelper det med en «ny» og i praksis like lite veiledende forklaring på hvor skillet går? Fordelen med denne løsningen er nettopp å vise at det ikke er mulig for teorien å fortelle hvor skillet går i praksis, bare i teorien.<sup>833</sup> Og i teorien går grensen akkurat her: Ved avtaletolkning søker vi partsviljen og det er avtalens egen normativitet som virker, og bare dersom vi ikke kommer i mål med tolkningen, kan vi hjelpe oss med den

<sup>831</sup> Som igjen selvsagt kommer an på hvordan vi definerer «rettslig», om begrepsdefinisjoner se over i n. 166.

<sup>832</sup> Selv om man nok typisk vil endre tolkningsunderlaget, gå bredere ut og inkludere flere tekster, når man utfyller en avtale.

<sup>833</sup> Bare praksis kan gå opp grensen i praksis. Avtaletolkeren: «Jeg kom ikke i mål ad tolkningsvei, og måtte ty til utfylling med en generell regel. Grensen gikk *her*», for eksempel. Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 608: «Skall frågan, var gränsen mellan tolkning och utfyllning går, besvaras konkret, har man att efter eget omdöme avgöra hur långt tolkningsunderlaget bär.»

generelle normativiteten. Dersom vi griper til den generelle normativiteten for tidlig, respekterer vi ikke avtalen, avtalefriheten eller partenes autonomi. Med Samuelssons ord:

«Respekten för avtalsfriheten kräver att rättstillämparen, så länge som avtalets innebörd kan utrönas, inte låter den rättsliga normativiteten ta över.»<sup>834</sup>

Denne måten å se avtaletolkningen i relasjon til utfyllingen, viser også at øvelsene som foretas i hver av kategoriene er like komplekse, like vurderende i karakteren og har hvert sitt forhold til faktum – saken som skal løses – samtidig som de er vesensforskjellige idet avtalen er individuell i motsetning til generell som den øvrige retten.

### 4.3.3 Balansegang

«Men allerede når han beveger sig ut over det uttrykkelig avtalte, og inn på grensegebetet mellom tolkning og utfylling, begynner dommeren å rette sin rygg.»<sup>835</sup>

Forklaringene som er tilbudt til nå, er kanskje tilfredsstillende for norske avtalerettsjurister anno 2019, kanskje ikke. Antakelig mener enkelte (fortsatt) at det er teoriens oppgave å hjelpe praktiske avtaletolkere med balansegangen mellom avtalens normativitet og den generelle rettslige normativiteten, og at det derfor er uholdbart av meg ikke å ville si noe mer konkret om avtaletolkningens forhold til den generelle retten. Leser man annen avtaletolkningsteori, mangler det jo ikke på retningslinjer.<sup>836</sup> «Alle» er oppmerksomme på at rettspraksis tenderer til å gi bakgrunnsretten forholdsvis

<sup>834</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 174.

<sup>835</sup> Knoph, *Nogen ord om dommerens stilling til kutymene*, s. 307.

<sup>836</sup> Se eksempelvis Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 279: «Med lovkonform tolking menes at en kontraktsbestemmelse så vidt mulig tilsiktes tolket slik at den i minst mulig grad kommer i strid med kontraktsrettslig lovgivning.» Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 194, skriver at man: «(...) opererer (...) med en retningslinje om at *uklarhet i kontrakten bør tolkes mot den som hevder en forståelse i strid med bakgrunnsrettens løsning*. Denne retningslinje kan begrunnes i en forutsetning om at det har presumsjonen mot seg at partene har avtalt en kontrakt i strid med bakgrunnsrettens løsning, eventuelt at avtalens innhold presumeres å stemme overens med bakgrunnsrettens løsning.» Hos Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, gir analyseverktøyet (tilsynelatende) meget klare føringer på når og hvordan bakgrunnsretten kan komme til anvendelse ved tolkningen, se kapittel 5 og det norske sammendraget på s. 220 flg. Dersom verken en objektiv tolkning, partenes felles forståelse, godtroregelen eller kontraktssystemet gir noe bidrag til tolkningsspørsmålet, «skal man undersøke om bakgrunnsrett eller kontraktspraksis gir noe bidrag til tolkningsspørsmålet», sitat fra s. 220.

stor betydning ved tolkningen, og slike observasjoner leder dermed til en utstrakt retningslinjeproduksjon i teorien.<sup>837</sup> En variant som går igjen hos flere, er at det kreves holdepunkter av en viss styrke for å komme til et resultat som strider mot bakgrunnsretten.<sup>838</sup> Krüger skriver for eksempel:

«Tolkningsprosessen består ofte i å gravitere kontrakten henimot gitte sett av bakgrunnsregler: Man støtter seg til (analyse og tolkning av) *konkrete* tolkningsdata for å avgjøre hvilket system av deklarasjoniske (eller preseptoriske) bakgrunnsregler som er relevante.»<sup>839</sup>

Tolkningsresultatet som harmonerer med bakgrunnsretten får på den måten en medvind i argumentasjonen, mens tolkningsresultatet som avviker fra bakgrunnsretten møter på en motbakke. Ifølge Krüger er det reelle hensyn som taler for en slik løsning, og:

«Slikt kan innen saklighetens og rimelighetens grenser legitimere løsninger også på bekostning av partsautonomi, med økende styrke jo lenger kontraktsløsningene beveger seg vekk fra de deklarasjoniske normalregler og den almindelige rettsoppfatning.»<sup>840</sup>

Og det er flere som ser ut til å mene at dess lenger vekk fra bakgrunnsrettens løsning et anført tolkningsresultat befinner seg, jo sterkere gravitasjonskraft har de generelle reglene.<sup>841</sup> Høgberg skriver:

---

<sup>837</sup> En av retningslinjene i Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 220, går ut på at avtaletolkeren må vurdere den relevante bakgrunnsretten: «Hvis den aktuelle bakgrunnsretten kommer direkte til anvendelse, typisk en lovregel, kan det som et klart utgangspunkt legges til grunn at løsningen er balansert. I så fall gjelder det i utgangspunktet en sterk presumsjon for at kontrakten skal tolkes i tråd med (eller utfylles med) bakgrunnsrettens løsning.» Deretter, på s. 221, modereres retningslinjen litt når Tørum fortsetter: «At bakgrunnsretten gir en klar og forstandig løsning, betyr imidlertid ikke at dommeren uten videre kan konkludere med at tolkningsspørsmålet skal løses i tråd med bakgrunnsrettens løsning. Dommeren må først vurdere om bakgrunnsrettens løsning er 'kompatibel' med kontraktens system.»

<sup>838</sup> Se eksempelvis Giertsen, *Avtaler*, s. 131: «Hvis et tolkningsalternativ derimot medfører et større avvik fra bakgrunnsretten, og det ikke er trolig at partene tok sikte på et slikt avvik, kan det tilsi at alternativet ikke blir lagt til grunn. Retningslinjen kan da formuleres som at 'kontrakten bør tolkes mot den som hevder en forståelse i strid med bakgrunnsrettens løsning' – i den forstand at denne parten må underbygge sitt standpunkt spesielt godt for å få medhold. Hensynet bak denne retningslinjen er at bakgrunnsretten normalt vil gi en balansert løsning.»

<sup>839</sup> Se Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 525.

<sup>840</sup> Se Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 532. De reelle hensynene som nevnes er «prevensjonshensyn, rettferdighets- og rimelighetsforestillinger og dommeroppfatninger om gode og riktige løsninger for typetilfellene».

<sup>841</sup> Se eksempelvis Woxholth, *Avtalerett*, s. 437: «Avvikets vesentlighet får den betydning at jo større avviket er, desto mer nærliggende kan det være å la bakgrunnsrettens løsning få fortrinn. Kontraktsforholdets art får den betydning at det skal mer til for å gi bakgrunnsretten gjennomslag i forholdet til profesjonelle parter i kommersielle avtaler enn i andre forhold.»

«Når det skal vurderes om partene kan ha ment at kontrakten skal ha et innhold som avviker fra bakgrunnsrettens løsning, er det av betydning hvor stort avviket mellom bakgrunnsrettens regel og avtalens klausul er. Dette skyldes en presumsjon for at partene ikke kan ha hatt til hensikt å vesentlig fravike den balanse bakgrunnsretten er uttrykk for. Denne presumsjonen blir sterkere jo større avviket fra bakgrunnsrettens løsning er.»<sup>842</sup>

Slik bruk av bakgrunnsrett omtales tidvis som en form for skjult kontroll med avtalen.<sup>843</sup> Om dette uttaler Høgberg:

«Metoden innebærer i en viss forstand at de hensyn som bakgrunnsretten ivaretar, gis gjennomslag ovenfor hensynet til å respektere avtalen som uttrykk for partenes rettslige mellomværende.»<sup>844</sup>

Jeg kan selvsagt ikke avvise at bakgrunnsretten ofte gis stort gjennomslag i rettspraksis, men er det ikke noe som skurrer med slike presumsjoner og krav om holdepunkter? I praksis er det ikke slik at man har en fiks ferdig tolkning av verken avtalen eller bakgrunnsretten, hvor avvikene deretter kan måles og bedømmes. Innholdet i både avtalen og bakgrunnsretten, hva disse rettslige grunnlagene har å si for løsningen av den konkrete saken, er «ukjent» før tolkningen starter. Forskjellen er likevel at man, som jurist, fra før av kjenner til hvordan reglene i bakgrunnsretten har blitt tolket før (vi vet noe om hva som typisk skal til for at selgeren skal ha brutt sin opplysningsplikt), mens man ikke vet hva partene har avtalt (for eksempel om hvilke ting kjøperen selv skulle sjekke ut) før tolkningen har begynt. Det er kanskje derfor ikke så rart om man som avtaletolker først griper til de reglene man allerede kjenner, og dermed gjør seg opp tanker om hvordan reglene vanligvis er før man begynner selve avtaletolkningen. Men her gjelder det å holde hodet kaldt og besinne seg. Enhver presumsjon for samsvar med bakgrunnsrett, eller krav om klare holdepunkter for avvik fra bakgrunnsretten, medfører i realiteten (det vil si i teorien) at man gjør bakgrunnsretten til en forgrunnsrett. Man kan selvsagt ikke tenke bakgrunnsretten bort (jurister har mengder av generell juridisk forforståelse i ballasten), men man kan velge hva man fokuserer på basert på hvilken oppgave man skal utføre. Ved avtaletolkning, må oppgaven i første rekke være å tolke avtalen.

---

<sup>842</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 158.

<sup>843</sup> Se Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 158.

<sup>844</sup> Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 158.

At Høyesterett ofte kommer til et resultat som er i tråd med bakgrunnsretten, betyr ikke at man skal ta utgangspunkt i bakgrunnsretten når man tolker en avtale, eller at man skal gå inn i avtaletolkningen med den innstillingen at avtaleregelen må måles opp, eller graviteres, mot bakgrunnsrettens regel. For så måtte man jo tolke seg frem til bakgrunnsrettens regel først, begynne med rettsanvendelsen og ikke avtaletolkningen. Det kan være gode grunner til at en praktisk avtaletolkning ender opp omtrent der bakgrunnsretten ville løst saken.<sup>845</sup> En tolkning som harmonerer med bakgrunnsretten, trenger ikke være et utslag av utfylling, i forståelsen av at det er den generelle normativiteten som styrer tolkningen og resultatet. For eksempel er det ikke rart at man i en konkret avtaletolkning kommer til at partene har ment å avtale det vanlige, som gjerne også følger av bakgrunnsretten.<sup>846</sup> Avtaler inngås ikke i et vakuum, profesjonelle aktører opererer innenfor et gitt område og har sine formeninger om hvordan dette området fungerer (både praktisk og juridisk). Denne forforståelsen er selvsagt en del av sammenhengen som avtaletolkeren må ta i betraktning; det er rett og slett vanlig at partene har ment det som vanligvis menes med et begrep i bransjen, eller i livet generelt. Men igjen, kanskje litt mindre grunn til å tro dét hvis den vanlige løsningen er vanskelig å fastslå.

Problemet er ikke *at* et tolkningsresultat samsvarer med bakgrunnsretten, eller *at* praktiske avtaletolkere kommer til at tolkningen trenger hjelp fra den generelle normativiteten, men *at* teorien observerer at dette skjer og så setter opp presumsjoner for at det er slik avtaler bør tolkes, eventuelt at det stilles opp krav om klare holdepunkter for at bakgrunnsretten er fraveket. Slike presumsjoner, som leder

---

<sup>845</sup> Etter hvert som mengden kontraktslovgivning har økt, har også tilgangen på generelle tolkningsmidler (som lovbestemmelser, forarbeider, rettspraksis etc.), og dermed også den rettslige forforståelsen hos avtaletolkerne, økt tilsvarende. Mer bakgrunnsrett betyr at det er lettere å holde et tolkningsresultat opp mot en generell regel, selv om den ikke nødvendigvis er tolket harmoniserende.

<sup>846</sup> I en lang rekke entrepriserettslige avtaletolkningsdommer jeg leste i et tidlig stadium av forskningsarbeidet, slo det meg at resultatet ofte var i tråd med «det vanlige», enten det vanlige fremkom av bakgrunnsretten eller av kontraktssystemet, se eksempelvis Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt» og Rt. 2012 s. 1729 «Mika». «Byggholt» ble av enkelte ansett for å knesette uklarhetsregelens rolle i entrepriseretten, se for eksempel Krüger, *Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse*, s. 116. Deretter ble «Mika» ansett som et (betenkelig) steg tilbake, se eksempelvis Krüger, *Klarhetskravet ved anbud i bygg- og anleggsentrepriser*, på s. 263, i denne retning se også Hagstrøm/Bruserud, *Entrepriserett*, s. 175. Slik jeg leser dommene, er begge i tråd med «det vanlige»; det er ikke «vanlig» å prise tiltransport av sideentreprenør som rund sum under en administrasjonspost, og det er ikke «vanlig» å kunne kreve tilleggsvederlag for stein til en natursteinsmur etter systemet i Statens vegvesens prosesskode. I den tidligere behandlede Rt. 2014 s. 866 «Fjord1» ble også resultatet for så vidt også i tråd med «det vanlige» som er at tjenestekonsesjonsinnehaveren i en tjenestekonsesjonskontrakt bærer risikoen for trafikkgrunnet.

avtaletolkeren i retning av bakgrunnsretten og den generelle normativiteten, hopper bukk over avtalens egen normativitet. Det er tolkningen som eventuelt må lede dit, ikke forutbestemte retningslinjer. Derfor har jeg ikke særlig til overs for tolkningslærer som sier at vi først må finne ut hva bakgrunnsretten sier, for deretter å se om partene har avtalt seg vekk fra denne forståelsen.<sup>847</sup> Aller lengst i en slik retning har kanskje dansken Ole Hansen gått når han skriver om det han kaller en «normativ tolkningsteori», som han mener skal ha tatt over for subjektive og objektive tolkningsteorier.<sup>848</sup>

Jeg tror at man, uansett hvor mange høyesterettsdommer man leser, ikke kommer særlig lenger enn at noen ganger brukes bakgrunnsretten og andre ganger ikke, noen ganger kommer man til et resultat som samsvarer med bakgrunnsrettens løsning og andre ganger et som avviker. Avtaletolkingens forhold til bakgrunnsretten handler ikke om hvor ofte bakgrunnsretten *faktisk* blir brukt i *praksis*. Skal man *tolke* en avtale, *må* avtalens normativitet komme først. Det er det vi bør skrive i teorien også, ikke at fordi Høyesterett ofte ser hen til bakgrunnsretten, kan det oppstilles presumsjoner for samsvar med bakgrunnsretten der avtalen er uklar.<sup>849</sup> Avtalen er alltid «uklar» så lenge partene er uenige om hvordan den skal forstås – så lenge vi har med et tolkningsproblem å gjøre. Forsøkene på å spore tendenser i rettspraksis, for deretter å systematisere disse i regler eller retningslinjer, kan (kanskje) ha noe for seg i læringsøyemed, men skadepotensialet er desto større dersom vi i teorien slutter fra «x antall dommer i tråd med bakgrunnsretten» til «avtalen skal *presumeres* å være i samsvar med bakgrunnsretten», og med det får avtaletolkere til å konsentrere seg mindre om avtalen som skal tolkes og heller fokusere på bakgrunnsretten. Nå tror jeg ikke faren for det er overhengende fordi jeg tror de praktiske avtaletolkerne er langt mer fokusert på hvert konkrete tilfelle, enn vi i teorien noensinne kan bli.<sup>850</sup> Ei heller tror jeg praktikerne bryr

---

<sup>847</sup> Som blant andre Madsen og Grönfors' forfekter, se over i punkt 4.2.2. Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 224, er inne på noe lignende, selv om han riktig nok angir det som trinn 4 i tolkningsprosessen: «Det kan være fristende å tenke at dommeren her ganske enkelt må bruke sitt gode skjønn til å komme frem til et 'fornuftig' resultat. Men avtaletolking er tross alt juss, også i de vanskelige sakene. Dommeren kan derfor ikke nøye seg med å overveie hva som fremstår som et konkret timelig resultat i den konkrete saken. Han må i stedet forsøke å ta stilling til hva som *generelt* vil være en god løsning på det aktuelle tolkningsspørsmålet i den aktuelle kontraktstypen. Dette krever en solid forståelse av den aktuelle kontraktstypen.»

<sup>848</sup> Se Hansen, *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 111 flg., hvor Hansen særlig støtter seg på Jørgensen, Lyng Andersen/Madsen og Grönfors.

<sup>849</sup> At Høyesterett gjør som de gjør, er fordi sakene legger opp til det, tror nå jeg.

<sup>850</sup> Og da står det ikke på innsatsviljen til teorien, men at oppgaven er umulig.



seg nevneverdig om å følge teoretiske skjema (advokater prosederer med alt de har av skyts, og dommere tolker og dømmer på bakgrunn av det de får seg forelagt).<sup>851</sup>

Balansegangen mellom avtalen og bakgrunnsretten er derfor som all annen balansegang; det er ikke mulig å fastslå på forhånd hvilke tiltak som må til for å holde seg oppreist.<sup>852</sup> Dersom avtaletolkningen tilsier et bestemt tolkningsresultat, trenger vi ikke å gå videre til (utfylling eller harmonisering med) bakgrunnsretten. Og dersom vi finner grunn til å ty til bakgrunnsretten, er det strengt tatt fordi avtalen selv holder den muligheten åpen.<sup>853</sup>

#### 4.3.4 Lakmustesten

«Utgangspunktet må være at standardkontrakten tolkes på samme vis som den individuelt tilhuggede og utmeislede kontrakt. Kan man klarlegge hva partene har ment, er dette avgjørende.»<sup>854</sup>

Tolkning av standardkontrakter setter avtaletolkerens balanse på prøve.<sup>855</sup> Selv om standardkontrakter er avtaler som andre avtaler, fordi de bare virker dersom partene blir enige om at de skal det, kan ikke de generelle elementene oversees – standardkontrakter

---

<sup>851</sup> Selv om de nok gjerne henter støtte også fra teorien, hvis det passer den enkelte tolkningsargumentasjonen.

<sup>852</sup> Om sammenhengen mellom avtaletolkning og å holde balansen på sykkel, se Grönfors, *Ändamål och funktion*, s. 537, og Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 56-57.

<sup>853</sup> I denne retning Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 169: «Med utfylling mener en vanligvis løsning av spørsmål som *ikke* er regulert i avtalen (...). Om et spørsmål kan anses som løst i avtalen eller ikke, vil altså bero på en tolkning.» Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 183-184: «Vid tolkningen av rätts handlingar fyller, för att ta upp den tråden, rättsreglerna helt naturligt en funktion som betydelsesbärande normer av detta slag. De är inte *bestämmande* för rätts handlingens innebörd, för som sådan hör rätts handlingen inte till den matris som de i egentlig mening rättsliga texterna upprättar, men när situationen kräver det måste de *beaktas*. Det förklarar hur det kan komma sig att domstolarna, när de tolkar avtal och andra rätts handlingar – en verksamhet som ju går ut på att fastställa partsviljan i det individuella fallet – så otvunget kan dra in rättsliga begrepp och regler i sina resonemang. Detta skall alltså inte, så som man med avstamp i en realistisk analys gärna vill göra gällande, förstås som ett konstgrepp, eller rentav som en form av oärlighet, utan helt enkelt som en följd av att rätts handlandets givna kontext är rättslig till sin natur. Märk, att en förutsättning för att en i de rättsliga texterna inneboende innebörd skall *läggas till grund för* tolkningen av en rätts handling, är att individuella tolkningsdata lämnar den möjligheten öppen.»

<sup>854</sup> Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 292.

<sup>855</sup> Her bruker jeg begrepet «standardkontrakt» slik som Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 289-290, løselig definerer det: «Standardkontrakten er en avtale som er utarbeidet med sikte på å bli brukt i en rekke transaksjoner.»

er skapt for gjenbruk.<sup>856</sup> Denne dualismen har skapt grobunn for mye standarkontraktstolkningsteori.<sup>857</sup> Både i egne fremstillinger om tolkning av standardkontrakter, og i alminnelige avtaletolkningsfremstillinger, problematiseres hvorvidt standardkontrakter skal tolkes som andre kontrakter, eller om det er mulig og nødvendig å si noe spesielt om tolkning av slike «gjenbrukskontrakter».<sup>858</sup> I denne lille undersøkelsen skal vi bruke noen av «problemområdene» som ofte løftes frem, til å foreta en slags lakmustest av det som har fremkommet til nå i kapittelet om normativiteten.

Problem 1: Ingen felles partsvilje når andre har skrevet kontrakten.<sup>859</sup>

Hvis det ikke gir mening å søke etter partsviljen ved tolkning av standardkontrakter, kan avtalens egen normativitet vanskelig være styrende for tolkningen siden avtalens egen normativitet handler om å la ledestjernen for tolkningen være det partene har ment å avtale.

Men, ved å forkaste det psykologiske viljebegrepet, forsvinner «viljeproblemet» i at det er noen andre som har skrevet teksten. Med den «nygamle» forståelsen av partsviljen som tolkningstema, kan partsviljen fint være tolkningstema også for standardkontraktene. Like lite som det har noe å si hva avtaleparter som selv har

---

<sup>856</sup> Uavhengig av hvor lite som eventuelt skal til for å anse en standardkontrakt som vedtatt.

<sup>857</sup> Se blant andre Huser, *Avtaletolking*, hvor standardkontraktene behandles fortløpende på s. 388-390, s. 430-431, s. 470-477, s. 531 flg. og s. 557-560, Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, Bull, *Avtalte standardvilkår som privat lovgivning*, Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 409-425, Wilhelmsson, *Standardavtal*, Hellner, *Tolkning av standardavtal*, Bernitz, *Standardavtalsrätt* og Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, s. 344-354.

<sup>858</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 158, skriver for eksempel at: «(...) standardavtalene reiser så mange og viktige problemstillinger at de ikke godt kan ties i hjel.» Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 333, tematiserer det slik: «All avtaletolking er konkret, og har som mål å løse et konkret tolkningsspørsmål. De forhandlede standardkontraktene er imidlertid utarbeidet uavhengig av det individuelle avtaleforholdet og med sikte på å brukes i mange, fremtidige avtaleforhold. Spørsmålet her er hvordan det påvirker den konkrete tolkningen i et individuelt avtaleforhold.»

<sup>859</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 148, skriver at det: «(...) ofte vil være fåfengt å anvende en subjektiv tolkningsstandard, rett og slett fordi det ikke finnes noen faktisk partsmening.» Woxholth, *Avtalerett*, s. 442, skriver: «Å søke etter partenes mening med de enkelte vilkår vil ved standardvilkår undertiden være formålsløst, fordi partene ofte ikke kan sies å ha hatt noen felles mening om hvordan de enkelte vilkår skal forstås.» Litt mer forsiktig, men i samme gate Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 410: «For det første er det en generell erfaring at parter flest bare unntaksvis setter seg ned og overveier det nærmere innholdet i en standardkontrakt når avtale skal inngås. Dette medfører at man ved standardkontrakter – i motsetning til det som typisk er tilfellet ved individuelt utformede avtaler – sjelden finner noen reflektert holdning hos partene til hvilken forståelse man har hatt av de enkelte kontraktsbestemmelsene. Hertil kommer at man ikke alltid kan anse ordlyden som uttrykk for hva partene virkelig har ment.»

utformet en avtaletekst, har tenkt inne i hodene sine, er det av betydning hva standardkontraktskonsipistene *faktisk* har tenkt. Avtaletolkeren må her, som ved annen avtaletolkning, sette seg inn i det meningsuniverset standardkontraktsteksten tilbyr. Når avtaleparter velger å vedta en standardkontrakt, går den fra å være en potensiell avtale til å bli en avtale på linje med andre avtaler, og det er derfor avtalens egen normativitet som i utgangspunktet må være styrende. Likevel, hvis vi husker tilbake til illustrasjonen over, kan vi tenke oss at standardkontraktsnormativiteten har en litt mer generell virkning enn eksempelvis ensidige disposisjoner og andre avtaler. Det bringer oss over til neste «problemområde».

Problem 2: Færre partsspesifikke, og flere generelle tolkningsmidler.<sup>860</sup>

Underskuddet av partsspesifikke tolkningsmidler gir, ifølge Ørstavik, tolkning av standardkontrakter en «objektiv slagside» ved at de ikke-partsspesifikke tolkningsmidlene blir mer fremtredende.<sup>861</sup> Hvis man i mangel av partsspesifikke tolkningsmidler, må ty mest til generelle tolkningsmidler, blir det ikke anstrengt å skrive at det er avtalenormativiteten som virker?

Det er åpenbart at tilblivelsen av standardkontrakter medfører andre praktiske forutsetninger for tolkningen; siden avtalene er utformet på forhånd, blir det som regel færre avtalespesifikke tolkningsmidler enn ved skreddersømavtaler. Men også blant standardkontraktene er det stor variasjon i hvordan de blir til, hvem som utformer kontraktene, hvilke tolkningsmidler som «følger med» og hvordan kontraktene blir benyttet, eller integrert, i de enkelte kontraktsforhold.<sup>862</sup> Vi skiller eksempelvis gjerne mellom ensidig utformede standardkontrakter, og såkalte *agreed documents* som er fremforhandlet mellom representanter for gruppene i bransjen samt de som er utformet av tredjemenn.<sup>863</sup> Dessuten blir det ikke sjelden gjort endringer i standardkontrakter ved avtaleinngåelsen, og i mange komplekse kontraktsforhold er bare

---

<sup>860</sup> Som blant annet påpekt hos Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 334. Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, s. 410-411: «Ettersom vilkårene da nødvendigvis er utformet uavhengig av det konkrete avtaleforholdet, kan tolkningen lett få et mer generelt eller abstrakt preg enn når innholdet i individuelt formulerte vilkår skal fastlegges. Det vil ved tolking av standardkontrakter ofte kunne spores en tendens til at partsspesifikke tolkningsdata trer i bakgrunnen til fordel for mer generelle betraktninger og typiserte reelle hensyn.»

<sup>861</sup> Se også over i punkt 3.4.2.

<sup>862</sup> For en innføring i ulike typer standardkontrakter, se Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 289-292.

<sup>863</sup> Se Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 289-291.

standardkontrakten en del av avtaleverket.<sup>864</sup> Følgelig kan det være vel så stor variasjon mellom avtaler med standardiserte elementer, fra de vi inngår ved å klikke *I agree* på internett, til entreprisestrukturer med kombinasjoner av en eller flere standardkontrakter i tillegg til avtalespesifikk tekst, som mellom de enkleste og de mest kompliserte skreddersømavtaler.<sup>865</sup> Det er altså mye det kommer an på også her. Dessuten er det ikke bare ved standardkontraktstolkning at tolkningsmaterialet kan være sparsomt. På grunn av avtale- og formfriheten kan partsviljen fremtre på hvilken måte som helst; avtaletolkeren må uansett gjøre sitt beste med det materialet som foreligger.

Når det er sagt, tilfanget av generelle eller ikke-partsspesifikke tolkningsmidler blir naturlig nok større hos standardkontraktene.<sup>866</sup> Fordi standardkontraktene nettopp skal virke i mange ulike tilfeller, kan bestemmelsene i seg selv gis en mer generell karakter, rundere formuleringer kanskje, og treffer ikke nødvendigvis de enkelte kontraktsforholdene like presist.<sup>867</sup> Et annet generelt element er at bestemmelsene nødvendigvis kan bli tolket flere ganger i helt forskjellige avtaleforhold. Da melder spørsmålet seg hvordan vi forholder oss til tidligere tolkninger? Haaskjold skriver:

«Utgangspunktet må klart nok være at når domstolene i tilknytning til et bestemt standardvilkår har lagt en bestemt forståelse til grunn, vil dette være et tungtveiende moment dersom det aktuelle vilkår eller en tilsvarende formulering på nytt skal tolkes. Dette er nettopp en av fordelene ved standardkontrakter; ettersom de samme vilkårene brukes gang på gang i stadig nye kontraktsforhold, vil det etter hvert knytte seg bestemte tolkningsresultater til de ord og uttrykk som er benyttet.»<sup>868</sup>

Haaskjold mener det er naturlig å legge samme betydning til grunn i en senere tvist, dersom vilkåret har fått fastlagt innholdet i en tidligere sak, og at dersom partene ønsker en annen løsning, kan de formulere et annet vilkår.<sup>869</sup> Og ja, parter bør jo alltid

---

<sup>864</sup> Se eksempelvis Hagstrøm/Bruserud, *Entrepriserett*, s. 26: «Til tross for standardiseringsbestrebelsene finner man svært ofte avvik fra standardkontraktene i individuelle kontraktsforhold – et fenomen som man har kjent gjennom lang tid», med videre henvisning til Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, s. 63.

<sup>865</sup> Om at det også kan være vanskelig å skille standardavtaler fra andre avtaler, se Hellner, *Tolkning av standardavtal*, s. 266-267.

<sup>866</sup> Se eksempelvis Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 334: «Den måten de forhandlede standardkontraktene blir til, og brukes på, gjør at den kan finnes kilder til tolkningsargumenter som en ikke har ved tolkning av individuelt forhandlede avtaler. For noen standardkontrakter finnes dokumentasjon fra organisasjonen forhandlinger, en form for 'forarbeider'. For avtaler som brukes ofte, som entreprisekontraktene i NS-familien, kan et lignende tolkningsspørsmål ha vært avgjort av domstolene tidligere.»

<sup>867</sup> Se Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 410.

<sup>868</sup> Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 417.

<sup>869</sup> Se Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 417.

etterstrebe at avtaleteksten gjenspeiler enigheten – også ved bruk av standardkontrakter. Det kan så avgjort være av betydning hvordan et bestemt vilkår har blitt tolket før fordi tolkningen på et vis blir et vedheng til teksten og slik blir en del av meningssammenhengen vi skal finne ut av. Hvis man ikke mener det samme som ble lagt til grunn i en tidligere tolkning, kan det være et incitament til å endre teksten i neste omgang – og eventuelt, hvis bransjen som helhet ikke ser seg tjent med en tolkning i rettspraksis, sette i gang revisjoner av selve standarden.<sup>870</sup> Utgangspunktet må likevel være den konkrete avtalen, og ikke den tidligere tolkningen.<sup>871</sup>

At tolkningen blir (tilnærmet) den samme i to ulike saker, er ikke så rart. Det trenger ikke bety at den første «bestemmer» over den andre.<sup>872</sup> De relevante forholdene kan ligne veldig, benyttede ord og uttrykk kan være så innarbeidet i bransjen og mellom partene at den vanlige forståelsen er mest plausibel i begge tilfeller, og det kan være forhold som taler for at partene nettopp mente den forståelsen som ble lagt til grunn i forrige dom. Poenget er at dette i prinsippet beror på tolkningen, og ikke på den før avsatte dommen. For det kan nemlig også være slik at det var andre tolkningsmidler i den første dommen som hadde betydning for tolkningen, som ikke fantes i den andre saken, eller at situasjonen i sak nummer to er helt annerledes enn i sak nummer en. Selv om det ikke er underlig om avtaletolkeren også tar tidligere tolkninger i betraktning, som et relevant tolkningsmiddel, er det ikke gitt at tolkningen blir den samme, og man må ikke glemme hva oppgaven er – å tolke den foreliggende (standard)kontrakten i den konkrete situasjonen.<sup>873</sup>

Ved tolkning av standardkontrakter blir tidligere rettspraksis til tolkningsmidler og ikke rettskilder som ved tolkning av generell rett. Det er fortsatt en avtaleskapt regel vi skal frem til. Som ved bruk av alle andre kontekstuelle tolkningsmidler, beror det på tolkningen hvilken betydning tolkningsmiddelet skal tillegges.

---

<sup>870</sup> Se Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 417.

<sup>871</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 170, som i forbindelse med en behandling av svensk høyesterettspraksis om AB-kontrakter, skriver: «Avtalet är unikt och skall bedömas utifrån parternas horisont.»

<sup>872</sup> En avtale binder bare partene, og derfor bør man være forsiktig med å tillegge dommer om avtaletolking prejudiserende virkning. Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 170: «Avtalet har sin egen normativitet. Och av det enkla faktum att denna är så begrensad – avtalet binder endast parterna – följer att avgöranden i avtalstolkningsfrågor också i den materiella fråga som det gäller i princip saknar prejudiserande verknig.»

<sup>873</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 171: «När HD t ex har att tolka AB-kontraktet (...) är det visserligen naturligt att man sneglar på tidigare avgörande, men det är inte givet att de mönster som eventuellt kan skjönas där bör läggas till grund för tolkningen av ett nytt avtal i vilket det hänvisas till AB-kontraktet.»

### Problem 3: Hvordan forholde seg til «forarbeidene»?

Ett av problemområdene for standardkontraktstolkningsteorien som nærmest antar prinsipielle dimensjoner, er hvordan man skal forholde seg til standardkontraktens «forarbeider» ved tolkningen.<sup>874</sup> Selv om praksis fra Høyesterett viser at det forekommer, er det forfattere som fremhever at forarbeidene må ha vært tilgjengelige for avtalepartene for at slike skal kunne vektlegges.<sup>875</sup> Tanken er antakelig at partene i alle fall må ha hatt mulighet til å gjøre seg kjent med innholdet, selv om man ikke trenger å bevise at de faktisk har lest de aktuelle forarbeidene. Forklaringen på at slike tolkningsmidler benyttes, er gjerne at standardkontrakter minner mer om lover enn om avtaler, og at tolkningen derfor også minner mer om lovtolkning.<sup>876</sup> Jeg tror lovtolkningslignelsene forleder oss inn i rettskildetenkningen, men her er det likevel som om teorien gjør motstand.<sup>877</sup>

---

<sup>874</sup> Problematisert blant annet hos Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 364 på denne bakgrunn: «Dokumentasjonen fra bransjerepresentantenes forhandlinger gir en kilde for tolkningsargumenter som er spesielle for standardkontraktene. Slike 'forarbeider' kan være brev- og meningsutvekslinger, forhandlingsprotokoller, kommentarer eller forklaringer fra personer som deltok i forhandlingene. Her er spørsmålet om forhandlernes vilje, dokumentert gjennom beviser fra avtalens tilblivelse, kan supplere partenes vilje i tolkningen. Dette er et spørsmål om hvilken legitimitet 'forarbeidene' har som tolkningsargument.» Se også hos Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 419-420.

<sup>875</sup> Se eksempelvis Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 339: «Er forarbeidene ikke tilgjengelige, reduserer det vekten av dem i tolkningen.» Se også Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 291-292. Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 419: «Hvilken vekt som kan legges på en standardkontrakts forarbeider og øvrige tilblivelseshistorie, vil ofte variere med *forarbeidenes tilgjengelighet*. Betenkeligheter ved å legge vekt på forarbeidene til et bestemt vilkårssett knytter seg først og fremst til forarbeider med begrenset utbredelse. Særlig varsomhet bør utvises dersom vilkårenes bakgrunn og tilblivelseshistorie ikke er tilgjengelig på annen måte enn ved ad hoc vitneprov i den enkelte sak. Dersom forarbeidene er alminnelig kjent, er grunnlaget for innvendinger svakere.»

<sup>876</sup> Sammenhengen påpekes også av Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 364, og Bull, *Avtalte standardvilkår som privat lovgivning*, s. 99 flg. Det er for øvrig unødvendig for meg her å si noe mer om forarbeiders betydning i norsk rettskildelære. Jeg nøyer meg med å vise til enhver norsk fremstilling av rettskildelæren i nyere tid og til Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*. Bruk av «forarbeider» drøftes blant annet i Hellner, *Tolkning av standardavtal*, s. 273 flg.

<sup>877</sup> For eksempel her hos Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 364-365: «Når vi søker lovgiverviljen, er det et argument som er legitimert gjennom lovgivers kompetanse til å regulere området. I avtaletolkning er det imidlertid *partene som gjennom sin felles vilje* binder domstolen, legitimert gjennom privatautonomien. Når partene bruker standardkontrakten, er det ut fra et ønske om forutsigbarhet. Det er vanskelig å tenke seg at partene bevisst ønsker å tilslutte seg forhandlernes vilje bak kontraktsvilkårene – i den grad denne ikke er kommet klart til uttrykk i avtaleteksten. I forhold til forarbeidsbruk ved lovtolkning svikter altså grunnlaget for å vektlegge forhandlingsdokumentasjon som gjelder forhandlernes *vilje eller intensjon*, såfremt denne ikke er kommet til uttrykk i avtaleteksten. Det vil etter mitt syn kun være legitimt å vektlegge forhandlingsdokumentasjon ut fra hensynet til forutsigbarhet. Dette hensynet kan riktignok tillegges en del vekt, men det kan ikke få den forrang i tolkningen som partenes vilje har i kraft av privatautonomien.» Hellner mener det i litteraturen bare er et mindretall som støtter

Jeg er enig i at det er mange fornuftige betraktninger som tilsier at man ofte bør være forsiktig med å gå for vidt ut og for eksempel tillegge upubliserte diskusjoner mellom standardavtalekonsipister betydning i et avtaleforhold mellom to helt andre avtaleparter. Men altså, utgangspunktet her, som alltid ved avtaletolkning, må være at man tar hva man har – det lar seg ikke gjøre på forhånd å avskjære enkelte tolkningsmidler på prinsipielt grunnlag.<sup>878</sup> Spørsmålet er om det man har av kontekstbaserte tolkningsmidler fra tilblivelsesfasen til standardkontrakten *kan* bidra til tolkningen i det konkrete tilfellet. Er meningen som fremgår av tolkningsmidlene gjort til en del av avtalen? Jo lenger vekk fra det konkrete avtaleforholdet vi beveger oss, dess mindre grunn er det vel til å komme til et bekræftende svar på det spørsmålet. På samme måte som man ikke kan utelukke at private notater som aldri har kommet avtalemotparten til kunnskap, kan tenkes å få betydning ved en avtaletolkning, er det lite sannsynlig all den tid «viljen» ikke er «erklært».

Hva angår uttalelser og vitnesbyrd fra konsipistene, vi spør aldri hva enkeltpersoner involvert i lovgivningsarbeidet har å si om hvordan en lov skal tolkes når vi tolker loven.<sup>879</sup> Ikke for at de ikke kan ha meninger om saken, men fordi det avhenger av om

---

*lovtolkningsmetoden*, og at flertallet går for *avtaletolkningsmetoden*, se Hellner, *Tolkning av standardavtal*, s. 267. Selv fremholder han om de to retningene, på s. 268: «Detta är alltså de båda extrema meningarna. Men ser man mera i detalj på konsekvenserna, finner man att det i praktiken inte blir så stor skillnad mellan dem.» Avslutningsvis, på s. 278, fremgår det imidlertid at han selv går for en tolkningsmetode som «ligger ganska nära en lagtolkningsmetod som väsentligen är teleologiskt orienterad.»

<sup>878</sup> Se også Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 340: «Heller ikke innenfor tolkningslæren er det noen tradisjon for å begrense det faktiske tolkningsmaterialet. Norsk tolkningslære har ingen klare relevanskriterier, slik at alle omstendigheter som kan kaste lys over hvordan partene i fellesskap mente å regulere sitt mellomværende, i utgangspunktet kan tas i betraktning. Grensen for hvilke argumenter som er relevant problematiseres sjelden, og det er ikke noen tradisjon for å sette grenser for hvilke bevis som kan føres for å underbygge argumentene.»

<sup>879</sup> Eller, det har faktisk skjedd. Se Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*, s. 294: «Jeg har alltid oppfattet det som en selvsagt ting at man ikke skal drive det [jakten på 'lovgiverviljen'] så vidt at man innhenter forklaring fra dem som har deltatt i lovgivningsprosessen. Man avhører ikke komitémedlemmene, den departementsansatte som har formulert proposisjonen, osv. Derfor oppfattet jeg det som en utglidning da Sjur Brækhus og jeg – som hadde bistått Justiskomiteén under dens arbeide med panteloven av 1980, (...) – ble avhørt ved bevisopptak ved Oslo byrett til bruk for Høyesterett i en konkret sak (...). Våre uttalelser ble – heldigvis, ut fra mitt prinsipielle syn – ikke benyttet i Høyesteretts argumentasjon, men etter mitt skjønn burde bevisopptakene ha vært avvist eller domstolen burde ha gitt uttrykk for at den slags ikke er passende.» Se også anektoden i Stang, *Viljesdogmet*, s. 294 n. 1: «For et par Aar siden sattes paa Landsbygden en Mand under Tiltale for Overtrædelse af den nye Jagtlov. Han paaberobte en Fortolkning af den, ifølge hvilken hans Handling vilde være retmæssig, og forlangte, at Amtets Stortingsmænd skulde indkaldes som Vidnes for at forklare sig om, hvad man havde ment med Loven. Retten afslog denne begjæring, og Publikum fandt den vistnok meget humoristisk; en Notis om Sagen cirkulerede nemlig i en Række Blade. Man havde ogsaa Ret. Enten maa Manden have været en lærd (omend gammeldags) Jurist eller en stor Daare.» Se dessuten Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 160: «Utredarnas och departementsfolkets uppfattningar om lagstiftningsprodukternas innehåll är skäligen ointressanta vid lagtolkningen, såvida inte dessa kommit till uttryck i de skriftserier som

meningen er gjort til en del av loven eller avtalen – også standardavtalekonsipister må godta at heller ikke de er herrer over tolkningen av egenprodusert tekst i ettertid.<sup>880</sup>

Problem 4: Vanskelig å skille mellom standardkontrakten og av bakgrunnsretten.<sup>881</sup>

Fordi kontraktsretten, utenom forbrukertilfellene, for det meste er ulovfestet, får rettspraksis og teori desto større betydning når bakgrunnsretten skal fastlegges.<sup>882</sup> Sannsynligvis er det kommentarutgaver og annen juridisk litteratur mange først sjekker for å gjøre seg opp en mening om hva som menes med bestemmelsene i en standardkontrakt. Her er heller ikke tilgjengeligheten et problem siden kommentarutgavene publiseres både på nett og papir, men de er utvilsomt av generell karakter og kan i utgangspunktet ikke si noe om konkrete avtaleforhold.

En annen spissfindighet ved at store deler av kontraktsretten er ulovfestet, er at teksten i standardkontraktene (i tillegg til rettspraksis og teori) kan være gode kilder på hva bakgrunnsretten går ut på.<sup>883</sup> Noen standardkontrakter anses nærmest for å være en slags avtalekodifisering av alminnelige prinsipper.<sup>884</sup> Det vil si at de samme tekstene, standardkontraktstekstene, både kan tolkes i en individuell avtalerettslig sammenheng, og i en generell kontraktsrettslig sammenheng. Idet standardkontrakter vedtas mellom partene, gjøres de imidlertid først og fremst gjeldende for et konkret forhold. Så blir det opp til avtaletolkeren i hvilken grad de generelle elementene bør gis gjennomslag.

---

konventionen tillærkänner rättskällestatus. Vad riksdagsmännen anser om lagens innebörd bryr vi oss inte om – vilket återigen kan motiveras med principiella överväganden (legalitet).»

<sup>880</sup> Som nevnt tidligere på s. 118.

<sup>881</sup> Problematisert blant annet hos Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 361 flg.

<sup>882</sup> Til mange standardkontrakter er det utarbeidet kommentarutgaver som har relativt stor betydning i praksis. Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Knut Kaasen, *Kommentar til NF 92*, og *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, som noen gode eksempler. Om betydningen av kommentarutgavene, se eksempelvis Krüger, *Tore Sandvik (1931-1985): gudfaren i norsk entrepriserett*, og Tørum, *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise*, hvor det på s. 150, står: «Mens det faglige tyngdepunktet på 1970- og 1980-tallet lå i Sandviks bøker *Entreprenørrisikoen* og *Kommentarer til NS 3401*, har det siden begynnelsen av 1990-tallet vokst fram en omfattende litteratur om entreprise og fabrikasjon. Knut Kaasens bøker om fabrikasjonskontrakter har nå i stor grad overtatt posisjonen til Sandviks bøker».

<sup>883</sup> Se eksempelvis Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 361: «I noen tilfeller kan det være vanskelig å skille klart mellom kontraktsteksten og bakgrunnsretten, og da oppstår spørsmålet om standardkontraktens løsninger er uttrykk for spesiell kontraktsrett. Det betyr at ordlyden kan få en utvidet legitimasjon i tolkningen, fordi den også er uttrykk for bakgrunnsrett», med videre henvisning til Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 120, og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 337.

<sup>884</sup> Se eksempelvis Hagstrøm/Bruserud, *Entrepriserett*, s. 27, som påpeker at: «Skjematisk kan NS 8405 sies å inneholde to typer regler: Dels dreier det seg om kontraktsfesting av alminnelige entrepriserettslige regler som ville komme til anvendelse uavhengig av avtalesfesting (...). Dels er det tale om avtaleskapte ordninger (...)».



Oftere er det nok likevel grunn til å tro at partene har ment å avtale det som en kjent standardkontrakt vanligvis gir uttrykk for, hvis ikke kunne de jo gjort noe med det, endret teksten for eksempel.

Hovedbegrunnelsen for å «objektivisere» standardkontraktstolkningen, og la generelle elementer gis gjennomslag, er gjerne kravet om forutberegnelighet. For regler som skal virke i flere ulike rettsforhold, tenker man seg at de må virke likt fra gang til gang, og derfor må den konkrete rimeligheten kanskje bøye av for den generelle rimeligheten, *den beste regelen* og ikke *det beste resultatet*.<sup>885</sup> I et avtaleforhold er det imidlertid forutberegneligheten for avtalepartene *inter partes* som må være avgjørende, ikke hva andre avtaleparter i andre avtaleforhold eventuelt måtte kunne forutse, og det selv om de skulle komme til å benytte seg av samme standardkontrakt.<sup>886</sup>

Hvordan gikk det med denne lakmustesten? Raskt kan det i alle fall konkluderes med at balansegangen mellom det individuelle og det generelle blir enda mer påtakelig i standardkontraktstolkningen. Fordi standardkontraktene har iboende generelle elementer, vil andre tolkningsmidler lettere kunne gjøre seg gjeldende, og en avtaletolker som ikke kommer i mål med tolkningen, kan også her søke hjelp i den generelle normativiteten (utfylling). Statistisk kan det godt være at man oftere havner ned på det vanlige resultatet, som gjerne også er i tråd med bakgrunnsretten, men jus er ikke statistikk – avtaletolkeren må yte standardkontrakten like mye rettferdighet som enhver annen avtaletekst. En standardkontrakt kommer ikke med noen fribillett til den generelle normativiteten. Siden standardkontrakter bare virker i kraft av at partene vil det, og at et avtalerettslig partsviljebegrep lar oss tolke oss frem til partsviljen også i de standardiserte avtaletekstene, må avtalenormativiteten være førende også her. Enhver

---

<sup>885</sup> Samme argumentasjon kan for så vidt benyttes for å la den generelle normativiteten virke i all avtaletolkning. Strengt tatt må det preseptorisk lovgivning til for å tøyte avtalefriheten, men det har jeg ennå til gode å se at noen ønsker for kontraktsretten utenom forbrukerforhold.

<sup>886</sup> Derfor er det forfattere som tar til orde for å være restriktiv med å la bakgrunnsretten trumfe gjennomregulerte kontrakter, se eksempelvis Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 221: «Den i utgangspunktet sterke presumsjonen for at kontrakten skal tolkes i tråd med (eller utfylles med) bakgrunnsrettens løsning, er derfor ikke nødvendigvis så sterk når det kommer til kommersielle kontrakter. Kontraktens eget gravitasjonsfelt kan her være sterkere enn bakgrunnsrettens, særlig der kontrakten er detaljert og gjennomarbeidet, eksempelvis standardkontrakter. (...) For kontraktstyper med en lite utviklet bakgrunnsrett vil kontraktspraksis langt på vei kunne tjene samme rolle som bakgrunnsretten.» I en litt annen retning Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 363: «Svaret på spørsmålet om det skal mindre til å fravike bakgrunnsretten i forhandlede standardkontrakter enn i individuelle avtaler, er etter mitt syn nokså klart nei. Bakgrunnsretten som tolkningsargument fremmer forutberegnelighet, både for de konkrete partene og i et videre perspektiv, og tar høyde for at rettsutviklingen kan skje i sammenheng med de store standardkontraktene.»

vurdering må med andre ord ta utgangspunkt i den foreliggende avtalen og det foreliggende tilfellet; avtaletolkeren må, her som ellers, foreta en rettferdig og troverdig tolkning av (standard)kontrakten holdt opp mot tvisten som skal løses.

## 4.4 Det avtalerettslige spenningsfeltet

### 4.4.1 All avtalerett kretser rundt partsviljen

«Rettshistorien har meget å berette om viljens rettslige betydning.»<sup>887</sup>

Spenningen mellom det individuelle og det generelle, mellom tolkning og utfylling, mellom avtalens egen normativitet og den generelle rettslige normativiteten, kjennetegner hele avtaleretten. Den individuelle partsviljen grenser ikke bare mot generelle regler i skillet mellom tolkning og utfylling, den grenser også mot alle andre avtalerettslige mekanismer.<sup>888</sup> Noe som igjen betyr at ethvert avtalerettslig spørsmål, uavhengig av om løsningen beror på tolkning, utfylling eller generelle avtalerettslige regler, befinner seg i midt i spenningsfeltet.<sup>889</sup> På den ene siden de avtaleskapte reglene, på den andre siden de samfunnsskapte. I undersøkelsene som følger skal vi ta et lite streif gjennom avtaletolkningsforholdet til resten av avtaleretten.

Tematisk deles avtaleretten gjerne inn i binding, fullmakt, tolkning og ugyldighet (innenfor sistnevnte behandles også spørsmål om avtalerevisjon). Åpenbart ligger det fordeler i å systematisere stoffet på et vis; binding, fullmakt, tolkning og ugyldighet er forskjellige temaer, i teorien. Det er fullt mulig (i tekst) å fokusere på hver av dem for seg.<sup>890</sup> Men det er også lett å se hva som binder dem sammen – viljen. Binding: Har partene vist vilje til enighet? Fullmakt: Har noen med rette utøvd en annens vilje til å bli enig med noen? Tolkning: Hva har partene villet avtale? Ugyldighet: Er det noe i veien med viljen, situasjonen rundt, eller innholdet i den frivillige enigheten, som bør få betydning for avtaleforholdet? Til å besvare spørsmål om det er inngått en avtale, med eller uten fullmektig, hva er det inngått avtale om, om den er ugyldig eller om den

---

<sup>887</sup> Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, s. 290.

<sup>888</sup> Se for øvrig Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 608: «Var går gränsan mellan tolkning och utfyllning? (Här får vi komma ihåg, att tolkning också gränsar till annat än utfyllning, så som till jämkning, och till reglerna om avtalsslut, fullmakt och ogiltighet.)»

<sup>889</sup> Etter min mening er det jo derfor avtaleretten er så ... spennende.

<sup>890</sup> I praksis blir det straks vanskeligere, se over i n. 273.

må revideres, har vi en del generelle regler, hvorav de i avtaleloven kanskje er de første man tenker på.<sup>891</sup> Men ser man etter, viser det seg at alle reglene, enten de gjelder binding, fullmakt, tolkning eller ugyldighet, peker tilbake på partsviljen. Selv anvendelsen av de generelle reglene, handler om hvordan rettsanvenderen skal forholde seg til de individuelle reglene.

Ta avtaleloven § 6 første ledd for eksempel: «Fremtræder svaret som en aksept, men stemmer det ikke med tilbudet, ansees det for avslag i forening med nyt tilbud.» Hvordan skal vi finne ut om det foreligger et avslag om ikke ved å tolke de enkelte viljeserklæringene – finne ut hva partene har ment? Eller avtaleloven § 10 første ledd: «Foretar fuldmægtigen en retshandel i fuldmagtsgeberens navn og indenfor fuldmagts grænse, stifter retshandelen ret og pligt umiddelbart for fuldmagtsgeberen.» Hvordan skal vi avgjøre om fullmægtigen har foretatt en retshandel, i hvis navn og innenfor grensene, om ikke ved tolkning av partsviljen? Den kompliserende faktoren ved fullmaktsspørsmål, er at viljen plutselig manifesterer seg ved hjelp av en annen person (eventuelt også med tillegg av en ekstra erklæring).<sup>892</sup> I utgangspunktet kan man jo bare binde seg selv, men ved bruk av den samme partsautonomien, kan man også bestemme at man skal la seg binde av en annen (fullmægtigen).<sup>893</sup> For samfunnet, og dermed også for fullmaktstolkeren, blir oppgaven å se til at ikke folk binder hverandre uten grunn, uten at det foreligger en partsvilje, eller motsatt, se til at folk blir bundet når det foreligger en partsvilje ved hjelp av fullmægtigen.

Ugyldighetsbestemmelsene handler også om viljeserklæringene og omstendighetene rundt. Alle som en.<sup>894</sup> Avtaleloven § 34 for eksempel: «Er en skriftlig

---

<sup>891</sup> Slik er det gjerne med lover.

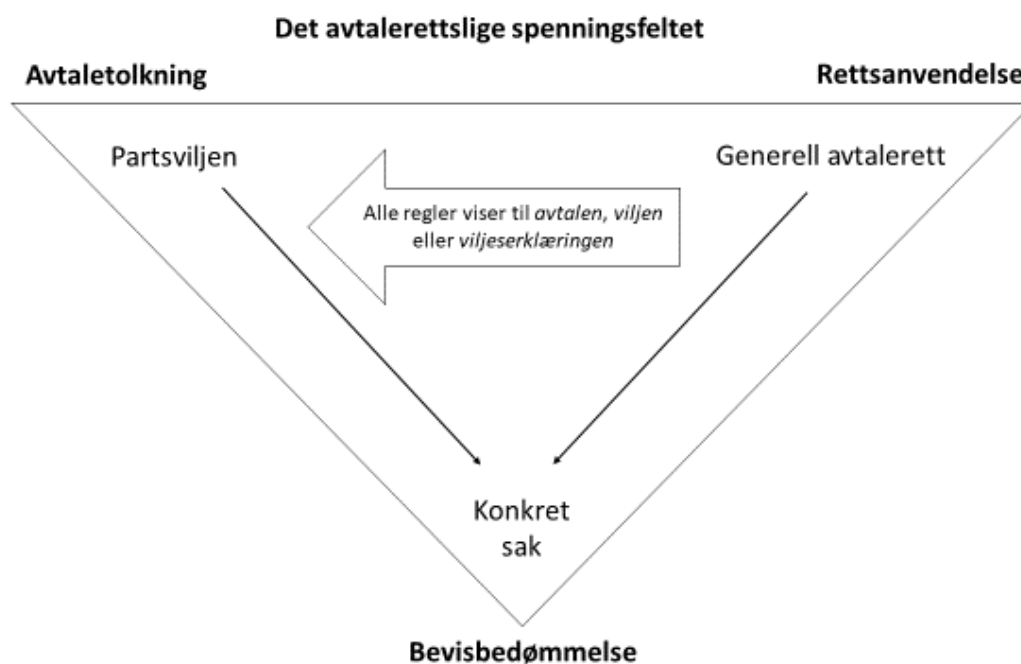
<sup>892</sup> Om fullmaktens vesen skriver Ørsted, *Om fuldmagt*, s. 518: «Det, der udgjør Fuldmagts Væsen, er ene og alene, at Een handler paa en Andens Vegne, efter en dertil given Bemyndigelse af denne, der forpligtes ved det, der i Kraft deraf foretages af hiin. Dette har heller aldrig været miskjendt uden netop i vore Systematikeres Definitioner og de Sammenligninger med andre Contracter, som de dermed sætte i Forbindelse. Saasnt de ere komne derover, behandle de selv det, der i Lovene og i Livet gjælder for Fuldmagt, som saadan, glemmende deres egen Lære om det, der udgjør denne Contracts Væsen.»

<sup>893</sup> Ussing, *Aftaler*, s. 137-138, skriver: «I Nutidens Retsforfatninger er det almindelig anerkendt ikke blot, at en Person kan binde sig ved Løfter, der overbringes til Løftemodtageren af Løftegeberens *Bud*, men ogsaa, at en Person kan blive bundet ved Løfter, som afgives af en 'Stedfortræder' eller 'Ræpresentant' i hans Navn. Naar Ræpresentant saaledes stilles i Modsætning til *Bud*, beror forskellen paa, at Ræpresentanten ikke som *Budet* overbringer en andens Viljeserklæring, men selv afgiver en (sin egen) Viljeserklæring. Ræpresentanten forudsættes altsaa selv at træffe Beslutningen om Løftets Afgivelse.»

<sup>894</sup> Også selv om det av bestemmelsene fremgår vilkår som ikke direkte angår viljeserklæringen, står disse i en eller annen relasjon til de konkrete omstendighetene som gjør at vi har med et avtaleforhold å gjøre.

viljeserklæring avgitt på skrømt, og har mottageren overdrat ret etter den til en tredjemand, som var i god tro, kan det ikke overfor ham gjøres gjældende, at erklæringen var skrømtet.» Man må, som alltid, tolke viljeserklæringen i kontekst for å finne ut om den er avgitt på skrømt, og deretter hvorvidt tredjemann kan bygge rett på den – hvis hen skjønnte at det bare var tull, kan hen selvsagt ikke det.<sup>895</sup> Og hva man skjønnte og burde skjønnt, går ofte for det samme i jusens verden nettopp fordi den eneste måten vi kan finne ut av om noen er i god tro, er å tolke de foreliggende omstendighetene. Selv en bekreftelse fra et menneske på at «ja, jeg skjønnte», må vi enten tolke til at hen «skjønnte» eller til at hen snakket usant og likevel «ikke skjønnte», alt ettersom.

Givetvis beror spørsmålene også på lovtolkning; det er slik man frembringer avtalelovens regler. Men i avtalelovens tekst, vises det direkte til tilbudet, aksepten, rettshandelen, fullmakten og viljeserklæringen, og med det er man over i avtaletolkningen før man vet ordet av det.



Uansett hvilken avtalerettslig problemstilling som søkes løst, kommer man ikke utenom partsviljen. All avtalerett kretser rundt det samme – at avtaleparter frivillig har benyttet seg av avtalefriheten til å bli enige om reglene i et rettsforhold dem imellom. Det betyr

<sup>895</sup> Det samme ville nok fulgt av en tolkning av erklæringene også.

ikke at den generelle avtaleretten er overflødig; generelle lov- og ulovfestede regler setter vitterlig begrensninger for avtalefriheten.<sup>896</sup> Idet avtalen oppstår, står de nye avtaleskaptede reglene i en relasjon til de generelle reglene som allerede finns.

#### 4.4.2 Individuelt og generelt til evig tid

«Naturligvis har de forskjellige forfattere været klar over, at problematikken i forudsætningslæren i væsentlig grad overlapper fortolkningen og især udfyldningen af aftaler.»<sup>897</sup>

La meg komme med en påstand: Jeg tror formålet med mye av avtalerettsteorien er å få has på det individuelle, ikke fornekte eller bestride avtalerettens individualitet, men fange det i noen generelle former, for dermed blant annet å øke forutberegneligheten (det jeg tidligere har kalt rettsliggjøring). Videre er jeg av den oppfatning at så lenge vi holder oss med avtalefiksjonen, vil målet aldri kunne nås, fordi å bedrive avtalerett per definisjon innebærer å balansere mellom det individuelle og det generelle.<sup>898</sup> Jeg skal forsøke å vise hva jeg mener.

Ta historien om forutsetningslæren.<sup>899</sup> Før, mens viljedogmet og metafysikken regjerte, hørte forutsetningene til (den individuelle) tolkningen.<sup>900</sup> Deretter, med realismens inntreden og fofeste, ble det viktig å fremheve lærens rettslige karakter, oppstille (generelle) vilkår og typeforutsetninger.<sup>901</sup> Fra å bli ansett som et vedheng til partsviljen, noe som kunne innskrenke denne, et hjelpemiddel avtaletolkeren kunne ty til for å unngå formalisme, og som mer var et navn på tolkningsresultatet enn en «lære», forandret synet på forutsetningslæren seg i takt med objektivismens seier over subjektivismen.<sup>902</sup> De samme (mis)forståelser som forkastet subjektive tolkningsteorier

<sup>896</sup> De preseptoriske reglene setter selsvagt større begrensninger enn de deklatoriske.

<sup>897</sup> Jørgensen, *Kontraksret*, s. 174.

<sup>898</sup> Spenningen ligger dessuten i begrepet selv, som består av ordene *avtale* (individuelt) og *rett* (generelt), uten at det er mer enn en fiffig semantisk detalj.

<sup>899</sup> Følgende lille resonnement bygger på fremstillingen i Samuelsson, *Tolkning och utfylling*, s. 513-537, som nok er en litt atypisk fortelling. Av andre større arbeider om forutsetningslæren kan nevnes Ussing, *Bristende forudsætninger*, og Lehrberg, *Förutsättningsläran*.

<sup>900</sup> Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 519 flg., om at «Windscheid betraktade förutsättningen som en form av viljebegränsning (Willensbeschränkung)», med videre henvisninger.

<sup>901</sup> Som Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 243, skriver: «I et kortere historisk perspektiv er det ingen tvil om at læren om bristende forutsetninger er utviklet som en lære om bortfall av avtalerettslige forpliktelser.»

<sup>902</sup> Om «kampen» mellom subjektive og objektive tolkningsteorier, se over i punkt 3.1.

til fordel for objektive, forkastet også den subjektive forutsetningslæren og satte en objektiv i stedet – slik vi blir det fortalt.<sup>903</sup> Akkurat her er det ikke forutsetningslærens historie i seg selv som er interessant.<sup>904</sup> Det morsomme ligger i at en og samme lære (i den grad man kan kalle det samme lære når den forklares diametralt forskjellig), av noen anses å være utpreget individuell, og av andre utpreget generell (ved at det er generell rett som utpeker hvilke individuelle faktorer som er relevant).<sup>905</sup>

Det er ikke tilfeldig at det er den veien det går, fra det individuelle mot det generelle (eller fra det subjektive til det objektive).<sup>906</sup> 1900-tallets avtalerettslige klima har lagt opp til det. Slik jeg ser det, er forutsetningslærens historie et illustrerende eksempel på trangen til å generalisere det individuelle. I den senere tid, etter avtaleloven § 36 kom, har det blitt populært å drøfte hvorvidt generalklausulen konsumerer hele forutsetningslæren.<sup>907</sup> I så tilfelle vil jo generaliseringen være komplett.<sup>908</sup> Poenget her

---

<sup>903</sup> Forutsetningene blir noe faktisk man ikke får tak i, og dermed blir det viktig å vise hvilke rettslige vurderinger som egentlig, *reelt sett*, kommer i spill. Høres kjent ut, ikke sant? Tingliggjøring og rettsliggjøring. Men like lite som man kan fjerne det subjektive fra avtaletolkningen, kan man kvitte seg med det subjektive i forutsetningslæren. Som Arnholm, *Privatrett II*, s. 249 formulerer det: «[F]or meg står det slik at jo lenger man går over mot en objektiv forutsetningslære, desto mer fjerner man seg fra det som må være det prinsipielle utgangspunkt for enhver forutsetningslære: Den forpliktete har hatt visse forutsetninger om en fremtidig utvikling og disse forutsetninger har slått feil – av den grunn må avtalen revideres (men ikke nødvendigvis i samsvar med hva han selv ville ha tenkt seg).» Arnholm ser ut til å ha vært oppmerksom på at forutsetningslæren nærmest forutsetter subjektivitet, men som vi ser av sitatet, han ser også ut til å gå for et faktisk-psykologisk forutsetningsbegrep. Det er imidlertid mulig også å tenke seg et avtalerettslig forutsetningsbegrep, noe vi kan tolke oss frem til, på linje med partsviljen, men som altså skal forstås som en forutsetning for partsviljen og ikke denne i seg selv, og derfor ikke noe som partene nødvendigvis har fått med i avtalen, men som likevel kan komme til syne ved tolkningen, selvsagt basert på omstendighetene i saken (det vil si både avtalen og tvisten). Morsomt nok kaller Arnholm, samme sted, forutsetningene for bakutsetninger fordi de «settes til» etterpå. Og ja, det er jo ikke før man har behov for å tolke avtalen, at forutsetningene eventuelt viser seg, det er ikke noe man kan legge i en bankboks og ta frem når tvisten er et faktum. Det er faktisk bare ved et faktisk-psykologisk forutsetningsbegrep at man behøver å lete etter forutsetninger som «fantes» på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Ser man det heller som en sikkerhetsventil for tolkningen, et avtaletolkerens «*come on* – dette kan ikke ha vært forutsatt», fungerer forutsetningslæren fint som et tolkningsresultat.

<sup>904</sup> Eller det er den selvsagt, men jeg går ikke videre inn på den her og anbefaler heller Samuelssons fornøyelige historietime, se henvisning over i n. 899.

<sup>905</sup> For Windscheid hører forutsetningslæren til tolkningen, med Ussing blir den anvendelse av regler.

<sup>906</sup> Det er ingen «naturlover» som sier at forutsetningslæren verken må se ut slik som den gjør for tiden, ei heller at man bør ta tilbake Windscheids variant. I teorien er alt mulig. Sistnevnte har, slik jeg ser det, likevel sine fordeler; en forutsetning for en individuell avtale, må nødvendigvis også være individuell, og dermed noe som best lar seg løse ad tolkningsvei.

<sup>907</sup> Se eksempelvis Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, s. 173-183, Jan Einar Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, s. 319 flg., Woxholth, *Forutsetningslæren og avtaleloven § 36*, Boel Flodgren, *Förutsättningsläran – ett viktigt komplement till avtalslagen*, s. 385 flg., for å nevne noen bidrag i debatten.

<sup>908</sup> Nå ser det ikke ut til at forutsetningslæren har tatt kvelden ennå, den vurderes stadig av Høyesterett, se eksempelvis Rt. 2014 s. 866 «Fjord1». Læren har dessuten fortsatt tilhengere i teorien, se for eksempel Ola Ø. Nisja, *Johan Giertsen: Avtaler*, s. 390: «Forutsetningslæren er på ingen måte upraktisk og påberopes ofte innenfor for eksempel entrepriseretten. Læren kunne uavhengig av

er at en eventuell konsumpsjon, og egentlig også en debatt om konsumpsjon, forutsetter at man, som de objektive realistene man antakelig er, anser forutsetningslæren som generell rett, og ikke som et individuelt tolkningsresultat som selvsagt ikke lar seg kodifisere.<sup>909</sup> Uansett er det ikke til å komme utenom at også forutsetningslæren handler om partsviljen, da det nettopp er *forutsetningen* for *viljeserklæringen* som er temaet. Derfor havner man fortsatt, dersom man altså anser forutsetningslæren for å være generell rett (og ingen forfekter jo lenger en «subjektiv forutsetningslære»), uunnngåelig tilbake i de konkrete individuelle omstendighetene. Om forutsetningen svikter i den konkrete saken, kan bare avgjøres ved en vurdering av det foreliggende materialet – og dermed er man tilbake til avtaletolkningen igjen, om enn etter en liten svingom.

Et annet eksempel på trangen til å generalisere det individuelle, mener jeg kan spores i debatten om avtalelovenes eksistensberettigelse.<sup>910</sup> Med avtalelovene ser vi for oss at nordisk avtalerett endelig tok skjeen i egen hånd; ved å lovfeste hva vi ville skulle gjelde her hos oss, fikk den nordiske avtaleretten endelig sin egen identitet.<sup>911</sup> Og ingen avtalerettslige tekster har vel hatt like stor betydning for den nordiske avtalerettens selvforståelse enn de nordiske avtalelovene? Men tiden går, og det som var moderne på begynnelsen av 1900-tallet, kjennes ikke like nytt og fremtidsrettet etter hvert som

---

klassiske skiller mellom avtalerett og obligasjonsrett, gjerne vært gitt en mer fremtredende behandling.» Se også Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 245 flg., og Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, s. 183: «Etter mitt syn er det likevel grunn til å holde fast ved at det prinsipielt kan tenkes tilfeller som ikke kan henføres under avtl. § 36, men hvor løren om bristende forutsetninger kan tenkes brukt.» Men, alle som en vurderer forutsetningslæren som en generell regel, og ikke som en del av avtaletolkningen, se implisitt hos Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 243, hvor han beskriver forutsetningslæren som en regel som «ikke [er] sikrere enn at rettsanvenderen raskt kan føle seg mer komfortabel med å presse tolkningslæren enn forutsetningslæren.» Se dessuten Flodgren, *Förutsättningsläran – ett viktigt komplement till avtalslagen*, s. 400: »Förutsättningsläran har blivit klarare på senare tid och kan t ex inte längre bare beskrivas som en hjälp vi tolkningen av avtal.»

<sup>909</sup> Så lenge Høyesterett fortsetter å praktisere forutsetningslæren, blir det nok likevel vanskelig (i alle fall for ekte realister) å skrive den endelige nekrologen. Men også hvis Høyesterett skulle slutte å vurdere forutsetningslæren, vil den antakelig leve videre i tekstene våre, om enn bare som en transportetappe den også. Selv tror jeg vel neppe at praktisk anlagte avtaletolkere på prinsipielt grunnlag vil avvise et «verktøy» de kan tenkes å få bruk for (for eksempel i et tilfelle hvor et hendelsesforløp i et avtaleforhold anses å bryte med forutsetningen for partsviljen).

<sup>910</sup> Det er klart, i en debatt som har vart i tiår etter tiår, har mange ment mye om mye, og alt dette kan ikke reduseres til mitt lille poeng. Men fordi jeg mener det er illustrerende, lar jeg det stå til.

<sup>911</sup> Selv om avtalelovene i stor grad bygger på mye av den tyske 1800-talls jusen, se eksempelvis Hellners innlegg i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove? - debatt*, s. 284: «De nordiska avtalslagarna är praktiskt tagit avskriffter av motsvarande stadganden i Bürgerliches Gesetzbuch.» Se også Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 182: «Det är sant, att våra nordiska avtalslagar har sina rötter på den europeiska kontinenten. Samtidigt representerar de dock en emancipation från den abstrakta på viljeteorins fundament byggande tyska doktrinen och lagstiftningen.»

århundret skrider frem.<sup>912</sup> Særlig, men ikke utelukkende, når avtalelovene har blitt feiret, har de også fått gjennomgå.<sup>913</sup> Av «høydepunktene» kan nevnes Grönfors' berømte sitat «avtalslagen är en ruin».<sup>914</sup> Christina Rambergs alternativ, «Avtalslagen 2010», er et annet.<sup>915</sup>

Kritikerne mener slikt som at avtaleloven er utdatert, gammeldags, lite praktisk og enten bør erstattes med en ny avtalelov, eller rett og slett bare forkastes.<sup>916</sup> Det klages

<sup>912</sup> Se fortsettelsen på sitatene i n. 911 over, Hellner *Reformering af de nordiske aftalelove? - debatt*, s. 284: «Med all respekt för vad som har stått sig genom så lång tid måste man komma ihåg att de faktiska förhållandena har ändrats mycket. Det är olyckligt att försöka lösa moderna svåra problem med ledning av stadganden som har tillkommit för helt andra ändamål.» Og fra Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 182-183: «För sin tid var de nordiska avtalslagarna en förnämlig lagstiftningsprodukt. De kunde betraktas som moderna eller i varje fall som mer moderna än motsvarande lagar i andra länder ända fram till tiden för andra världskriget.»

<sup>913</sup> Omtrent rundt avtalelovenes 50-årsdag, stiller Folke Schmidt, som hovedreferent ved det tjuelfjerde nordiske juristmøtet i Stockholm spørsmål om de nordiske avtalelovene bør revideres, og kommer selv frem til at en revisjon bør utredes, se Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 182 flg. (med i debatten var også store navn som Lars Erik Taxell, Hjalmar Karlgren, Carl Jacob Arnholm, Ole Lando og Jan Hellner). Ved Nordisk juristmøte i 1990 kom temaet opp på agendaen igjen, denne gang med Torgny Håstad som hovedreferent, se *Reformering af de nordiske aftalelove?*, s. 248 flg. (med i denne debatten var navn som Jan Ramberg, Kai Krüger, Kurt Grönfors, Jan Hellner og Bert Lehrberg m.fl.) Noenlunde samtidig satte Norge og Finland i gang komitearbeider, mens Sverige og Danmark avventet enn så lenge, uten at det ble noe av revisjonene i noe nordisk land, se Krüger, *Terskelen for avtaleinngåelse*, s. 213. Til 90-årsdagen (den svenskes, siden den kom først) hevder Ole Lando på ny at det, selv om juristene i Norden med rette er stolte av avtalelovene, bør gjøres endringer, se *Kontraktsretten i et europæisk og internasjonalt perspektiv*, s. 15 flg. Den foreløpig siste gangen debatten ble tilført oksygen, var i festskriftet i anledning 100-årsdagen, *Aftaleloven 100 år Baggrund Udfordringer Status Fremtid*.

<sup>914</sup> Grönfors skal ha uttalt dette på sitt dødsleie, jf. blant andre Johanson/C. Ramberg, *Kurt Grönfors in memoriam*, s. 1122: «Några dagar före sin bortgång på sjukhuset sade Kurt Grönfors med svag röst och stor pondus: 'Avtalslagen er en ruin.'» C. Ramberg, *Användarvänlig avtalsrätt*, s. 401 har i ettertid lagt til at: «Jag anser att ruinen är deprimerande, även om betraktaren förstår att byggnaden en gång var imponerande. Ruinen väcker fantasier om den byggnad som skulle kunna stå i dess ställe. Men varför ska våra fantasier begränsas av ruinen?» (Som vi straks kommer tilbake til, ønsker Ramberg seg helst en ny og moderne avtalelov, men foreslår i mellomtiden å oppheve den gamle, og heller gå for en slags *soft law*-variant.) Torsten Iversen, *Reform af de nordiske aftalelove – pro et contra*, er ikke like begeistret for Grönfors' postulat og skriver på s. 349: «Det er dog ikke på forhånd givet, at det bedste udgangspunkt for en overvejelse om, hvorvidt aftaleloven bør reformeres, tages i en afdød professors udsagn om, at loven er en ruin. For det første er udsagnet jo ikke nødvendigvis rigtig, blot fordi det – omstændighederne taget i betragtning – må antages at være ment dødsens alvorligt. For det andet udgøres *aftaleretten* jo af langt mere end *aftaleloven*, og den omstændighed, at loven måtte være en ruin, indebærer ikke nødvendigvis, at retsområdet er i forfald. Selv hvis rigtigheden af udsagnet lægges til grund, fortjener det også omtanke, hvad man ønsker sig i stedet for ruinen. Endelig – og viktigst – bør det mane til eftertanke, at det her i livet ikke altid går, som man ønsker sig: Hvad risikerer man at få i stedet for ruinen, hvis det lykkes at rive den ned og bygge nyt?»

<sup>915</sup> Se C. Ramberg, *En ny avtalslag*, hvor hele Avtalslagen 2010 står å lese på s. 36-56.

<sup>916</sup> I Norge har særlig Woxholth tatt til orde for en fullstendig revisjon av avtaleloven, se *Avtaleloven må revideres!*, s. 461-462 og *CISG-konvensjonens del II – og behovet for revisjon av de nordiske avtalelover*, s. 699-710. Men også Giertsen, *Avtalelovene – hva nå?*, s. 346-348, ser ut til å beklage at lovgiver ikke tar seg bryet med å modernisere sentral formuerettslig lovgivning: «Resultatet er da ikke oppløftende. Hundreårsjubilanten avtalelovene feires, men avstanden til jordpåkastelsen er ikke stor når dette lovverket trolig ikke blir modernisert, og kan bli ytterligere marginalisert.» I sitt innlegg i debatten *Reformering af de nordiske aftalelove - debatt*, skriver Krüger, på s. 257: «Også jeg vil støtte tanken om en kritisk revurdering av de løsninger som våre aldersstegne avtalelover



over restene av viljeteori som viser seg i språket.<sup>917</sup> Noen mener man bør etterstrebe harmonisering med internasjonale, særlig europeiske, utviklingstrender.<sup>918</sup> Mange mener lovene er for fragmentariske og ramser opp hva de gjerne skulle ha lovfestet.<sup>919</sup> Og de fleste fokuserer på at samfunnet er et annet i dag enn for 100 år siden, og at avtalelovene ikke henger med i utviklingen.<sup>920</sup> Av de som mener avtalelovene bør

---

knesetter», og selv om han er av dem som anerkjenner avtalelovens suksess, følger han 15 år senere, *Det stormer rundt kunnskapsregelen i avtalelovens § 7!*, s. 61 opp med: «Allikevel er denne artikkelen skrevet av en kritiker som nok helst hadde sett at loven hadde fått en avløser.» Ytterligere 10 år senere, *Terskelen for avtaleinngåelse*, s. 212, stiller Krüger igjen spørsmålet, men viser nå til «[I]ovens forbløffende livskraft», og resignerer nærmest, på s. 213, med å stille spørsmål om man heller bare: «(...) kan leve uten annen oppdatering av avtaleretten enn den som nordiske høyesteretter – tross alt – har vist seg i stand til å gjennomføre». Det siste bidraget i moderniseringsdebatten står Bryde Andersen, *Den almindelige aftaleret som lovgivningstema*, s. 51 flg., for.

<sup>917</sup> Se eksempelvis Jørgensens innlegg i debatten, *Bör de nordiska avtalslagarne revideras?*, s. 193: «Aftalelovens ordvalg er på dette sted [§§ 3 og 4] især præget af viljes teoretiske forestillinger. Med referenten er jeg enig om, at teksten burde frigøres fra enhver viljesmetafysik og anerkende retsstiftelse ved handlinger og undlatelser, uanset om de er viljesakter, når blot de af modtageren med føje opfattes som sådanne (realhandling).» Se også Hellners innlegg i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove - debatt*, s. 284: «En allmän synpunkt, som redan Torgny Håstad har berört, är subjektivismen. En bedömning som bygger på vad den ena parten insett av vad den andra parten avsåg är mindre tilfredsställande än regler som utgår från vad parterna har sagt och hur de har handlat.»

<sup>918</sup> Se eksempelvis Woxholth *CISG-konvensjonens del II – og behovet for revisjon av de nordiske avtalelover*, s. 699, og Krügers innlegg i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove - debatt*, s. 258: «For meg vil kanskje den internasjonale perspektivstilling av emnet, ikke minst i en EF-sammenheng, men også i lys av moderne kontinentale og angelsaksiske lovreformer, være betydningsfull. Dette forekommer meg viktig at man sikrer at de nordiske løsninger på dette viktige område står i et gjennomtenkt og begrunnet forhold til den internasjonale utvikling forøvrig.»

<sup>919</sup> Kritikerne savner lovregulering på alle områdene, binding, fullmakt, tolkning og ugyldighet, og for at ikke noteverket skal ta helt over her, henvises det til de allerede nevnte debatter fra NJM 1966 og NJM 1990 samt de to festskriftene i anledning 90- og 100-årsdagen. For å gi noen få eksempler: Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarne revideras?*, s. 185: «En allvarlig brist i 1 kap. Avtalslagen är, att man inte sett alla olika sätt att ingå avtal, och kanske den allvarligaste, att man inte beaktat realhandlingarna.» Og, fordi det går rett inn i dette kapitlets tematikk, nevnes også Jørgensens innlegg i debatten, *Bör de nordiska avtalslagarne revideras?*, s. 195: «Referenten foreslår, at lovgivningen udvides til at omfatte fortolkningen af aftaler, og det er utvivlsomt også berettiget at gå dette skridt videre, men man må ikke glemme, at grænsen mellem fortolkning og udfyldning af aftaler er flydende, og der kunne også her være anledning til att komme ind på andre problemer, især spørgsmålet om fortolkning af standardvilkår, hvor man utvivlsomt måtte anlægge en mere objektivende teknik end i den sædvanlige kontraktsfortolkningen.» Se dessuten mer straks under i brødteksten.

<sup>920</sup> Igjen nøyer jeg meg med noen få eksempler. Om synet på at endringene i samfunnet fører til behov for en «annen» avtalerett, se blant annet Jørgensens innlegg i debatten, *Bör de nordiska avtalslagarne revideras?*, s. 192: «Fra en subjektivt-individualiserende periode i aftaleretten, der egnede sig fortrinligt for den liberale økonomiske tidsalder, bevæger vi os mod en objektivt-standardiserende periode, som modsvarer det teknologiske velfærdssamfunds behov.» Se også Grönfors' innlegg i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove - debatt*, s. 280: «Hur förnämliga de än var vid tiden för sin tillkomst, kan det inte vara rimligt att de efter snart etthundra år fortfarande skulle anses vara fullt användbara i oförändrat skick.» Se også Woxholth, *Avtalelovene må revideres!*, s. 461: «Grunnen til at avtaleretten ikke er uten livskraft, er dels at reglene i loven om inngåelse av avtaler i kapittel 1 ble gjort fravikelige (§1), dels at loven er blitt komplettert med en alminnelig formuerettslig generalklausul (§36). Ut over dette er lovens reguleringer like fjerne fra det praktiske rettsliv som grunnlovens reguleringer er fra statspraksis og gjeldende statsrett.»

bestå, fremheves gjerne at den er en livskraftig hundreåring, at det er et område som egner seg for å utvikles i rettspraksis og dessuten uttrykkes det bekymring for hva vi kan tenkes å få i stedet.<sup>921</sup> Enda så mye juling avtalelovene har fått, lever de altså fortsatt i beste velgående.<sup>922</sup> Men her og nå var det generaliseringstendensen, og hvordan jeg mener den kommer til uttrykk i debatten, jeg skulle vise.

Slik jeg ser det, viser generaliseringsiveren seg i hvilke endringer som foreslås og hva man ser for seg at burde lovfestes. Som vanlig er naboene våre litt hardere i klypa enn oss her hjemme.<sup>923</sup> Christina Ramberg mener Sverige fortjener «verldens bästa avtalslag», men at 1915-loven ser ut til å ha fått en «helig kultstatus» og regner derfor ikke med at den svenske lovgiveren kommer til å ta tak med det første.<sup>924</sup> Hun har derfor med «Avtalslagen 2010» laget en slags modellov, «en avtalsrättslig *Restatement* med USA som förebild», som hun selv mener er en vel så god rettskilde som den gamle avtaleloven.<sup>925</sup> Med den ønsker hun å «lovfeste» alt det som savnes i avtaleloven, eksempelvis regler om når det foreligger krav om skriftlighet, hvordan skriftlige kontrakter skal tolkes, hvordan de kan forandres, regler om hvordan man fastlegger

---

<sup>921</sup> Arnholms avslutning på innlegget i debatten, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 200, er kostelig lesning i så måte. Her gir han uttrykk for at en begrunnelse for å revidere avtaleloven måtte være: «(...) enten fordi loven på visse og ikke helt ubetydelige områder lar oss i stikken, eller fordi den på visse områder holder oss i skrustikken – enten at det er visse områder hvor vi står hjelpeløse og ikke vet hva resultatet skal bli, eller at det er vesentlige områder hvor vi må konstatere at resultatene blir dårlige», før han legger til: «Jeg tror ikke vi har grunn til å klage svært meget.» Avslutningsvis skriver Arnholm: «Jeg er fullstendig enig i – og det er vel alle enig om – at det er ting i avtalelovens teoretiske grunnlag og teoretiske overbygning som vi idag kan smile av (...) Men jeg er ikke aldeles sikker på om ikke noe lignende vil hende hvis endel presumtivt forstandige menn kommer sammen og lager en ny avtalelov, om man ikke om noen år vil si – å ja, de gjorde det så godt de kunne. Skulle det oppstå en ny Karlgren som dissekerte oss så grundig som våre forgjengere er blitt dissekert, tror jeg også våre etterkommere vil få endel å le av. Og selv om jeg unner folk å le, er jeg så egoistisk at jeg heller ser at de ler av mine forgjengere enn at de ler av meg.» Litt i samme gate, og et halvt hundreår senere, skriver Iversen, *Reform af de nordiske aftalelove – pro et contra*, på s. 369: «Konklusjonen må blive, at aftaleloven, som den står, ikke gør nogen skade, og at en reform ikke vil gøre nogen større gavn, selv hvis den går godt. (...) selv som ruin er aftaleloven i sin struktur, sine hovedlinjer og sin udførelse smukkere og mere gennemtænkt end det meste af den lovgivning, der i dag sprøjter ud af lovgivningsmaskineriet, navnlig fra den såkaldte EU-lovgiver, der med al magt synes at ville kaste os alle ud i den babyloniske forvirring. Aftaleloven har absolut 'ruinenwert'. Den bør forblive stående urørt – i mindst 100 år mere!»

<sup>922</sup> Det vil si, at avtalelovene lever i «beste velgående» er det langt fra noen enighet om, som vel denne lille gjennomgangen har vist. Slik jeg ser det er avtalelovene fortsatt de mest betydningsfulle avtalerettslige teksten vi har.

<sup>923</sup> Selv om også Woxholth går rimelig hardt ut i *Avtaleloven må revideres!*

<sup>924</sup> C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 34-35.

<sup>925</sup> C. Ramberg, *Användarvänlig avtalsrätt*, s. 416. Om rettskildeværdien se C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 36: «Lag som antagits av Sveriges riksdag är en 'starkare' rättskälla än Avtalslagen 2010. Men man kan inte säga att Avtalslagen 2010 är en 'svagare' rättskälla än 1915 års avtalslag. Det beror på att Högsta domstolen måste tillämpa den gamla avtalslagen på ett innovativt sätt för att få bestämmelserna att fungera i den moderna kontexten. Dessutom finns det så många avtalsrättsliga frågor som inte regleras i 1915 års avtalslag att det till stor del är meningslöst att jämföra vad som är 'starkt' och 'svagt'.»

avtalers innhold, herunder betydningen av avtaleutkast og etterfølgende omstendigheter, om hva som utgjør avtalebrudd, vesentlige avtalebrudd, regler om standardkontrakter og mye mer.<sup>926</sup> Det er ikke vanskelig å få tak på Rambergs beveggrunner, når hun retorisk spør:

«Är det meningsfullt att praktiserande jurister, som skal ge vägledning till affärsmän i näringslivet, inte enkelt kan ge svar på vanligt förekomande frågor? Är det vettigt att praktiserande jurister ska dra slutsatser ifrån en text som handlar om försäljning av Griseknoen när en klient vill veta vad som gäller om tolkning av ett aktieägaravtal eller om uppsägning av ett avancerat licensavtal? Är det rimligt att praktiserande jurister ska ägna många timmar åt att försöka hitta de prejudikat som handlar om på vilket sätt man får avbryta avtalsförhandlingar och därefter försöka bedöma hur dessa rättsfall ska tillämpas när en klients motpart dragit sig ur en förhandling som pågått i ett halvår?»<sup>927</sup>

Christina Ramberg vil hjelpe praktikerer, hun vil legge til rette for at advokaten kan gi gode råd til sin klient basert på en avtalelov som regulerer alt det et moderne samfunn krever.<sup>928</sup> Når hun ser hva andre land har fått til, utbryter hun:

«Man blir avundsjuk när man ser hur enkelt det är för praktiserande jurister att ge effektiva och säkra råd till klienter när de har en modern avtalslag som stöd.»<sup>929</sup>

Begrunnelsen må vel sies å være både aktverdig og bent frem omtenkksom. Hvis vi kan, hvorfor skal vi ikke strekke ut en hjelpende hånd til advokater, deres klienter og hele forretningslivet? Spørsmålet er nettopp *om* vi kan. Selvsagt er det mulig å lage ny lovtekst, utforme nye bestemmelser i ny språkdrakt. Man kan regulere andre områder av avtaleretten, stille opp flere eksempler, kodifisere vurderingstemaer fra Høyesterett og velge (nesten) de ordene man vil, men lovteksten må nødvendigvis styre vurderingene i retning av avtalen og individuelle forhold som ikke lar seg generalisere.<sup>930</sup> Uansett hvor mange og hvor klare regler man søker å stille opp på

---

<sup>926</sup> Se fullstendig liste i C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 35-36.

<sup>927</sup> C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 33.

<sup>928</sup> Se også C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 32-33, om hvilket samfunn hun mener 1915-loven passer for.

<sup>929</sup> C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 34. Landene som har revidert sin avtalerett, og som hun derfor misunner, er Tyskland, Nederland, samtlige østeuropeiske land i tillegg til Frankrike og Spania som var i gang med reformarbeid på den tiden.

<sup>930</sup> Litt om den språklige «valgfriheten». For at det fortsatt skal være avtalerett, må man i utgangspunktet velge blant de avtalerettslige ordene, de som brukes og gir mening i en avtalerettslig sammenheng. For eksempel er det ikke slik at viljeserklæringsbegrepet er tilfeldig valgt, en «viljeserklæring» er ikke *navnet* på *noe*, slik at det uten vanskeligheter kan byttes ut med et nytt

forhånd, kommer man ikke utenom at avtalepartene skaper nye regler hver gang.<sup>931</sup> Og med det må også en eventuell ny lov om avtaler nødvendigvis med ord uttrykke nettopp det – at anvendelsen av de generelle reglene alltid kommer an på hva de individuelle partene har ment å avtale.<sup>932</sup>

Selv har jeg ingen sterke synspunkter på hvorvidt vi bør revidere avtaleloven eller ikke. Om det vil lette arbeidet til de praktiserende juristene kan kanskje være, men jeg stiller meg tvilende til at man i lovs form klarer å bøte på de problemene Christina Ramberg her lister opp. Flere av problemstillingene hun ser for seg, hvordan en avtale skal tolkes for eksempel, er av utpreget individuell karakter.<sup>933</sup> Revisjonsviljen har i stor grad kommet med, og i kjølvannet av, den skandinaviske rettsrealismen, og etter hvert som lufta går ut av den ballongen, er det ikke sikkert at ønsket om noe nytt overgår symbol- og affeksjonsverdien mange nok føler for bautaen i det nordiske lovsamarbeidet. I dag er det neppe noen som på riktig tror at det er mulig å lage en «realistisk» og «funksjonell» avtalelov uten gufs av «viljeteori» og «begrepsjurisprudens»?<sup>934</sup> Uten å spå om fremtiden, er i alle fall min antakelse at en

---

oppdiktet ord som så blir det *nye navnet* på det *samme*. En viljeserklæring er bruken av dét ordet, og et annet ord blir bruken av det andre ordet. Selv synonymer kan ha sine særegenheter som gjør at vi vil foretrekke det ene ordet over det andre i en viss sammenheng. Når det er sagt kan lovgiver selvsagt velge hvilken terminologi som skal benyttes. Språket er alltid i utvikling, og dersom lovgiver legger an et «nytt» språk, er det selvsagt en driver for at språkbruken på det lovregulerte endres. Merk likevel at selv med nytt lovspråk, lever fortsatt «gammeldagse» formuleringer videre i juristfelleskapet så lenge de brukes av deltakerne, og enkelte ord og uttrykk synes umulige å bli kvitt selv med iherdig innsats, ref. viljesbegrepet. Hvem hersker over hvem osv.

<sup>931</sup> Så lenge vi holder oss med avtalefiksjonen, er det ikke mulig å komme unna viljen som den normerende kraften *par excellanse*.

<sup>932</sup> Selvsagt er det forskjell på deklarasjon og preseptorisk rett. Førstnevnte er per definisjon fravikelig, mens sistnevnte trumfer enhver avtaleskapt regel. Likevel, om en avtale *er* urimelig og dermed må kjennes ugyldig eller lempes etter avtaleloven § 36, baserer seg i stor grad også på avtaletolkningen.

<sup>933</sup> En advokat som skal hjelpe en klient med å tolke en aksjeeieravtale, bør vel fortrinnsvis tolke avtalen, hvor enkelt eller komplisert den nå måtte være utformet.

<sup>934</sup> Kanskje er dette en litt for forhåpningsfull uttalelse fra min side, men jeg støtter meg til Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 88 flg. som setter de nordiske avtalelovene og reformdebattene inn i en historisk sammenheng, og holder sympatiene og antipatiene mot de gjeldende avtalelovene opp mot andre strømninger, eksempelvis den angivelige overgangen fra et formelt til et materielt avtalerettslig paradigme. Slik jeg forstår ham, vil Samuelsson vise behovet for å ta avstand fra avtalelovene henger sammen med behovet vårt, som moderne avtalerettere, for å ta avstand fra så vel viljesdogmet som resten av den tyske pandektretten og begrepsjurisprudensen, men at dette er lettere sagt enn gjort. Om hva vi (her må vi nok kunne se nordiske avtalerettere under ett) kan forvente oss, eller frykte, av en eventuell modernisering av avtalelovene, antar Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 436 at det neppe blir «en 'funktionell' eller 'rationell' lagstiftningsprodukt – bedömd efter den moderna svenska förmögenhetsrättens senrealistiska kriterier [...]». Vi har att förvänta oss ett via kompromisser förmedlat destillat av de minst förargelsesväckande och djupast liggande sanningarna/ dogmerna/ flosklerna i den västerländska avtalsrättens tradition.»

eventuell revisjon kommer til å bli enda en opptreden i den evige runddans mellom det individuelle og det generelle.

Så hvordan hvordan hvordan skal vi forholde oss til spenningen mellom avtalens egen normativitet og den generelle rettslige normativiteten?

#### 4.4.3 I praksis et metodevalg

«Juristen må læra seg til å tenkja konkret. Det er fyrst då han kjem spursmåli rett inn på livet.»<sup>935</sup>

Enhver som beskjeftiger seg med avtalerett må være beredt på en evig balansegang mellom det individuelle og det generelle. Ved avtaletolkning må avtaletolkeren være seg bevisst at avtalens egen normativitet er overordnet den generelle rettslige normativiteten.<sup>936</sup> Ved spørsmål om det heller er andre avtalerettslige mekanismer som kommer til anvendelse, enten det er snakk om utfylling, ugyldighet eller annet, må avtaletolkeren (eller rettsanvenderen alt etter som), foreta et valg, et valg mellom metoder og argumentasjonsmønstre.<sup>937</sup> På grunn av avtalerettens iboende individuelle karakter, kan aldri grensen gås opp på forhånd – den lar seg ikke generalisere. Noen ganger må vi holde oss til avtaletolkningsmetoden, andre ganger lovtolkning, og atter andre ganger bevege oss mellom metoder.<sup>938</sup>

Avgjørende for metodevalget er selvsagt hvilket spørsmål vi kommer til avtalen med. To avtaleparter kan være enige om innholdet, men uenig om at avtalen er inngått (en mener de fortsatt er på forhandlingsstadiet). Da er det vitterlig et bindingsspørsmål vi trenger svar på. Eller avtalepartene kan være enige i at avtalen er inngått, men uenige i vilkårene – så er det et innholdsspørsmål. Partene kan også være enige i både bindingen og innholdet, men når den ene får nyss om at det foreligger omstendigheter som bør gjøre avtalen uvirksom – vel, da går vi til ugyldighetsreglene. I praksis tror jeg

---

<sup>935</sup> Gjelsvik, *Innledning til rettsstudiet*, s. V, «Av fyreordet til fyrste utgåva» fra 1912.

<sup>936</sup> Innenfor grensene til preseptorisk rett, men selv da må det tolkes for å se om avtalen er innenfor eller utenfor.

<sup>937</sup> Se eksempelvis Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 195-196: «Den omständigheten i och för sig att en viss del av avtals verkningar bestämmes genom tolkning och en annan del genom utfyllning har icke någon annan betydelse, än att man använt två i princip olika metoder för att fixera avtalets verkningar. (...) Man kan icke utfylla ett avtal med en dispositiv regel som icke är förenlig med vad som följer av 'tolkningsinnehållet'.»

<sup>938</sup> For eksempel dersom man skal vurdere ugyldighet etter avtaleloven § 36, må man tolke seg frem til innholdet i avtalen, men rettsanvende seg frem til regelen i § 36 for å vurdere om avtalen er urimelig.

dette går av seg selv. Praktikerne er dessuten helt fortrolig med å behandle prinsipale og subsidiære anførsler. Eksempelvis kan man prinsipalt anføre at avtalen skal tolkes til et gitt innhold, og subsidiært, dersom man ikke får medhold i tolkningen, anføre at avtalen må lempes etter avtaleloven § 36. Det betyr likevel ikke at de to anførslene går ut på det samme; i førstnevnte tilfelle må man tolke avtalen, og i sistnevnte tolke loven (i tillegg til avtalen). Hva som er det «riktige» metodevalget i et gitt tilfelle, kan bare avgjøres i praksis.<sup>939</sup> Det er avtaletolkerens løpende vurderinger, av tolkningsmaterialet og tvistegrunnlaget, som viser veien fra *sak* til *resultat*. Veien, fremgangsmåten, blir til mens man går, ikke sant?

---

<sup>939</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfylling*, s. 607: «Vi får lika litet fingera oklarhet i avtalet för att få tillgång till avtalstolkningsargumentationen, som vi får fingera entydighet i syfte att få tillgång till jämkningsmöjligheten (och det antyder, att den välbekanta distinktionen mellan 'dold' och 'öppen' innehållskontroll bör tas med en nypa salt).»

## 5 Fremgangsmåten

### 5.1 Veien og målet

#### 5.1.1 Teori om praksis

«Juristen får rätten att tala, och rätten talar genom juristen.»<sup>940</sup>

Alt som er skrevet til nå, legger opp til disse avsluttende refleksjonene: Hva skjer om vi ikke bare sier at avtaletolkning er metode, men også behandler tolkningslæren deretter?<sup>941</sup> Det er jo ikke slik at det løser alle problemer å si at avtaletolkning er metode, vi møter bare på andre problemer – metodiske sådanne. I min søken etter avtaletolkningsens vesen, har jeg til nå funnet ut at det er partsviljen vi skal tolke oss frem til og at det er avtalens egen normativitet vi i utgangspunktet skal arbeide med. For oss senrealister av tidlig 2000-tall, er det ikke rart om det kjennes ut som om noe mangler, noe håndfast om hvordan dette – avtaletolkning – gjøres, rent praktisk.<sup>942</sup> Å bare godta at avtaletolkere, etter eget forogdtbefinnende, begir seg ut på leting etter (den fiktive avtalerettslige) partsviljen utstyrt med en (like fiktiv) avtalenormativitet som eneste ledestjerne, høres naivt og smått urovekkende ut. Et eller annet må vi jo kunne utstyre avtaletolkeren med; noe som sikrer vurderingene som skal foretas, den juridiske dømmekraften og det juridiske verkets legitimitet per se.

Men hva kan egentlig sies om fremgangsmåten ved avtaletolkning, og hva handler egentlig metode om? Hovedinteressen min er fortsatt avtaletolkningslæren, men her, når avtaletolkningen «flyttes» fra den materielle avtaleretten over i den metodiske, må refleksjonene nødvendigvis også kretse rundt allmenne metodetemaer.

---

<sup>940</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 89.

<sup>941</sup> Dersom man i en hypotetisk, litt *sci-fi*-aktig, situasjon ser for seg at noen av våre forgjengere skulle lese dette spørsmålet, ville det antakelig artet seg som det reneste nonsens for dem. Selvsagt er tolkning metode. For oss, som er vant til å tenke på avtaletolkning som en del av den materielle avtaleretten, kan imidlertid dette spørsmålet hjelpe oss å tenke noen andre (gamle) tanker (om igjen).

<sup>942</sup> Med senrealister mener jeg ikke annet enn at vi i dag beviselig lever etter den skandinaviske rettsrealismens glansperiode, men at vi fortsatt drar med oss masse rettsrealistisk tankegods (uten at vi nødvendigvis gjør det med samme ideologiske entusiasme som den gang, kanskje mest av gammel vane). Berg, *Rett og rimelighet i moralsk belysning*, s. 1, skriver: «Norsk rettsvitenskap har nå i en mannsalder befunnet seg i det jeg vil betegne som en 'postrettsrealistisk' fase.» Selv om vi stadig tar for oss «nye» problemområder, vil vi, ved å hegne om grunnpremissene som ble lagt av våre forgjengere, nok fortsatt måtte anses som realistiske mutanter av noe slag.

Uten å trække på noen tær, tror jeg man kan si at metodelærer er teoretiske refleksjoner rundt det å praktisere jus.<sup>943</sup> Enten det gjelder refleksjoner rundt den juridiske praksisen i domstolene, rettsvitenskapelig praksis, avtaletolkningsmetode eller hvilken som helst annen praksis, handler *teoretiske* metodelærer om *praktisk* juridisk virksomhet. Praksisen kommer først, og metoderefleksjonene etterpå.<sup>944</sup> Motsatt er det i alle fall ikke, den juridiske praksisen handler ikke om den teoretiske metoden.<sup>945</sup>

Enhver som forsøker å sette seg inn i hva *juridisk metode* er, vil snart oppdage at rettsvitenskapen gir bortimot like mange forklaringer som det er forfattere som interesserer seg for spørsmålet.<sup>946</sup> Overordnet kan de fleste enes om at juridisk metode handler om hvordan man løser rettslige problemstillinger i tråd med gjeldende rett, etter noen mer eller mindre underliggende normer.<sup>947</sup> Men:

«Ved å postulere disse størrelsers eksistens er imidlertid ingenting løst for den som ønsker konkret veiledning om hvordan han skal gå frem.»<sup>948</sup>

---

<sup>943</sup> Terminologisk benyttes både «rettskildelære», «juridisk metode», «metodelære», «tolkningslære» og sikkert flere andre begreper når jurister snakker eller skriver om fremgangsmåten ved løsning av rettsspørsmål. Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 12 flg., drøfter begrepsbruken og hvorvidt det er hensiktsmessig å skille mellom rettskildelære og juridisk metodelære, og lander selv på å behandle alt under begrepet rettskildelære. Jørn RT Jacobsen, *Om omgrepet 'juridisk metode'*, foretar en undersøkelse av forholdet mellom juridisk metode og rettskildelæren, og kommer, på s. 375 til: «Sidan et viktig aspekt ved den juridiske verksemda er noko *meir* enn berre rettskildelæra, er det som trengst kanskje berre ei *utviding* i forhold til det etablerte synspunkt om at metode er rettskildelære. Kanskje kan det vere ein føremålsteneleg terminologi å definere juridisk metode som beståande av nettopp to komponentar eller kvalitetar: (God) juridisk metode vert då å gjennomføre eit ut i frå rettskildelæra (rettsbrukslæra) korrekt resonnement som òg vert framstilt i samsvar med juridiske formalkommunikative normer.» Selv bruker jeg «metodelære» her fordi det særlig er avtaletolkningsens metodiske karakter jeg vil fokusere på, og ikke for eksempel kildene som benyttes.

<sup>944</sup> «Praktiken vilar inte på teorin», som Samuelsson formulerer det blant annet i, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 217.

<sup>945</sup> Med mindre man, som jeg, skulle slumpe til å skrive en avhandling om hvordan avtaletolkningsmetoden behandles i teorien, for da handler jo den teoretiske praksisen (avhandlingen) plutselig om teoriens behandling av praksis (fremstillinger av tolkningslæren). Men at praksis kommer før teori, gjelder også her. Avhandlingens metode kunne jeg bare antyde innledningsvis og har ikke *eo ipso* vært gjenstand for behandling underveis. Skulle jeg uavbrutt reflektert over hva jeg gjør mens jeg gjør, hadde avhandlingsarbeidet stoppet opp.

<sup>946</sup> Det vil si, når vi snakker eller skriver i runde vendinger, kan mange enes om mye. Som jeg skal komme tilbake til etter hvert, er det Eckhoffs grunnpremisser vi i Norge fortsatt samles rundt. Differensieringen forfatterne imellom ligger i detaljene og konkretiseringen av metodelærene.

<sup>947</sup> Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli skriver innledningsvis i en av de nyere norske fremstillingene: «Å møte utfordringene knyttet til rettsanvendelse i dag krever kunnskapsbasert og reflektert forståelse av den spesielle fremgangsmåten jurister benytter for å formulere og besvare rettsspørsmål. Fremgangsmåten kalles 'juridisk metode'. Den juridiske metoden er basert på normer utviklet av det juridiske fagfellesskapet. Kunnskap om hvilke normer som utgjør den juridiske metoden, er essensielt for arbeidet jurister gjør som rettsanvendere», se Mæhle/Aarli, *Fra lov til rett*, s. 19. Hvilke «normer» det er tale om er tema utover i kapittelet.

<sup>948</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 17.



I de nærmere utgreiingene ender metodelærene som oftest opp med en ubeskrivelig rest av juridisk skjønn, erfaringsbasert kunnskap, ubevisste normer eller lignende.<sup>949</sup> Det heter seg at juristfelleskapet innehar en felles taus kunnskap som gjør at vi kan gjenkjenne god jus, og gode jurister, når vi støter på dem, men at vi vanskelig kan redegjøre for hvorfor på annet enn overfladisk vis. Johs. Andenæs skriver:

«Med juridisk metode vil jeg forstå *den fremgangsmåte gode jurister i vårt samfunn bruker når de står overfor juridiske oppgaver som skal løses*. En beskrivelse av juridisk metode blir derfor en beskrivelse av hvordan gode jurister typisk går frem i sitt arbeid.»<sup>950</sup>

Få vil likevel slå seg til ro med at god jus er slik gode jurister gjør jus; det produseres hyllemeter om hvordan jus bør (eller skal) praktiseres.<sup>951</sup> På jusstudiet møter studentene juridisk metode i egne fag, med tilhørende lærebøker, i tillegg til at metoden må benyttes i de øvrige juridiske fagene det undervises i, herunder også avtaleretten. Går man videre til en akademisk løpebane, må man igjennom en ny runde med kurs i vitenskapsteori og (retts)vitenskapelig metode hvor formålet er å lære hvordan man praktiserer rettsvitenskap.<sup>952</sup> For skal man praktisere jus, må man lære seg praksisen. Ingen vil vel være uenige i at man lærer ved å (øve seg på å) praktisere jus, men om

---

<sup>949</sup> Som en av avtalerettsteoretikerne som fremhever likheten mellom avtaletolkning og annen metode, skriver Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 19: «På den ene side er det opplagt slik at det finnes strukturer ved vår argumentasjon som vi ikke er oss bevisst, som vi like fullt kan – og bør – forske på og således bevisstgjøre og eventuelt korrigere. På den annen side vil en slik forskning aldri gi oss noen endelig 'nøkkel' som forklarer det hele. Dette skyldes for det første at vi aldri får frem disse strukturer på en fullstendig måte. For det andre har jeg liten tro på at det prinsipielt sett er mulig å nå en 'sistestruktur' som ikke bare forklarer alle underliggende strukturer, men også seg selv.»

<sup>950</sup> Johs. Andenæs, *Innføring i rettsstudiet*, s. 154. Et par tiår senere reflekterer Johs. Andenæs, *Juridisk metode og det juridiske studiet*, s. 1, rundt fenomenet juridisk metode: «Den gang jeg studerte jus, i første halvdel av 1930-årene, var det ikke noe som het rettskildelære på pensumlisten, enn si noe så fint som juridisk metode. Nå for tiden [år 2000] brukes de to uttrykkene om hverandre. Det vi lærte av slikt, sivet inn gjennom studiet av de enkelte juridiske fag, ved å følge den måten lærebokforfattere og forelesere resonnerer på.» Johs. Andenæs påpeker at juridisk metode også ble diskutert i «gamle dager», og nevner blant annet Hagerup, *Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter*, Hoel, *Den moderne retsmetode*, Arnholm, *Prejudikaters betydning for rettsutviklingen*, og Platou, *Retskildernes Theori*, som rettsvitenskapelige bidrag, se samme sted. «Men ikke noe av dette fikk nedslag i lærebøker og juridiske pensa. (...) Det juridiske håndverke lærte vi som et biprodukt gjennom arbeidet med de enkelte fag», legger han til. «Det ble gode og dårlige jurister den gang som nå, men jeg ønsker ikke den tids forhold tilbake. Det ble for lite refleksjon over jussens egenart som fag og om juristenes plass i samfunnet», se samme sted.

<sup>951</sup> En liste over norsk teori om juridisk metode finnes i Skoghøy, *Rettsanvendelse*, s. 26-27.

<sup>952</sup> Og ute i advokatverdenen må fullmektigene lære seg advokatyrket etc. Hvorvidt det er den samme juridiske metoden som benyttes i domstolene som i forskningen, er et yndet diskusjonstema, se eksempelvis Graver, *Vanlig juridisk metode?*, og Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*.

man også kan lese seg til metodisk kunnskap, strides de lærde. Mads Henry Andenæs gjør seg noen betraktninger her:

«Verdien av en generell fremstilling av rettskildelæren er det nok litt delte meninger om. Skeptikerne vil hevde at rettskildeprinsippene læres best ved 'learning by doing' i de enkelte fag. Man kan være en utmerket jurist uten å ha lest generelle fremstillinger av rettskildelæren, og man blir ikke uten videre en god jurist ved å lese dem. På den annen side er rettskildeprinsippene grunnleggende for ethvert resonnement om rettsspørsmål selv om de ikke blir uttrykkelig formulert.»<sup>953</sup>

Forfatteren sier seg for så vidt enig med skeptikerne i at man ikke trenger å lese rettskildelære for å bli en god jurist, men deretter kan vi likevel lese at rettskildeprinsippene er grunnleggende. For å gjøre seg kjent med rettskildeprinsippene, må man imidlertid gå til teorien; det er i de teoretiske metoderefleksjonene at rettskildeprinsippene manifesterer seg.<sup>954</sup> Sånn sett kan man jo undres over at noe som ikke egentlig er nødvendig, likevel er grunnleggende, men la gå. Fordi det er så vanskelig å si noe sikkert om akkurat hva juridisk metode er, pleier man litt spøkefullt å si at *jurister kjenner alle regler, bare ikke sine egne*. Opphavet til utsagnet er denne berømte passasjen fra Rudolph von Jhering:

«Rimligen borde ingenting vara juristerna mer bekant än den juridiska metoden, ty det är just den som gör dem till jurister. Ändock är det inte för mycket sagt, att säga att de flesta jurister fullständigt saknar egentlig *kunskap* om metoden, och att deras vetenskap känner alla lagar bättre än *sina egna*. Genom och i användningen känner de den juridiska metoden mycket väl, men det handlar mer om känsla och övning än om kunskap. Skulle de behöva ange, vari metodens själva väsen ligger, som det sätt, på vilket juristen bedömer rättsförhållandena, på hvilket juristen skiljer sig från lekmannen, den juridiska

---

<sup>953</sup> M. H. Andenæs, *Rettskildelære*, s. 9-10.

<sup>954</sup> Det vil si, i teorien hevdes det «alltid» at metoden er utviklet i praksis, og da særlig av Høyesterett, se eksempelvis Mæhle/Aarli, *Fra lov til rett*, s. 227: «Det er Høyesterett som har vært den vesentligste drivkraften i å utvikle argumentasjonsnormer for rettsanvendelsen i Norge.» Men rettskildelæren som fagfelt er en teoretisk konstruksjon. Mæhle/Aarli skriver på s. 228: «Rettsvitenskapens systematisering av argumentasjonsmønsteret i Høyesteretts praksis har vært – og er – en medvirkende faktor til videreutvikling av den juridiske metoden.» Og ja, det er ingen grunn til å betvile at rettsvitenskapen yter påvirkning på domstolene, både ved at alle jurister er utdannet ved et av universitetene som tilbyr jusutdanning, og ved kommunikasjonen jurister imellom, herunder at rettskildelæren leses. Likevel tør jeg påstå at domstolene hadde klart seg greit uten de teoretiske sammenstillingene av rettskildelæren.

metodens oppgifter, medel och grundprinciper – svaret skulle bli oändligt torftigt och svåriligen nå utöver de recipierade fraserna.»<sup>955</sup>

Et overordnet tema for dette kapittelet er *hvorfor* det er slik at metodelærene aldri fullt ut klarer å forklare den juridiske virksomheten, og da særlig avtaletolkningen. Undersøkelsene tar derimot ikke sikte på å gjøre (enda) et forsøk på endelige forklaringer. Slik jeg ser det, er det ikke et problem, men et kjennetegn, at metode ikke lar seg forklare, eller beskrive, fullt ut.<sup>956</sup> Kanskje er det med et slikt bakteppe Jherings uttalelse bør leses, og ikke som en fallitterklæring for jurister uten grep om egen virksomhet.<sup>957</sup> Samuelsson skriver:

«Över gränsen till metodfrågorna finns det helt enkelt inte så mycket att säga.»<sup>958</sup>

Men så gjør det jo det allikevel.<sup>959</sup> Og hva som sies om metoden, avtaletolkning eller andre juridiske fremgangsmåter, kommer an på premissene man bygger sine resonnementer på og øynene som ser.<sup>960</sup>

---

<sup>955</sup> von Jhering, *Geist des Römischen Rechts II*, s. 310, oversettelse av Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 70 n. 176. (Se også Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 216.)

<sup>956</sup> Helt motsatt Hoel, *Den moderne retsmetode*, s. 9, som innleder med disse foruroligende ord: «Det er en kjendsgjærning at retsvitenskapens dypestliggende og mest betydningsfulde problemer fremdeles er omgitt av en uklarhet som baade i teoretisk og praktisk henseende volder de største ulemper.» Straks etter fortsetter han med at: «Det er samtidig i stadig videre kretse blit indset hvilken skjæbnesvanger sandhet der ligger i IHERING's bekjendte ord om at *retsvitenskapen kjender alle love bedre end lovene om sig selv.*»

<sup>957</sup> Se også Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 215-216, som hevder von Jhering ikke mener å si at juristene ikke vet hva de driver med, og som selv legger til at det er et urimelig krav at juristen skal kunne forklare lekmannen hva jus er «fôr vår kunnskap är praktisk, inte teoretisk.»

<sup>958</sup> Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 214.

<sup>959</sup> Samuelsson selv har for eksempel viet hele sin forskning til å «si noe om» metode, han «gräver på stället», se *Tolkningslärans gåta*, s. 5.

<sup>960</sup> Helgesen, *Er det fruktbart å operere med begrepet 'motstrid mellom rettsregler'*, s. 3, skriver: «Man kan ganske sikkert tenke seg flere 'rettskildeteoretiske verdensbilder'. Hvilken forklaringsmodell for rettsanvendelse man velger, avhenger selvsagt av hvilket rettssystem man skal analysere. Men det avhenger nok også mye av øynene som ser. Og her kan man i teorien trolig se nokså forskjellig, uten at det får særlige konsekvenser i praksis, i den konkrete rettsanvendelsen (hos domstolene eller i forvaltningen).»

## 5.1.2 Rett og rettsanvendelse

«Retten skal gi lik beskyttelse for forskjellighet. Ved rettens enhetlige normsystem lærer vi å leve med uenighet, forskjellighet og disharmoni på en sivilisert, aksepterende måte. Deri ligger rettens ironi – dens evig oppdragende ironi.»<sup>961</sup>

Kjernen i metodeproblemet – hvordan avgjøre hva som er rett – henger naturligvis sammen med hva vi forstår med retten.<sup>962</sup> Premissene for faget (jusen) er selvsagt bestemmende også for hvordan vi ser på fremgangsmåten (den juridiske metoden).<sup>963</sup> Det handler om rettens bestanddeler og grunnelementer – normer, rettskilder, begreper, interesser, rettigheter, tekster etc. – og bruken av disse igjen.<sup>964</sup> Noen ganger kommer de underliggende premissene tydelig frem i metodefremstillingene, andre ganger fremgår de mer underforstått slik at man selv må avdekke dem.

For å vise hvordan et metodisk resonnement kan drives frem, alt etter hvilke premisser man bygger på, kan vi ta et eksempel fra Hagerup. I en bokanmeldelse på begynnelsen av forrige århundre, skriver han:

«Hvad er den egentlige Kilde til al Ret? Dette Spørgsmaal, som det oprindelig er de naturretslige Forfatteres Fortjeneste at have reist, har siden disses Dage ikke ladet Retsforskningen Ro og er i vore Dage mer end nogensinde kommet paa Dagsordenen. Naturreten søgte, som bekjendt, Spørgsmaalets Besvarelse ved en Henvisning til den menneskelige Fornuft, den historiske Skole ved Hævdelsen af Livsforholdenes stedlig og nationalt bestemte, retsproducerende Kraft. Begge Standpunkter synes at have Berettigelse.»<sup>965</sup>

---

<sup>961</sup> Slagstad, *Rettens ironi*, s. 31.

<sup>962</sup> Som også kommer til uttrykk i tittelen på to av metodefremstillingene våre, Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, og Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (hvorav jeg lånte tittelen til dette underpunktet fra sistnevnte).

<sup>963</sup> På en måte er det faktisk litt pussig at vi som jurister kan grunne over hva «rett» er, vi som holder på med det daglig. Hart, *The concept of law*, s. 1, reflekterer over det og skriver: «No vast literature is dedicated to answering the questions ‘What is chemistry?’ or ‘What is medicine?’, as it is to the question ‘What is law?’» Se også Hellner, *Metodproblem i rettsvetenskapen*, s. 21-22.

<sup>964</sup> Som også avtalebegrepet og andre avtalerettslige grunnelementer påvirker forståelsen av avtaletolkning.

<sup>965</sup> Hagerup, *Anm. Af Erich Jung: Das Problem des natürlichen Rechts*, s. 308.

Hagerup viser først til to ulike retninger innenfor rettsvitenskapen, naturretten og den historiske skole, som har hvert sitt syn på kilden til all rett, hvert sitt grunnpremiss.<sup>966</sup> I de påfølgende refleksjonene, kan man øyne et av Hagerups egne premisser:

«Denne sidste Sætning [at den historiske skole mente all rett måtte få sin anerkjennelse gjennom en rettsanordnende akt eller sedvane] vilde utvivlsomt være uangribelig, hvis Forholdet var, at der aldrig i Retslivet mødte noget Spørgsmaal, paa hvilket ikke de saaledes tilblevne Retssætninger gav Svaret enten direkte eller ved en logisk Deduktion. Dette er jo imidlertid langt fra Tilfældet. Enhver Retsforfatning frembyder større eller mindre Lakuner. Dommeren vil uophørlig støde paa Tilfælde, for hvilke en bestemt Retsregel ikke kan findes, men som alligevel kræver en retslig Afgjørelse.»<sup>967</sup>

Premisset Hagerups argumentasjon bygger på er at det «finnes» lakuner i retten, og dersom man «tror» på slike lakuner, oppstår det i teorien andre metodiske utfordringer enn om man ikke gjør det – hullene må fylles. Hagerup fortsetter:

«Her [i rettens lakuner] aabner det sig nu det Vindu, gennem hvilket i Nutiden Naturretten, efter at den historiske Skole at være vist ud af Døren, atter holder sit Indtog. Naar der ingen 'positiv' Retsregel gives, som kan finde Anvendelse paa Tilfældet, og naar Dommeren dog ikke kan vise dette fra sig med et 'non liquet', hvor i al Verden skal han da finde Afgjørelsesnormen uden i sin Fornuft?»<sup>968</sup>

Vi ser hvordan det underliggende premisset nærmest presser frem svaret; det finnes hull, og hva annet enn fornuften har vi å fylle dem med? Dessuten, hvis vi først kan bruke fornuften i lakunene, hvorfor begrense oss til dem?

«Og er dette det eneste Tilfælde, hvor han kan bruge denne? Er han nødt til at tage den fangen ligeoverfor enhver urimelig Lovregel eller gammel Sædvane? Giver ikke den fornuftsmæssige Prøvelse af det konkrete Livsforholds Behov i alle Tilfælde den eneste sikre Ledetraad for den dømmende Afgjørelse?»<sup>969</sup>

---

<sup>966</sup> Selv mener Hagerup at den skarpe motsetningen dem imellom, skyldes «den Ensidighed, hvormed de hævdedes»; mens naturretten krevde allmenngyldighet for deres fornuftspostulater, reagerte den historiske skole med at all rett som skulle kunne anvendes i et gitt samfunn, måtte få sin «Anderkjendelse gjennom en for vedkommende Samfund gyldig, retsanordnende Akt eller Sædvane», se Hagerup, *Anm. Af Erich Jung: Das Problem des natürlichen Rechts*, s. 309.

<sup>967</sup> Hagerup, *Anm. Af Erich Jung: Das Problem des natürlichen Rechts*, s. 309.

<sup>968</sup> Hagerup, *Anm. Af Erich Jung: Das Problem des natürlichen Rechts*, s. 309.

<sup>969</sup> Hagerup, *Anm. Af Erich Jung: Das Problem des natürlichen Rechts*, s. 309.

Følger vi Hagerups tankerekke, kan vi nesten ikke annet enn å være enig med ham. Dersom vi vil argumentere for et annet syn på saken, må vi ta tak i den første sannheten som etableres, at enhver rettsforfatning frembyder større eller mindre lakuner. Om retten har lakuner, er ikke noe man kan forske seg frem til et endelig svar på; det har med hvilken forståelseshorisont man opererer med. Alternativt kan man se på retten som en helhet. Gjelsvik skriver:

«Juristane talar ofte um ‘hol’ i retten. Her må ein halda fast at det finst ikkje hol i retten på den måten at han ikkje gjev ei løysing i den eine eller den andre leid.»<sup>970</sup>

Språklig gir vi hele tiden inntrykk av at retten er enhetlig. Hver gang vi feller en rettslig «dom», sier vi at «det er denne løsningen som følger av retten».<sup>971</sup> Det trenger ikke bety at vi mener at retten regulerer alt, at systemet er «perfekt» eller motsetningsløst. Vi kan fint forholde oss til retten som en (hel) enhet, og samtidig argumentere for at den inneholder huller, eller at den bør endres. Får man seg forelagt en tvist, som skal få en rettslig løsning, må man gå ut fra at retten har et svar å gi. Og når vi rettsanvender, er det retten som allerede finnes som anvendes. Hagerup skriver om å gi liv til retten:

«Alene derved, at retten er kommet til udtryk i positive retskilder, er den endnu ikke blevet levende, i egentlig forstand g j æ l d e n d e ret. Det blir den bare derved, at den a n v e n d e s; og den lever bare s a a l e d e s s o m d e n a n v e n d e s.»<sup>972</sup>

En ny sak, som ikke har fått sin løsning ennå, er selvsagt ikke med i *retten* ennå, ikke før den ved *rettsanvendelsen* omsluttet av og inkluderes i retten. Retten var en helhet før den konkrete saken ble innlemmet, og etterpå ser helheten annerledes ut fordi den

---

<sup>970</sup> Gjelsvik, *Innledning til rettsstudiet*, s. 106, og sitatet fortsetter slik: «Den som gjer ei gjerning som ikkje går inn under noko straffebod, skal verta frikjend. Det er den løysing som strafferetten gjev. Men det kan vera hol i strafferetten på den måten at det ikkje er sett straff for alt som det burde vera straff for. Soleis kan det òg vera på andre umkverve i den meining at retten ikkje gjev den løysing livet er best tent med. I so måte kan ein tala om ‘hol’ i retten, men det tyder då ikkje det same som at retten vantar svar på det spursmålet som kjem opp.»

<sup>971</sup> Se resonnement i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 221-222: «All juridik bedrivs (...) under antagandet att rätten är en och enhetlig. Men detta får man förstå på rätt sätt. Det är ju inte så att juristerna på allvar tror att rätten är komplett och utan luckor. Snarare har vi här (...) att göra med en egenskap hos det juridiska språkets grammatikk. Oavsett om det gäller ett konkret fall eller rättsläget in abstracto gör den juridiska utsagan som sådan anspråk på att gälla rätten, i singularis. Och i detta specifika drag kommer juridikens praktiska beskaffenhet tydligt till uttryck. Den som yttrar sig över rättsläget faller ett omdöme – avgör den sak som det gäller. Svaret på frågan: ‘Vad gäller i detta avseende, rättsligt sätt?’ kan inte meningsfullt ges formen ‘Detta, men samtidigt också detta.’»

<sup>972</sup> Hagerup, *Indledning til studiet af den almindelige retslære*, s. 217. Disse setningene avslutter artikkelen, men er egentlig en begynnelse på en del om «Ret og retsanvendelse». Avhandlingen ble funnet blant Hagerups etterlatte papirer, og utgitt etter hans død i en minneutgave av, se s. 179 n.1.

nye saken er kommet til. Retten kan på den måten være en helhet, uten å være et lukket hele, retten *er* og retten *skapes*.

Formålet her har ikke vært å ta stilling til om retten *er* en helhet eller om det *finnes* lakuner, men å vise at det går an å argumentere for begge deler og å synliggjøre at forståelsen av retten påvirker forståelsen av rettsanvendelsen. Når refleksjonene skal bevege seg inn i metodelandskapet, kan det være greit å være oppmerksom på at hver metodeteori som undersøkes, hviler på noen premisser, og at slike endrer seg over tid.

### 5.1.3 Klimaforandringer

«På tross av alle angrep, nye ideer og alternativer: Eckhoffs forforståelse, begrepsbruk og jordnære tilnærming lever videre i mange av de nå virksomme juristgenerasjoners sjel.»<sup>973</sup>

Så lenge det har eksistert en rett, har det også foregått rettsanvendelse. Hvordan denne anvendelsen har gått til, hvilken metode som har blitt anlagt, har vi bare metodefremstillingene, og rettshistorien, til å fortelle oss om. Og det eneste vi kan vite sikkert fra disse, er at metodefremstillingene har endret seg over tid, og at rettsvitenskapen i noen perioder har vært mer opptatt av metode enn i andre.<sup>974</sup> Som ved avtaletolkningshistorien, kan man tidvis få inntrykk av at den juridiske metoden

---

<sup>973</sup> Askeland, *Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære*, s. 523.

<sup>974</sup> Romerretten for eksempel fokuserte ikke så mye på rettsanvendelsen, se eksempelvis fortsettelsen på sitatet over på s. 210-211, av von Jhering, *Geist des Römischen Rechts II*, s. 310: «Också de romerska juristerna, virtuoser vid handhavandet av den juridiska metoden, som de var, har ju också, såvitt vi vet, inte gjort ens den beskedligaste ansats till teori om metoden; inte en antydning om ändamålet, metodens uppgift, inga besked, inte ens ett yttrande om metodens mest basala grundsatsar – ett nytt belägg för den gamla sanningen, att det korrekta utövandet av en konst, också på den högsta nivån, inte betingas av vetenskaplig kännedom om konstens regler eller väsen.» Oversettelse fra Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 70 n. 176. Det betyr jo ikke at ikke romerne også *rettsanvendte*, men det var ikke fokuset i tekstene om retten. Rundt omkring i de romerske tekstene kan man likevel finne visse «regler» for *interpretatio*, se Tamm, *Retshistorie*, s. 318. Om *interpretatio*, formler for tolkning av lover, se eksempelvis Tamm, *Romerret*, s. 34. Som nevnt tidligere var heller ikke Savigny interessert i fremgangsmåten ved tolkningen, se over rundt s. 72, og Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 77 flg. Knoph, *Rettslige standarder*, s. 1, skriver: «Problemet om rettskildene og om dommerens stilling under rettsanvendelsen hører til dem som har evig aktualitet i jussen. En juristgenerasjon eller to kan nok forsømme det eller endog bille sig inn at de har løst det, men så dukker det plutselig op igjen og får diskusjonen til å blusse på ny. I en sånn epoke befinner vi oss nå, og har i grunnen gjort det nesten siden hundreårskiftet.» Om det er fordi jurister forsømmer seg, eller om ulike rettsforskere til ulike tider har sett forskjellig på behovet for, eller muligheten av, å lage teorier for rettsanvendelsen, at teorien skriver mer og mindre om metoden, skal jeg ikke spekulere i (men jeg antar at det siste er mest treffende).

har gått fra å være primitiv og bokstavtro, til naturretslig og fornuftsstyrt, via historisk orientert og endt opp i en realistisk variant som ved en avveiningsmodell tar tilbørlig hensyn til rettskilde(faktor)ene samtidig som de reelle vurderingene gjøres synlige.<sup>975</sup>

Historien fortelles gjerne som en kamp mellom strenge positivister på den ene siden og den rene firrettstankegang på den andre.<sup>976</sup> Det settes opp skalaer fra de mest til de minst tekstlojale, det skilles mellom normative og deskriptive metoder, og det diskuteres hvilken rolle fornuften og moralen spiller (om noen i det hele tatt).<sup>977</sup> Noen setter sin lit til retorikken, andre til hermeneutikken.<sup>978</sup> Noen merkelapper smykker man seg med selv, mens andre, økenavnene, gjerne gis av motstanderne.<sup>979</sup> Det er som regel «de andre» som er *formalister*, ikke en selv.<sup>980</sup> Da Jhering ga en retning innen tysk

---

<sup>975</sup> Inntrykket er mitt eget, men stemmer til en viss grad med undersøkelsene i Bjørne, *Nordisk rettskällelära*, hvor han under overskriften «[d]en traditionella rettskälleläran i nutida doktrin» på s. 15, skriver: «I flera här behandlade läroböcker förekommer en föreställning om att författaren framställer en 'modern' rettskällelära, som klart skiljer sig från den 'traditionella' rettskälleläran.» Etter undersøkelsene kommer Bjørne frem til at: «Genomgången av dels rettskälleläran som helhet, dels ett flertal viktiga rettskällor i den nordiska rättsvetenskapliga litteraturen från 1700-talet fram till våra dagar visar, att det inte är befogat att upprätthålla den skillnad mellan traditionell och modern rettskällelära, som betraktas som en självklarhet i dagens läroböcker i allmän rättslära», se s. 218, og at det derfor er «berettigat att tala om en kontinuitet i rettskälleläran», se s. 225.

<sup>976</sup> Se eksempelvis Askeland, *Rettskildelärens utvikling i rettsteoretisk belysning*, som på s. 11-12 gir en «grovt forenklet 'rettsteoretisk ABC' knyttet til de ulike grunnposisjonene», som anses å være: positivisme, hermeneutikk, rettsrealisme, pragmatisme og postmodernisme.

<sup>977</sup> Se eksempelvis Askeland, *Rettskildelärens utvikling i rettsteoretisk belysning*, som i oversikten over norsk metodeteori fra Eckhoff og fremover, særlig vier graden av tekstlojalitet stor oppmerksomhet. Om normative og deskriptive rettskildelærer, se eksempelvis undersøkelsen i Bjørne, *Nordisk rettskällelära*, s. 42 flg. Rettens forhold til moralen, blir særlig behandlet i rettsteorien, som eksempelvis i Tuori, *Critical legal positivism*, og rettsfilosofien, se eksempelvis Blandhol, *Om rett og moral*.

<sup>978</sup> I Norge er det særlig Graver som har fremhevet retorikken, se eksempelvis Graver, *Rettsretorikk*, men også Somby, *Juss som retorikk*. Som representanter for en hermeneutisk vinkling, kan nevnes Doublet, *Den hermeneutiske sirkelen*, og Bernt/Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*.

<sup>979</sup> Askeland, *Rettskildelärens utvikling i rettsteoretisk belysning*, s. 9 fremholder imidlertid at «[a]ktørene i norsk rettsvitenskap er nokså forsiktige med å bruke rettsteoretiske karakteristikk. Ord som 'positivisme' og 'pragmatisme' har fått en ufortjent negativ ladning som gjør at de sjelden blir brukt. Den enkelte skribent er redd for å stemple sine kolleger, og avstår derfor fra å bruke slike karakteristikk.» Det er kanskje lettere å karakterisere de døde, som verken kan bli fornærmet eller svare tilbake?

<sup>980</sup> Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 215 skriver: «Formalism är juristernas kardinals synd, motsatsen till gott juridisk omdöme.» Og Samuelsson reflekterer flere steder over hva formalisme er slags fenomen, se eksempelvis, *Tolkning och utfyllning*, s. 483: «I klassisk, realistisk retorik är 'formalism' egentligen inte namnet på en ståndpunkt som det är möjligt att inta, utan en beteckning att åsätta det som man vill ta avstånd ifrån – det som inte är modernt. 'Formalist' är ett skällsord ... eller, det har varit ett skällsord. Men kritiken mot formalismen i juridiken är ju så grundläggande för huvudfåran i vårt rättsliga tänkande, så gammal och så trött, att man kan vara radikal och nyskapande genom att kasta om termsens värdeladdning och faktiskt kalla sig formalist.» Se for øvrig også Samuelsson, *Åter til huset vid Göta älv*, s. 146, som først påpeker: «I västerländsk intellektuell tradition är formalismen, sen själva begynnelsen, den största juridiska synden», for deretter på s. 177, å avslutte med: «(...) i rättsvetenskapen är vi alla varandras formalister.» Hvorvidt en betegnelse som *pragmatisme* er et skjellsord eller en hedersbetegnelse, varierer med tid og moter. I senere tid har eksempelvis Blandhol gjort en solid innsats for retningens anerkjennelse, se eksempelvis Blandhol, *Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels*



rettsvitenskap økenavnet *begrepsjurisprudens*, var det til illustrasjon ikke for å fremheve begrepenes fortreffelighet, men for å anklage noen, de andre, for å legge for stor vekt på begrepsdannelsen i rettsvitenskapen.<sup>981</sup> Den dag i dag kan man møte på holdninger om at begrepsjurisprudens ikke er bra, fordi begreper ikke løser rettslige problemstillinger. Det kan godt være, men det er altså historiefortellingen til de som tok avstand fra en retning man da lar være forklaringen på en retning – og ikke de som angivelig forfektet slike synspunkter.<sup>982</sup>

Under rettsrealismens fremvekst utover 1900-tallet er det metafysikken og naturretten som skal til livs.<sup>983</sup> Enkelte er utpreget empirisk anlagt, andre ser til

---

*forfatterskap* og *Nordisk rettspragmatisme*. Om hvor «vellykket» det er å operere med slike begreper, se B. M. Høgberg, *Pragmatisk formalisme og vice versa*, s. 428-429, som i et svar til Graver, *I prinsippet prinsipiell*, ber oss legge vekk begrepene «pragmatisme» og «formalisme» fordi de raskt henfaller til «språklige knep for å skaffe egne argumenter størst mulig legitimitet i en rettslig diskusjon», og skulle vi bruke de til å beskrive vårt rettsfunn, mener hun det mest treffende uttrykket kanskje ville vært «'pragmatisk formalisme' – eller 'formalistisk pragmatisme'», og at et slikt perspektiv viser «begrepenes tomhet».

<sup>981</sup> Se Hagerup, *Anm. Af Fredrik Stang: Norsk Formueret I*, s. 180: «I sine senere Aar kjølnede, som bekjendt, Iherings Begeistring for den konstruktive Retsvidenskab; og navnlig i sin 'Scherz und Ernst in der Jurisprudenz' og 'Der Besitzwille' rettede han en flængende Kritik mod dens U d v æ k s t e r og satte i Omløb Ordet 'Begrepsjurisprudens' som Karakteristika for den Retsvidenskab, for hvilken Begreperne gjælder mere end Livets reale Krav.» Se også Blandhol, *Den nordiske rettsvitenskapens retoriske grunnlag*, s. 31, som om von Jhering skriver: «Han ga (...) den tidligere retningen den nedsettende betegnelsen 'begrepsjurisprudens' – en betegnelse som siden er blitt stående, og forfattet en rekke polemiske og satiriske innlegg mot begrepsjussen.» Illustrerende for hvor fælt dette økenavnet har vært (og er), skriver Bengtsson, *Om civilrättens splittring*, s. 32, at det var «det fulaste av alla fula ord som en ung jurist från 1940- och 1950-talet kände till».

<sup>982</sup> Og derfor kan vi heller ikke, uten selv å gå til kildene, være sikre på at noen noensinne faktisk har ment at begreper løser rettslige problemstillinger, bare at noen ble anklaget for å mene det, og at alle nå tar avstand fra det. Om «stråmannsforskning» se også Kinander, *Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen*, s. 111 n. 4, som i forbindelse med skeptisismebegrepet som «henspeiler på at man ikke kan stole på vanlige dogmatiske utlegninger i rettsanvendelsen og den beskrivelsen som rettsanvendelsen gjør av sine egne vurderinger», skriver: «Dette har gitt seg de mest ekstreme utslagene i formuleringer om at det er langt viktigere for en begrunnelse hva dommeren spiste til frokost, enn hva som er det autoritative fastsatte rettskildematerialet. Dette er selvfølgelig en karikatur, og det er vel tvilsomt om noen realister faktisk mente dette.» Lingende poenger angående naturretten, gjøres av Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 452 n. 1290: «Den historiska naturrätten, i sina olika upplagor, är naturligtvis ett reellt historiskt fenomen, men det är *inte* den naturrätt som det tidiga nittonhundratalets scientistiska jurister tog avstånd från. Uppenbarligen inte. 'Naturrätt' för Lundstedt med flera var helt enkelt antitesen till deras eget, numera obsoleta, rättsvetenskapliga ideal och således en ideologiskt betingad projektion som näppeligen gjorde det historiska materialet rättvisa.»

<sup>983</sup> Det vil si, metafysikken og naturretten som beskrevet av motstanderne, se forrige note. Ikke alle sloss mot alle eller mot akkurat de samme kreftene, Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 396: «Mens den rettsfilosofiske realisme har naturretten som hovedmotstander, kan en si at den rettsososiologiske og den rettsdogmatiske realisme har sin front mot 'begrepsjurisprudensen'.» Et av hovedpoengene for de som ville avmystifisere retten og rettsvitenskapen, var å fri seg fra begreper som ikke refererte til virkeligheten, se også over i n. 175. I skandinavisk rettsvitenskap er det gjerne Ross det vises til i denne sammenhengen, (selv om, for å si det med Ross' egne ord: «Videnskap er aldrig enkeltmands værk. Man tager sitt gods, hvor man finder det og glemmer alt for ofte gælden», se Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 4, i forordet.) For en innføring i Ross' kamp mot de metafysiske begrepene, se Magnussen *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, s. 318 flg., hvor det innledes med: «Ross' innbitte kamp mot (hva han oppfattet som) *metafysikk*, og hans uforlignelige iver etter å

sosiologien, noen vil reformere hele det (metafysiske, spekulative og subjektiviserte) juridiske språket, mens andre igjen godtar begrepene så lenge de ikke blir tillagt substansielt innhold.<sup>984</sup> Selv om det ble kjempet mye på kryss og tvers (forfattere vi gjerne drar over samme kam i dag, var ikke nødvendigvis på samme lag den gang), gikk utviklingen ubønhørlig vekk fra det man anså være gammeldags og abstrakt pandektsrett.<sup>985</sup> Jus skulle behandles som en samfunnsvitenskap.<sup>986</sup> Samfunnets behov og jusens funksjoner i samfunnet, ble viktige rettesnorer for den skandinaviske rettsvitenskapen. Selv om de mest ekstreme utslagene, hvor kanskje Uppsalaskolen og Alf Ross er de vi først tenker på, ikke varte ved i lengden, består vår rettslige kulturarv mye av forrige århundres rettsrealistiske tankegods.<sup>987</sup> Her i Norge er det særlig

---

betrakte retten som en *faktisk* størrelse, er uten omsvøp det som bandt hans rettsteoretiske forfatterskap sammen. Med metafysiske utsagn forstod han uttalelser tuftet på oversanselige erkjennelser eller aprioriske fornuftsinnsikter. Utsagn som ikke bygde på umiddelbare erfaringer, og utsagn hvis sannhetsgehalt ikke kunne etterprøves gjennom en verifikasjonsprosedyre, betraktet han som spekulative. Følgelig kunne metafysiske utsagn ikke uttrykke noen meningsfullt om virkeligheten. Startskuddet for klappjakten på metafysiske utsagn ble utløst av *Ross'* vitenskapsteoretiske grunnsyn: *logisk positivisme*.»

<sup>984</sup> Og der forsøkte jeg fange 100 års rettshistorie i en setning, det lar seg selvsagt ikke gjøre. For en grundig rettshistorisk gjennomgang av nordisk rettsvitenskap i perioden 1911-1950, se Björne, *Realism och skandinavisk realism*. Se også Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*.

<sup>985</sup> Angående det å skjære gamle motstandere over samme kam, se eksempelvis Arnholm, *Fra diskusjonen om rettighetsbegrepet*, s. 117: «(...) det virker litt underlig å se Ross og Lundstedt i samme fold – de har jo gjensidig karakterisert hverandre i ganske ukjærlige ord. For nordmenn faller det vel mer naturlig å akseptere forestillingen om en linje Hägerström – Lundstedt – Olivecrona. Men selv der trenges det nok visse korreksjoner.»

<sup>986</sup> Se eksempelvis Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 401: «Rettsrealismen siktet mot en integrasjon av juss og nyere samfunnsforskning som sosialøkonomi, sosiologi og psykologi.» Se i den forbindelse avskjedsforelesningen til Stang, *Om rettsvitenskap*, s. 131: «Skal der bli utvikling i rettsvitenskapen, må den føle sin forbindelse med de andre kulturvitenskaper og la seg befrukte av dem. (...) Den hundreårige isolasjonens tid må være forbi. For rettshistorisk og rettsfilosofisk forskning er det innlysende, at de må holde seg i den nærest mulige forbindelse med de historiske kulturvitenskaper. Men også den rene rettsdogmatikk må tre ut av sin isolasjon. Tenk bare på den betydning det vilde ha om de psykologiske begreper vi arbeider med ble korrigert ut fra moderne realistiske forestillinger. Tenk Dem en strafferett bygget på realistisk individualpsykologi. Og tenk Dem en statsforfatningsrett konfrontert med den moderne massepsykologis iakttagelser.» Se også Eckhoff, *Juss, moral og politikk*, s. 80 som etter først å sitere dette stykket fra Stang, skriver: «Da jeg første gang, som student, leste dette, ble jeg begeistret. Men senere er begeistringen kjølnet en del. En viss tilnærming til samfunnsvitenskapene tror jeg er nødvendig (...). Men Stangs optimistiske tro på at rettsvitenskapen på denne måten skal kunne gjøres til noe helt annet og bedre enn den har vært, virker i dag naiv.» Selv hevder Eckhoff, *Juss, moral og politikk*, s. 81: «Men selv om rettstenkningen ikke kan revolusjoneres, er kontakt med samfunnsfagene likevel ønskelig, eller kanskje endog nødvendig, for at jussen på lang sikt skal kunne opprettholde sin posisjon.» Fra Stang til Eckhoff har der altså skjedd en del.

<sup>987</sup> Se i den forbindelse også Michalsen, *Dansk-Norsk rettsvitenskap etter 1814*, s. 120: «Hvorvidt det fantes en særlig norsk metodisk forhistorie til den skandinaviske rettsrealismen er omdiskutert. Det finnes ulike elementer hos Hagerup, Knoph og Hoel som peker i den retning, men problemet med slike tilordninger ligger først og fremst i at uttrykket 'skandinavisk rettsrealisme' over tid kom til å omfatte en rekke metodiske aspekter.» Ikke alle er like fornøyde med utviklingen siden Ross, se Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, s. 19: «Mitt svar er at den omfattende danskeimporten – fra Ross – ga oss gode råvarer, som dessverre ikke har blitt foredlet på den rette måten, noe som har ført til et litt ensidig juridisk kosthold.»

Torstein Eckhoff som skal ha mye av æren for det, selv om han som alle andre også hadde sine inspiratorer og forbilder.<sup>988</sup> Eckhoff var offentligrettslig i sin gjerning, hvilket preger hans metodiske forfatterskap, og avtalene ble som kjent holdt utenfor rettskildelæren. Som vi har sett tidligere, har avtaleretten fortsatt mye av tankegodset sitt fra Stang (som for så vidt også var en form for rettsrealist, dog i en annen fase).<sup>989</sup>

Uavhengig av hvordan den juridiske praksisen faktisk har foregått, har klimaet for metodebeskrivelsene beviselig gjennomgått forandringer. Utviklingen har selvsagt også hatt betydning for avtaleretten selv om det ikke alltid er så lett å få øye på, enn mindre forstå, hvordan fordums teoretiske basketak påvirker oss i dag (hvis noen andre hadde «vunnet», kunne «sannhetene» sett helt annerledes ut).<sup>990</sup>

Rettsvitenskapen har ikke alltid vært like opptatt av avtaletolkning.<sup>991</sup> Savigny et al. så på tolkningen som et ikke-problem (for teorien).<sup>992</sup> Hallager skrev omtrent en side i 1859.<sup>993</sup> I teorikampene fra slutten av 1800-tallet og fremover, var det særlig tolkningsteoriene som ble diskutert, for øvrig holdt det å vise til praktiske tolkningseksempler.<sup>994</sup> Etter hvert som objektivistene vant frem, (stråmannen) viljedogmet ble bekjempet, tolkningen forsøkt rettsliggjort og rettsvitenskapen søkte etter vitenskapelig legitimitet, begynte rettsforskere sakte men sikkert å anse det som et problem at tolkningslæren var viet så lite oppmerksomhet i teorien. I Sverige tok Vahlén utfordringen på 1960-tallet, etterfulgt av blant andre Adlercreutz, Lehrberg og

---

<sup>988</sup> Se eksempelvis Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 399: «(...) det Eckhoff gjorde var å gi en samlet fremstilling på bakgrunn av den realistiske argumentasjon for reelle hensyn som allerede hadde funnet sted». Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 404: «Det är ju mycket tack vara Eckhoff som det ligger närmare till hands att anknyta till Ross i Norge än vad det gör i Sverige, eller i Danmark för den delen – I Norge hade man inte samma trängande behov att göra upp med Ross (istället får man nu göra upp med Eckhoff).»

<sup>989</sup> Blandhol, *Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap*, betegner Eckhoff som pragmatist og realist, og setter dessuten tenkningen hans i sammenheng med Stang og Knoph, se s. 18: «Også andre norske rettsforskere førte videre den type tenkning som Stang og Knoph var eksponenter for. Det faller nær å nevne Torstein Eckhoff.»

<sup>990</sup> Og det er vel langt fra sikkert at utviklingen – historien – alltid beveger seg i «riktig retning», se eksempelvis Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 19: «[D]et är väl få som på allvar tror att dagens rättsvetenskap är högre stående än gårdagens», med videre henvisning til Eckhoff, *Juss og samfunnsforskning*, s. 209: «[D]et er vanskelig å avgjøre om [rettsvitenskapen] er i fremgang. For mange andre fags vedkommende lar dette seg lett konstatere ved å se på den innsikt som er vunnet eller de praktiske resultater som er oppnådd. [...] Men vi kan ikke med samme grad av sikkerhet påstå at den rettsvitenskap som vi bedriver i dag ligger på et høyere nivå enn f.eks. det som ble prestert av Ulpian, Gajus og Papinian for 1700 år siden.»

<sup>991</sup> På 1800-tallet anså man at avtaletolkning ikke skilte seg vesentlig fra avtaletolkning, se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 227 med videre henvisninger. Også Huser, *Avtaletolkning*, s. 196, viser til at Pufendorf behandlet lov- og avtaletolkning under ett, og på s. 212, vises også til at Holberg i adskillig utstrekning gjorde det samme, med videre henvisninger.

<sup>992</sup> Om Savignys tanker om tolkning, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, særlig s. 68-85.

<sup>993</sup> Se denne avhandlingens anslag.

<sup>994</sup> Om tolkningsteoriene se over i punkt 3.1.

Ramberg/Ramberg. I Danmark tok Jørgensen ansvar på 1970-tallet, etterfulgt av blant andre Madsen og Bryde Andersen, og her hjemme tok Huser sats på 1980-tallet, mens blant andre Krüger, Giertsen, Woxholth, Hov og Høgberg m.fl. har fulgt på siden.<sup>995</sup> Den nye given kommer under påskudd av et udekket behov teorien ennå ikke hadde etterkommet:

«Tolkning av rättshandlingar har ju sedan länge diskuterats inom doktrinen, men man har ej hunnit fram till annat än att uppställa vissa allmänna riktlinjer för tolkningen.»<sup>996</sup>

...skriver Vahlén i 1966, og mener det er på tide å gjøre noe med saken. Huser klager også på manglende interesse for tolkningslæren i teorien, og da særlig i Norge, før han begir seg ut på sitt massive arbeide.<sup>997</sup> Nå for tiden kan man ingenlunde klage på at avtaletolkningen er forbigått av rettsvitenskapen, men fremdeles begrunnes nye bidrag til avtaletolkningsteorien med at de «reglene» som finnes, ikke holder mål. Se til illustrasjon bakteppet for Tørum's analyseverktøy:

«Det er altså en iboende fleksibilitet i retningslinjene for avtaletolkning. Denne fleksibiliteten – eller usikkerheten – forsterkes av at anvendelsen av retningslinjene i stor grad kan bero på dommerens konkrete bevisvurdering. Usikkerheten forsterkes ytterligere av at det i komplekse saker med omfattende (og gjerne motstridende) bevis, ofte er vanskelig å forutberegne hvordan dommeren vil vurdere bevisene.»<sup>998</sup>

Dommerens vurderinger, ja. Hvordan tolke avtalen, og hvordan anvende «regler» eller «retningslinjer» for avtaletolkning? Det er den slags vurderinger det handler om både ved rettsanvendelse og avtaletolkning. Og derfor er det også vurderingene vi må ta fatt på når avtaletolkningens metodiske vesen skal undersøkes.

---

<sup>995</sup> Noen av de nevnte forfatterens verker, som også er benyttet i denne avhandlingen: Vahlén, *Avtal och tolkning*, og *Bidrag till avtalstolkningens systematik*, Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, Lehrberg, *Avtalstolkning*, Ramberg/Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, Jørgensen, *Kontraktret*, Lyng Andersen/Madsen, *Aftaler og mellemmand*, Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, Huser, *Avtaletolking*, Krüger, *Norsk kontraktrett*, Giertsen, *Avtaler*, Woxholth, *Avtalerett*, Hov, *Avtalerett*, Høgberg, *Kontraktstolkning*. Avtaletolkning har også blitt behandlet i rettskildelæren, se eksempelvis M. H. Andenæs, *Rettskildelære*, Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Skøghøy, *Rett og rettsanvendelse*, og Mæhle/Aarli, *Fra lov til rett*, men jevnt over er bidragene fra avtalerettsteorien større og grundigere.

<sup>996</sup> Vahlén, *Bidrag till avtalstolkningens systematik*, s. 380.

<sup>997</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, s. 29: «Det er også påfallende at i moderne, norske avtalerettslige fremstillinger blir avtaletolkning som regel tildelt en heller beskjeden plass, i motsetning til situasjonen i Sverige og Danmark.»

<sup>998</sup> Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 195.

## 5.2 U/virkelige vurderinger

### 5.2.1 Vurderinger på norsk

«Det lagen föreskriver och vad som är ett fall för lagen, det är entydigt bestämt endast i livsfarliga formalisters ögon.»<sup>999</sup>

Enten det gjelder rett og rettsanvendelse eller avtale og avtaletolkning, handler mye av metodelæren (eller tolkningslæren) om vurderingenes rolle i en eller annen form. Ikke så rart, siden det å tolke en tekst, er en form for vurdering. Jurister tolker tekster hele tiden, og vi kan ikke tolke *uten* å vurdere. Vi vurderer bevis, regler, bestemmelser, faktum, systemer, sammenhenger osv., og verktøyet vårt er alltid språket.

Vurderingsbegrepet er mangslungent, det kan for eksempel bety å undersøke, å evaluere, å felle en dom, sette en karakter eller avgjøre om noe er godt eller dårlig. Når vi tolker tekster, bruker vi vår tankekraft (inkludert vår forforståelse) til å vurdere hvordan teksten er å forstå.<sup>1000</sup> Og når vi har et tolkningsproblem, er det dette problemet tolkningen skal løse – avtaletolkningen ender derfor opp i en bedømmelse: «Avtalen er slik å forstå; saken må løses på denne måten.»

Når vurderingene – og hvordan vi skriver om dem – er undersøkelsesobjekt, er det ikke til å unngå norsk retts minefelt, de *reelle hensynene*.<sup>1001</sup> «Rettskildefaktoren» reelle hensyn er kjennetegnende for norsk rettsvitenskap.<sup>1002</sup> Ikke at det gjøres vurderinger, men at vi har skilt ut vurderingene og satt dem i bås (eller rettere sagt på relevanslister) sammen med andre rettskildefaktorer. Når og hvordan de reelle hensynene vokser frem i norsk rett, mener Sverre Blandhol å kunne spore tilbake til blant andre Ørsted, Schweigaard og Hagerup, selv om de som regel brukte betegnelser som «sakens natur» eller lignende.<sup>1003</sup> I dag er det nok som oftest Eckhoffs navn som

<sup>999</sup> Gadamer, *Förnuftet i vetenskapens tidsålder*, s. 52.

<sup>1000</sup> Mer om avtaletolkningens hermeneutiske karakter under i punkt 5.4.2.

<sup>1001</sup> Se eksempelvis Skoghøy, *Reelle hensyn som rettskilde*, s. 257: «Det er få rettsspørsmål som har vært så lidenskapelig diskutert de siste 20 år som reelle hensyn som rettskilde.»

<sup>1002</sup> Se eksempelvis Blandhol, *De beste grunner*. Andre land og rettssystemer har egne måter å behandle vurderingene på.

<sup>1003</sup> Se Blandhol, *De beste grunner*, særlig kapittel 3. Ifølge Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 399, er: «Den første ansats til dagen begrep 'reelle hensyn' (...) kanskje å finne i senere høyesterettsjustitiarius Herman Scheels prøveforelesning i 1892 'om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne', der han gir følgende konklusjon: 'Hvis det er saa, at Rettens Grund og derfor tillige dens Prøvesten er *samfundets Vel*, bliver det derfor under enhver Omstændighed nødvendigt at underkaste Læren om Retskilderne en Revisjon paa dette Grundlag.

forbindes med de reelle hensynene, selv om han altså ikke er «opphavsmannen».<sup>1004</sup> Hans navn forbindes ganske visst fortsatt sterkest med hele den «norske» juridiske metoden. Kjentegnende for den norske metodedeibatten det siste halve hundreåret, er i alle fall at Eckhoff gjøres til utgangspunkt – bauta og boksesekk.<sup>1005</sup> Eckhoff har et grep om oss norske jurister; selv om vi saktens kan lære oss nye begrepsapparater eller terminologier, forklarer vi like fullt andre metodelærer ved å holde dem opp mot Eckhoff.<sup>1006</sup> Følgelig må vi innom Eckhoff og hans tankegods for å komme de norske vurderingene inn på livet.

---

Og jeg tror, at en saadan Revision vil føre til Anerkjendelsen ogsaa af andre Momenter end Sædvane og Lovgivning som bestemmende for, hvad der skal anses som gjældende Ret.»

<sup>1004</sup> Se eksempelvis Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s. 226: «Verdibasert argumentasjon er ikke noe nytt i norsk sammenheng; i hvert fall kan man ikke med rimelighet si at det var Torstein Eckhoff som revolusjonerte norsk juridisk metodelære ved å benevne en rettskildefaktor 'reelle hensyn'. Jeg skal ikke her gå inn på begrephistorie, men nøye meg med å slå fast at Anton Martin Schweigaards argumentasjon i 1834 er besnærende lik den man gjenfinner i dagens rettsvitenskap og hos Eckhoff. Men man kan si at den har fått en spesiell plassering i den nyere rettskildelæren.» Se også Blandhol, *De beste grunner*, s. 15, som skriver at «Eckhoff [har] blitt fremhevet som sentral når det gjelder dagens begrep om reelle hensyn. Mange mener han skapte begrepet. Som vi skal se, savner denne oppfatningen historisk belegg og må karakteriseres som en myte. Men myten reflekterer utvilsomt det faktum at Eckhoff har spilt en meget sentral rolle som rettskildeteoretiker, ikke minst når det gjelder fremstillingen av reelle hensyn.» Se også Lilleholt, *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 49.

<sup>1005</sup> Se eksempelvis Graver, *Keiserens garderobe*, s. 429: «Det rettskildebildet dagens norske jurister har fått overlevert, er det som Torstein Eckhoff tegnet i sin 'Rettskildelære'.» Se også Askeland, *Eckhoffs rettskildelære under press*, som for egen del har mer problemer med hvordan Eckhoff blir lest enn med Eckhoff selv, se særlig s. 117: «Eckhoffs prosjekt, slik det blir lest, kan i verste fall være en tilslørende forenkling av en vanskelig prosess, som fordrer at rettsanvenderen har selvforståelse», og som, på s. 123, om egen innfallsvinkel uttaler: «Innfallsvinkelen innebærer ikke noe dramatisk brudd med Eckhoffs rettskildelære, men representerer likevel en perspektivforskyvning som etter omstendighetene kan være tjenlig». Som kommentar til Bernt/Doublet, i n. 15, skriver Askeland: «Man bør imidlertid ikke generelt oppfatte Bernt og Doublets prosjekt som en motpol til Eckhoffs lære. I mangt kan arbeidene til Bernt og Doublet ses som videreføring av Eckhoffs posisjon», med videre henvisning til Krüger. Se også Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, i forordet: «Da jeg studerte juss ved Universitetet i Oslo på siste halvdel av 1970-tallet, var Torstein Eckhoffs Rettskildelære, som kom i 1. utgave i 1971, relativt ny. Boken ble oppfattet som banebrytende innenfor rettskildelæren. Senere rettskildefremstillinger har i stor grad bygget på Eckhoffs systematikk. Den grunnleggende juridiske metoden har ikke endret seg vesentlig siden Eckhoff første gang gav ut sin rettskildelærebok i 1971.»

<sup>1006</sup> I 1999 skrev Askeland: «Den metodiske innfallsvinkelen Eckhoffs rettskildelære representerer, er fremdeles den toneangivende i norsk rett, og den holdes i hevd også av nye forskergenerasjoner», se Askeland, *Eckhoffs rettskildelære under press*, s. 115. Askeland viser til uttalelser fra Bernt/Doublet fra 1993 som mente at det «fra flere hold er [...] hevdet at den skandinaviske rettsrealisme nå har uttømt sin rolle». Det er med andre ord ikke nytt at Eckhoffs lære problematiseres. Siden så mange har vært i opposisjon til Eckhoff så lenge, kan det kanskje bli trendy å trykke ham til sitt bryst igjen? Eksempelvis Baldersheim lar seg imponere av hvor rik Eckhoffs *Rettskildelære* er på eksempler og nyanser, se Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskildelæra* s. 348. Askeland fremhever også at «[d]et neppe [kan] bestrides at boken [*Rettskildelære*] har hatt og har sterk innflytelse på nåtidens juristgenerasjoner. Den evne boken har hatt til å prege norsk rettsvitenskap er bemerkelsesverdig», se Askeland, *Eckhoffs rettskildelære under press*, s. 116.

## 5.2.2 Frem i lyset

«(...) jussen er ikke et fysisk objekt som lar seg bestemme ved hjelp av interesseløs observasjon (...)»<sup>1007</sup>

En av de selvpålagte oppgavene for det rettsrealistiske prosjektet, er å få frem hva som virkelig går for seg i rettsanvendelsen, hvilke vurderinger som egentlig ligger til grunn for en rettslig avgjørelse.<sup>1008</sup> Forherligelsen av *virkeligheten* (det som er *real*) – hvordan retten i virkeligheten skapes, anvendes og virker – er drivkraften bak å gjøre de reelle hensynene til en rettskildefaktor.<sup>1009</sup> En slik forståelse av vurderingenes rolle i rettsanvendelsen, fordrer at man mener å kunne skille mellom vår rettslige virkelighet i tekstene og en annen virkelighet, der ute i verden eller der inne i rettsanvenderens hode. Teksten blir en fasade man må trenge igjennom for å komme inn til de virkelige vurderingene som ligger bak.

Det er den såkalte «fasadelegitimasjonen» man vil til livs; troen på at «det domstolarna säger sig göra principiellt sett är nogonting annat än det som domstolarna egentligen gör». <sup>1010</sup> Alf Ross blir gjerne utpekt som den sentrale skikkelsen i utviklingen av en slags lære om fasadelegitimasjon.<sup>1011</sup> Følgende utdrag fra *Om ret og retfærdighet* er talende:

«Dommerens konstruktive indsats i retsudøvelsen til præcision eller korrektion af lovens direktiv (...) træder kun sjældent klart for dagen. Det er ikke sædvanligt, at dommeren siger: loven lader mig mere eller mindre i stikken, men af de og de praktiske grunde træffer jeg denne afgørelse indenfor dens rammer eller endog ved overskridelse af disse. Det sædvanlige er derimod, at han gennem, en *argumentationsteknik* søger at give det udseende af, at den afgørelse han træffer objektivt og forstandsmæssigt kan udfindes ved

<sup>1007</sup> Kinander, *Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter*, s. 673.

<sup>1008</sup> Jeg forholder meg her kun til den skandinaviske, og ikke eksempelvis den amerikanske, rettsrealismen, selv om bevegelsene selvsagt hadde likhetstrekk.

<sup>1009</sup> Termen «reelle hensyn» indikerer at det er de «virkelige vurderinger» det siktes til, i motsetning til de formelle begrunnelsene, de uvirkelige vurderingene.

<sup>1010</sup> For å låne ordene til Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 41 n. 92, hvor han kaller dette en paranoid hermeneutikk. Se også Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 86, som mener tesen har to sider: «For det første at det finnes viktige momenter som ikke er nevnt i dommen, og for det andre at man ikke trenger ta det som står skrevet i dommen bokstavelig.» Om fasadelegitimasjon, se også Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, s. 86 flg., som vurderer hvorvidt han selv skal benytte seg av en fasadelegitimasjonstese eller et tekstfokus i egen forskning: «Valget kan grovt sett sies å stå mellom en tilnærming som tar utgangspunkt i at teksten i avgjørelsen [Høyesteretts praksis] som regel gir et dekkende bilde av dommerens vurderinger, eller en tilnærming der man i utgangspunktet nærer en mistillit til at domsbegrunnelsen kan tjene en slik funksjon».

<sup>1011</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 86.

studium af givne data og derfor er dækket af 'lovens mening' eller 'lovgiverens hensigt'. Han søger altså overfor sig selv, eller i hvert fald overfor omverdenen, at opretholde det (...) billede af retsudøvelsen som bestemt alene ud fra lovlydighedens motiv i forbindelse med forstandsmæssig indsigt i, hvad der er lovens mening eller lovgiverens vilje. Når de samvirkende faktorer – den formelle og den materielle retsbevissthed i forbindelse med opfatelser af lovens ord, formål, virkninger m.m – har virket i dommerens sind og bestemt ham for en afgjørelse, bygges det en facadelegitimation op, der i højere eller mindre grad afviger fra det der virkelig har bestemt dommeren.»<sup>1012</sup>

Veien fra en fasadelegitimasjonstese til å etterspørre hvilke vurderinger som i virkeligheten foretas, er kort – og slik vokser idéen om de reelle hensynene frem, slik vi kjenner dem i nyere tid.<sup>1013</sup>

Eckhoff mener også at rettsanvendere har en «tendens til å kamuflere» egne vurderinger.<sup>1014</sup> Han skriver om at utenforliggende hensyn kan holdes skjult, og at det er «et karakteristisk trekk ved de vurderinger som inngår i rettsanvendelsen, at de ofte er *fordekt*.»<sup>1015</sup> Prosjektet blir følgelig å få vurderingene frem i lyset. Når Eckhoff avdekker vurderingene i rettsanvendelsen, skiller han mellom det han mener er «omtrentlige anslag og forutsigelser», som han kaller «kunnskapsspørsmål», og «standpunkter til verdispørsmål».<sup>1016</sup> Ifølge ham handler de rettslige vurderingene om verdispørsmål.

Eckhoff innrømmer at det «byr på vanskeligheter å kartlegge de forskjellige typer av vurderinger som forekommer i rettsanvendelsen», men han har inntrykk av at det er tre typer som går igjen, «rettferdighetsbetraktninger, formålsbetraktninger og interesseavveininger.»<sup>1017</sup> Reelle hensyn, som samlebetegnelsen på slike vurderinger,

---

<sup>1012</sup> Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 179.

<sup>1013</sup> Se Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s. 227: «Innføringen av 'reelle hensyn' som et instrument i en rettsvitenskapelig sammenheng kan sees på som et ledd i en prosess hvor man ønsket å gjøre de *faktiske*, og ikke bare de *anførte begrunnelsene* for de resultatene man kom frem til i Høyesterett, offentlige, og dermed også resultatene mer forutberegnelige. Ønsket var, kort og godt, å bli kvitt den såkalte 'fasadelegitimeringen', hvor man begrunnet løsninger som var fremkommet på verdibasert grunnlag med argumenter om at disse grunnene faktisk eksisterte i en form bestemt av lovgiver.»

<sup>1014</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 319.

<sup>1015</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 317.

<sup>1016</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 308.

<sup>1017</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 320. Utkrystallisering av ulike grupper og typer av vurderinger (eller hensyn) gjenfinner vi også i avtaletolkningslitteraturen, se eksempelvis Huser, *Avtaletolking*, s. 507-548, og Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 279-315. Vi skal komme tilbake til vurderingenes rolle i tolkningslæren aldeles snart, men først må vi bore litt mer her vi er.



fører Eckhoff opp på relevanslisten sammen med de andre rettskildefaktorene. De er riktignok av en «annen art» enn de øvrige og Eckhoff beskriver dem slik:

«Med ‘reelle hensyn’ (eller ‘reale hensyn’ som mange kaller det), sikter jeg til vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig eller formålstjenlig etc., og til de oppfatninger om samfunnsforhold m.v. som det legges vekt på i slike vurderinger. Mens de øvrige faktorer er slikt som man skaffer seg kjennskap til ved lesning eller ved å innhente opplysninger på annen måte, er ‘reelle hensyn’ for en stor del produkter av rettsanvenderens egne overveielser.»<sup>1018</sup>

Her kan vi se at rettsanvenderens egne overveielser forklares med ord som *produkter* og *faktorer* – ord som gir assosiasjoner til *ting* heller enn *tanke*. Selv om Eckhoff skriver mye om vurderinger som noe vi *foretar* oss, synes jeg man kan ane en *tingliggjøring* også her.<sup>1019</sup> Allerede idéen om at vurderingene (de reelle hensynene) kommer i tillegg til, og meningsfullt kan skilles fra, det som ellers foregår i rettsanvendelsen, innebærer en reifisering av tankevirksomheten.<sup>1020</sup> Likheten med tingliggjøringen av partsviljen er merkbar. Igjen er det som om man skal se for seg hvilke vurderinger rettsanvenderen *faktisk* gjør seg, som om vurderingene også er en faktisk-psykologisk størrelse inne i hodet på rettsanvenderen, som man med de reelle hensynene forsøker å få has på.

For Eckhoff er forskjellen på vurderinger og andre rettskildefaktorer, hvor vi henter dem fra, enten utenfra eller innenfra, men at det (ikke overraskende) er glidende overganger her og:

«Skillet mellom det vi tar utenfra og det vi henter fra oss selv, er imidlertid ikke skarpt. Våre resonnementer og vurderinger er i stor utstrekning påvirket av de inntrykk vi tidligere har mottatt – bl.a. gjennom lesning av juridisk litteratur, domsreferater og lovttekster. Og omvendt har våre egne vurderinger en tendens til å sette sitt preg på inntrykk som vi mener å få utenfra.»<sup>1021</sup>

Ved første øyekast ser denne uttalelsen ut som gjengs hermeneutikk; at våre vurderinger preges av det vi allerede vet. Men i siste setning er det som denne erkjennelsen gir grunn til å mistenkeliggjøre vurderingene – de har nemlig en tendens til å sette sitt preg

<sup>1018</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 20.

<sup>1019</sup> Se Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 308 flg.

<sup>1020</sup> Uttrykket å ta hensyn til, blir til ta et hensyn og legg det til.

<sup>1021</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 20-21.

på inntrykk vi mener å få utenfra. Uttalelsen insinuerer at det er et problem at vurderingene påvirker inntrykkene, og at det ideelt sett burde kunne skilles mellom inntrykkene vi får fra rettskildene og våre egne vurderinger.<sup>1022</sup>

Eckhoffs, og andres, higen etter å få (de reelle) vurderingene frem i lyset, blir samtidig det som fremhever, og i neste omgang mistenkeliggjør, rettsanvenderens rolle i rettsanvendelsen.<sup>1023</sup> Det er nesten som om rettsrealistene bare plutselig oppdager alle vurderingene som ligger i jusen, og med denne innsikten får et svare strev med å temme dem.<sup>1024</sup> På mange måter er det fortsatt der vi står i dag, med en nagende skepsis til rettsanvenderens vurderinger og Høyesteretts uttalte begrunnelser. Fra et norsk rettsvitenskapelig perspektiv er det nærmest utenkelig å se for seg retten uten reelle hensyn av noe slag, selv om de har vært gjenstand for utstrakt debatt i en årrekke.<sup>1025</sup> Jeg er altså ikke alene om å være skeptisk til reelle hensyn, og i dagens rettsvitenskapelige klima er det heller ikke spesielt modig å være det.<sup>1026</sup>

Høgberg har ved flere anledninger kritisert kritikken av de reelle hensynene.<sup>1027</sup> Hans innvendinger går blant annet ut på at kritikken er flertydig – det er ikke godt å si

---

<sup>1022</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 313, skriver for eksempel: «Og når hverken lov, praksis eller sedvaner gir veiledning, kommer det vurderingsmessige helt i forgrunnen.» Man skal altså først kunne tolke rettskildene, og dersom de ikke gir et klart svar, kan man legge til vurderinger.

<sup>1023</sup> Se også Graver, *Keiserens garderobe*, s. 463: «Samtidig ligger det et paradoks i det forhold at jo lengre rettsanvenderne går i å følge Eckhoffs normative budskap om å vise sine vurderinger åpent, desto tydeligere blir det for alle at avgjørelsene er resultat av subjektive vurderinger.»

<sup>1024</sup> Se også Graver, *Keiserens garderobe*, s. 465: «Det forhold at rettsrealismen viser at rettsanvendelsen er subjektiv, og at vurderingsfriheten øker med retts- og samfunnsutviklingen, stiller den juridiske teori overfor nye utfordringer. (...) Mange bestrebelser innen metodeteorien i dag tar sikte på å undersøke muligheter for å utvikle teorier som skal 'fange inn' subjektiviteten og binde eller begrense den ved overindividuelle normer, enten disse tar form av normer som har gyldighet uavhengig av statsmaktene som f.eks. ukrenkelige rettigheter for individene, eller de har form av mer prosessorienterte bindinger som krav til rasjonalitet i forskjellige varianter. I hvilke grad har slike bestrebelser sjansen til å lykkes? I mer konkrete arbeider blir utfordringen om og hvordan man skal forholde seg til at standpunkt til rettslige løsninger i bunn og grunn er subjektive, og om man kan skille mellom de forhold man kan analysere på grunnlag av anerkjente 'vitenskapelige' metoder og de forhold som beror på personlige preferanser og valg.»

<sup>1025</sup> Noen få eksempler: Carl August Fleischer hevder at reelle hensyn er «alle rettskilders mor», se Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, s. 67. Bjarte Askeland kaller konstruksjonen av rettskildefaktoren reelle hensyn, en «institusjonalisering av rettslige vurderinger», se Askeland, *Eckhoffs rettskildelære under press*, s. 121. Morten Kinander mener at vi ikke trenger begrepet reelle hensyn og heller bør fokusere på å uttrykke hvilke verdiargumenter vi benytter oss av, se Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*.

<sup>1026</sup> Ifølge Høgberg var pendelen i ferd med å snu på midten av 00-tallet, se *Om kritikken av fenomenet reelle hensyn*, s. 297: «Pendelen er imidlertid i ferd med å snu. En ny generasjon jurister har vendt seg bort fra ideen om reelle hensyn som en slags trumf i rettssystemet; et rettssystem preget av avveininger og hvor det beste eller rimeligste resultat vil være avgjørende for hvordan tvisten løses.» Igjen ser vi pendelmetaforen anvendt. Jurister ser ut til å like det bildet. Jeg vet ikke helt hva jeg syns om et bilde som i seg selv angir at det er mellomstandpunktet som nødvendigvis er det beste.

<sup>1027</sup> Se Høgberg, *Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket 'reelle hensyn'*, og Høgberg *Om kritikken av fenomenet reelle hensyn*. Høgberg har også selv skrevet om reelle hensyn på strafferettens område,

om det er begrepet, termen eller fenomenet som kritiseres.<sup>1028</sup> Om kritikken av fenomenet reelle hensyn, skriver Høgberg at der rettskildegrunnlaget klart peker i retning av en bestemt løsning, er det grunn til å stole på at overveielser og begrunnelsen langt på vei utgjør en enhet, men:

«[n]år det gjelder tvilsomme saker, stiller denne saken seg annerledes. (...) I slike tilfeller vil altså det eksisterende kildegrunnlag mangle et entydig resultat, noe som nødvendigvis fører til tilførsel av et normativt argument 'utenfra'; et reelt hensyn. Når Høyesterett så formulerer seg som om denne uklarhet ikke fantes, kan vi med Eckhoff si at reelle hensyn skjules idet et vurderingsspørsmål formuleres som et kunnskapsspørsmål (...). Dette er ikke en spekulativ påstand fra min side, men en logisk nødvendighet ut fra de premisser som er angitt ovenfor. Forsøk på en fullstendig avvisning av at reelle hensyn spiller en større rolle under overveielser enn ved domskrivningen, vil derfor kreve en tilleggsbegrunnelse for de usikre rettsspørsmåls del. De ulike forsøk på å tilbakevise en slik skjult virkning av reelle hensyn, mangler imidlertid en sondering av klare og uklare spørsmål.»<sup>1029</sup>

Ifølge Høgberg her, må den som vil avvise reelle hensyn, komme med en forklaring basert på hans (og Eckhoffs) premisser. Slik Høgberg ser det, er det nødvendig med tilførsel av normative argumenter (han sier «utenfra», Eckhoff sier «innenfra», men dét er ikke poenget her), og for de usikre rettsspørsmålene finnes det altså ikke andre svar enn reelle hensyn. Premisset Høgberg setter opp, er at rettskildegrunnlaget enten *er klart* eller *uklart* – nærmest som om dette er gitt på forhånd, eller noe vi kan finne ut av før vi eventuelt tyr til de reelle hensynene. Kanskje Høgberg eventuelt må forstås dit

---

hvor han later til å legge seg nært opp til Eckhoffs lære, se Høgberg *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*.

<sup>1028</sup> Ifølge Høgberg, *Om kritikken av fenomenet reelle hensyn*, s. 316, må: «Den som vil kritisere reelle hensyn, 'reelle hensyn' eller «reelle hensyn» i fremtiden klargjøre hva som er referansen for kritikken, samt se forholdet mellom de ulike språkteoretiske størrelser. Den som ønsker å kritisere anvendelsen av, eller påstander om, reelle hensyn som fenomen uten å kritisere begrepet 'reelle hensyn', må i en viss forstand forutsettes å ha akseptert den begrepsmessige konstruksjon ettersom det nettopp er denne konstruksjonen som gjør at det er et fenomen å kritisere. Tilsvarende må den som ønsker å kritisere begrepet 'reelle hensyn', skille mellom kritikk av enkeltpersoners oppfatninger av begrepet 'reelle hensyn' og kritikk av begrepet 'reelle hensyn' forstått som den historiske bruken av termen. Kritikk av personers oppfatning av begrepet 'reelle hensyn' er ikke særlig interessant i et rettsvitenskapelig perspektiv, men av interesse for idéhistorien. Undersøkelse og kritikk av den historiske bruken av termen «reelle hensyn» vil ha rettsvitenskapelig interesse, men er fortsatt ikke foretatt.» Jeg er redd jeg ikke kan imøtekomme noen av Høgbergs ønsker. Min hovedinnvending, som jeg via refleksjonene i dette kapittelet vil forsøke å få frem, er at jeg mener måten vi forklarer vurderingene på ved bruk av «reelle hensyn» (både som term, fenomen og begrep antar jeg) innebærer at vi tømmer tolkningsbegrepet for innhold.

<sup>1029</sup> Høgberg, *Om kritikken av fenomenet reelle hensyn*, s. 301.

hen at tolkningen noen ganger kan og noen ganger ikke kan nå helt frem til løsningen, og i de tilfellene tolkningen ikke når frem, er vi avhengige av reelle hensyn. Resonnementet ligner ikke rent lite på Hagerups argumentasjon som vi var innom over.<sup>1030</sup>

Også blant kritikere av reelle hensyn skinner den underliggende skepsisen til rettsanvenderens vurderinger igjennom. Kinander angir eksempelvis at formålet med hans kritikk er å vise at:

«(...) man ennå ikke har klart å frigjøre seg fra trangen til å late som om resultatet følger av det foreliggende rettskildematerialet, også på områder hvor det argumenteres ut fra 'reelle hensyn'.»<sup>1031</sup>

Ifølge Kinander løser det ingen problemer å bruke uttrykket «reelle hensyn» som begrunnelse i en argumentasjon, man bør skrive hva man *virkelig* legger vekt på og ikke late som om resultatet følger av materialet.<sup>1032</sup> Kinander mener at man ved å vise hvilke rettspolitiske vurderinger som foretas i rettsanvendelsen, ikke trenger fasadelegitimeringstese for å analysere rettsanvendelsen.<sup>1033</sup> At «reelle hensyn», brukt *en bloc* om vurderinger som er foretatt i rettsanvendelsen, ikke gjør oss mye klokere enn at det faktisk har blitt vurdert, er lett å være enig i.<sup>1034</sup>

Men, så lenge vi argumenterer på de samme premissene, og mener at rettsanvenderen må *bruke et eller annet* i tillegg til behandlingen av det rettslige materialet når jus skal praktiseres, vil vi antakelig stadig måtte lete etter hva dette annet kan være. Til alt hell er ingen forpliktet til å kjøpe premisset om at vurderinger er noe

---

<sup>1030</sup> Se over i punkt 5.1.2.

<sup>1031</sup> Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s. 225.

<sup>1032</sup> Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s. 225: «Jeg mener (...) at den bruken man ofte ser av begrepet i rettsanvendelsen, kan føre til nettopp å tildekke den juridiske argumentasjon, noe som er det motsatte av den rollen begrepet i utgangspunktet var tiltenkt, og til en ufullstendig og uklar argumentasjon på verdienes område. Begrepet 'reelle hensyn' har så mange fasetter at det er lite treffende å anvende det som en enkel samlebetegnelse på den typen vurderinger man foretar i rettsanvendelsen. Jeg mener at bedre enn bare å referere til 'reellehensyn' vil simpelthen være å argumentere ut fra de begrunnelsene man mener er de beste, og ikke forkle dem som en autoritativ rettskilde på linje med lov eller rettspraksis.»

<sup>1033</sup> Se Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s.241. For Kinander er derfor ikke «reelle hensyn» noen rettskildefaktor, «men et navn på en type vurderinger som ikke kan *erstattes* med angivelsen av termen», se samme sted. Et annet sted skriver Kinander, *Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?*, s. 339 at «praktiseringen av reelle hensyn som rettskildefaktor kan sies å utgjøre den *dømmekraft* man har som en trenet utøver av jussen. Gjennom denne 'evnen' forstår man hva som skal anvendes i konkrete tilfeller og ikke minst *hvordan*.»

<sup>1034</sup> For de som praktiserer en form for fasadelegitimasjonstese, spørres det vel om tvilen blir borte ved at dommeren skriver en annen begrunnelse – hvorfor skulle ikke den også være *falsk*? Dommeren skriver ett verdiargument her ja, men det er jo ikke sikkert det var det som egentlig var avgjørende.

faktisk forekommende som kommer i tillegg til de andre rettskildene.<sup>1035</sup> Om vi ikke står fritt (som er en besnærende illusjon), er vi i alle fall ikke kun bundet til én mast, og det er mulig å gripe an vurderingenes rolle i rettsanvendelsen – og avtaletolkningen – på andre måter.

### 5.2.3 Tvekamp

«Avtalstolkningen är höggradigt motståndskraftig mot systematisering.»<sup>1036</sup>

Fordi ordet «vurderinger» kan romme så mye forskjellig, og siden hver forfatter har sitt eget system for hvordan ulike vurderingsaspekter behandles, er det ikke mulig å gi noen entydig eller fyllestgjørende fremstilling av hvordan vurderingene blir behandlet i avtaletolkningslitteraturen. De fleste holder seg imidlertid med rimelighetsvurderinger av noe slag, en type vurderinger som kan skilles ut fra resten av prosessen.<sup>1037</sup> Typisk deles disse opp i individuelle eller partsspesifikke hensyn som stammer fra det enkelte avtaleforholdet, og mer generelle betraktninger som hentes annensteds fra, gjerne fra generelt rettsstoff.<sup>1038</sup> For mitt formål, er det imidlertid ingen grunn til å analysere hver og en fremstilling, eller gjøre atter et forsøk på å dechiffrere, analysere og systematisere Høyesteretts praksis. Ved å sette to teoretikere med diametralt forskjellige oppfatninger

---

<sup>1035</sup> Jeg mener ikke å hevde at alle ser for seg de reelle hensynene på denne måten. (Kinander gjør det for eksempel ikke.) Det er omtrent like mange forklaringer på hva reelle hensyn er, som det er jurister som har skrevet om saken. Jeg viser her til den tingliggjøringen jeg mener å spore hos Eckhoff, og som mange andre igjen bygger på, hvor de reelle hensynene altså kan føres opp som faktorer på linje med andre faktorer.

<sup>1036</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 23.

<sup>1037</sup> Noen behandler under rimelighetshensyn det andre behandler som tolkningsmomenter, og atter andre igjen kaller det betraktninger av ulike slag. Se eksempelvis Huser, *Avtalstolkning*, s. 508, som skriver om ulike hensyn som juridiske retningslinjer, Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 279 flg., som skriver om fire undergrupper av tolkningsmomenter (lovkonform tolkning, operasjonshensyn, rimelighetsbetraktninger og lojalitetsbetraktninger), Woxholth, *Avtalerett*, s. 428 flg., som skriver om bruk av reelle hensyn, herunder konsekvensorienterte vurderinger, rimelighetsbetraktninger, lojalitetshensyn og samfunnsmessige hensyn, og Høgberg, *Kontraktstolkning*, gir rom for reelle hensyn i de ulike tolkningsstilene, eksempelvis for den risikobaserte stilen nevnes forutsetningsgodtro- og lojalitetsbetraktninger til den risikobaserte tolkningsstilen, se s. 238. Det hadde for så vidt vært interessant å sammenligne ordbruken og hva de enkelte la i begrepene sine, men det må vi la ligge siden det er det vurderende elementet i seg selv vi har i kikkerten.

<sup>1038</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtalstolkning*, s. 508: «'Partshensynene' (...) er knyttet til den konkrete avtale og avtalens parter. Dette er det 'laveste' planet. De mer generelle hensyn, som i mangel av noe bedre er kalt 'rettshensyn' (...), bunner i et alminnelig ønske om å se all konkret rettsanvendelse i forhold til annen rettsanvendelse og rettssystemet i sin helhet. På det 'høyeste' planet kommer alminnelige 'samfunnshensyn' inn (...). Rettsanvendelse er en samfunnsmessig sett viktig oppgave med konsekvenser for forholdene i og utviklingen av samfunnet. Det er derfor en både naturlig og utbredt oppfatning at visse samfunnsmessige hensyn blir tatt ved all rettsanvendelse – herunder også ved avtaletolkning.»

opp mot hverandre i en slags *tvekamp*, ønsker jeg å vise at den norske reelle hensyn-tankegangen som gjennomsyrrer teorien, ikke nødvendigvis er den som best beskriver tolkningens iboende vurderende karakter.

Forfatterne jeg her velger å gjøre til motstandere, Kristian Huser og Joel Samuelsson, representerer i utgangspunktet bare seg selv, men jeg lar dem også representere to motpoler med hensyn til hvordan vi forstår vurderingenes rolle ved avtaletolkning.<sup>1039</sup> Nå er det imidlertid slik at Husers og Samuelssons prosjekt i utgangspunktet ikke lar seg sammenligne. Man kan ikke sette Husers forståelse av juridiske retningslinjer opp mot Samuelssons, for sistnevnte tilbyr ikke noe slikt. Samuelssons fremstillinger preges av at han nettopp ikke behandler tolkningsteorier, tolkningsmomenter, tolkningsregler eller retningslinjer for tolkningen for seg, men av at han utfordrer slike fremstillinger.<sup>1040</sup> Det jeg derimot kan gjøre, er å holde Husers forståelse av vurderingene som foretas i hans fremstilling av juridiske retningslinjer, opp mot noen av Samuelssons beskrivelser av tolkningsvirksomheten hvor vurderingene inngår.<sup>1041</sup>

Huser sorterer rimelighetsvurderingene under det han kaller juridiske retningslinjer, og sier eksplisitt at dette er det vi kjenner som reelle hensyn fra rettskildelæren:

«'Rimelighetshensynet' har allerede vært antydnet som et typisk eksempel på en juridisk retningslinje. Uten her å gå nærmere inn på de forskjellige juridiske retningslinjer som kan tenkes, kan det med en gang fastslås at rettskildelærens '*reelle hensyn*' står sentralt også i avtaletolkingslæren. Dette er vurderinger at 'hva som er rettferdig, rimelig eller formålstjenlig etc.'»<sup>1042</sup>

---

<sup>1039</sup> Et ganske opportunistisk trekk, jeg innrømmer det. Som leseren allerede vet utmerket godt, har jeg selv latt meg overbevise av Samuelssons «antiteorier». Ved å stille Samuelsson opp mot Huser, heller enn å selv gå i rette med ham, lar jeg noen andre gjøre jobben – og kampen er rigget, alle skjønner hvem som kommer seirende ut av min behandling. Likevel, jeg lar det stå til fordi det er mitt prerogativ som forfatter.

<sup>1040</sup> Husers tolkningslære er bygd opp rundt tolkningsstandard, faktisk referanseramme, retningslinjer og supplerende tolkningsregler, se Huser, *Avtaletolkning*, s. 86.

<sup>1041</sup> Utdragene som benyttes er hentet fra noen ganske få sider fra hver av deres bøker, men representerer slik jeg ser det, hver av dem godt.

<sup>1042</sup> Huser, *Avtaletolkning*, s. 92, med videre henvisning til Eckhoff. Innenfor disse tre typene behandles operasjonshensynet, formålshensyn, hensyn til konsekvensene for den øvrige rettsanvendelsesprosess, rettferdighetshensyn, hensyn til tolkningspraksis, hensynet til bakgrunnsretten, hensynet til (god) praksis, sedvane eller skikk og bruk, samfunnsøkonomiske hensyn og andre samfunnshensyn. Slik Huser, *Avtaletolkning*, s. 89, ser det, er retningslinjene for avtaletolkning hentet fra den alminnelige rettskildelæren: «*De juridiske retningslinjer* er av en annen karakter [enn de språklige]. Disse springer ikke ut av språket, men av den juridiske metode, og utgjør derfor et særegent element ved juridisk tolking i forhold til annen tolking. Sagt på en annen måte er det særegne avtaletolkningens (og annen juridisk tolking) karakter av

Huser innrømmer at det ikke er mulig å gi noen uttømmende opplister av mulige retningslinjer, men har i rettspraksis funnet frem til tre kategorier – partshensyn, rettshensyn og samfunnshensyn.<sup>1043</sup> Samuelsson på sin side, hevder at det ikke finnes vurderinger som sådan:

«Ty, att vara jurist betyder: Att i sitt handlande konsekvent sätta sig över distinktionen mellan den rättsliga textens innebörd och det enskilda avgörande. Vi rör oss obehindrat från text til fall, och när vi gör det gör vi anspråk på att våra omdömen står i överensstämmelse med rättens krav. (Det finns ingenting sådant som 'värderingar som sådana.）」<sup>1044</sup>

Motpolene er etablert; der Huser skiller vurderingene ut som noe eget i tolkningsprosessen, noe som lar seg konkretisere, mener Samuelsson at det ikke er mulig. Det betyr ikke at den ene tror at det foretas vurderinger, og den andre ikke. Selvsagt vurderes det, ingen klarer å forklare tolkning uten tolkning. Det er bildene og forklaringsmodellene de bruker til å vise vurderingenes rolle i avtaletolkingen som er forskjellige. Mest kjent er kanskje Huser for dette språklige bildet:

«De teoretiske fremstillinger om avtaletolking hos oss går sjelden noe særlig lengre enn til å ramse opp en del 'tolkningsmomenter', som har vært tillagt vekt i praksis. Dette er nærmest en slags 'black box'-metode: Man tar en rekke 'tolkningsmomenter' og mater inn i en ikke beskrevet prosess (en 'black box') og ut kommer på et underfundig vis det ferdige tolkningsresultat.»<sup>1045</sup>

Hvorpå Samuelsson, etter å ha sitert første setning av dette sitatet, skriver:

«Ja, men det beror på att det *inte är möjligt* att gå längre.»<sup>1046</sup>

Og til siste del av sitatet, et annet sted, skriver Samuelsson:

---

*rettsanvendelse*. Dette innebærer bl.a. at alminnelige 'rettskildesprinsipper' kommer til anvendelse (...). Rettskildesprinsippene formuleres i moderne rettsteori som 'retningslinjer', som utpeker visse hensyn eller faktorer som relevante – og andre som irrelevante.» Typisk nok, fremgår det samme sted i n. 172: «Som påpekt nettopp ovenfor, står imidlertid noen språklige retningslinjer i en viss mellomstilling, nemlig de språklig-juridiske. Disse kan forankres både i selve språkbruken og i juridisk metode. I realiteten kan man derfor i noen grad si at det er tale om en flytende overgang.»

<sup>1043</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, s. 507-508.

<sup>1044</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 101.

<sup>1045</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 37.

<sup>1046</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 79 n. 193.

«Jag tar avstånd från den hållning till grundproblemet som Kristian Huser sätter ord på när han i sin stora tolkningsmonografi talar om en avtalstolkningens *black box* – tolkningsunderlag in, tolkningsunderlag ut och vad som händer däremellan, inne i lådan, är okänt. Min ståndpunkt är, att det helt enkelt inte finns någon låda.»<sup>1047</sup>

Mens Husers prosjekt går ut på å avdekke hvilke vurderinger som egentlig foregår i avtaletolkningsprosessen for å kunne lage bedre retningslinjer, går Samuelssons prosjekt ut på å vise hvordan tolkning er en praktisk kunst som ikke lar seg artikulere i teorien, i regler. Det er ulike premisser som ligger til grunn hos «debattantene».<sup>1048</sup>

For Huser er det ikke godt nok å si at retningslinjene må harmoniseres eller avveies mot hverandre. Antallet kombinasjonsmuligheter og variasjonsmuligheter med hensyn til omstendigheter i de konkrete sakene, tilsier at «[s]ystematisk sett vil et slikt opplegg være ganske håpløst».<sup>1049</sup> Forklaringsmodellen Huser tilbyr er en «*analytisk abstraksjon*», et hjelpemiddel for tanken som ikke kan verifiseres, men som han mener ikke er helt uforenelig med vanlig praktisk angrepsmåte, selv om:

«(...) problemene i praksis selvsagt håndteres mer ureflektert og mindre systematisk. Vi er her imidlertid utenfor det område, hvor det er særlig meningsfylt å tale om 'gjeldende rett'. Hovedpoenget må være å forsøke å finne frem til en mest mulig pedagogisk måte å beskrive problemene på – samt et teoretisk tankeskjema, som inneholder de komponenter som er nødvendige for å kunne treffe beslutninger som er innenfor området for gjeldende rett. Et vesentlig siktemål med fremstillingen her må nettopp være å forsøke å beskrive metoden for avtaletolking hos oss ved hjelp av et slikt tankeskjema. Har man først innlært metoden, vil man i praksis alltid kunne tillempe den til de praktiske behov.»<sup>1050</sup>

Praksis er ureflektert, ifølge Huser, og teorien må gi en hjelpende hånd. Ikke overraskende ser Samuelsson annerledes på saken, for ham er det teorien som blir klumpete og uhåndterlig i møte med den praktiske virkeligheten:

---

<sup>1047</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 193. Også Høgberg har skrevet om Husers «black box», og hevder at selv om Husers tolkningslære gir «tolkningsprosessen et tema», blir ikke avveiningstemaet borte, «her er det tale om å gjenfinne mindre sorte bokser», se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 88. Om «black box»-metaforen, se også Somby, *Juss som retorikk*, s. 34, med videre henvisninger.

<sup>1048</sup> Jeg tror det er trygt å si at førstnevnte bygger videre på rettsrealistisk tankegods, mens sistnevnte skriver i en hermeneutisk tradisjon, uten at det nødvendigvis ligger et stort poeng i merkelappene.

<sup>1049</sup> Se Huser, *Avtaletolking*, s. 548.

<sup>1050</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 549.



«Att resonera kring grunderna för en given mänsklig verksamhet är någonting annat än att utöva densamma. En avgrund skiljer till exempel diskussionerna kring den juridiska metodläran – rättskällehierarkin, uppdelningen i rättsfaktum och rättsföljd, distinktionen mellan objektiv, subjektiv och teleologisk metod, etc, osv – från handterandet av faktiska konkreta rättsfrågor. Vi lärde oss inte juridik genom att tillägna oss metodlärans begrepp; dessa spelar ingen avgörande roll när vi tar ställning i juridiska frågor; de framstår som klumpiga och ohandterliga när de kontrasteras med verklig juridisk argumentation; och skulle vi försöka att faktiskt använda dem som juridiska verktyg skulle vi bryta mot spelets regler – för det är inte så vi talar och skriver juridik.»<sup>1051</sup>

Jo lenger vi trenger inn i hver av forfatterens skildringer, dess større ser det ut til at avstanden dem imellom blir. Ifølge Huser kan man nærmest gå matematisk til verks ved anvendelsen av retningslinjene:

«Man kan tenke seg at hvert enkelt tolkingsalternativ gis et tall – positivt eller negativt – for hver enkelt retningslinje. Dette tallet gir uttrykk for tolkingsalternativets *vekt* med hensyn på den aktuelle retningslinje, med andre ord i hvilken grad retningslinjen taler for eller mot tolkingsalternativet. Ved å summere samtlige vekttall for alle retningslinjene fremkommer tolkingsalternativets *totalvekt*. De forskjellige tolkingsalternativers totalvekter kan gi en pekepinn på hvor sannsynlige alternativene er (under en subjektiv tolkingsstandard), eller hvor ‘normale’ eller ‘fornuftige’ de er (under en objektiv standard). (...) Vi kan tenke oss at vekttallet er et produkt av 3 størrelser, dvs. at det fremkommer ved at vi multipliserer disse størrelsene med hverandre. De tre størrelsene kan vi kalle *egenvekt*, *situasjonsbestemt vekt* og *virkningsgrad*.»<sup>1052</sup>

Vekten er en av jusens yndlingsmetaforer.<sup>1053</sup> Vi kjenner den fra bildet av fru Justitia, og vi bruker vektterminologi i rettskildelæren hvor deler av argumentasjonen forklares

<sup>1051</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 113.

<sup>1052</sup> Huser, *Avtaletolking*, s. 549.

<sup>1053</sup> Henvisninger her anser jeg for å være overflødig, men les gjerne Somby, *Juss som retorikk*, s. 34-35: «[Vekten] tar utgangspunkt i at i tilfeller av motstrid mellom rettslige argumenter bør disse veies mot hverandre. Dermed driver vi jurister og avveier ulike argumenter mot hverandre og legger avgjørende vekt på dette og hint argument. Vektmetaforen er meget spennende. Den er sentral i en av de eldste skrifter som den vestlige sivilisasjon kjenner – den Egyptiske Dødeboken (fra ca. 2100 f.Kr.). Når dommen over de døde skal felles i det hinsidige, beskriver Dødebokens 125. kapittel prosedyren i den ‘dobbelte rettferdighetens hall’. Der troner *Orisis* – ‘herren over begge sannhetene’. Foran ham står *Horus-sønnene*. Bak ham står *Isis* og *Neftys*. Med seg har han 42 dødsdommere. Foran *Orisis* står vekten, som betjenes av *Anubis* med hundehode. På vekten blir den døde hjerte veid mot en fjær fra gudinnen *Maat*, som hersker over sannhet, orden og rett. Hjerte og fjær må være helt i likevekt. Foran vekten står *Thot* med ibishode, gudenes skriver, som fastholder resultatet og melder fra til *Orisis*. Under vekten lever et uhyre som kalles slukeren. Det har krokodillesvelg og en kropp sammensatt av flere dyr. Hvis den døde ikke består prøven, styrter

som avveiningsøvelser mellom kilder, prinsipper, momenter eller argumenter. Men Huser drar den lenger – i sitatet over holder det ikke med den overordnede metaforen, vi må også se for oss at vi summerer og multipliserer (alle skjønner jo at det ikke faktisk skal gjøres på en kalkulator). Mens Huser altså, på vegne av den praktiske tolkningen, ser et behov for teoretiske skjemaer, intrikate utregninger og analytiske abstraksjoner, er Samuelsson av en helt annen oppfatning:

«Praktiken vilar inte på teorin – åtminstone inte utanför de sammanhang i vilka praktikens teoretiska legitimitet diskuteras; i en teoretisk text, på ett akademiskt seminarium och liknande. Att döma, till exempel, är att handla. Att fälla ett juridiskt omdöme är, rent generellt, att handla. Detta handlande inbegriper förvisso formulerandet av skäl, av ett juridiskt resonemang, men vi når inte fram till skälen genom att i ett första steg tillämpa rättsteoretiska resonemang eller metodologiska principer. Vi handterar helt enkelt rätten, reglerna. Det finns, såvitt vi vet, inga andra ordningens regler som talar om för oss hur detta skall gå till. Vi utövar vårt juridiska omdöme, och om vi därvid tillämpar någonting, utöver rätten, så är det den kunskap vi tillägnat oss genom vår juridiska träning och erfarenhet.»<sup>1054</sup>

Der Huser ser ut til å mene at tolkningsprosessen er noe mystisk vi må forsøke å trenge igjennom (en *black box*), avsløre, systematisere og få inn i teoretiske skjemaer, hevder Samuelsson at metoden ikke er en oppskrift som kan følges i praksis:

«Genom på detta sätt ge praktiken företräde i metodfrågor – och här rör vi oss ju inom ramerna för det ‘romantiska tänkandet’, bestämt enligt ovan – hamnar som synes *handlandet som sådant* i fokus, och detta förstår vi som motsatsen til *resonerandet om handlandet*. Med ett sådant metodbegrepp blir ‘metoden’ någonting helt annat än ett *recept* för handlande (metoden får inte den betydelsen, inte den vikten).»<sup>1055</sup>

Huser og Samuelsson kan egentlig ikke sammenlignes, men så kan de det allikevel.<sup>1056</sup> Ved å lese utdrag av hver deres fremstillinger opp mot hverandre, blir det tydelig at de

---

slukeren seg over den døde og sluker ham. På bakgrunnen av den slående likhet denne beskrivelsen har med en moderne rettsprosess, er det et fascinerende spørsmål om vektmetaforen har fulgt rettstenkningen og rettspraktiseringen helt siden Dødebokens dager.»

<sup>1054</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 113.

<sup>1055</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 113. Se i den forbindelse hva Askeland, *Eckhoffs rettskildelære under press*, s. 117, skriver om hvordan metodelærer gjerne oppfattes: «Eckhoffs deskriptive prosjekt oppfattes lett som en oppskrift på hvordan man løser rettsspørsmål.»

<sup>1056</sup> Til den som måtte mene at Huser og Samuelsson skriver om «forskjellige typer vurderinger», at Samuelsson kanskje argumenterer mer mot tolkningsprinsipper (eller andre retningslinjer for rettsanvendelse) enn mot reelle hensyn, og at utdragene av den grunn ikke kan sammenlignes, er

ikke skriver på samme premisser, de deltar i forskjellige «språkspill».<sup>1057</sup> Det er som om de virker i to ulike rettsteoretiske univers, hvor det ikke er mulig å plukke «det beste av begge verdener», eller finne frem til et pragmatisk mellomstandpunkt. Kjøper man Husers fremstilling av *black box*-problemet og behovet for det teoretiske tankeskjemaet, virker antakelig Samuelssons fremstillinger som metafysisk nonsens. Dersom Samuelssons forståelse resonnerer best hos leseren, må Husers analytiske abstraksjoner virke minst like absurde.

Hvis man holder seg til Husers forståelse, kan vurderingene altså skilles fra det rettslige materialet og gjøres om til produkter og rettskildefaktorer som kan tilføres tolkningen ved behov, i en regelstyrt prosess som endog kan forklares i matematiske termer. I Samuelssons forståelse er det er ingen retningslinjer som styrer, og vurderingene er ikke noe som kan velges til eller fra; vurderingene er innbakt i tolkningsbegrepet og viser seg i håndteringen av tolkningsmaterialet.

Med ett er vi tilbake i forståelsen av tolkningsbegrepet. Mener man for eksempel at tolkning egentlig er språkvitenskap, logikk og psykologi (eller bevisspørsmål), fremstår det naturlig at det må tilføres et vurderende element – reelle hensyn, rimelighetsbetraktninger eller lignende (rettslige vurderinger). Mener man derimot at tolkning handler om å, på bakgrunn av det konkrete materialet, avgjøre hva partsviljen går ut på, må vurderingene naturligvis inngå i tolkningsbegrepet. En fordel med Samuelssons fremstilling er nettopp at den hegner om avtalens normativitet. I Husers fremstilling, blandes og multipliseres samfunnshensyn, rettshensyn og partshensyn sammen, og siden enhver avtaletolkningstvist nødvendigvis inneholder uklarheter, er det fare for at vi dermed tyr til den rettslige normativiteten for tidlig.<sup>1058</sup>

For min del ble det derfor nødvendig å ta et mini-oppgjør med de reelle hensynene, og vise farene med å skille vurderingene ut fra tolkningsaktiviteten (enten det er avtaler eller annet materiale). Alternativet innebærer å ta vurderingene inn i tolkningsbegrepet igjen. Så kan man spørre hva denne manøveren tjener til, er det ikke likegyldig hvor vi

---

det å si at allerede ved å argumentere for at man kan dele opp «vurderingene» på den måten, har man tatt standpunkt til mye. Se også Lilleholt, *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 55, som kaller avtaletolkningsregler for «ferdighunta reelle omsyn». Se for øvrig punkt 5.3.

<sup>1057</sup> Språkspill er et begrep hentet «utenfra» og som gjerne forbindes med Wittgenstein, se eksempelvis Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 134 og s. 461.

<sup>1058</sup> Ved å skille vurderingene fra tolkningsbegrepet, gis den generelle rettslige normativiteten innpass lenge før vi ville kalt det utfylling ved at vi kaller dem *rettslige overveielser* – og lar de reelle hensynene følge med på lasset (en slags følgeskade).

plasserer vurderingene så lenge vi er enige om at rettsanvendelse er en vurderende virksomhet?

Nå kan det være greit å minne om historiefortellingen vi er oppfostret med, den om at det vurderende elementet er noe vi i moderne tid har lagt til den tidligere så primitive tolkningen.<sup>1059</sup> Etter å ha skrevet om tolkning i «gamle dager» som smålig bokstavtolkning, og tolkende i snevreste forstand, skriver Stang om dagens (det vil si tidlig på 1900-tallet) tolkningsvirksomhet:

«Et v u r d e r i n g s m o m e n t skyter sig altså inn ; det er i stor utstrekning en b e s l u t t e n d e virksomhet dommeren utøver.»<sup>1060</sup>

Dersom man hevder at vurderinger er noe som kan *legges til* tolkningen, sier man samtidig at det er mulig å tolke *uten* å vurdere. Tanken er direkte skummel, og jeg mener den er feil.<sup>1061</sup> Vurderingene har alltid vært der; ved utøvelse av juridisk virksomhet er tolkning navnet på vurderingene som foretas. Slik jeg ser det, innebærer idéen om reelle hensyn derfor en nedvurdering av tolkningskunsten og en mistenkeligjøring, heller enn en avsløring, av den juridiske virksomheten. Når vi tolker, er det meningen i avtalen vi skal frem til, og når vi skriver ned tolkningen, er begrunnelsen (domspremissene) tolkningen. Tankeprosessene forut for, og inne i hodet på avtaletolkeren, er oss uvedkommende på samme måten som den faktisk-psykologiske partsviljen er det.<sup>1062</sup> Det er meningen i begrunnelsen som er det interessante, og det er derfor det er viktig at begrunnelsen som gis er god.<sup>1063</sup>

---

<sup>1059</sup> Se blant annet over i punkt 4.1.2.

<sup>1060</sup> Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 448.

<sup>1061</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 93 n. 240, som etter å ha sitert Stangs historiebeskrivelse skriver: «Nej, vill jag säga, värderingsmomentet har inte tillkommit, utan alltid funnits där. Det är inte en faktisk utveckling Stang beskriver, utan en växling i det vetenskapsideologiska modet (förvisso i sig nog så faktisk).»

<sup>1062</sup> Se i den forbindelse også Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, s. 31: «Jeg er for min del i tvil om hvor mye vi egentlig finner bak det juridiske språket – om det så å si ‘utenfor teksten’ eksisterer en psykologisk eller emotiv realitet vi kan si særlig mye om. Jeg tror det er mer å si om enhver tekst enn det forfatteren la i teksten, men det vi da tilbyr er alternative rekonstruksjoner eller fortolkninger; nye språklige tilnærminger som ikke bør forstås som en avdekking av et virkelighetsnivå tekstforfatteren skjuler for oss eller som er skjult for ham selv også.»

<sup>1063</sup> For at partene og andre lesere av domsbegrunnelser skal forstå tolkningsresonnementet, bør selvsagt avtaletolkeren legge seg i selen når begrunnelsen skal skrives. Både den som sender budskapet og den som mottar det, er prisgitt språket. En tolkning av en tolkning (eksempelvis når avtaletolkingsteorien tolker høyesterettspraksis), er bare det, én tolkning. Å forutsette at tolkningen ikke egentlig gir uttrykk for det som er vektlagt i tolkningen, fasadelegitimasjonstenes, er direkte urettferdig. Ingen tekster bør tolkes under den forutsetning av at det som står der ikke er «sant».

Hvis tolkning *er* vurdering, hva kan sies om utøvelsen av virksomheten? Hvordan kan man være sikker på at (avtale)tolkeren gjør en riktig vurdering?

## 5.3 Regler om regler

### 5.3.1 Tolkningens dilemma

«Det sies undertiden at det ikke lar sig gjøre å oppstille *regler* om lovfortolkning. Andre hevder derimot at også lovtolkningen er undergitt rettsregler. Atter andre hevder at der nok finnes regler om lovfortolkning, men de er ikke rettsregler.»<sup>1064</sup>

Tolkningens dilemma er dette: Ingen kan stille opp entydige regler for (avtale)tolkning, i beste fall blir det vage retningslinjer eller abstrakte postulater. Likevel ser det ut til at vi er utstyrt med en nærmest forhåndsprogrammert innstilling til å, så langt det lar seg gjøre, forsøke å oppstille generelle føringer.<sup>1065</sup> Enhver avtaletolkning må nødvendigvis være konkret, og samtidig *ønsker* vi å si noe generelt om hvordan den skal foregå. Høgberg skriver:

«I en viss forstand har hver dom der tolkningsspørsmål oppstår sin tolkningsstil, men en slik holdning ville ikke være til særlig hjelp for den som ønsker oversikt over fortiden.»<sup>1066</sup>

Også her balanserer avtaletolkningen mellom det individuelle og det generelle – den individuelle normen vi skal frem til, og de generelle normene for fremgangsmåten som

---

<sup>1064</sup> Augdahl, *Rettskilder*, s. 87.

<sup>1065</sup> For å gjenta et sitat jeg viste til innledningsvis, i n. 21, Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 40: «Det tycks vara ett faktum att rättsvetenskapen inte kommer någonstans med tolkningsproblemen, men svårigheten är, tror jag, i allt väsentligt självförvallad. Skulle det inte kunne vara så: Vi står framför en vägg, som man kan *gå runt*, istället för in i, för sjuttioelfte gången? Det finns under alla omständigheter goda skäl att se saken på det sättet.» Om tolkningens dilemma se også Madsen, *Aftalefunktioner*, s. 62, som skriver: «Forekomsten af fortolkningsregler leder som angivet til en vis normalisering eller standardisering af fortolkningsvirksomheden. Det må da også være klart, at en vis regelmæssighed i fortolkningen er påkrævet, hvis man ikke skal ende i det helt frie dommerskøn. Omvendt rummes der dog heri en fare for, at det enkelte tilfældes særegenskaber ikke i tilstrækkelig grad tilgodeses. Dette er f.s.v. fortolkningens dilemma», med videre henvisning til Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 219 og 249.

<sup>1066</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 20.

vi søker å oppstille.<sup>1067</sup> Hvordan skal man som avtalerettsteoretiker forholde seg til dilemmaet? Høgberg reflekterer rundt spørsmålet:

«(...) det kan problematiseres hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, Høyesterett *bør* se seg tilbake i avtaletolkningsspørsmål. En eventuell frihet på dette punkt, vil imidlertid gjøre læren om tolkningsstiler mindre presis, ettersom fortidens tolkningspraksis i så fall ikke binder fremtidens praksis»<sup>1068</sup>

Spørsmålet om prejudikatsverdien for avtaletolkningsdommer, går rett i kjernen på problemet.<sup>1069</sup> Skal man forholde seg til tidligere tolkninger, la de være retningsgivende, eller ikke? Høgberg selv konkluderer i samme åndedrag som problemstillingen reises:

«Jeg ønsker ikke radikal frihet for dommerne, med den rettsusikkerhet dette medfører for borgerne. Innsikt i rettsystemet skal gi grunnlag for – innenfor visse rammer – å forutse de fremtidige konsekvenser av nåtidens valg.»<sup>1070</sup>

Fordi valget som settes opp står mellom «radikal frihet» og «rettsusikkerhet» på den ene siden, og grunnlag for «å forutse de fremtidige konsekvenser av nåtidens valg» på den andre siden, gir svaret seg selv. Å la være å drøfte en problemstilling fordi et eventuelt resultat av drøftelsen ikke ville være akseptabelt, er likevel en spenstig avgjørelse. Jeg mener det kan være interessant å forfølge problemstillinger som den Høgberg her trekker frem – både om man bør følge tidligere dommer, og dessuten også om det lar seg gjøre å fange en praktisk virksomhet i (teoretiske) regler.

Hvis jeg har klart å få leseren med på at det som til nå er sagt, er de følgende undersøkelsene for så vidt overflødig. Hele avhandlingen handler om at tolkning er en utpreget konkret og praktisk øvelse, og av den grunn følger det at tolkningen ikke kan være styrt av generelle normer. Enhver generell antakelse om hvordan tolkningen skal foretas, står i direkte motstrid til avtaletolkningsens vesen – som er å søke meningen i det konkrete avtaleforholdet. Så inngrodd som forestillingene er om at det er normer

---

<sup>1067</sup> Spenningsforholdet mellom det individuelle og det generelle var også et gjennomgangstema i kapittel 4.

<sup>1068</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 21.

<sup>1069</sup> Se også Høgberg, *Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon*, s. 153: «På samme måte som det er hevdet at prejudikatlæren ikke omfatter utsagn om rettskildelæren, kan det hevdes at prejudikatlæren ikke får direkte anvendelse på utsagn vedrørende tolkningslæren. Når teorien reflekterer over avtaletolkningsnormenes innhold, dreier det seg i høy grad om dannelse av relativt vage utgangspunkter og hovedregler basert på en flerhet av dommer.»

<sup>1070</sup> Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 22.

som styrer den juridiske virksomheten, tror jeg likevel det er på sin plass med noen ytterligere refleksjoner. Først tar vi turen innom den generelle metodelæren.

### 5.3.2 Inn i kontrollerte former

«I dagens norske rettskildelære er mange opptatt av rettskildenormer, men ikke av normers ontologi. Man er glad i sine metaforer, men sjelden kritiske til disse.»<sup>1071</sup>

I tillegg til de reelle hensynene, som skal bringe vurderingene frem i lyset, kan vi i metodelæren også lese om normer for å styre vurderingene – *rettskildeprinsipper*. Tanken er den, tror jeg, at man ser for seg en avstand mellom regel og sak som rettsanvenderen må forsere ved rettsanvendelsen. Rettskildene (eller avtalen) besvarer ingen spørsmål, kildene har ingen kraft, og det er i *realiteten* opp til rettsanvenderens egne vurderinger å avgjøre saken.<sup>1072</sup> Dette bildet vekker uro blant jurister. For hvis juristen bare kan ture frem og la de individuelle vurderingene ta overhånd, borger det for vilkårlighet, urettferdighet, tilfeldig skjønnsutøvelse og ... *anything goes!*<sup>1073</sup> Derfor, ser man for seg, må fremgangsmåten styres av *noe*. Løsningen blir å forsøke, så langt det lar seg gjøre, å lage overordnede normer for den juridiske dømmekraften, *rettskildeprinsipper* (eller *tolkningsprinsipper* for avtaletolkningen).<sup>1074</sup> Nygaard beskriver dem slik:

---

<sup>1071</sup> Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, s. 137.

<sup>1072</sup> Rettskildebegrepet er kritisert nettopp av den grunn at bildet gir inntrykk av at retten kan øses opp fra kilder, se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 19, Bernt, *Hva skjedde med rettsrealismen*, s. 145, og Kinander, *Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?*, s. 339. Om rettskildemetaforen skriver Somby, *Juss som retorikk*, s. 33: «Antakelig er denne metaforens opphav hentet fra den klassiske retorikk. I den klassiske retorikk hadde man den metaforiske forestilling at argumenter kunne lokaliseres fra ulike steder – fra såkalte loci. Jeg tror at én måte å uttrykke dette billedlig på, var at argumenter kunne hentes fra ulike kilder.» Ifølge Michalsen, *Dannelsen av de moderne rettskildeteorier*, s. 231, er: «Ordet 'rettskilde' [...] ingen selvfølge, og det har heller ingen lang historie i det europeiske juridiske vokabular.» Michalsen skriver videre, samme sted, at begrepet har en viss forhistorie, men at inntoget av denne termen skjedde på 1800-tallet, og det norske ordet særlig bygger på det tyske *Rechtsquelle*. Når det først ble introdusert, «bidro rettskildetermen til å strukturere den juridiske argumentasjonen» og «rettskildetermen [bidro] også til å konseptualisere viktige sider ved rettssystemet selv». Om rettskildebegrepet se også Björne, *Nordisk rättskällelära*, s. 18 flg.

<sup>1073</sup> *Anything goes* er en negativ karakteristikk enhver metodelære som kapitulerer innenfor spørsmålet om det finnes regler eller retningslinjer for tolkningen, risikerer å bli møtt med.

<sup>1074</sup> Se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 15, som skriver at de fleste føler seg bundet av «normer som vi kaller rettskildeprinsipper. Disse gir anvisning på hva som er nødvendig og hva som er tillatt å ta hensyn til når man løser rettsspørsmål. Og de gir antydninger om hvilken vekt de

«Det er prinsipp som styrer den rettslege argumentasjonen, og kan inndelast i tre grupper: Kva som må til for å bli rettskjeldefaktor, kva som må til for at den kan gi grunnlag eller bidrag til løysing av rettssspørsmål, og prinsipp for den innbyrdes vektning og harmonisering av dei aktuelle bidrag fram til det endelege standpunktet. Rettskjeldeprinsippa styrer altså først og fremst *bruken* av rettskjeldefaktorane.»<sup>1075</sup>

Rettskildeprinsippene sies å være normer av en annen karakter enn vanlige regler, *metanormer*.<sup>1076</sup> Formålet med dem er å *styre* bruken av rettskildene, tette gapet mellom regel og sak.<sup>1077</sup> Men de når dessverre ikke helt frem.<sup>1078</sup> Det blir alltid en udefinerbar,

---

forskjellige hensyn skal tillegges.» Se også Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 329: «Som et overordnet utgangspunkt kan det sies at rettslig argumentasjon er basert på og bestemt av visse normer som angir hva det juridiske kommunikative fellesskapet anerkjenner som akseptabel eller holdbar argumentasjon i rettslige sammenhenger.»

<sup>1075</sup> Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 31.

<sup>1076</sup> Tidvis beskrives rettskildeprinsippene som om de befinner seg i etasjen over rettsreglene og rettskildedefaktorene, se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 16: «Rettskildeprinsippene utgjør en viktig del av rettssystemet. Men det er ikke vanlig å kalle dem rettsregler – ihvertfall ikke hvis de er uskrevne. De ligger i et annet plan enn rettsreglene fordi det er ved hjelp av rettskildeprinsipper man tar stilling til hvilke rettsregler man har og hva de går ut på. Et bilde som undertiden har vært brukt, er at rettskildeprinsippene befinner seg i etasjen over rettsreglene. Men man burde kanskje heller si at de befinner seg i rommet bakenfor – for de trenger ikke å ha høyere rang enn rettsreglene: De kan – ihvertfall i en viss utstrekning – endres ved slike lover som det er nevnt eksempler på ovenfor.» Se også Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 31-32, som også viser til kritikk av etasjelignelsen; noen mener rettskildeprinsippene befinner seg i et siderom, og andre i etasjen under rettskildedefaktorene. Og Boe, *Innføring i juss*, s. 145: «Ettersom rettskilderegulene er felles for hele rettssystemet, sier de hvordan du må resonnerer for å finne ut hva som er gjeldende rett i de juridiske fagene. Med det skiller rettskilderegulene seg fra andre rettsregler. De er *normer om normer*, ikke normer om faktum. Derfor kalles de metanormer ('meta' henspiller på at de ligger 'over' (eller bak) normene).» Ikke alle har like mye sansen for bildet, se eksempelvis Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, s. 137: «Det er et vanlig bilde at rettskildene er metanormer som befinner seg i 'etasjen over' eller i 'rommet bak' rettskildene, som vi så bruker til å finne og tolke rettskildene, for deretter å lage de materielle rettsreglene (et tredje nivå, og nærmest en slags søppelkjerler, for rettsreglene er jo kun 'hjelpetastjoner for tanken' som kastes når saken er over). Man bruker mye plass på vage antydninger om gjenstandene som skal befinne seg i rettskildene etasje (retningslinjer om relevans, slutninger og vekt, prinsipper av den klassiske typen), men få bryr seg med hvor rommet befinner seg eller hvor vinduene er eller hvor nøkkelen er blitt gjemt og glemt.»

<sup>1077</sup> Se eksempelvis Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskildelæra*, s. 361: «(...) det er vanleg å oppfatta eit *rettskjeldeprinsipp* som ein type rettsnorm eller rettsregel. Funksjonen til prinsippet er å styra den rettslege argumentasjonen», med vidare henvisningar til Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 37, 59 og 61. Se også Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 329-330: «Det at rettskildeprinsippene er retningslinjer, vil kort fortalt si at de gir 'anvisninger' eller 'antydninger' om argumenters rettslige relevans og vekt.» Og med litt mer styrke, Boe, *Innføring i juss*, s. 148: «Et rettskildeprinsipp er en *rettsregel*. Rettskildeprinsippene peker ut og styrer bruken av de enkelte faktorene.»

<sup>1078</sup> Se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 16: «Stort sett er rettskildeprinsippene mer ubestemte enn rettsreglene. De gir ikke definitive svar på hvordan spørsmålene skal løses, men gir bare retningslinjer som til dels er temmelig vage.» Se også Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 330: «I norsk juridisk metode er den jevne oppfatningen at rettskildedefaktorens rettskildeprinsipper er normer som er delvis, men ikke fullt ut, bestemmende for utfallet av en rettslig avgjørelsesprosess.»



ubeskriverlig, subjektiv rest igjen; den tause kunnskapen, de skjulte normene i juristfellesskapet, ferdigheter og praktisk kunnskap etc.<sup>1079</sup> Billedlig sett må det et sprang til – *a leap of faith* – for at rettsanvenderen skal komme i mål.<sup>1080</sup> Dette bildet, dette premisset for rettsanvendelsen, har vist seg å være standhaftig i norsk metodelitteratur. Et nedslag i en forholdsvis ny debatt på området, *Bergensdebatten*, kan få tjene som eksempel her.<sup>1081</sup>

I artikkelen *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, setter Knut Martin Tande seg fore å gi en «nærmere avklaring av individuelle valg og vurderingers rolle i rettskildelæren».<sup>1082</sup> Tande mener den tradisjonelle rettskildelæren fokuserer for mye på rettskildene, og dermed lar rettsanvenderen i stikken.<sup>1083</sup> Siden et hvert rettslig utsagn er manifestasjoner av rettsanvenderens egne vurderinger, blir:

---

<sup>1079</sup> Se eksempelvis Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 17, som reflekterer rundt fenomenet: «Man skulle kanskje tro at det vide spillerom som rettskildeprinsippene gir for vurderinger og valg, ville føre til stor vilkårlighet i rettsanvendelsen. Men man får ikke inntrykk av at det er tilfelle. Det er ofte forbausende godt samsvar mellom de standpunkter til utpregede skjønsspørsmål som treuede jurister kommer til. Forklaringen på det må være at det i tillegg til de rettskildeprinsipper som vi føler oss bundet av, også er andre forhold som bidrar til å skape ensartethet. Våre verdiorienteringer er sannsynligvis mer likeartede enn en overflatisk betraktning gir inntrykk av.» Se også Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 330-331: «Vi kan bare si at rettslig argumentasjon grunnleggende sett er regelbasert dersom det fremheves at det å argumentere krever en evne til å anvende tolkningsreglene i lys av rettsanvendelsens *verdimessige kontekst*.» Og Graver, *Keiserens garderobe*, s. 464: «Jurister er opplært til å tro at riktige rettslige avgjørelser er styrt av noen mystiske, skjulte normer, som utgjør det sunne juridiske skjønn. Men siden disse normene er utilgjengelige for erkjennelsen, forblir de ufattbare: Mange kan i en slik situasjon ha en tilbøyelighet til å frykte at når man ikke fatter normene, er det en personlig svakhet ved ens eget intellekt eller innsikt.» Som et eksempel på rettsvitenskapens behandling av «den subjektive rest» se Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, s. 37 flg., som på s. 47, ender opp med følgende uttalelse: «Erkjennelsen av den subjektive rest har prinsipielle konsekvenser for rettssystemet generelt og begrunnelsen spesielt. Det fundamentale normative utgangspunktet er at den subjektive rest må *rasjonaliseres* så langt det lar seg gjøre. Dersom rasjonaliseringspotensialet er uttømt, bør den subjektive rest *kontrolleres* ved hjelp av den rettslige rasjonalitet.»

<sup>1080</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 96, som argumenterer for at realisten, fra en hermeneutisk synsvinkel, tar feil når han går ut i fra at innholdet i de rettslige tekstene meningsfullt kan skilles fra subsumsjonen, og i den forbindelse skriver: «Mellan normen och fallet består, i den realistiska analysen, ett oöverbryggligt gap, som teorin måste försöka, men aldrig kan, förklara bort. Hur man än vänder på det tycks rättstillämpningen givet de realistiska premisserna kräva ett språng – *a leap of faith*. (För realisten förblir således juridiken oförnuftig, och som sådan i underläge i förhållande till andra 'riktiga' vetenskaper.)»

<sup>1081</sup> *Bergensdebatten* tar utgangspunkt i den såkalte *Bergenskolen*, hvor forfattere som Jan Fridthjof Bernt, David R. Doublet, Synne Sæther Mæhle og Bjarte Askeland m.fl., har gitt vesentlige bidrag til den norske metodediskursen. Om begrepet *Bergenskolen*, se Finholdt Jansen, «*Bergenskolen*»: *Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag*.

<sup>1082</sup> Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 1. Litt utfyllende om hva som menes med individuelle valg og vurderinger på s. 2: «Intet menneske har umiddelbar tilgang til virkeligheten, uten individuelle vurderinger som mellomledd, heller ikke i juridisk sammenheng. Dermed må enhver rettsanvender bygge alle sine utsagn om hva som er rettens innhold eller korrekt juridisk argumentasjon, på egne individuelle vurderinger av hva som er riktig eller mest dekkende.»

<sup>1083</sup> Når det gjelder Eckhoffs rettskildelære, mener Tande at kombinasjonen av reelle hensyn og avveiningsmodellen, uten videre veiledning for rettsanvenderen, kan føre til vilkårlighet, se Tande,

«[r]ettsanvenderens egne individuelle vurderinger (...) på denne måten det mest overordnede elementet i hele rettsanvendelses- eller argumentasjonsprosessen. Selv innholdet i rettskildeprinsippene som ellers fremstilles som det overordnede styrende elementet i all juridisk argumentasjon, bygger prinsipielt på rettsanvenderens individuelle vurderinger.»<sup>1084</sup>

Tande medgir at «det er ikke til å unngå at en del valg foretas ubevisst eller intuitivt i forbindelse med juridisk analyse og argumentasjon», men *idealet* er «å være seg bevisst alle valg og vurderinger som er mulige å foreta i forbindelse med et juridisk resonnement».<sup>1085</sup> Løsningen Tande tilbyr, er det han kaller «den rettvitenskapelige tilnærmingen».<sup>1086</sup> Det holder ikke lenger å avsløre rettsanvenderens vurderinger, eller å oppstille vage rettskildeprinsipper som ikke gir videre veiledning, rettsanvendelsen bør også oppfylle rettsvitenskapelige krav.<sup>1087</sup>

Den vitenskapelige tilnærmingen slår ikke like godt an hos alle; Tande har møtt motbør fra både studenter og fagfeller.<sup>1088</sup> Kraftigst har kanskje tilsvaret fra Erlend

---

*Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 7. Se også Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 8: «Det er likevel ikke til å komme fra at Eckhoffs avveiningsmodell i stor grad overlater rettsanvenderen til seg selv når det gjelder kvalitetssikringen av de nærmere valg og vurderinger knyttet til anvendelsen av rettskildefaktorene i rettsanvendelsesprosessen.» Hva angår Nygaard, ser Tande ut til å være litt vennligere innstilt, fordi Nygaard etter hans mening «i større grad enn Eckhoffs rettskildelære integrerer [...] tankene om et verdimeslig koherent rettssystem», og «i langt større grad enn Eckhoff knytter rettskildeprinsippene og juridisk argumentasjon direkte til rettssystemets grunnleggende verdier», se Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 27 og 29.

<sup>1084</sup> Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 1.

<sup>1085</sup> Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 19. I praksis vil likevel fokuset på å løse den konkrete saken, og tidsbegrensninger, tilsi at man «ikke kan forvente at alle disse sammenhengene klarlegges optimalt», men «avviket kan ikke være for stort før det blir betenkelig med tanke på vurderingens eller avgjørelsens rettslige holdbarhet eller legitimitet», se samme sted. Se også Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 36 hvor han stiller spørsmål ved: «(...) i hvilken grad de vitenskapelige idealene og den vitenskapelige arbeidsmåten lar seg forene med praktisk rettsanvendelse, hvor det gjør seg gjeldende tidsbegrensninger, og hvor fokuset er å finne en god begrunnelse i den konkrete saken.»

<sup>1086</sup> Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 36. Se også på s. 18 hvor han utbroderer hva som ligger i en slik tilnærming: «De vitenskapelige idealene krever selvstendighet, grundighet, helhet, balanse, etterprøvnbarhet og kritisk holdning av den som utfører analytisk virksomhet. Slike idealer tillater ikke at usikkerhet knyttet til vurderinger løses gjennom intuisjon og underliggende verdiorienteringer og tenkemåter, men krever at valg og vurderinger synliggjøres, problematiseres og baseres på en etterprøvnbar analyse som er mest mulig grundig og helhetlig.»

<sup>1087</sup> Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, konkluderer på s. 36 med: «Den rettsvitenskapelige tilnærmingen til juridisk argumentasjon, med sine vitenskapelige idealer, fremstår nokså klart som den fremgangsmåten som best er i stand til å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen.»

<sup>1088</sup> Den første imøtegåelsen av Tandes «nye» metodelære, kommer fra Dragstmo, 'Individuelle valg og vurderinger' - noen kommentarer til Knut Martin Tande. Dragstmos oppsummering av Tandes artikkel, på s. 138, går som følger: «Tar vi på oss våre mest kritiske briller, kan artikkelens (Tandes) poeng reduseres til en oppfordring om å tenke seg grundig om når man foretar rettslige vurderinger,

Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, vært.<sup>1089</sup> Mye av kritikken handler om hvordan de to leser Eckhoff forskjellig.<sup>1090</sup> Men, og det er viktig i denne sammenhengen, begge bygger videre på Eckhoff, eller for å parafrasere Baldersheim, Eckhoff er giganten de begge står på skuldrene til.<sup>1091</sup> Selv om Baldersheim virker å være rivende uenig med Tande, deler de et grunnleggende premiss, dette:

«Det er ein gammal rettsrealistisk erkjennelse at rettskjeldeprinsippa er underbestemte.»<sup>1092</sup>

For Tande blir gapet mellom regel og sak så stort at rettsanvendelsen står i fare for å bli vilkårlig synsing basert på rettsanvenderens individuelle valg og vurderinger dersom man ikke går vitenskapelig til verks.<sup>1093</sup> For Baldersheim er «problemet» langt mindre, selv om han åpent bekjenner seg til det.<sup>1094</sup> Baldersheim mener Tande overdriver proporsjonene av problemet, at subsumsjonen i «ovstort mange tilfelle ikkje byr på tvil», og at rettskildeprinsippene kan ta oss lengre på vei enn det Tande gir inntrykk av.<sup>1095</sup> Intuisjonselementet løfter Baldersheim opp til å være en «vesentleg komponent i eit godt iudicium».<sup>1096</sup> Der Tandens tilnærming tilsier en ikke ubetydelig mengde skepsis til hvordan den praktiske rettsanvenderen (allerede) gjør jobben sin (hvorfor

---

og formidle så klart og tydelig som mulig hva vi bygger disse vurderingene på.» En oppfordring jeg i tilfelle stiller meg helhjertet bak, selv om den kanskje ikke var alvorlig ment (fra verken Tande eller Dragstmo)?

<sup>1089</sup> Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 344, innleder med: «Hovudsynspunktet mitt er at Tandens artikkel har høggir som form, tomgang som innhald, og at den ikkje tilfører rettskjeldelæra noko særleg av verdi.»

<sup>1090</sup> Blant annet mener Baldersheim at Tande har en tendensiøs fremstilling av Eckhoffs rettskildelære, og at han «teiknar eit forflata bilde av Eckhoff», idet Tande i det vesentligste benytter seg av utdrag fra to kapitler, mens det finns høyrelevante forhold å drøfte langt flere steder, se Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 347.

<sup>1091</sup> Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 348, med videre henvisninger.

<sup>1092</sup> Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 350. Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 1, skriver: «Det er alminnelig enighet om at rettskildeprinsippene som styrer rettsanvendelsesprosessen, i de fleste tilfeller bare er av retningslinjekarakter.

<sup>1093</sup> Se eksempelvis Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 7: «Avveiningsmodellen, inkludert den gjennomgripende anvendelsen av reelle hensyn, synes nettopp å by på en slik risiko for vilkårlighet i vurderingene fra rettsanvenderens side på grunn av mangelen på nærmere retningslinjer for rettsanvenderens vurderinger.»

<sup>1094</sup> Ved å skrive om «det logiske gapet mellom generelle rettskjeldeprinsipp og over mot utlegning av rettsregel med påfølgjande standpunkt i løysinga av ein tvist», se Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 349-350.

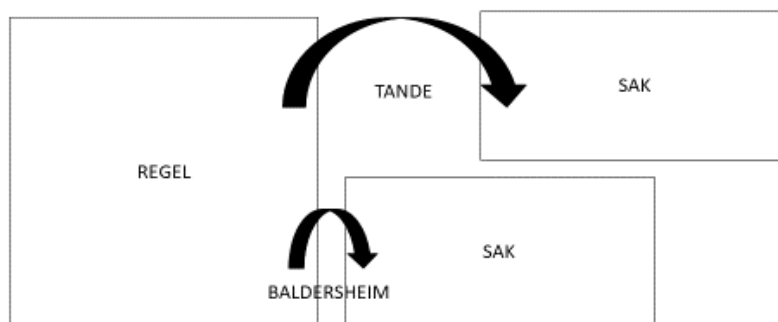
<sup>1095</sup> Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 350: «Artikkelen fokuserer på den siste biten fram mot standpunktet (me kan vera 5 meter frå målstreken), utan å seia noko om kva distanse me har tilbakelagt (me kan vera 95 meter frå startstreken).»

<sup>1096</sup> Se Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 377. Tande på sin side problematiserer det intuitive elementet i Eckhoffs rettskildelære, se særlig, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 7 flg.

ellers skulle det være behov for å gå vitenskapelig til verks?), har Baldersheim tiltro til at rettsanvenderen er i stand til å utføre arbeidsoppgavene sine.<sup>1097</sup>

«Det er dommarens arbeidsoppgåve å løysa det som for andre er eit problem. Men det betyr ikkje at arbeidsoppgåva, som kan fordra inngåande vurderingar av sprikande materiale, er eit *problem* for dommaren.»<sup>1098</sup>

Alt i alt virker Baldersheim fornøyd med veiledningen fra rettskildedeprinsippene, og tetter det resterende gapet med tillit.<sup>1099</sup> Mens Tande altså krever at selve den praktiske utførelsen må skje på teoriens premisser.<sup>1100</sup> Like fullt – begge forfatterne jobber med å tette gapet, Tande synes bare å trenge et større *leap of faith* enn Baldersheim.<sup>1101</sup>



<sup>1097</sup> Se eksempelvis Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 374: «Tandes artikkel kan lesast som eit forsøk på å overvinna det nokre gonger usikre i rettsbruken frå perspektivet til den mistenksomme og tillitslause. Det er eit klagemål frå den som i utgangspunktet ikkje aksepterte å gi opp kontroll. Rettsundersåtten saknar tillit, og stevnar juristen inn for vitenskapens domstol.»

<sup>1098</sup> Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 352, og han legger til: «Riktig nok kan ein bestemt dommar meina at arbeidsoppgåva hans er eit problem, men i så fall er den moglege løysinga å be om avskil frå sitt embete og søkja ei anna stilling.»

<sup>1099</sup> Se Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 367 flg.

<sup>1100</sup> Fra mitt ståsted medfører Tandes krav om vitenskapelighet og rettsvitenskapelige arbeidsmetoder, en mistenkeligjøring av praktisk jus (rettsanvendelse). Les og bedøm selv, Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 18: «De vitenskapelige idealene representerer kjernen av de kriteriene som må være oppfylt for at en vurdering eller analyse skal være så kvalitativt god og dekkende som mulig, uansett hva objektet for analysen er. Det handler ikke bare om at en skal trekke inn vitenskapelig juridisk teori som en del av den juridiske argumentasjonen, i tillegg til andre kilder. Det er tale om å la de vitenskapelige idealene være fundamentet for all bruk av rettslig materiale og all juridisk argumentasjon.» Se også på s. 19, hvordan Tande uttrykker at teorien er overordnet praksis: «Den vitenskapelige rasjonaliteten er så universell og sentral når det gjelder det å frembringe og bygge på en mest mulig korrekt og dekkende virkelighetsforståelse, at denne rasjonaliteten alene av denne grunn bør integreres i juridisk metode- og rettskildelære som et ideal på overordnet nivå.» Jeg må bare anta at Tande mener godt (et fint tolkningsråd generelt), men jeg mener kritikken ikke treffer, og at rettsvitenskapen verken er tjent med, eller berettiget til, å innta en rolle overordnet praksis. Som debatt kan avtaletolkningsteorien likevel ikke annet enn å misunne temperaturen og meningsbrytningen som foregår på metodefeltet, her eksemplifisert med *Bergensdebatten*.

<sup>1101</sup> Illustrasjonen som følger, har ingen annen funksjon enn å illustrere poenget om at Baldersheim virker å ha et kortere *leap of faith* enn Tande. Jeg mener ikke at de respektive forfatterne selv ville fremstilt egne synspunkter på denne måten.

Vi trenger imidlertid ikke å forstå rett og rettsanvendelse på denne måten. Premisset om gapet mellom regel og sak, om normer som styrer virksomheten et stykke på vei, og den gjenstridige subjektive resten, er bare ett mulig bilde. Ingen metodelærer *er* metoden, de er beskrivelser, som hviler på visse premisser.<sup>1102</sup> Med andre premisser, kan man kanskje finne andre beskrivelser? Samuelsson skriver:

«Detta är den kanske mest basala realistiska övertygelsen: att det inte är den generella normen som avgör det konkreta fallet, utan domaren.»<sup>1103</sup>

Jusen gjør seg ikke selv, det må en rettsanvender til; men vi kan se for oss forholdet mellom retten og rettsanvenderen på ulike måter. Hans Petter Graver skriver:

«Enten oppfatter man retten som noe som foreligger og er bestemt utenfor rettsanvenderen, eller så oppfatter man den som noe rettsanvenderen fastlegger gjennom sin beslutning. Mellomstandpunktet, at retten er fastlagt utenfor, men overlater en del spørsmål til rettsanvenderen, er i alle fall ikke Eckhoffs syn. For hvordan er da den del av retten som ikke er overlatt til rettsanvenderen fastlagt? Hvilket innhold har den, og hvordan finner vi frem til det?»<sup>1104</sup>

Ett alternativ er å se på rettsanvenderen som rettens tjener, en som slavisk *gjengir* hva som allerede finnes der. Slik ser vi gjerne for oss metoden i tidligere (primitive) tider.<sup>1105</sup> Eller vi kan tenke oss rettsanvenderen som rettens mester, som med sin fornuft *braker* det rettslige materialet for å komme til en løsning.<sup>1106</sup> Jeg tror det er dette bildet som særlig påkaller et behov for retningslinjer.<sup>1107</sup> Det er også mulig å tenke seg et

---

<sup>1102</sup> Dette er bare en konstatering av at når noen skriver *om* metode, så er ikke det det samme som å *praktisere* metoden som beskrives.

<sup>1103</sup> Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 481.

<sup>1104</sup> Graver, *Keiserens garderobe*, s. 456.

<sup>1105</sup> Ofte er det Montesquieus navn som kommer opp når vi skal fortelle hvordan juristers oppgave i tidligere tider «burde innskrenkes til en mekanisk Anvendelse af positive Retsbud paa givne Tilfælde», se Hagerup, *Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse*, s. 44. Om Montesquieus syn på lovtolkning, se også Bernt/Doulet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, s. 30.

<sup>1106</sup> I denne retning leser jeg Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 20-21: «Tradisjonelt har gjeldende rett vært ansett å eksistere uavhengig av beslutninger av rettshåndhevende myndigheter, og at domstoler og andre rettsanvendere 'finner' denne ved å undersøke de relevante kildene og foreta en korrekt avveining av disse. Etter min mening bygger dette på en fiksjon. Hva som er gjeldende rett, kan by på tvil, og det kan ofte være rom for flere løsninger. I tilfeller hvor løsningen byr på tvil, blir gjeldende rett reelt fastsatt ved beslutninger av rettshåndhevende myndigheter.»

<sup>1107</sup> Fortsettelsen av sitatet fra Skoghøy i forrige note, går som følger: «Disse står riktignok ikke fritt i sin beslutningsprosess. Beslutningene må bygge på bestemte kilder, og dersom disse peker i forskjellige retninger, må de vektas og avveies mot hverandre etter anerkjente normer for rettsanvendelse. I tilfeller hvor det er rom for flere løsninger, blir gjeldende rett til ved beslutninger av rettsanvenderere som har kompetanse til å treffe avgjørelse om spørsmålet. Rettsanvenderere 'finner' i slike tilfeller ikke gjeldende rett, men 'bestemmer' – på grunnlag av nærmere angitte kilder og et

tredje bilde, hvor retten og rettsanvenderen utgjør en slags ekvipasje, og hvor det er *samspillet* mellom rettsanvenderen og det rettslige materialet som løser den konkrete saken.<sup>1108</sup> Et bilde, uansett hvilket av dem vi mener passer best, er i seg selv ikke avgjørende for noe som helst, men å reflektere i bilder kan hjelpe oss til å innse de bildene vi allerede opererer med, og at de er nettopp det – bilder og forklaringsmodeller.<sup>1109</sup> Vurderinger har alltid vært en del av den juridiske virksomheten, Eckhoff og hans etterfølgeres måte å fremstille dem på, er bare den varianten vi er mest vant med.<sup>1110</sup>

Men så var det avtaletolkningen da, hvordan er vi vant med at denne vurderingsvirksomheten fremstilles, og forsøkes tøylet?

### 5.3.3 Det står ikke på forsøkene

«DET ER HÅPLØST  
OG VI GIR OSS IKKE»<sup>1111</sup>

For det første er det verdt å merke seg at det råder en bemerkelsesverdig enighet om disiplinens vanskelighetsgrad.<sup>1112</sup> Så mange parametere er i sving, så mange hensyn må

---

anerkjent system for hvordan ulike kilder skal vektes og avveies mot hverandre – hva som er gjeldende rett.»

<sup>1108</sup> I denne retning kanskje også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 150: «Det juridiska omdömet, som per definition gäller förhållandet mellan regel och fall, är förvisso alltid en makthandling, en dömande handling, men det innebär inte att vi med varje omdöme sätter oss över lagen eller, om det är det saken gäller, avtalet; genom våra omdömen kommer tvärtom lagstiftaren, eller avtalets parter, *till tals*, och det anspråk som ligger i detta är legitimt.»

<sup>1109</sup> Se også Schmidt, *En culparegel vid avtalsstolkning*, s. 420: «Rättsvetenskapligt tänkande liksom annat vetenskapligt tänkande sker ofta med hjälp av bilder eller metaforer. (...) Varje metafor eller tankemodell är endast en approximation av vad den åsyftar att beskriva. Det är också viktigt att ha klart för sig, att en metafor eller en tankemodell endast är ett alternativ bland flera tänkbara sätt att beskriva samma fenomen.»

<sup>1110</sup> Om Eckhoffs fortjeneste se også Graver, *Keiserens garderobe*, s. 433, som sammenfatter Eckhoffs bidrag til rettskildelæren slik: «Gjennom hans teoretiske og rettsdogmatiske forfatterskap fremtrer en konsistent teori og metode som dels innebærer at han stripper juridiske begreper for deres substans eller materielle innhold, og dels at han fremhever betydningen av rettsanvenderens egne vurderinger for det resultat han eller hun kommer frem til når avgjørelser blir tatt. Disse to forhold, avmaterialisering, eller om man vil formalisering av de begreper som brukes, og understrekning av rettsanvenderens egne vurderinger, er det vesentlige kjennetegn ved Eckhoffs rettsteori, og utgjør også et tydelig normativt budskap om mer åpent å vise de vurderinger man legger vekt på for å innta et standpunkt.» Se også Boe, *Innføring i juss*, s. 134: «Et hovedtrekk ved gjeldende rettskildelære er den brede plassen som rettsanvenderens vurderinger levnes. Det skiller Norge fra mange andre land. Framfor noen har Eckhoff æren for å vise hvor viktige vurderingene er for å tolke å anvende lov og rett.»

<sup>1111</sup> Jan Erik Vold, *Nyttårsdiktet*, s. 184.

<sup>1112</sup> Se eksempelvis Huser, *Avtaletolkning*, i forordet og på s. 19, og Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, som på s. 194 skriver: «For en jusstudent som skal lære seg avtaletolkning, kan emnet fremstå som en hvilket som helst rettslig disiplin; man skal lære seg å tolke å anvende visse regler. I virkeligheten dreier det seg imidlertid om et komplekst emne. Dette gjør det ofte vanskelig for

konsolideres.<sup>1113</sup> Mens de fleste for rettskildeprinsippenes del ser ut til å godta at de ikke når helt frem, virker det å være et større problem at ikke avtaletolkningen lar seg forutberegne.<sup>1114</sup> Avtaletolkningsteorien har derfor, med økende styrke utover forrige århundre og langt inn i dette, satt seg fore å «strukturere de tilsynelatende ustrukturerbare faktiske variasjonselementene».<sup>1115</sup> Idet teorien skal ta for seg tolkningsproblematikken, forplanter vanskelighetene seg; for hvis avtaletolkning er en komplisert øvelse, blir sammenstillingen av tolkningslæren ditto utfordrende. Utgangspunktet for hele den norske avtaletolkningsteorien er likevel at det *er mulig* å si noe generelt om hvordan avtaletolkning skal og bør foregå, og det står ikke på forsøkene.

Siden avtaletolkningen for det aller vesentligste ikke er lovregulert, med et lite unntak i avtaleloven § 37 og noen spredte tolkningsregler i spesiallovgivningen, må innholdet i tolkningslæren – retningslinjene som skal gjelde ved avtaletolkning – visstnok avdekkes ved analyser av rettspraksis.<sup>1116</sup> Hvorvidt mangelen på lovregulering

---

partene å forutberegne utfallet av tvister om avtaletolkning, og det kan være vanskelig for dommeren å avgjøre slike tvister.» Se også en gjennomgang hos Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 24 flg.

<sup>1113</sup> Se for eksempel Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 194 flg., som identifiserer fem årsaker til kompleksiteten. For det første viser det seg ved nærmere ettersyn at reglene egentlig bare er retningslinjer. For det andre til femte kompliserer tolkningslærens fokus på partenes felles forståelse, godtroregelen og innholdet i den objektive tolkningen samt utfylling med bakgrunnsretten visstnok også disiplinen. På s. 196 sammenfattes kompleksiteten slik: «Fellesnevneren for denne kompleksiteten er lite skarpskårne retningslinjer for avtaletolkning, kombinert med at rettsanvendelsen i stor grad styres av dommerens konkrete bevisvurdering.»

<sup>1114</sup> Se eksempelvis sitat fra Huser over i punkt 3.3.4. Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 18, ser ut til å mene at vanskelighetene går ut på noe av det samme for avtaletolkning og annen rettsanvendelse: «Selv om man innenfor kontraktstolkningen ikke eksplisitt hevder at harmoniseringen styres av 'ubeviste normer', opererer like fullt mange under den forutsetning at det eksisterer en form for skjult kunnskap eller skjulte normer (i den forstand at de unndrar seg formulering) også på kontraktstolkningens område.»

<sup>1115</sup> Se Huser, *Avtaletolkning*, s. 28-29. Se også Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 18: «Ved å tematisere det jeg kaller tolkningsstiler, søker jeg å få frem strukturer som kan ha betydning for fremgangsmåten ved fortolkning av kontrakter i ulike kontekster. Det er ikke tale om en endelig forklaringsmodell som i detalj kartlegger de retningslinjer Høyesterett anvender ved fortolkning av kontrakter, men snarere en påpekning av forskjeller og likheter ved situasjoner og typetilfeller som systematisk gir seg utslag i bestemte fremgangsmåter ved fortolkningen.» Et par eksempler fra Sverige: Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 187: «En av de viktigaste och mest omdebatterade delarna av den allmänna avtalsrätten är tolkningsläran som gäller huru den närmare innebörden av bindande rättshandlingar och avtal skall bestämmas. Det er tydligt att vid tolkning olika praktiska överväganden måste på ett mycket komplicerat sätt förenas med hänsyntagande till eller tillämpning av många olika rättsregler. För rättsvetenskapens del är det en viktig uppgift att i klarhetens interesse söka systematisera tolkningsförfarandet och att från varandra söka avgränsa olikeartade företeelser samt i möjligaste mån precisera aktuella rättsregler.» Og Hellner, *Tolkning av standardavtal*, s. 266: «Det är (...) min uppgift (...) att söka fastställa, hur mycket som kan klargöras i principer och riktlinjer, och hur mycket som måste lämnas åt intuitionen och utnyttjandet av egna, medvetna och omedvetna, erfarenheter.»

<sup>1116</sup> Se også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, s. 163: «Med ett unntak inneholder avtaleloven ingen bestemmelser om tolking. Det finnes imidlertid enkelte tolkningsregler spredt rundt omkring i lovverket. (...) Slike regler har imidlertid begrenset betydning. Reglene for kontrakter er i hovedsak

er et problem, er et spørsmål som dukker opp med ujevne mellomrom når avtalelovens eksistensberettigelse debatteres.<sup>1117</sup> Mens enkelte mener det er en vesentlig mangel ved avtalelovene at de ikke inneholder regler for tolkningen, som eksempelvis Christina Ramberg, mener andre at det er en fordel om tolkningsreglene ikke lovfestes.<sup>1118</sup>

«Enligt min uppfattning finns det inte större behov av sådana lagreglar än det finns av lagregler om lagtolkning. Såväl lagtolkning som avtalstolkning är verksamheter så nära kopplade till grundläggande juridiska metodfrågor, att det knappast framstår som ändamålsenligt med lagreglering.»<sup>1119</sup>

Enn så lenge søker man seg derfor til rettspraksis, som jo i utgangspunktet ikke burde by på problemer all den tid jurister er vant til å arbeide med ulovfestet rett. Utfordringen er imidlertid at det kan være så som så med hva og hvor mye Høyesterett skriver om hva de la vekt på ved tolkningen.<sup>1120</sup>

«I mange dommer behandles flere argumenter, og ofte er det ikke mulig å lese direkte ut fra premissene om et argument har hatt større vekt enn et annet. Årsaken er at Høyesterett ofte ikke sier hvilke argumenter som har vært utslagsgivende. Det er derfor ofte den som analyserer dommen, som må avdekke de prinsipielle sidene ved begrunnelsen.»<sup>1121</sup>

---

utviklet i rettspraksis og den juridiske teori.» Eller Woxholth, *Avtalerett*, s. 405: «Det rettskildemessige grunnlaget for tolkningsprinsippene, tolkningsmomentene og tolkningsreglene må hos oss i første rekke søkes i rettspraksis, selv om Høyesterett tradisjonelt sjelden formulerer mer allmenne regler og prinsipper. I avtaleloven er det bare én regel som sier noe om tolkning som ledd i en fastsettelse av en avtales rettsvirkninger, og det er den nylig vedtatte § 37 første ledd nr 3». Avtaleloven § 37 første ledd nr. 3 lyder: «Ved tvil om tolkningen av et avtalevilkår, skal vilkåret tolkes til fordel for forbrukeren.»

<sup>1117</sup> I «Avtalslagen 2010» stiller C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 48-50, opp et helt kapittel med tolkningsregler. Noen raske eksempler fra debattene: Håstad mener det er grunn til å vurdere å ta inn noen regler om avtaletolkning, se hans innlegg som hovedreferent i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove*, s. 281. I Grönfors innlegg i debatten, *Reformering af de nordiske aftalelove - debatt*, s. 280, stiller han seg tvilende til om det er ønskelig å lovfeste visse tolkningsregler: «Självt är jag minst sagt tvekande. (...) Det gäller exempelvis en sådan regel som att partsviljan skall tillmätas primär betydelse vid tolkningen av avtalet. Från en sådan regel skulle jag bestämt avråda. Även en lagregel om klargörandeplikt som tolkningsregel ställer jag mig mycket tvekande till.» Arnholm er også skeptisk: «Ganske særskilt er jeg redd for å få regler om tolkning inn i en avtalelov. Jeg tror de vil ende med en regel om å stikke tungen ut av vinduet, og det kan man gjøre uten lovhjæmmel,» se hans innlegg i debatten, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 199. Litt mer om avtalelovedebattene over i punkt 4.4.2.

<sup>1118</sup> Se C. Ramberg, *En ny avtalslag*, s. 35 og punkt 4.4.2 over.

<sup>1119</sup> Kleineman, *Anm. av Sandgren (red.): Utveklingslinjer inom avtalsrätten*, s. 629.

<sup>1120</sup> I Norge har det med tiden blitt vanligere at Høyesterett skriver en hel del om hvordan avtaler generelt skal tolkes før de går i gang med tolkningen. Om det er en heldig utvikling, ble kommentert over i punkt 3.5.

<sup>1121</sup> Giertsen, *Avtaler*, s. 138. I mangel av «solide» retningslinjer å forholde seg til, blir det også hevdet at domstolene har «varit hänvisade till sin intuition och till common-senseresonemang», se Vahlén,



Siden Høyesterett dømmer i konkrete saker, blir avtaletolkningene tilsvarende konkrete, og derfor holder det ikke å lese enkeltstående dommer om avtaletolkning for å finne ut hvordan avtaler generelt skal tolkes.<sup>1122</sup> Med ett er det egentlig teorien, som gjennom behandlingen av rettspraksis, i realiteten produserer retningslinjene:

«Råmaterialet for analyseverktøyet ligger altså i Høyesteretts praksis, og analyseverktøyet bygger derfor i stor grad på synteser av Høyesteretts argumentasjonsmønstre.»<sup>1123</sup>

Løsningen blir følgelig å ta for seg anseelige mengder med rettspraksis for å finne frem til retningslinjer, vurderingstema eller tolkningsstiler.<sup>1124</sup> Resultatet viser seg i mange forskjellige fremstillinger av tolkningslæren, fra Husers skjemaer, til Høgbergs tolkningsstiler, og nå sist Tørum's analyseverktøy.<sup>1125</sup> Fremstillingene varierer i terminologi og systematikk. Husers analytiske abstraksjoner og tankeskjemaer, maler

---

*Bidrag till avtalstolkningens systematik*, s. 380. I så fall er retningslinjene man kan oppstille ut fra rettspraksis, en syntese av dommernes intuisjon.

<sup>1122</sup> Se eksempelvis Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 334: «Formålet med diskusjonen er å sette de konkrete tolkningsuttalelsene fra rettspraksis, og særlig Høyesterettspraksis, inn i en systematisk teoretisk sammenheng. Fordi norsk Høyesterett følger en tradisjon der avgjørelser om avtaletolkning utformes konkret og pragmatisk, innebærer det å se på konsekvenser av ulike argumentasjonsmønstre. Dermed blir det mulig å trekke noen slutninger om tolkningslærens nærmere teoretiske innhold.» Se også hvordan Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 201-202, forklarer behovet for analyseverktøyet han tilbyr: «Behovet for et analyseverktøy som sammenfatter Høyesteretts praksis må ses på bakgrunn av at det er krevende å skaffe seg oversikt uten å foreta en kronologisk analyse av et anseelig antall dommer. Man kan ikke nøye seg med å ta utgangspunkt i et par prejudikater, noe man ofte kommer langt med på andre rettsområder. Dette har primært to forklaringer. For det første er avtaletolkning for komplekst til å kunne nedfelles i en rettssetning bestående av en skarpskåren vilkårsside og virkningsside. For det andre er vi på et rettsområde hvor hensynet til forutsigbarhet er særlig viktig. Dette krever, som nevnt, stor grad av kontinuitet i rettsstilstanden, noe som er uforenlig med brå endringer i hvordan Høyesterett tolker kontrakter. Høyesteretts rettsavklaring og rettsutvikling på dette området skjer derfor gjennom små skritt – 'finjusteringer'. Dette forklarer også hvorfor det kan være vanskelig å få øye på argumentasjonsmønstrene og de finere nyansene i rettsutviklingen, uten å analysere nokså mange avgjørelser.»

<sup>1123</sup> Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 201. Se også Huser, *Avtaletolkning*, s. 37: «Når rettspraksis frembyr et såpass komplisert bilde som skissert ovenfor, kan det spørres om ikke *juridisk teori* får større betydning enn ellers. Antakelig må dette besvares positivt, og det er vel en alminnelig erfaring at jurister – dommere så vel som advokater og andre – går til teorien for å finne opplysninger og argumenter om avtaletolkning, få eller ingen (utenom rettsvitenskapsmenn) tyr til domsreferatene.» Ad det siste, mitt inntrykk nå for tiden (et kvart hundreår etter Huser kom med sin bok), er vel at de fleste jurister som jobber med avtaletolkning, gransker høyesterettspraksis om avtaletolkning nøye.

<sup>1124</sup> Til illustrasjon består Høgbergs domsregister av imponerende 384 høyesterettsdommer.

<sup>1125</sup> Siden jeg har behandlet de to førstnevnte flere ganger tidligere, nøyer jeg meg her med å vise til Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 201: «Et sentralt formål med denne boken er, som nevnt, å oppstille et analyseverktøy som sammenfatter de sentrale trinnene i tolkningsprosessen og presisere de sentrale vurderingstemaene. Analyseverktøyet er altså et hjelpemiddel til å *stille de riktige spørsmålene i riktig rekkefølge*, samtidig som det bidrar til en viss klargjøring av forholdet mellom de ulike retningslinjene.»

for eksempel et helt annet bilde av tolkningslæren enn Høgbergs forsiktige inndelinger i tolkningsstiler gjør.<sup>1126</sup> Et fellestrekk er allikevel det ambivalente forholdet til tolkningsnormenes karakter.<sup>1127</sup> Alle finner at de er vage, de fleste mener de er av retningslinjekarakter, og flere mener de minner mest om rettskildeprinsipper, eventuelt en blanding av rettskildeprinsipper og bevisvurderingsnormer.<sup>1128</sup> Noen forliker seg med slike karakteristikk, mens andre etter beste evne forsøker å forbedre normene ved å presisere innholdet, skille mellom kontraktstyper eller stille opp «nye» vurderingstemaer.

Felles for alle de norske fremstillingene er troen på at en syntese av mange dommer skal kunne si noe om hvordan den neste avtale, i en ny avtaletolkningstvist, skal tolkes. Den angivelige symbiosen mellom rettspraksis og teori på avtaletolkningens område, er det imidlertid teorien selv som forfekter; det er i teorien man kan lese at man helst bør gå til teorien for å finne ut hvordan avtaler skal tolkes. Selv om Høyesterett tidvis finner grunn til å skrive om avtaletolkning generelt innledningsvis, og av og til viser til juridisk litteratur, illustrerer gjennomgangen av «Fjord1» over at selve tolkningene likevel er utpreget konkrete. Gjennom tolkningene viser Høyesterett at de ikke føler seg spesielt bundet til verken tidligere rettspraksis eller til syntesene i teorien.

Å hevde at tolkningslæren bygger på Høyesteretts praksis, samtidig som at det er til teorien man bør gå for å se hva som egentlig følger av rettspraksis, er typisk for avtaletolkningsteorien.<sup>1129</sup> Mens man for andre regler helst går til *rettskilden* først og

---

<sup>1126</sup> Husers illustrasjoner av henholdsvis rettsanvendelsesprosessen for avtaler og tolkningsprosessen, er et kapittel for seg, se Huser, *Avtaletolkning*, s. 95 og 369.

<sup>1127</sup> Til illustrasjon: Over et par sider i Haaskjold, *Kontraktforpliktelser*, s. 168-169, kan man lese at «[b]are unntaksvis er prosessen regelstyrt, og da av subsidiære tolkningsregler», «[i] denne fremstillingen behandles hovedreglene om utfylling av kontrakter særskilt», «[i] punkt 3.5 presenteres de *tolkningsreglene* som oftest benyttes i praksis», «[e]nkelte mer generelle *retningslinjer* for tolkningen skal undersøkes særskilt», «[a]vslutningsvis skal vi i punkt 3.7 gjennomgå *prinsippene* for utfylling av kontrakter» og «[f]ør vi går i gang med en fremstilling av *gjeldende regler* for kontraktstolkning, kan det være hensiktsmessig å gi en oversikt over enkelte generelle utgangspunkter» (mine kursiveringer). I løpet av noen ganske få avsnitt, uttales det altså at prosessen avtaletolkning bare unntaksvis er regelstyrt samtidig som at det finnes alt fra prinsipper, retningslinjer og regler for avtaletolkning.

<sup>1128</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 81: «Dersom avtalen anses å utgjøre et faktum, vil tolkningsreglene utgjøre en form for bevisregler, idet formålet med dem i så fall blir å klarlegge hva dette faktumet går ut på. Dersom avtalen anses å utgjøre en rettskildefaktor eller et normsett av rettslig art, vil tolkningsreglene representere rettskildeprinsipper, idet formålet med rettskildeprinsippene er å klarlegge hva de rettslige normsett går ut på.» Se også Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 338 flg., med videre henvisninger, og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 343, som skriver: «Metode spørsmål på dette området [avtale som primær rettsheimel] vil i hovedsak bli tilsvarende som ved rettskjeldestudier elles.»

<sup>1129</sup> At det er typisk, betyr ikke at det ikke skjer andre steder. Rettskildeprinsippene anses i metodelæren også å bygge på analyser og synteser av Høyesteretts praksis. Et standpunkt som blir imøtegått av Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren og Høyesteretts forarbeidsbruk*.

tolker denne for å komme frem til hvordan problemet skal løses, bør man for avtaletolkningen helst gå til *teorien* for å se hva som følger av en *syntese av rettspraksis* om *hvordan avtalen skal tolkes* før man altså går til den relevante kilden – *avtalen*.<sup>1130</sup>

Slik jeg ser det, er disse syntesene av rettspraksis atter et symptom på rettsliggjøringen av avtaletolkningen; ikke nok med at bakgrunnsretten tidvis gjøres til en forgrunnsrett som de individuelle reglene i avtalen må holdes opp mot, tidligere rettspraksis skal også virke normerende på hvordan etterfølgende tolkninger skal foregå. Men altså, neste dom som kommer, må nødvendigvis være like konkret som alle tidligere dommer. Tanken er antakelig at den nye dommen kan få bli med i syntesen, og at tolkningslæren dermed kan endres med små skritt over tid.<sup>1131</sup> Jeg tror imidlertid det kan være grunn til å tenke annerledes, og ta på alvor det faktum at hver dom om avtaletolkning er utpreget konkret, og la det være et signal til oss om at også neste avtale må tolkes konkret.

Kanskje kan det også være en idé å stille spørsmål ved om det i det hele tatt er mulig å lage regler, eller retningslinjer, for tolkningen?

### 5.3.4 I dialog med reglene

«Rett ska vær rett om d'e aldri så galt.»<sup>1132</sup>

Samuelssons *Tolkningslärans gåta* er i sin helhet viet til en undersøkelse av utsagnet: «Tolkning är en konst, som inte låter sig fångas i regler».<sup>1133</sup> Setningen er som et avtalerettslig fenomen å regne; den siteres, repeteres og parafaseres stadig i litteraturen.<sup>1134</sup> Men ifølge Samuelsson forstår vi ikke lengre meningsinnholdet.<sup>1135</sup> Fra

<sup>1130</sup> Samspillet mellom rettspraksis og teori er også problematisert i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 218-222, og Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 35.

<sup>1131</sup> Se eksempelvis Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 200, som skriver: «Hensynet til forutberegnelighet krever betydelig grad av kontinuitet på dette rettsområdet. Vi er på et område for de lange tidsaksers juss, noe som betyr at Høyesteretts rolle primært er å sikre kontinuitet gjennom skrittvis rettsavklaring; rettsutviklingen blir summen av rettsavklaring over tid.»

<sup>1132</sup> Kari Bremnes, *Det må være orden*.

<sup>1133</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 54.

<sup>1134</sup> Se eksempelvis Ussing, *Aftaler*, s. 219, Hellner, *Tolkning av standardavtal*, s. 266, og Huser som har valgt dette sitatet fra Stang som introduksjon til *Avtaletolkning*: «Retsanvendelse er kunst. Som al kunst trønger den sin teori og kan overhodet ikke utøves av den som ikke er herre over de tekniske virkemidler», se Stang, *Innledning til formueretten*, 1. utgave, s. 396.

<sup>1135</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 54: «Men om man skulle stanna här skulle detta påståande blott ha just *formen* av en förklaring, och vara mera mystiskt än förklarande. Vi – 'vi' i största allmänhet – känner inte något meningssammanhang, som skulle kunna göra det omedelbart begripligt. Och sett för sig kan det innebära många olika saker. Konstbegreppet rymmer ju, till exempel, många innebörder. I och med att kontexten saknas blir formeln tom, och följaktigen kommer den också, i våra ögon, att sakna kraft. Den overtygar inte.» Forfatteren sporer deretter

å være en konstatering av at tolkning ikke kan fanges i regler (teori) *fordi* det er en kunst (praksis), har setningen blitt til en konstatering av at tolkning er vanskelig, som om det bare er vi som ikke har klart å fange den ennå.<sup>1136</sup> Og så følger det ene forsøket på å tøyte avtaletolkningen, etter det andre.<sup>1137</sup> Kjøper man de realistiske premissene, kan man nesten ikke annet; man må fortsette å prøve fordi tanken på at det ikke skal være mulig å oppstille regler rett og slett er for skremmende.<sup>1138</sup> Hva hvis vi tør å tenke tanken?

Hadde man spurt et tilfeldig utvalg norske jurister om «reglene» for avtaletolkning, tror jeg de fleste ville begynt med å nevne tolkningsprinsippene – partenes felles forståelse først, deretter godtrostandarden og så objektiv tolkning – eventuelt etterfulgt av muligheten for utfylling.<sup>1139</sup> Jeg tror dessuten mange ville pekt på uklarhetsregelen som en av de mest «rettslige» reglene (for tiden er det få som tenker på minimumsregelen, den er ikke «på moten»). Ber vi om utfyllende forklaringer, tror jeg vi får høre at objektiv tolkning i praksis er hovedregelen, om ordlydens særstilling, spesielt i profesjonelle forhold, om at også andre tolkningsmidler kan benyttes, og at bakgrunnsrett og reelle hensyn også kan benyttes. Noe sånt.<sup>1140</sup> Men er dette regler, eller retningslinjer som kan fungere normerende i tolkningen? Eventuelle normer bør

---

utsagnet tilbake i historien, via Ussing som ofte tilskrives utsagnet, og til tider og tekster hvor utsagnet ga mening.

<sup>1136</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 54: «Tolkning är en konst, därför låter den sig inte fångas i regler och det är fåfängt att försöka.»

<sup>1137</sup> En litt morsom betraktning i så måte, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 29: «Grundpremissen är synbarligen ständigt den samma. Bristen på riktlinjer är ett problem som bör åtgärdas. Av det skälet skriver man om tolkning. Och med det i åtanke är det interessant att notera att tolkningslärans koherens tenderar att minska med varje nytt bidrag...».

<sup>1138</sup> At dette er en realistisk arv, påpekes også av Høgberg, se *Kontraktstolkning*, s. 21: «Dagens rettsrealistiske rettskildelære bygger på den forutsetning at dommerne ser seg tilbake i rettskildespørsmål, og at rettspraksis har betydning ikke bare for fastleggelsen av gjeldende rett, men også for fastleggelsen av rettskildelæren. Det legges til grunn at det som tidligere gjaldt i rettskildespørsmål fremdeles gjelder, og fortsetter å gjelde også for fremtiden.» Av forfattere som følger denne «ideologien» nevner Høgberg, samme sted: «(..) de fleste: *Andenæs, Boe, Eckhoff, Fleischer, Nygaard* m.fl.», og som sterkeste kritiker oppgis Knut Bergo: «En sentral påstand hos *Bergo* er at Høyesterett ikke ser seg tilbake i rettskildespørsmål, og at den som tør se, vil se at vi er friere enn vi tror.»

<sup>1139</sup> Det er ikke meningen å gjøre et stort poeng av om disse prioritetsreglene kan eller bør kalles *tolkningsprinsipper* eller helst noe annet. Men fordi det er vanlig å skrive om «det objektive tolkningsprinsippet», og at denne tretrinnsraketten ofte nevnes i sammenheng (se likevel annerledes Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 265 flg., som behandler godtro som en del av den risikobaserte tolkningsstilen), så får alle gå under fanen «tolkningsprinsipper» akkurat her.

<sup>1140</sup> At jeg tror dette, har sammenheng med hva som står å lese i den avtalerettslige litteraturen. Dessuten, den første power pointen i de fleste foredrag om avtaletolkning, ser mistenkelig lik ut – den benyttes gjerne til å presentere hierarkiet partenes felles forståelse, godtroregel, objektiv tolkning og utfylling. (Deretter følger gjerne slides med noe om den aktuelle kontraktstypen, hvis det er temaet, eventuelt en presentasjon av en høyesterettsdom hvis det er det som skal analyseres og kritiseres.)

kunne gi svar på hvordan vi skal finne frem til avtalens innhold i et gitt tilfelle. Men gjør de det? Jeg har valgt å bruke et dramatisk grep, for å sette normene på prøve.<sup>1141</sup>

Sett at vi har et en konkret avtale å tolke, et konkret tolkningsproblem, og at vi spør tolkningslæren direkte:

*Avtaletolker: Hvilket tolkningsprinsipp skal jeg bruke til å styre meg i riktig retning i denne tolkningen?*

*Tolkningslæren: Legg partenes felles forståelse til grunn, hvis den kan bevises. Dersom den ene parten visste om den andre partens forståelse uten å tilkjenne dette, skal avtalen tolkes mot den som visste. Hvis ikke, objektiv tolkning.*

*Avtaletolker: Ok, jeg tror jeg forstår, men hvordan kan disse prinsippene få meg i gang med tolkningen? Det høres jo mer ut som tolkningsresultater enn retningslinjer? Jeg lurer på hvordan jeg skal gå frem; jeg vil jo ikke at det skal bli vilkårlig heller.*

*Tolkningslæren: Ikke vet jeg, jeg kjenner bare hierarkiet.*

Betyr det at tolkningsprinsippene, prioritetsreglene, er helt verdiløse? Absolutt ikke, men de fungerer ikke som retningsgivende for tolkningsvirksomheten. De kan hjelpe oss å strukturere argumentasjonen.<sup>1142</sup> For eksempel: «I dette tilfellet står det sånn og sånn i avtaleteksten, men partenes tidligere kommunikasjon viser at de har ment slik og slik med akkurat det uttrykket. Det kan derfor ikke være avgjørende hva som står i teksten. Vi må legge partenes felles forståelse til grunn på tross av ordlyden.»<sup>1143</sup>

Hvis ikke tolkningsprinsippene er til mer hjelp, kan man kanskje ty til andre elementer i tolkningslæren for å finne ut hvordan vi skal gå frem under selve tolkningen. Vi prøver igjen:

*Avtaletolkeren: Jeg sitter her med et avtaletolkningsproblem, og trenger en retningslinje. Hvilken skal jeg bruke?*

*Tolkningslæren: Tja, jeg har mange, hva trenger du?*

*Avtaletolkeren: Saken er den at jeg har en avtale mellom to profesjonelle parter...*

*Tolkningslæren: Aha, da pleier ordlyden å være veldig viktig!*

---

<sup>1141</sup> Løselig inspirert av Baldersheims fiktive dommerintervju i, *Høggir og tomgang i rettskjeldelæra*, s. 365 flg.

<sup>1142</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 39: «Lägg nu märke till att reglerna – eller principerna, eller vad man vill kalla dem – inte besvarar tolkningsfrågan, utan egentligen bara hjälper till att strukturera den. Vi får alternativa vägar. *Avgörandet* lämnas till rättsstillamparen.»

<sup>1143</sup> Eller: «Det står sånn og sånn i avtaleteksten, men det kan forstås både som dette eller hint. Siden den ene parten ga uttrykk for at han mente dette, og den andre ikke så ut til å ha noen motforestillinger, og første mann derfor var i god tro om at han forsto det riktig, legger vi dette til grunn.»

Avtaletolkeren: *Jeg vet, men avtaleteksten er litt uklar holdt opp mot tvisten jeg skal løse, skjønner du.*

Tolkningslæren: *Jeg forstår, den er ofte det når det blir tvist. Har du andre tolkningsmidler å se hen til, fra forhandlinger mellom partene for eksempel?*

Avtaletolkeren: *Nei, kontrakten ble til etter en anbudskonkurranse med forhandlingsforbud. Dette er krise.*

Tolkningslæren: *Nei, det er ingen krise, det er jobben din. Har du prøvd å lese teksten i sammenheng? Har du vurdert kontraktsystemet? Sett den uklare bestemmelsen i lys av avtalens formål?*

Avtaletolkeren: *Ja, jeg har det. Og formålet med avtalen tilsier ett tolkningsalternativ, og systembetraktninger et annet, hva skal jeg legge mest vekt på, synes du?*

Tolkningslæren: *Nei altså, det er opp til deg som avtaletolker å avgjøre hva som er en rimelig tolkning av den avtalen du har foran deg. Jeg har bare noen generelle og overordnede betraktninger å komme med, jeg aner ingenting om den konkrete avtalen.*

Er jeg urettferdig nå? Ingen tar jo til orde for klare regler på avtaletolkingens område; «alle» mener «reglene» er av en annen karakter enn materielle regler.<sup>1144</sup> Og tolkningslæren kommer jo med flere gode råd i dialogen over. Nettopp, gode råd. Alt tolkningslæren svarer her, er ting gode avtaletolkere vet av erfaring, og ikke noe noen av oss trenger å stille opp regler for å forstå.<sup>1145</sup> Tolkningsreglene er overflødige i den konkrete tolkingen, og satt på spissen viser det seg at de ikke kan hjelpe oss heller når vi virkelig kommer i beit. I læringsøyemed, og ved selvrefleksjon, egner de seg derimot utmerket.<sup>1146</sup>

Kanskje har jeg leseren med meg, men mer sannsynlig er det noen som nå tenker at: Uklarhetsregelen er vel i alle fall en regel?! Vi spør uklarhetsregelen om hjelp:

---

<sup>1144</sup> Se over i punkt 5.3.

<sup>1145</sup> Se Samuelsson, *Avtalstolkning på europeiska. Del II Reglerna* s. 1007, med videre henvisning til Hein Kötz, *European Contract Law Vol. 1*, s. 113: «All legal systems provide judges with maxims or rules of thumb to help them interpret contracts, but they are not really of much practical use; in general they only say what the judge's common sense would tell him anyway.»

<sup>1146</sup> I den forbindelse anbefales også de internasjonale modellene. DCFR, PECL og UNIDROIT, tilbyr alle «tolkningsregler» som går ut på mye av det samme som det vi finner i våre lærebøker. Om forholdet mellom det subjektive og objektive, prioritetsregler, eksempler på tolkningsmidler, hva avtaletolkere bør se etter og vurdere. Pedagogisk og fint oppstilt i paragrafer og ledd. Jeg går ikke nærmere inn på om «reglene» som er nedfelt i disse internasjonale prosjektene her, men viser med glede til Samuelsson, *Avtalstolkning på europeiska. Del I: Systemet og Avtalstolkning på europeiska. Del II Reglerna*.

Avtaletolker: *Denne avtaleteksten var litt uklar, skal jeg tolke den mot forfatteren?*

Uklarhetsregelen: *Nja, ikke så fort nå, det beror på tolkningen. Jeg er ofte subsidiær.*<sup>1147</sup>

Avtaletolker: *Slik jeg tolker avtalen, i lys av de andre tolkningsmidlene, kan avtalen forstås på to måter, kan jeg bruke uklarhetsregelen da?*

Uklarhetsregelen: *Ikke nødvendigvis. Er den ene forståelsen mer troverdig enn den andre? I så fall trenger du vel egentlig ikke meg?*

Avtaletolkeren: *Altså, den ene parten har skrevet teksten, og jeg er enig i at ordlyden nok kunne vært klarere, men er sannelig ikke sikker på om at den andre forståelsen er den mest riktige heller?*

Uklarhetsregelen: *Hm, har du vurdert bakgrunnsretten? Noen sier at det må stilles opp klare holdepunkter – et klarhetskrav – for at partene har avtalt seg vekk fra bakgrunnsretten, uten at det nødvendigvis trenger å ha noe med meg å gjøre.*<sup>1148</sup>

Avtaletolker: *Bakgrunnsretten stemmer overens med forståelsen som forfatteren av avtaleteksten anfører, men det var jo den avtaleparten som hadde ansvaret for den dårlige utformingen. Hva syns du, skal jeg bruke uklarhetsregelen, eller tolke i tråd med bakgrunnsretten?*

Uklarhetsregelen: *Ikke vet jeg, det er opp til deg.*

Det gjør ingen forskjell om uklarhetsreglen er nedfelt i en lov, det blir ikke mer ekte «regel» av den grunn.<sup>1149</sup> Avtaletolkeren må ved tolkningen avgjøre om regelen kommer til anvendelse eller ikke; å påvise en uklarhet (hvis-siden av regelen, for å bruke det bildet) er ikke nok for å tolke kontrakten mot forfatteren eller den kyndige

---

<sup>1147</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 301: «Grensen til de øvrige tolkningsstiler er på et vis gitt ved regelens subsidiaritet, slik at uklarhetsregelen ikke kommer til anvendelse dersom ordlyden eller de ledsagende omstendigheter gir grunnlag for å fastlegge en materiell løsning på tolkningsspørsmålet. Det samme kan man si om bakgrunnsretten: Dersom bakgrunnsretten gir en materiell regel som løser rettsspørsmålet, vil nettopp denne regel legges til grunn. Denne subsidiaritet har bred støtte både i innenlandsk og utenlands juridisk praksis og teori.»

<sup>1148</sup> Se eksempelvis Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 302, hvor han skriver om forskjellen mellom den harmoniserende tolkningsstilen og uklarhetsregelen.

<sup>1149</sup> Se Samuelsson, *Avtalstolkning på europeiska. Del II Reglerna* s. 1006, som etter å ha ramset opp tolkningsmaksimene i DCFR 8:103-107, herunder også uklarhetsregelen, skriver: «Reglerna här är instanser av, eller varianter på, tolkningsprinciper som följt med den civilrättsliga traditionen sedan äldsta tid. Värdet av dylika maximer har alltid varit ifrågasatt, redan i den romerska rätten och i exempelvis tysk rättsvetenskap åtminstone från Savigny och in i nutiden.» Se også Haaskjold, *Kontraktforpliktelser*, s. 437, og fra forarbeidene til avtaleloven ved vedtakelsen av avtaleloven § 37: «Som påpekt innebærer bestemmelsen for dette området en lovfesting av den alminnelige 'uklarhetsregelen' i norsk rett. Lovfestingen skjer som følge av direktivets uttrykkelige regel i artikkel 5 annet punktum. Det må derfor advares mot å trekke slutninger fra denne bestemmelsen i forhold til alminnelig norsk avtalerett. Bestemmelsen innebærer ikke noen generell tilsidesettelse av andre, ulovfestede tolkningsregler i forhold til uklarhetsregelen», se Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 15.

(så-siden av regelen). *Om* regelen kommer til anvendelse, beror på avtaletolkerens vurderinger – dømmekraften. Det samme gjelder dersom man avtalefester hvordan avtalen skal tolkes.<sup>1150</sup> Også slike tolkningsregler må tolkes, uten at det finnes noen regler for hvordan tolkningsreglene igjen skal tolkes; det er opp til avtaletolkeren.

For å ta enda et eksempel. En kjent tolkningsregel er at skrevet går foran trykt.<sup>1151</sup> Hvis vi hadde med en ekte regel å gjøre, skulle det være nok å konstatere at dersom noe var skrevet og noe var trykt, måtte det skrevne gå foran. Men det kan vi selvsagt ikke være sikker på; det kommer jo helt an på hva som var skrevet og hva som var trykt. Å kategorisk legge til grunn at skrevet *alltid* går foran trykt, vil ikke bare være en dårlig tolkning, det vil ikke være noen tolkning i det hele tatt.<sup>1152</sup> Både det som er skrevet og det som er trykt må tolkes. Kanskje kommer man via tolkningen frem til at det trykte er mer gjennomtenkt og bedre gir uttrykk for den omforente partsviljen, enn en skjødesløs tilføyelse som ikke gir uttrykk for verken det ene eller det andre? Så må det trykte nødvendigvis gå foran, helt uanfektet av tolkningsregelen.

Et siste lite tankeeksperiment, før vi går videre. For hvis reglene var riktige regler, skulle vi vel også kunne lage og endre dem som vi ville? En «regel» jeg tror de fleste vil «godkjenne», kan formuleres slik: «Ordlyden skal tillegges stor vekt ved tolkningen». Hvis vi kan *lage* den regelen, må vi også kunne *endre* den. Dersom vi endrer regelen til «ordlyden skal ikke tillegges vekt», er det fortsatt avtaletolkning vi snakker om? Hvem kan ta på alvor en avtaletolkningsregel om at ordlyden ikke er viktig? Ingen, og ingen ville heller kommet på den, tror jeg. Det er en absurd regel, men eksperimentet er reelt nok, vi kan ikke se for oss avtaletolkning uten avtaletolkning, og dersom vi ikke kan tolke teksten i avtalen – og dermed legge vekt på ordlyden – så er det ingen avtaletolkning. Det eneste vi kan si noenlunde sikkert om avtaletolkning, følger ikke av «reglene», men av *oppgaven* – at vi må vurdere hvilken mening teksten

---

<sup>1150</sup> Avtalte tolkningsregler forekommer ofte i standardkontrakter.

<sup>1151</sup> Se Høgberg, *Kontraktstolkning*, s. 53, som benevner det «håndskrevet foran maskinskrevet». Samme sted fremgår også mange andre lignende «prioritetsregler».

<sup>1152</sup> Se også Samuelsson, *Avtalstolkning på europeiska. Del II Reglerna* s. 1007: «Varje 'regel' som kan uppställas för tolkningen – och ett otal sådana regler är tänkbara – måste hanteras med den största försiktighet. I bästa fall fungerar de som påminnelser om hur vi faktiskt använder språket och kan rikta den tolkande juristens uppmärksamhet åt rätt håll (men en jurist som faktiskt *behöver* den hjälpen kanske inte bör syssla med avtalstolkning). I sämsta fall hindrar de läsningen, och låter inte den individuella språkhandlingen komma till tals.»



gir uttrykk for når vi tolker en avtaletekst, og at sammenhengen, konteksten rundt avtaleinngåelsen og partenes opptreden, også kan si noe om innholdet.<sup>1153</sup>

At «tolkningsregler» ser såpass like ut når de abstraheres opp til et nivå «alle» kan være enige i, er en indikasjon på at det ikke er snakk om «regler» i alminnelig forstand, heller forstand som er søkt fanget i regler.<sup>1154</sup> Se for eksempel den eneste paragrafen om avtaletolkning i den kinesiske Lov om kontrakter, § 125:

«Opstår der tvist mellem parterne om fortolkningen af en bestemmelse i kontrakten, skal dens sande mening fastlægges i lys af de anvendte ord og udtryk, andre bestemmelser i kontrakten, dennes formål, branchens sædvaner og god forretningsskik.»<sup>1155</sup>

Ser det kjent ut?<sup>1156</sup> Det vi mener å finne i analyser og synteser av rettspraksis i Norge, er bare variasjoner av de samme abstraherte «reglene» vi kan finne nærmest overalt hvor avtaletolkning drøftes. Å tro at vi ved stadige ransakninger av Høyesteretts uttalte og uuttalte tolkningsresonnementer, skal klare å oppstille en tolkningslære som går

---

<sup>1153</sup> Her åpner det seg en dør jeg bare så vidt kan gløtte inn i. For hvis dette – at avtaleinnholdet følger av en tolkning av tekst og kontekst – er det eneste som kan sies *sikkert*, så burde det jo gjelde for all verdens avtaletolkningslærer? Men vi er jo vant til å lese om at man etter engelsk tolkningslære ikke får lov til å se hen til forhandlinger mellom partene for eksempel, se Cordero-Moss, *Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett*, s. 280. At visse tolkningsmidler ikke er tillatt å bruke, skulle i tilfelle kunne oppstilles som en regel. Ergo, skulle det jeg mente var sikkert ikke være så sikkert likevel. Eller? Hvorvidt man i engelsk rett faktisk holder seg med en slik regel, eller om det, som påpekt av Samuelsson, *Avtalstolkning på europeiska. Del II Reglerna* s. 1006, med videre henvisninger, «*rör seg numera om just en diskussion, snarare än om en regel*», får enhver som setter seg fore å forske på den engelske tolkningslæren, gjøre seg opp sin egen mening om – sin tolkning. Skal man forske på «andre» tolkningslærer, vil man nødvendigvis møte på andre argumentasjonsmønstre, andre metodevalg og andre språkspill. Også i England, og alle andre land, er det forskjell på tolkning i praksis og refleksjoner i teorien. At diskusjonene fortøner seg annerledes, betyr ikke at selve praksisen lettere lar seg fange i regler på engelsk enn på norsk. Lord Hoffmanns berømte uttalelse i *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* fra 1998 (som startet den engelske interessen for tolkningslæren i moderne tid, se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 51-52), er et godt eksempel på hvordan også engelsk avtaletolkning i bunn og grunn handler om å finne meningen i de ytre uttrykkene. (Store deler av uttalelsen er også gjengitt i Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 202-204.)

<sup>1154</sup> Med tolkningsreglene i de europeiske samarbeidsprosjektene i DCFR, PECL og UNIDROIT som gode eksempler.

<sup>1155</sup> Oversettelse funnet i Lando, *Kontraktsretten i Kina*, s. 82.

<sup>1156</sup> Mange asiatiske privatrettskodifikasjoner er dessuten influert og inspirert av *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) og *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (ZGB), Se Michalsen, *Retten: En internasjonal historie*, s. 361, og det er derfor ikke så rart at ordlyden høres familiær ut for en europeer. I BGB § 133 står det for eksempel: «Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.» («When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration.») Og i den andre bestemmelsen om avtaletolkning, § 157, står det: «Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.» («Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.»)

lenger enn å parafrasere det tolkningshistorien allerede har repetert og resitert i uminnelige tider, er ønsketenkning. Men som Samuelsson skriver:

«Vi behöver inte göra regler av tolkningsläran. Det går bra ändå.»<sup>1157</sup>

Heldigvis, kan man kanskje legge til, siden det også er umulig:

«Det är inte *svårt* att beskriva de regler som gäller vid avtalstolkning. Det är omöjligt.»<sup>1158</sup>

Ved å gjenoppdage meningsinnholdet i den gamle frasen om at tolkningen ikke lar seg regelfeste fordi den beror på en praktisk kunst, kan vi (kanskje) klare å fri oss fra ønsket om å oppstille reglene.<sup>1159</sup> Men da må vi antakelig også være villige til å kvitte oss med de rettsrealistiske grunnpremissene, de jeg har forsøkt å røske litt opp i med denne avhandlingen.<sup>1160</sup> Det er nemlig dette tankegodset som nærmest tvinger oss inn i retningslinjeproduksjonen. Fordi vi ikke kan vite hva partene tenkte (det psykologiske viljebegrepet), og fordi vi ser for oss et gap mellom regel og sak som det er opp til rettsanvenderen å fylle, og fordi vi har tingliggjort vurderingene på et vis som mistenkeliggjør den juridiske aktiviteten, så *bør* det være noe som styrer oss hvis vi ikke skal ledes rett ut i vilkårlighet og uskjønnsom maktutøvelse. Og fordi tolkningsprinsippene blir for diffuse, og det subjektive språket i avtaleretten for uvitenskapelig, blir trangen etter gode normalløsninger desto større (rettsliggjøringen).

---

<sup>1157</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 52.

<sup>1158</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 164. Dette er heller ikke en konklusjon Samuelsson er alene om, men han er av de få som tar konsekvensene av denne erkjennelsen på alvor. Fra norsk avtaletolkningsteori er verdt å lese Arnholms refleksjoner rundt temaet: «Det ville bære galt av sted hvis man trodde det var mulig å trekke opp et rutenett på forhånd, og gjøre det på en måte at alle tenkelige tilfelle dermed var plassert i sin rute. Det er ikke slik man behersker rettsstoffet. En fremstilling som tok sikte på å skildre alle muligheter ville ikke bare bli uformelig; den ville også bli direkte farlig fordi ingen fantasi kan forestille seg alle de tilfelle livet senere måtte skape, og fordi ingen forfatter vil ha et slikt kraftoverskudd at han rekker å gi en virkelig behandling av alle de mulige tilfelle som streifer hans fantasi. I virkeligheten ville fremstillingen bli fattig i kraft av selve sin rikdom. Metoden må nødvendigvis bli en annen. Man befester de strategisk viktige punkter, man drøfter grundig de praktisk og prinsipielt viktige tilfelle; og fra sine faste posisjoner behersker man også det 'ingenmannsland' som ligger mellom dem – når man er sikker i typetilfellene, og vel å merke vet at de ikke er mer enn typetilfelle, klarer man seg i de atypiske tilfelle; og man klarer seg iallfall bedre enn om man på forhånd lager seg et skjema som man kritikkøst søker å bruke overalt», se *Alminnelig avtalerett*, s. 20-21.

<sup>1159</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 154: «Tolkning är en konst, som inte kan fångas i regler. Det betyder, i praktisk hänseende, att det är gagnlöst att fråga efter reglerna när man ställs inför en konkret tolkningsuppgift, om man med 'reglerna' menar *regler för förfarandet*. En annan sak är, att det i juridiken typiskt sett är regler som tolkas. Reglerna är här, om man vill uttrycka det så, tolkningens *objekt*.»

<sup>1160</sup> Og det står hver og en av oss fritt til å gjøre, dersom vi vil, eller blir overbevist. På samme måte som at enhver står fritt til å fortsette å tro på det 1900-tallets avtalerett har å komme med.

Jeg tror at det er disse premissene som gjør at vi ikke stoler på at juristen kan tolke reglene i loven, eller avtalen, uten hjelp fra andre regler. Men så er det til overmål underlig at vi ser ut til å stole på at juristen skal la seg styre av noen ulne metanormer som ikke helt lar seg artikulere, og som ikke rekker helt frem til sluttresultatet.

Hvis vi tør å oppgi tvangstankene våre, er tolkningens dilemma ikke egentlig et dilemma. Ved å godta at en tolkning må være konkret for å være en tolkning, trenger man ikke lengre ønske seg generelle føringer (som uansett ikke lar seg oppstille, derav dilemmaet). Løsningen på et avtaletolknings spørsmål følger av en rimelig tolkning av avtalen holdt opp mot tolkningstvistene som foreligger. Det er et spørsmål om juridisk dømmekraft.

## 5.4 Dømmekraften

### 5.4.1 Å praktisere jus

«Tolking i egentlig mening är dock inte så mycket en vetenskap, som kan läras ut, som en konst som måste läras in; teorin kan endast peka ut de viktigaste hållpunkterna.»<sup>1161</sup>

At «tolkningsregler» ikke er ekte regler, tror jeg egentlig ikke er så vanskelig å være med på for jurister flest, selv om det tilsynelatende bare motvillig aksepteres.<sup>1162</sup> Gjennom heller å kalle dem «retningslinjer» eller «prinsipper», viser man at det er en mildere form for normativitet som virker.<sup>1163</sup> Like fullt anses tolkningsreglene for å være retningsgivende, og begrunnelsen for å holde seg med slike føringer er at man – i

---

<sup>1161</sup> Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bind 1, s. 56. Oversettelse av Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 69.

<sup>1162</sup> I lignende baner Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 214: «Vi vet, och har alltid vetat, att reglerna inte tolkar sig själva – att innebörden inte är given med uttrycket – och att det därför inte kan finnas några metodregler i sträng bemärkelse, bare tumregler, goda råd, ungefärliga anvisningar och liknande.»

<sup>1163</sup> Samuelsson kaller veiledningen fra tidligere avtaletolkningsrettspraksis en «mycket mjuk form av normativitet» se *Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom*, s. 490, og tankene går mer mot en form for oppdragelse enn reelle føringer på hvordan tolkningen skal foregå. Se også Blandhol, *De beste grunner*, s. 235, med videre henvisning til Eng, *Rettsfilosofi*, s. 164: «Begrepet retningslinje forsøker å fange opp det mellom-området hvor normativ argumentasjon i praksis beveger seg; det mellom-område hvor det er mer rasjonalitet enn ved terningkast, men rasjonalitet av en annen art enn ved maskinmessig utregning. Det er i dette området vår dømmekraft, herunder vår juridiske dømmekraft, utøver sin virksomhet.»

teorien – mener at det trengs. Men man kan jo ikke bare lage regler fordi man syns at avtaletolkning burde være styrt av regler. Eller, selvsagt «kan» man det, avtalerettslitteraturen er full av forsøk på å lage regler for tolkningen. Men i praktisk tolkning, kan tolkningsreglene aldri være mer enn knagger for tanken.

«(...) tolkningsreglerna är förvisso varken rättsregler eller principer för bevisvärderingen, utan *metodprinciper* – tumregler, som kan artikuleras eller undvaras, allteftersom, men som knappast binder rättstillämparen.»<sup>1164</sup>

Når jus praktiseres, for eksempel når avtaler tolkes, kan man ikke annet enn å ta oppgaven på alvor; det vil si å fokusere på det som skal tolkes. For å illustrere poenget: Ikke én skikkelig advokat eller dommer ville unnlatt å tolke både det skrevne og det trykte i en avtaletekst, og ingen ville heller ukritisk lagt en «alminnelig forståelse av ordlyden» til grunn uten å foreta en vurdering av om akkurat den forståelsen er troverdig i et gitt tilfelle.

At man i praksis «legitimerer» skjønnen ved å skrive at den ene eller andre tolkningsregelen ble avgjørende, er verken rart eller særlig problematisk. Det er slik vi skriver avtalerett. For eksempel: Her brukte jeg regelen om at det skrevne går foran det trykte, hvis jeg kom til at det skrevne burde gå foran det trykte. Hvis jeg derimot hadde kommet til at det trykte gikk foran, ville jeg antakelig begrunnet resultatet i en annen «tolkningsregel». <sup>1165</sup> Enhver avtaletolkningsargumentasjon drives frem av vante setninger, kjente uttrykk – lett gjenkjennelig språk. Det er først når vi i teorien, i selvrefleksjonen, forsøker å slutte fra at Høyesterett (eller andre) argumenterte slik og slik, til at andre avtaler også skal tolkes likt, at det begynner å bli farlig.<sup>1166</sup> Man kan

---

<sup>1164</sup> Samuelsson, *Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom*, s. 490.

<sup>1165</sup> Dette er også juridisk allmennkunnskap. Som Platou, *Retskildernes Theori*, s. 230, skriver: «[D]e almindelige Fortolkningsregler er blot teknisk juridiske Midler, de er ikke bindende Retsregler; og er der Tvivl om Valget (...) vil forskjellige Fortolkningsregler føre til forskjellige Resultater.»

<sup>1166</sup> For de av oss som er universitetsjurister, påhviler det også et ansvar for utdanningen av fremtidens avtaletolkere. I dag tør jeg påstå at det i landets jusutdanninger er slik at en student som på eksamen går rett på sak og tolker avtalen, uten først å redegjøre for de «ulovfestede prinsippene for avtaletolkning stilt opp i rettspraksis», må forvente trekk i karakter. Selv om det tas forbehold i lærebøkene om at reglene ikke skal forstås mekanisk, og at mye kommer an på de individuelle forholdene i saken, er det forventet at studentene i en praktikum om avtaletolkning, først redegjør for reglene. Det må nødvendigvis bero på at vi (som universitetslærere og sensorer) mener de overordnede retningslinjene virkelig har betydning for tolkningen som skal gjøres. Vi ber dem gjøre rede for tolkningsreglene eller -prinsippene, og deretter vurdere faktum opp mot disse igjen – som var det materiell jus. Men ingen tolkningsprinsipper løser avtaletolkningstvister – det er det reglene i avtalen som gjør, og det er disse studentene skal tolke seg frem til! Til sammenligning ber vi dem aldri redegjøre for prinsipper for lovtolkningen før de skal løse et materielt rettsspørsmål i en praktikum; vi vurderer studentenes lovtolkning ved å se hvordan de utfører den. Det ville nærmest sett komisk ut om studenten først skrev en hel masse om lex-prinsippene og forarbeiders generelle

begynne å tro på at det som står i teorien faktisk har betydning for en konkret tolkning.<sup>1167</sup> I verste fall kan det påvirke selve tolkningen, for eksempel ved at avtaletolkere legger for stor vekt på generelle utsagn som ikke passer i den konkrete saken, eller lar bakgrunnsrettens løsninger virke for graviterende når det er mulig å komme i havn ad tolkningsvei, *på grunn av* noe man har lest i teorien.

Idet vi retter blikket mot reglene for tolkningen som vi «fant» i en annen sak, eller mot syntesen som er oppstilt i teorien, skifter vi fokus. Da ser vi på en annen regel enn den regelen vi skal frem til i avtalen.<sup>1168</sup> Tolkninger som fokuserer på noe annet enn det som skal tolkes, blir dårlige tolkninger.<sup>1169</sup>

Alternativet til å lete etter regler for tolkningsvirksomheten, er å erkjenne at tolkning er en praktisk virksomhet som utøves ved bruk av dømmekraften.

«Dømmekraft i sin alminnelighet er evnen til å tenke det særskilte som inneholdt under det allmenne. Er det allmenne gitt (regelen, prinsippet, loven), er dømmekraften som subsumerer dette særskilte *bestemmende* (også når den som transcendent dømmekraft angir a priori de eneste betingelser under hvilke man kan subsumere under dette allmenne). Men er bare det særskilte gitt, samtidig som man søker det allmenne, er dømmekraften *reflekterende*.»<sup>1170</sup>

---

vekt før en tolkning av naboloven § 2, og tilbakemelding fra sensor ville antakelig vært å droppe det neste gang. Noe annet er at det også kan være nødvendig med metodiske refleksjoner underveis i rettsanvendelsen, dersom man må argumentere for hvorfor barnekomitéens uttalelser bør tillegges vekt for eksempel, jf. eksempelvis Rt. 2009 s. 1261. Motsvarende i en avtaletolkningssituasjon er imidlertid hvilke tolkningsmidler som kan bidra i den konkrete saken, og det må blant annet på grunn av formfriheten alltid løses konkret. Lovtolkningslæren hører hjemme i metodefaget, og det er eventuelt i teorioppgaver eller domsanalyser vi etterspør studentenes kunnskap om rettskildепrinsipper og lignende. Å la det samme gjelde for avtaletolkningen, er et lite og ufarlig tiltak for å avrettsliggjøre tolkningslæren. Heller enn å «pugge» og resitere formularer fra Høyesterett, bør studentene få mulighet til å øve opp dømmekraften ved å studere gode eksempler og bryne seg på tolkningstvister. Nå gjøres dette helt sikkert også i mer eller mindre grad, men så lenge det som gjelder til eksamen er å late som tolkning er regelstyrt, er det altså dette som premieres.

<sup>1167</sup> For å fortsette på resonnementet fra forrige note. I alle fremstillinger av tolkningslæren fremgår det at ordlyden er viktig, og selvfølgelig kan man finne gode eksempler på at Høyesterett la avgjørende vekt på ordlyden i en sak hvor de først skrev at ordlyden var viktig. Og så kan det samme være tilfellet i praktikumsoppgaven som studenten skal løse. Problemet ligger i at *selve* tolkningen bare har med det foreliggende materialet å gjøre, ikke hva Høyesterett kom til i en tidligere sak eller hva som står å lese i litteraturen.

<sup>1168</sup> Det vil si, jeg tviler vel egentlig på at praktikerne dveler så lenge ved tolkningsreglene når de tolker utover det å bruke det som måtte passe i argumentasjonen. Det er vi i teorien som baler mest med dette.

<sup>1169</sup> Se også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 19: «Det som efterfrågas är fasta strukturer. Ju längre man går för att möta denna efterfrågan, desto större är risken att tolkningen blir mekanisk, det vill säga dålig. Här får man inte *ge sken av* att det finns regler att följa».

<sup>1170</sup> Se Kant, *Kritikk av dømmekraften; i utvalg*, s. 47.

Dømmekraften er vår evne til å slutte fra det generelle til det spesielle. Her må man imidlertid holde tungen rett i munnen når det gjelder avtalene, for i denne sammenhengen er de individuelle avtaleskapte reglene det «generelle» i den forstand at avtalen regulerer x antall potensielle tvistesporsmål. Å slutte fra det generelle til det individuelle vil for avtaletolkningens vedkommende si å slutte fra (de generelle) reglene som gjelder for mange mulige tvister, til hvordan akkurat denne (individuelle) saken skal løses.

Ifølge Kant kan man altså ikke oppstille regler for dømmekraften; for så måtte vi hatt en dømmekraft for disse reglene igjen.<sup>1171</sup> For hver tolkningsregel måtte man oppstille en ny tolkningsregel, og rekken blir uendelig. Ludvig Wittgenstein sier det på sin måte:

«Tro ikke alltid at du avleser de ord du sier fra kjensgjerninger; at du avbilder disse ord ifølge regler! For regelen måtte du jo likevel anvende i det enkelte tilfelle uten noen rettesnor.»<sup>1172</sup>

Det er imidlertid ikke nødvendig å gå til filosofien for å komme til denne erkjennelsen, litt selvransakelse holder lenge. Tar vi tolkningsreglene nærmere i ettersyn, som vi gjorde i dialogene like over, ser vi at det ikke er «ekte» regler vi har med å gjøre. Går vi til avtaletolkningslitteraturen, finnes også gode eksempler på de som mener at tolkningsregler må tas med en klype salt (for å låne enda et uttrykk fra Samuelsson).<sup>1173</sup>

Det samme gjelder den generelle metodelitteraturen. Jens Evald skriver for eksempel:

«Som det vil fremgå, er fortolkningsreglernes indhold relativt let at forstå, hvorimod det ofte viser sig vanskelig at anvende dem, idet de ikke giver svar på, hvornår man skal anvende de forskellige fortolkningsregler.»<sup>1174</sup>

For det er jo det som er spørsmålet; hvordan skal tolkningsreglene forstås da (hvis de finnes)? Idet vi forsøker å artikulere disse retningslinjeaktige metanormene, enten det er rettskildeprinsipper eller avtaletolkningsprinsipper, må det nødvendigvis skje i tekst,

---

<sup>1171</sup> Se Kant, *Kritikk av dømmekraften; i utvalg*, i fortalen til første opplag, 1790, s. 35.

<sup>1172</sup> Wittgenstein, *Filosofiske undersøkelser*, nr. 292. Og selvfølgelig sier mange andre det samme. Se i den forbindelse også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 131, som igjen siterer litteraturteoretikeren Stanly Fish: «Rules are texts. They are in need of interpretation and cannot themselves serve as constraints on interpretation.» Jeg prøver på ingen måte å si noe «nytt» her, eller gi inntrykk av at dette er «mine» tanker, selv om jeg jo også tenker dem nå.

<sup>1173</sup> Men da må vi gjerne gå tilbake til tiden før «rettsliggjøringen» tok til, og til de som mente tolkning er en kunst, se over i punkt 3.1.2. Se også sitat fra Platou over i n. 1165.

<sup>1174</sup> Jens Evald, *At tenke juridisk*, s. 34.

som igjen må tolkes (all tekst må det).<sup>1175</sup> Hvordan skal vi forstå rettskildeprinsippet som skal styre tolkningen i denne saken, i *denne* saken; hvilke suprametanolmer styrer tolkningene av rettskildeprinsippene? Mæhle fremholder at rettslig argumentasjon:

«(...) på den ene siden kan sies å være basert på tolknings- og harmoniseringsregler, samtidig som bruken av metodereglene på den andre siden involverer en ikke-regelbestemt og kanskje heller ikke alltid artikulert ferdighet.»<sup>1176</sup>

Ifølge Mæhle kan vi ha tolkningsregler for tolkningen av gjeldende rett, så lenge vi presiserer at det også krever en «ferdighet til å takle rettsanvendelsens verdimeslige kontekst», og for anvendelsen av tolkningsreglene finnes det ingen metatolkningsregler.<sup>1177</sup> Dermed flyttes bare «problemet» opp, eller bort, et hakk.

Graver er kanskje en av de i den norske metodede-batten som har gått lengst i å stille spørsmål ved om det er meningsfullt å si at rettslig argumentasjon er styrt av regler eller retningslinjer.<sup>1178</sup> I *Keiserens garderobe* går Graver i rette med oppfatningen av at rettskildeprinsipper er retningslinjer som et stykke på vei bestemmer rettsanvendelsen.

---

<sup>1175</sup> Hva betyr det for eksempel at «ordlyden skal tillegges stor vekt»? Betyr det avgjørende vekt? Telle mer enn 50%? At ordlyden alltid skal vinne frem selv der andre tolkningsmidler tilsier et annet resultat? Må vi formulere en forståelse å la: «Ordlyden er utgangspunktet, og særlig viktig for tolkningen, men dersom andre tolkningsmidler taler for et annet tolkningsresultat, kan det tilsi at ordlyden må vike». Hva hjelper så denne regelen oss? Hvordan skal den forstås? For hver presisering av regelen, kommer vi stadig lenger og lenger unna oppgaven, og ikke blir vi særlig klokere heller. Jeg er litt krangleveren nå, for selvsagt forstår jurister hva det vil si at ordlyden skal tillegges stor vekt. Poenget står seg likevel; skal vi ha regler for tolkningen, må vi også ha regler for hvordan reglene skal tolkes etc. (Se i den forbindelse også Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 142-144, for en fascinerende forklaring på vår evne til å forstå en regel, uten å kunne forklare hvorfor, i Wittgensteins ånd.)

<sup>1176</sup> Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 332.

<sup>1177</sup> Se også Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene*, s. 331.

<sup>1178</sup> Se særlig Graver, *Keiserens garderobe*, hvor tematikken drøftes utførlig, og som et eksempel se s. 457: «Rettsanvenderen kan således ikke være delvis styrt av normer, og delvis ha vurderingsfrihet. Rettsanvendere kan imidlertid opptre som om de er styrt av normer, hvis innhold til syvende og sist blir fastlagt av dem selv. Når det er tilfelle, kan ikke andre heller være styrt av disse normene, med mindre en konkret rettsanvender anses å ha kompetanse til å fastsette de rettskildenormer andre plikter å følge. Hos oss er det ingen andre enn lovgiveren som er tillagt en slik kompetanse, og lovgiveren bruker den bare unntaksvis som f.eks. i EØS-lovens § 2 og EØS-avtalens artikkel 6. Men siden normen som utledes av disse lovbudene ikke kan fastlegges uavhengig av anvendelsen av dem, er det heller ikke klart hva disse lovbudene innebærer for den enkelte rettsanvender.» Knut Bergho på sin side ser ut til å mene at de rettskildenormerne vi angivelig opererer med i norsk rettskildelære, ikke er tilfredsstillende, og etterlyser klarere metoderegler. I Bergho, *En realistisk rettskildelære – et urealistisk prosjekt?*, gir han en introduksjon til *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, hvor analysene av rettskildelæren foretas. På s. 32 skriver han: «Et svar kan være å søke å utforme en mer presis rettskildelære, der man er villig til å ta prinsipielle valg som at lov skal telle mer en forarbeider og formål, og forarbeider mer enn reelle hensyn, iallfall når dette er i borgerens favør.»

«Det er ikke slik at dommeren er bundet av rettskildene ‘så langt de rekker’ og at han utover dette står fritt. Prinsipielt sett er situasjonen den samme i alle tilfelle, nemlig at han må treffe en beslutning om rettens innhold på grunnlag av en vurdering som det ikke er mulig å angi bestemte normer for, annet enn i nokså abstrakte (rettskildefaktorene) og vage (slutnings- og vektnormene) ordelag.»<sup>1179</sup>

Jeg tror at det som i det store og hele er gode råd for avtaletolkning, blir forsøkt gjort til regler – *fordi vi er jurister*.<sup>1180</sup> Siden jurister arbeider med regler, er veien til å anta at også arbeidet er regelstyrt kort.<sup>1181</sup> Hva skal man gjøre for å unngå denne «feilslutningen»? Så lenge vi presiserer at det ikke er mulig å gi en oppskrift på metoden, eller forutberegne en avtaletolkning, og så lenge vi er tydelige på at det bare er avtaletolkeren som kan avgjøre hvordan den konkrete avtalen skal tolkes, kan gode råd tjene en funksjon i oppretningen av dømmekraften. Vi trenger bilder til å forklare virksomheten vår, spørsmålet er hvilke som duger best.<sup>1182</sup> Selv vil jeg foretrekke å kalle det råd eller tommelregler, eller annet som viser at det ikke er egentlige regler vi har med å gjøre.<sup>1183</sup> Dessuten er det, slik jeg ser det, stor forskjell mellom å sette navn på elementene i prosessen når avtaletolkning skal beskrives i teorien, og å mene at disse teoretiske begrepene har en reell innflytelse på konkret avtaletolkning.<sup>1184</sup>

---

<sup>1179</sup> Graver, *Keiserens garderobe*, s. 455.

<sup>1180</sup> En beslektet variant av ordtaket om at for den som har en hammer, blir alt til spiker. Siden regler er det vi bruker til å løse juridiske problemstillinger, blir regler også løsningen når vi lurer på hvordan reglene skal forstås.

<sup>1181</sup> Uten at jeg vet det for sikkert, aner det meg at det ikke er helt slik i andre fag. At det er lettere å skille teoretisk pedagogikk fra praktisk pedagogikk for eksempel; slik at en lærer som leser pedagogikkbøker, skjønner at det ikke er en oppskrift for klasseromsundervisning, men i høyden gode råd. Selv om jeg med dette går langt utenfor eget fagfelt, drister jeg meg til å henvise til Lucy McCormick Calkins, *The art of teaching writing*, hvor tittelen alene indikerer at det er en praktisk kunst å lære bort skriving.

<sup>1182</sup> Se også Somy, *Juss som retorikk*, s. 32: «Gjennom historien har mennesket trengt, og kommer sikkert også til å trenge, konkrete billedliggjøringer når abstrakte fenomener skal beskrives. I så måte er disse billedliggjøringene tjenere og hjelpere for oss. Når ordene en gang er blitt innarbeidet i gjengs vitenskapelig språkbruk, skulle det ikke være noe å si på det. Jeg er ikke den første til å påpeke at slike billedliggjøringer ikke bare er våre tjenere, men at de også kan være våre herrer.»

<sup>1183</sup> Mæhle/Aarli, *Fra lov til rett*, skriver om rettskildeprinsipper som normer og retningslinjer, men når leseren skal få hjelp til «Litt oppgaveteknikk», på s. 320, står det: «Før vi ser på prinsipper som styrer samordning i rettsanvendelsen, kan det være verdt å reflektere over rettskildeprinsippenes funksjon som praktiske verktøy i rettsanvendelsen. Når vi bruker tid og plass på å forklare hvordan jurister kan bygge en argumentasjonsrekke som anerkjennes korrekt, er det ikke bare for å skape en teoretisk forståelse av rettslig argumentasjon i rettsanvendelsen. Like viktig er det å få brettet ut og vist frem de ulike hjelpemidlene i den juridiske verktøykassen som skal gjøre den enkelte i stand til selv å besvare rettsspørsmål.» Uavhengig av hva man måtte mene om verktøykasemetaforen som bilde på elementene i rettsanvendelsen, synes det klart at en norm som er mer som et verktøy å regne, ikke egentlig er en norm. Til sammenligning er ikke straffebud hjelpemidler til å putte folk i fengsel.

<sup>1184</sup> Et synspunkt som minner om kritikken i Kinander, *Trenger man egentlig ‘reelle hensyn’*.



#### 5.4.2 Avtaletolkning og annen juridisk hermeneutikk

«Tolkning går ut på å finne frem til en individuell norm, ikke anvende en generell norm.»<sup>1185</sup>

Likhetene mellom avtaletolkning, lovtolkning og annen metodisk virksomhet, slår de fleste som grunner litt over hva de gjør når de tolker en avtale.<sup>1186</sup> Like sikkert som at vi ser fellesnevnerne, vet vi at det er noe annet å tolke en avtale enn en lov, og vi kan lett skille en tekst om avtaletolkning fra en tekst om lovtolkning. Ikke bare begrepsbruken, men også argumentasjonsmønstrene ser forskjellige ut – hvilken virksomhet som utøves vises i språket. Dessuten varierer som regel tolkningsmaterialet merkbart. Forhold som er av betydning når vi tolker generelle regler, kan, men trenger ikke være det når vi tolker avtaleskapte regler. Omvendt fremstår det selvsagt, vi ville aldri funnet på å benytte «avtalespesifikke» tolkningsmidler ved en lovtolkning for eksempel. Hva angår tilfanget av relevante tolkningselementer, er det ingen formfrihet når lover lages – lovgivningsprosessen er nøye regulert, mens avtalene kan bli til på hvilken måte som helst.<sup>1187</sup> Mens det i rettskildeteorien har vært et stort tema hva som kan være rettskilder eller rettskildefaktorer, innebærer formfriheten at hva som helst kan utgjøre et tolkningsmiddel ved avtaletolkning.<sup>1188</sup> Følgelig kan vi for avtaletolkingens vedkommende bare ramse opp eksempler på typiske tolkningsmidler, men aldri utelukke noen på prinsipielt grunnlag.<sup>1189</sup> Like fullt er begge deler hermeneutiske virksomheter som går ut på å tolke tekster.<sup>1190</sup> I utgangspunktet er det dermed ikke grunn til å skille på *hvilken* tekst som tolkes:

«Man läser tryckt text på samma sätt som man läser en tidning eller en roman.»<sup>1191</sup>

---

<sup>1185</sup> Ørstavik, *Prinsippet om objektiv tolkning*, s. 346.

<sup>1186</sup> Som også Huser, *Avtaletolking*, i forordet, påpeker: «Selv om boken primært er ment som et bidrag til den alminnelige avtalerettslige teori, tar den også opp spørsmål som burde være av interesse i et videre rettskildeteoretisk perspektiv.»

<sup>1187</sup> Jamfør Grunnloven § 49 og §§ 75-79.

<sup>1188</sup> Om rettskildeteorier se eksempelvis Michalsen, *Dannelsen av de moderne rettskildeteorier*, og Björne, *Nordisk rättskällelära*.

<sup>1189</sup> For lovtolkingens vedkommende kan man derimot ha prinsipielle diskusjoner om betydningen av forarbeider, etterarbeider, internasjonalt materiale og hva det skulle være.

<sup>1190</sup> Hermeneutikk betyr tolkningslære, det er navnet på den klassiske disiplinen som handler om studiet av tolkningskunsten, særlig kunsten å tolke tekster, se Samuelsson, *Hermeneutik*, s. 371. Se også Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, s. 445 n. 1.

<sup>1191</sup> Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 8.

Men, enhver tekst må leses på egne premisser, i en gitt kontekst og med et visst formål. Sånn sett er det ikke det samme å tolke en lovfestet erstatningsregel som et skylddelingsbrev fra 1800-tallet. Dette vet juristen. Ved å heise det hermeneutiske flagget her, mener jeg ikke at avtaletolkning, eller lovtolkning, egentlig er noe annet enn det vi til vanlig assosierer med virksomhetene.<sup>1192</sup> Juridisk hermeneutikk er juridisk metode.<sup>1193</sup> Så lenge juridisk virksomhet hovedsakelig handler om teksttolkning, kan man som jurister ikke unngå også å være hermeneutikere.<sup>1194</sup> Hva er i tilfellet vitsen med å påpeke det selvsagte? I praksis trenger ingen avtaletolker å bruke tid på hvordan «være» en hermeneutiker, det går av seg selv, men i teorien kan det å ta inn over seg hermeneutikkens innsikter, tilføre refleksjonene en dimensjon.<sup>1195</sup>

Én hermeneutisk erkjennelse er nettopp den at fordi tolkning er en kunst, kan den ikke fanges i regler, men må bero på dømmekraften i hvert konkrete tilfelle.<sup>1196</sup> Denne erkjennelsen gjelder avtaletolkningen så vel som annen juridisk tolkningsvirksomhet. Selv om rettspraksis anses å være en veldig viktig rettskilde i norsk rett, og at en tidligere dom om tolkningen av en lovbestemmelse ofte kan få avgjørende betydning i en ny sak (prejudikatsvirkningen), betyr ikke det at ikke den aktuelle bestemmelsen må

---

<sup>1192</sup> Som Kinander formulerer det: «Den moderate eller milde utgaven av hermeneutikk er en form for hermeneutikk som påpeker det rettsvitenskapen vet meget godt fra før. Dette er at tolkning av gamle tekster er en kontekstavhengig praksis, at man tolker ut fra forutsetninger som ikke er en del av det materialet man tolker og at den virkeligheten man skal anvende dette tolkningsmaterialet på, er en varierende virkelighet som virker inn på det man skal tolke og anvende. (...) Så det å tro at hermeneutikken i én forstand representerer et nytt umulig og vanskelig ord, er noe historieløst», se *En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori*, s. 14.

<sup>1193</sup> Samuelsson, *Hermeneutik*, s. 376: «Juridiken har, som framgått, sin egen hermeneutik – det vill säga sin egen tolkningslära – och i den utsträckning juridiken är en tolkande verksamhet sammanfaller i själva verket juridikens hermeneutik med den juridiska metodläran. ‘Juridikens hermeneutik’ kan vi alltså förstå som det utrymme i vilket juristerna reflekterar över sin egen, tolkande, verksamhets beskaffenhet.»

<sup>1194</sup> Eller med Samuelssons ord: «Alla jurister är ‘hermeneutiker’ i praktiken och kan inte annat. Man kan inte välja att tillämpa eller inte tillämpa ‘den hermeneutiska metoden’. ‘Realismen’ är bara den ideologiska fernissa som vi råkar föredra», se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 95 n. 248. På samme måte som at vi er retorikere når vi argumenterer juridisk (jus er også en retorisk virksomhet), og topikere når vi skal løse et juridisk problem (det lar seg ikke gjøre uten å begynne med problemet som skal løses).

<sup>1195</sup> Se lignende betraktninger hos Doublet, *Den hermeneutiske sirkelen*, s. 54: «Som praktisk tolkningsmetode tilfører ikke hermeneutikken rettsvitenskapen noe nytt. Derimot kan den tilføre rettsvitenskapen en *vitenskapelig bevisstgjøring* av det som skjer ved selve rettsanvendelsen. I praktisk juss er riktignok den rettsdogmatiske metoden eller rettskildelæren et nødvendig og adekvat redskap. Men hvis rettsvitenskapen skal ha pretensjoner om å være *vitenskap*, må den utvikle sin egen metodiske selvforståelse. Dette forutsetter en metodisk bevisstgjøring som er mulig blant annet ved hjelp av de hermeneutiske tolkningsprinsippene. En slik bevisstgjøring er nødvendig for enhver vitenskapelig videreutvikling.»

<sup>1196</sup> Samuelsson, *Hermeneutik*, s. 374: «Allting som är och som, därmed, kan göras till föremål för förståelse, är partikulärt, konkret och unikt – en händelse, en människa, en text – och kan inte utan våld återföras på generella begrepp.»

tolkes hver gang.<sup>1197</sup> En tidligere dom om tolkning av samme lovbestemmelse kan ikke «bestemme over» hvordan den neste tolkningen skal foregå. Også ved lovtolkning må rettsanvenderen vurdere hvordan akkurat denne saken skal løses; det er kun det materielle innholdet som blir presisert for hver gang en bestemmelse tolkes – ikke hvordan selve tolkningen skal foregå. Her aner det meg at jeg vifter med en rød klut inn i juristfelleskapet. Det vanlige er å mene at Høyesterett ikke er bundet av egen metode, men at alle andre rettsanvendere er det.<sup>1198</sup> Jeg har imidlertid ikke til hensikt å rokke ved Høyesteretts autoritet. Høyesterett er det øverste organet for løsning av rettslige tvister i Norge – selvsagt er det deres tolkninger vi ser til for å lære.<sup>1199</sup> Men, som jeg mener følger av de foregående undersøkelsene, lar det seg ikke oppstille regler for dømmekraften. Det hjelper ikke at vi syns det, eller hardnakket påstår det. Metoden, fremgangsmåten vår, kan aldri låses fast, for så er det ikke lenger tolkning vi bedriver.

All rettsanvendelse beror på dømmekraften, og kan av den grunn ikke bestemmes på forhånd. Når sant skal sies, bestemmes ikke grensene for tolkningsvirksomheten ved utførelsen heller:

«Rettsanvenderen skal ikke fastlegge grensene for sin beslutningsfrihet, men treffe en avgjørelse i samsvar med ‘retten’.»<sup>1200</sup>

Å tolke er å handle, å tolke juridiske tekster er å dømme, og å felle en juridisk dom er en maktutøvelse som må tas på største alvor.

---

<sup>1197</sup> Om betydningen av rettspraksis i juridisk hermeneutikk, sett fra filosofiens ståsted, se Gadamer, *Förnuftet i vetenskapens tidsålder*, s. 52: «Rättskipning innebär att tänka samman fallet och lagen så att det egentligt rätta eller rätten därmed konkretiseras. Ofte är därför domspraxis, det vill säga de fällda domsluten, viktigare i rättssystemen än de allmänna lagar, efter vilka domarna utfärdas; med rätta så tillvida som innebörden i något allmänt, en norm, rättfärdigas och bestäms endast i och genom konkretitionen. Bara så kommer den praktiska innebörden hos utopin till sin rätt. Inte heller den är någon handlingsanmodan, utan en reflexionsanmodan.» Her ser vi hvordan jusen, den juridiske hermeneutikken, kan være til berikelse for filosofien.

<sup>1198</sup> Se eksempelvis Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, i forordet: «Etter mitt syn kan man innenfor rettskildelæren ikke operere med vanlig prejudikatlære. Samtidig er Høyesteretts metode retningsgivende for andre rettsanvendere.» Deretter på s. 22: «Siden det i siste instans er Høyesterett som avgjør hva som er gjeldende norsk rett, må andre rettsanvendere forholde seg til den metoden som Høyesterett benytter. Etter min oppfatning kan det ikke aksepteres at metoden kan variere fra rettsanvender til rettsanvender. Høyesterett har blant annet som oppgave å sørge for rettsenhet. For retts spørsmål som ikke kan overprøves internasjonalt, må derfor Høyesteretts metode være retningsgivende for andre rettsanvendere (...). Det finnes ikke flere autoritative metodeorganer.»

<sup>1199</sup> For å parafrasere Savignys berømte formulering, *System des heutigen Römischen Rechts*, bind I, s. 211: Bare ved å betrakte mesterstykker kan vi få øye på deres fortrefelighet, se hva som utmerker seg i hver enkelt tolkning, og på den måten skjerpe våre egne sinn når vi selv skal begi oss tolkningen i vold. Opprinnelig sitat er gjengitt i Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 227, *Tolkningslärans gåta*, s. 71, og også oversatt i *Hermeneutik*, s. 377.

<sup>1200</sup> Graver, *Keiserens garderobe*, s. 455.

«[V]arje tolkning är just en våldshandling. Varje tolkning måste vara orättvis. Ingen tolkning kan göra tingen full rättvisa.»<sup>1201</sup>

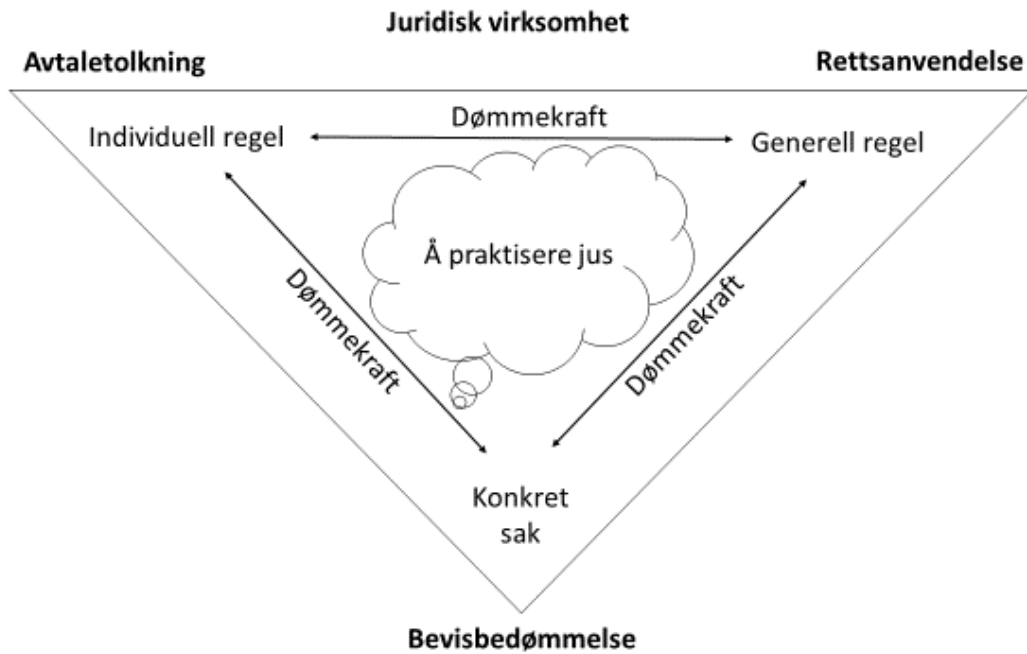
Målet for tolkningen må likevel alltid være, så langt det lar seg gjøre, å yte tolkningsmaterialet den rettferdigheten oppgaven krever. I noen saker skal saken løses etter lovfestede regler, i mange tilfeller på legalitetsprinsippets område. Andre ganger er det ulovfestet rett og sedvanekonstruksjoner som gjelder. Og så har vi de sakene som skal løses med avtaleskapte regler. I alle tilfeller må det praktiseres jus, og i alle tilfeller må rettsanvenderen foreta tolkninger.

Juridisk praksis er å bruke dømmekraften, og ved avtaletolkning er det altså avtalens egen normativitet som må være retningsgivende for praksisen, ikke den generelle rettslige normativiteten. Hvorvidt tvisten skal finne sin løsning ved tolkning eller generelle regler, beror også på dømmekraften, og det samme gjør bevisbedømmelsen.<sup>1202</sup>

---

<sup>1201</sup> Samuelsson, *Hermeneutik*, s. 13.

<sup>1202</sup> Nesten litt kuriøst i så måte at vi opererer med en fri bevisbedømmelse, jf. tvisteloven § 21-1 første ledd, og «ulovfestet» også i straffeprosessen. Se også Jerkø, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, s. 409: «Prinsippet om fri bevisvurdering innebærer at retten hverken er bundet av partenes argumentasjon om bevisspørsmål, (...), eller av rettslige normer som bestemmer hva som utgjør et tilstrekkelig bevis, hva som er et relevant bevis, hvilke slutninger som kan trekkes fra det enkelte bevis, eller hvor stor vekt det enkelte bevis har. Retten står fritt ved vurderingen av hvilke beviser som er relevante, hva det enkelte bevis kan fortelle oss, hvor sterkt beviset er, og hvordan bevisene totalt sett skal vurderes.» Vi tror altså vi får et riktigere resultat ved ikke å oppstille regler for bevisbedømmelsen, men at en slik frihet skaper vilkårlighet for den rettslige bedømmelsen. Hva hindrer dommeren fra ikke å vurdere bevisene uskjønnsomt og etter eget forgodtbefinnende? Kan man ikke også analysere seg frem til mønster i bevisbedømmelsen, at DNA ofte veier tungt, at mange vitner ofte virker sterkere som bevis enn ett som ikke husker så mye? Av en eller annen grunn skjønner vi at det vil være forfeilet (eller i det minste uhensiktsmessig) å stille opp slike regler på forhånd – de mange kan ha samkjørt forklaringene, og den ene glemske kan huske den lille brikken som mangler, for eksempel. Jerkø, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, s. 410, skriver videre: «Uttrykket 'vurdering' peker også mot en annen rettslig skranke for hva som anses akseptabelt. Dommere kan ikke avgjøre sakene ved terningkast, ved rene gjetninger eller ved bruk av orakler eller andre overtroiske metoder. (...) Noen nærmere enighet om hvordan disse minimumskravene bør utlegges og presiseres, foreligger imidlertid ikke i norsk rett, og det er nok vanskelig å utdype dem på måter som går ut over det helt banale, uten å bryte med prinsippet om fri bevisvurdering. Bevisbedømmeren er ikke bundet til en bestemt metode eller fremgangsmåte. Men det som er viktigere, er at hun ikke er bundet på måter som forhindrer henne i å vurdere bevisene på en mest mulig rasjonell måte. Så bevisbedømmeren står fritt til å foreta sin beste vurdering av om det rettslige bevistemmet er tilstrekkelig sannsynlig til å innfri beviskravet, og hvis og bare hvis det er det, skal rettsvirkningen inntre.» Slik jeg leser Jerkø her, er det nettopp det forhold at vi kaller det en *vurdering* som tilsier at det ikke skal skje etter *synsing* eller *loddtrekning* – det samme gjelder etter min mening for *avtaletolkning*.



Avtaleskapt rett er som egne små rettslige universer som oppstår når avtaler inngås; ved at parter blir enige om hvilke regler som gjelder i rettsforholdet de har skapt seg imellom. Hvis det hjelper, hvis avtalenormativiteten gir mer mening for oss på den måten, kan man anse avtalepartene som «private lovgivere», og avtalen som en autoritativ tekst skrevet av avtalepartene.<sup>1203</sup> For så blir avtalepartene autoritetene som skal respekteres ved tolkningen, og ikke lovgiver eller Høyesterett.<sup>1204</sup> At partene ikke er enige om hva de er enige om når tvisten er et faktum, se det er det jobben til avtaletolkeren som ved hjelp av egen dømmekraft må komme frem til en rimelig avtaletolkning.

<sup>1203</sup> Bryde Andersen, *Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret*, s. 65 skriver om: «Aftalen som 'parternes lov'».

<sup>1204</sup> Det er heller ikke noe problem at lovgiver og rettspraksis kan sette begrensninger i avtalefriheten, og dermed i avtalepartenes autoritet – det er jo slik vi ser for oss at rettssystemet fungerer ellers også. Begrensninger som følger av «trinnhøyere» Grunnlov eller menneskerettigheter, gjør ikke at formelle lover mister sin autoritative karakter.

### 5.4.3 En rimelig tolkning

«Når Aristoteles talar om epikeia – rimelighet – försöker han i slutändan klargöra begreppet genom att hänvisa till hur en välvilligt sinnad människa handlar i sina relationer med andra människor. Så knyts epikeia till en dygd, en vänskapens dygd. Härigenom undviker Aristoteles också misstaget att förtingliga, avhumanisera, rimlighetsbedömningen. Detta begrepp tillåts inte sväva i luften som vore det ett autonomt väsen med en egen existens, utan anknytning till människors beslut och handlingar, och till mellanmänskliga sociala praktiker.»<sup>1205</sup>

Hva innebærer det å si at tolkningen må være rimelig? Hva er en rimelig avtaletolkning? Pussig nok er det ofte de mest typiske juridiske begrepene – «rettferdighet», «rett», «rimelig» – vi har vanskeligst å forholde oss til.<sup>1206</sup> Ordene osrer av skjønn og subjektivitet; hva som er rimelig for en trenger ikke være rimelig for en annen. Og forstått på denne måten, at en rimelig avtaletolkning kommer an på hva avtaletolkeren synes er rimelig, er det lett å bli skeptisk. Men det har jo aldri vært snakk om at det er avtaletolkerens egen mening om hva som er en rimelig avtaletolkning som skal være avgjørende. Det er, så vidt meg bekjent, ingen som har forfeftet avtalesynsing (eller lovsynsing for den saks skyld). Kanskje er det den allmenne språkbruken som «lurer» oss? At rimelighetsbegrepet blant ikke-jurister (eller jurister når de ikke praktiserer jus) også brukes om hva noen synes er *rimelig*, betyr ikke nødvendigvis at dette er den eneste måten å forstå rimelighetsbegrepet på.<sup>1207</sup> Det er ikke en gang et problem at man i en juridisk sammenheng legger en juridisk forståelse av et begrep til grunn.<sup>1208</sup>

---

<sup>1205</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 70.

<sup>1206</sup> Men rett er ikke galt, rettferdighet er ikke urettferdighet og urimelig er ikke rimelig, så mye tror jeg de fleste kan enes om.

<sup>1207</sup> Hva som er «vesentlig» i jusen, trenger heller ikke være det samme som hva som anses vesentlig i en ujuridisk sammenheng. Og slik kan vi fortsette med en hel haug juridiske ord og uttrykk som «skade», «selskap», «utilbørlig», «barnets beste», «forsettelig» et cetera.

<sup>1208</sup> Det kalles fagspråk.

Hva man legger i et begrep som «rimelighet» kommer, her som ellers i jusen, an på hvilke premisser man bygger på. Rimelighet har alltid blitt diskutert i jusen, og typisk står det to ulike syn, eller «forståelser» mot hverandre. Hvis vi ser tilbake til Ørsteds polemikk mot Hurtigkarl, husker vi at rimelighet var et av diskusjonstemaene.<sup>1209</sup> Mens Hurtigkarl mente at man dersom kontraktens ord var uklar, ofte måtte ty til logiske fortolkningsregler som støttet seg på rimelighetshensyn, mente Ørsted at man også der kontraktens ord var klar, måtte vurdere hva som var en rimelig tolkning av partenes hensikt. Var Ørsted og Hurtigkarl uenige om hvordan avtaler skulle tolkes, eller i hva de mente med «rimelighet»? Det kan vi selvfølgelig ikke vite, bare gjøre oss opp mer og mindre kvalifiserte formeninger om. Men vi kan forsøke å se hvilke premisser dagens rimelighetsforståelse bygger på, og slik jeg ser det, må denne forståelsen ses i sammenheng med alt det som er behandlet i denne avhandlingen (og sikkert mere til). Ved å strebe etter objektivitet og fjerne vurderingene fra tolkningsbegrepet, har vi gått fra å mene at «en rimelig tolkning» av avtalen betød at avtaletolkeren ikke skulle stoppe ved en mekanisk gjengivelse av teksten, men avdekke avtalens virkelige innhold (partsviljen), til å se på rimelighetsvurderinger som noe som eventuelt kan komme i tillegg til tolkningen.<sup>1210</sup>

På meg virker det som om det har gått fra «det skal gjøres en rimelig tolkning» til at «vi skal vurdere om tolkningen er rimelig», og jeg tror ideen om de reelle hensynene er en viktig årsak til dette perspektivskiftet.<sup>1211</sup> Reelle hensyn forklares da ofte som «hensynet til resultatets godhet».<sup>1212</sup> Og hvem vil ikke ha et godt resultat?<sup>1213</sup> Selvsagt

---

<sup>1209</sup> Se over i punkt 3.1.2.

<sup>1210</sup> Allerede i påstanden om at ordlydsfortolkningsregler ikke skal være bokstavtro, synliggjøres rimelighetsvurderingene. I praksis er det ikke mulig å bokstavtolke noe som helst, se eksempelvis Peczenik, *Juridikkens metodproblem*, s. 71, med mindre man tror at språket har sin egen betydning utenfor vår bruk av språket. Det er en uttrykksmåte som brukes for å si at ordene ikke skal tolkes urimelig hardt – nettopp en henvisning til å se hen til kontekst etc. Se også Samuelsson, *Tolkningens gåta*, s. 189-190 n. 50 som i forbindelse med forståelsen av tolkningsregelen i BGB § 133 skriver: «'Den verkliga viljan', alltså den som faktisk kommer till uttryck i texten, inte någonting som uttolkaren lägger i densamma.»

<sup>1211</sup> Fremveksten av reelle hensyn er, slik jeg ser det, et av de tydeligste utslagene av den rettsrealistiske oppvåkningen (eller tåkeleggingen, alt etter øyet som ser) som fortsatt holder stand. I den retning også Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 399: «Den økte vekt på 'reelle hensyn' som rettskildefaktor er i seg selv et tegn på rettsrealismens innflytelse i rettsutøvelsen.»

<sup>1212</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utgave, s. 307: «Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn.» Dette utsagnet har imidlertid blitt problematisert av flere, se eksempelvis Lilleholt, *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 49 flg., Kinander, *Trenger man egentlig 'reelle hensyn'*, s. 229 flg., og Skoghøy, *Reelle hensyn som rettskilde*, s. 257-258.

<sup>1213</sup> Etter en gjennomgang av nyere rettspraksis hvor reelle hensyn blir brukt, gir Skoghøy, *Reelle hensyn som rettskilde*, s. 258, denne forklaringen på hvorfor vi trenger reelle hensyn: «Det fremgår ikke bare av disse, men også av andre avgjørelser at reelle hensyn fortsatt står sentralt i Høyesteretts rettsanvendelse. Slik bør det også være. Rettsreglene må tolkes slik at formålene med reglene blir

handler en rimelig tolkning *også* om hva som er et rimelig resultat. Jeg tror likevel ikke at vi trenger reelle hensyn til det, men at gode resultater avhenger av gode tolkninger.<sup>1214</sup>

Så klart kan det være rimelig at en uklart formulert bestemmelse går ut over den som har forfattet den, det kan være rimelig å tolke kontrakten slik at den blir operativ, det kan være rimelig at en illojal avtalepart får avtalen tolket mot seg, det kan være rimelig at en svakere stilt avtalepart blir hensyntatt ved tolkningen, eller det kan være rimelig at uaktsom opptreden bør få betydning for valg av tolkningsresultat. Dette er betraktninger man kan gjøre seg når man tolker en avtale. Det er verken vurderingene eller rimeligheten jeg vil til livs. Men vurderingene må alltid ta utgangspunkt i det konkrete tilfellet.

Fordi avtaletolkning fordrer en avtaletolkningstvist – vi skal løse et problem – må naturligvis tolkningen også bero på problemet. Vi kan ikke først tolke oss frem til reglene i avtalen, og så anvende dette på faktum. Også Eckhoff erkjenner at:

«(...) selv hvor det er mulig å skille klart mellom juss og fakta, står de i avhengighetsforhold til hverandre. Jeg nevner først den opplagte sammenheng at jussen er bestemmende for hvilke fakta som har relevans, og fakta er bestemmende for hvilken juss som kan anvendes. Når vi får oss forelagt et individuelt rettsspørsmål, må vi derfor vekselvis rette blikket mot fakta og juss for å få avklart hva problemene består i.»<sup>1215</sup>

Vi må holde avtaleteksten opp mot «tvisteteksten» (det som har foranlediget tolkningstvisten). Hvilke vurderinger som da må tas, avhenger av begge tekstene. En rimelig tolkning av en avtaletekst i ett tilfelle, trenger ikke å være en rimelig tolkning

---

fremmet og uønskede virkninger blir søkt unngått. Regelen må også gis et innhold som er tilpasset rettssystemet for øvrig, og som samsvarer med de verdier og holdninger som regelen bygger på eller er uttrykk for.» Hvem vil ha en rettsanvendelse i strid med reglenes formål, som gir uønskede virkninger og som ikke er tilpasset rettssystemet eller strider med verdier og holdninger som reglene bygger på? Ingen, så vidt jeg vet. Men stilt opp på denne måten, blir reelle hensyn likestilt med god jus, underforstått – jusen blir dårlig uten dem. Mon tro hvordan de klarer seg i rettssystemer uten reelle hensyn?

<sup>1214</sup> Et synspunkt Blandhol, *De beste grunner*, s. 55, vel ville sortert under «den mest radikale kritikk». Likevel er det verdt å merke seg at Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utgave, s. 307, skriver: «Med 'resultatets godhet' sikter jeg dels til om den generelle regel man kommer frem til er innholdsmessig og rettskildelæringsgod, og dels – hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til – om løsningen er god i dette spesielle tilfellet. Vurderingene av generell og individuell godhet trenger ikke falle sammen, for det kan tenkes å gjøre seg gjeldende særlige hensyn i det individuelle tilfellet – altså hensyn som ikke er typiske for alle de forhold reglen har anvendelse på.» Selv om Eckhoff her skriver om generelle regler, passer argumentasjonen godt også for avtaleskapte regler som er individuelle av natur.

<sup>1215</sup> Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 28. Det er ikke av betydning i denne sammenhengen at Eckhoff ikke anså avtalene for å være rettskilder.



av den samme avtaleteksten i et annet. Det er så enkelt som at en avtale nødvendigvis regulerer uendelig mange situasjoner, og det er først når tvisten oppstår at vi kan tolke oss frem til hvordan avtalen løser akkurat dette spørsmålet. En annen tvist ville gitt en annen tolkning og et annet resultat. Jeg forstår at dette kan være vanskelig å svelge (forutberegneligheten står høyt i kurs), men jeg mener ikke å si noe revolusjonerende, mest konstaterende.

Vurderingene hører hjemme i tolkningsbegrepet – det er det vi gjør når vi praktiserer jus. Rimelighetsvurderinger er ikke noe som kommer *etter* eller *i tillegg til* tolkningen; spørsmålet må alltid være hva som er en rimelig tolkning av partenes vilje i akkurat dette konkrete tilfellet. At man tar hensyn til resultatets godhet, hvordan regelen slår ut i det enkelte tilfellet, formålet med regelen eller systemet den inngår i, *er* å praktisere jus. En rimelig avtaletolkning betyr å lese teksten i sammenheng, se hen til formålet med avtalen så vel som til systemet den inngår i samt å vurdere ordene som er brukt opp mot konteksten og eventuelt andre objektive uttrykk for partsviljen. Spørsmålet er ikke *om* det er tillatt å foreta slike vurderinger, men *hva* de kan tilføre.<sup>1216</sup> Hva sier systemet om forståelsen av teksten? Hva sier konteksten? Eller hva sier partenes etterfølgende oppførsel? Det betyr følgelig også at en rimelig tolkning *ikke* er en vilkårlig tolkning, *ikke* bokstavtro, *ikke* en tolkning basert på avtaletolkerens egne preferanser, og heller *ikke* en tolkning som lar den generelle normativiteten vinne frem på bekostning av avtalenormativiteten.

---

<sup>1216</sup> Samuelsson, *Något om tolkning av försäkringsvillkor*, s. 718-719: «Det handlar inte om vad som får beaktas. Det handlar inte om prioritet mellan objektiva och subjektiva moment, eller mellan individuellt och generellt, eller någonting annat. Det handlar inte om huruvida avsikten ska beaktas, eller lydelsen eller systematiken. Det handlar om *vad* som avsetts, om *vad* som ligger i lydelsen och om *vad* som följer av systematiken – det vil säga om någonting som är helt och hållet individuellt.»



## 6 Det som nå kan sies

### 6.1 Selvrefleksjon

«Jeg tror derfor at vi også i fremtiden blir nødt til å avfinne oss med at vårt fag har like meget preg av teknikk – eller kanskje snarere av kunst – som av vitenskap.»<sup>1217</sup>

Hvorom allting er. Denne avhandlingen har handlet om hvordan avtaletolkning behandles i teorien – teori om teori om praksis. Formålet har likevel ikke vært å distansere meg fra det som skjer i praksis; men å forsøke å forstå avtaletolkningens praksis bedre – dens vesen. Et prosjekt som bare er vanskelig sett fra et teoretisk ståsted; forståelsen for hva som skjer når avtaler tolkes, er ikke et problem i praksis.<sup>1218</sup> Forståelse trenger ikke å artikuleres.<sup>1219</sup> Man kan fint forstå noe uten å kunne redegjøre verken for hva man forstår, hvorfor eller hvordan:

«Någon visar hur en dans skall utföras. Du nickar och säger 'Jag förstår' .»<sup>1220</sup>

Idet vi skifter fokus fra selv å tolke en avtale til å reflektere over hva det var vi gjorde da vi tolket, foretar vi uunngåelig et perspektivskifte.<sup>1221</sup> Både (de juridiske) leserne av denne teksten og jeg, kan uproblematisk se for oss at vi tolker en avtale (noen av dere gjør det kanskje langt oftere enn dere leser teori om det samme), men når jeg skriver, og dere leser, denne teksten, har vi allerede foretatt skiftet. Og dét må vi være oss

<sup>1217</sup> Eckhoff, *Juss, moral og politikk*, s. 8.

<sup>1218</sup> Her skal «teori» forstås som refleksjoner rundt den «praktiske» handlingen avtaletolkning. For selvsagt kan også praktiske avtaletolkere finne det problematisk å forklare hva avtaletolkningens vesen er, men da bedriver også de «teori».

<sup>1219</sup> Se eksempelvis Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 145: «Det är till exempel inte svårt att finna legitima användningar av förståelsesbegreppet där förståelsen inte villkoras av att den som förstår skall kunna förklara det som förstås.»

<sup>1220</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 145 n. 451. Se også Samuelsson, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*, s. 216-217: «Vi vet hur man gör, men kan för den skull inte sätta ord på, vad det är vi vet.»

<sup>1221</sup> Å foreta teoretiske refleksjoner er like fullt også en praksis, og hva man forstår mens man bedriver slike, er akkurat like vanskelig å artikulere som annen praksis, se i den forbindelse Boe/Helgesen, *Oversikt over juridisk metode og statsrett*, s. 13-14: «Som ved andre fag og aktiviteter kan det være problematisk å uttrykke teoretisk det vi etter hvert er så vant til å gjøre at vi knapt tenker over det. De fleste av oss er i dag i stand til å bevege oss, gå, løpe, hoppe, hinke og krabbe. Langt færre vil være i stand til å beskrive teoretisk hva vi egentlig gjør når vi går, løper, hopper, hinker eller krabber.» Se også Samuelsson, *DCFR som svensk rättskälla*, s. 218 n.76: «Skulle man först behöva förklara, i teoretiska termer och 'en gång för alla', hur man t.ex. tar en promenad, så skulle man inte komma ur fläcken.»

bevisst. Vi kan forstå alt mens vi tolker, og bare være i stand til å gjengi bruddstykker. Det betyr likevel ikke at vi bare forstår det vi klarer å formidle i etterkant, fra det andre perspektivet – men at den praktiske forståelsen i tolkningen ikke lar seg overføre til teorien.<sup>1222</sup>

I disse avsluttende selvrefleksjonene spør jeg meg selv om jeg har klart å formidle mine tanker om avtaletolkningens vesen, resultatene av forskningen. Har jeg kommet med noe nytt, noe som ikke fantes i den avtalerettslige litteraturen fra før? Fint lite, vil jeg påstå. For det meste har jeg vridd og vendt på det som allerede står i de avtalerettslige tekstene, og alle alternative forslag har andre foreslått før meg. Men så var ikke intensjonen å komme med en ny banebrytende avtaletolkningsteori heller, men å bidra til forståelse for avtaletolkningens vesen. Hvordan måle måloppnåelse i et slikt prosjekt? Jeg tenker som følger at hvis jeg har fått leseren til å undre seg sammen med meg, til å utfordre egen forståelse og kanskje til og med nikke litt underveis, er jeg mer enn fornøyd. Å kreve at leseren, etter endt lesning, skal mene det samme som meg, vil verken være rettferdig overfor leseren eller teksten. Selv om jeg, gjennom å skrive meg inn i (og ut av) undersøkelsene, har utvidet egen forståelse, er det opp til leseren å vurdere hva hen får ut av å lese teksten.<sup>1223</sup> Likevel må det nok, av et rettsvitenskapelig arbeid som dette er, eller rettere sagt et arbeid som prøver å kvalifisere til å være rettsvitenskapelig, kunne kreves at teksten er egnet til å overbevise andre enn forfatteren. Holder den vann?

---

<sup>1222</sup> Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 144-145: «Språket lägger fallor för oss – till exempel genom att länka samman begreppen *förståelse* och *förklaring* på ett sätt som skapar en förväntan om, att man skall kunna förklara det som man förstår», med videre henvisninger til Wittgenstein.

<sup>1223</sup> For å utfordre etablerte sannheter, enten ved skriving eller lesning, må man på et vis være villig til å overvinne seg selv. Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 191, som skriver om å måtte overgi sin tro for å se avtaletolkning på en annen måte enn slik vi er vant med.

## 6.2 Rekapitulasjon

«Tänkande och kunskapssökande (*Erkennen*) är inte samma sak. (...) Kunnskapssökandet följer alltid ett visst mål, som kan ha uppsatts av praktiska överväganden eller av ren och skär nyfikenhet, och när målet har uppnåtts är kunnskapsprocessen avslutad. Tänkandet har däremot inget mål eller syfte utanför sig självt, och det kan strängt taget inte uppvisa några resultat.»<sup>1224</sup>

En liten rekapitulasjon: Det begynte rolig, i *Enigheten*, med refleksjoner rundt noen av grunnstørrelsene – avtalefiksjonen, avtalefriheten og det avtalerettslige språket. Mest av alt var kapittelet ment som en opptakt til resten av avhandlingen. Gjennom en alvorlig lek med ord, reflekterte jeg meg igjennom endringene i forståelsen av viljeserklæringsbegrepet, og en gryende mistanke om en objektiviseringstendens ble avdekket.

Ved å nærme meg tolkningen på denne måten, kunne jeg i *Partsviljen* ta tak i det betente partsviljebegrepet og forsøke meg på en revitalisering. I undersøkelsene av dikotomien objektivt og subjektivt viste det seg at tingliggjøringen av viljebegrepet, som ble oppdaget i kapittelet før, gjorde viljen til et faktum på linje med andre fakta i tolkningsteorien. Siden man aldri kan *vite* hva noen har ment, blir det subjektive til en mistenkelig størrelse man må forsøke å unngå. Men, i praksis er det indre og det ytre, det subjektive og det objektive, uløselig forbundet med hverandre; og det er opp til avtaletolkeren å tolke seg frem til meningen i uttrykket. Ved å ta tilbake et avtalerettslig partsviljebegrep, oppløses problemene som dikotomien førte med seg. Fordi det ikke lenger gir mening å skille mellom objektive og subjektive tolkningsmidler, kan man istedenfor fokusere på vurderingen av *om* et tolkningsmiddel kan gi bidrag til tolkningen, *hva* tolkningsmiddelet gir uttrykk for og hva som er det mest *troverdige* tolkningsresultatet i hvert konkrete tilfelle.

Men hvordan? I *Normativiteten* begynte undersøkelsene av avtaletolkningens «hvordan». Utgangspunktene for refleksjonene var dikotomiene tolkning og utfylling

---

<sup>1224</sup> Arendt, *Människans villkor: Vita activa*, s. 205.

og faktum og jus. Gjennom litt teoretisk detektivarbeid kom jeg frem til at det har foregått en rettsliggjøring av avtaletolkningsvirksomheten. Ved først å legge vurderinger til tolkningen, for deretter å si at den egentlige avtaletolkningen handler om språkvitenskap, logikk og psykologi – og så samle (de rettslige) vurderingene i utfyllingen, ble tolkningsbegrepet uthulet og tømt for innhold. Selv om vi i Norge ikke skriver så mye om skillet mellom tolkning og utfylling lenger, og tilskriver det meste av virksomheten til «objektiv tolkning», ser det ut for at beveggrunnene bak rettsliggjøringen fortsatt virker på en måte som gjør at vi tillater den generelle normativiteten å spise seg inn på området for avtalens egen normativitet – i teorien. Jeg fant også ut at dikotomien faktum og jus virker «fengslende» på avtaletolkningsteorien ved at man nærmest føler seg forpliktet til å kategorisere avtaletolkningen enten som rettsanvendelse, bevisbedømmelse eller noe derimellom. Men avtaletolkning er verken eller, og må, hvis man skal fortsette å bruke disse bildene, nok heller få sin egen kategori – *individuell rettsanvendelse*. For å ta avtalen på alvor må det i første omgang være avtalens normativitet som gjelder fordi det bare er sånn vi kan tolke *avtalen*, og ikke *bakgrunnsretten*.<sup>1225</sup> Når det gjelder skillet mellom tolkning og utfylling eller andre avtalerettslige mekanismer, kom jeg frem til at det i realiteten er tale om metodevalg.

Etter å ha konkludert med at det er partsviljen man må søke, og avtalens egen normativitet man må jobbe med, kunne jeg i *Fremgangsmåten* reflektere rundt hva som egentlig kan sies om hvordan man skal gå frem ved tolkning av avtaler – hva som i teorien kan sies om metoden avtaletolkning. Refleksjonene tok meg til den norske metodelærens debattarena. Igjen viste det seg at jeg måtte ta tak i de underliggende premisene for å avdekke hvorfor det skrives som det gjør om avtaletolkning (og andre metodespørsmål). Inntrykket som manifesterte seg, var at rettsvitenskapen har forsøkt å temme den juridiske praksisens iboende vurderende karakter på flere måter. For det første ved å forsøke å bringe vurderingene frem i lyset med de reelle hensynene. For det andre ved å forsøke å presse vurderingene inn i kontrollerte former ved at tolknings- og rettskildeprinsipper forstås som normerende retningslinjer for juridisk virksomhet. Gjennom å sette tolkningsreglene på prøve, og løfte frem noen hermeneutiske innsikter, kom jeg frem til at det teorien i høyden kan bidra med, er velmenende råd.

---

<sup>1225</sup> Kanskje er det for mye å håpe på, men det kan jo være at vår avslappede innstilling til skillet mellom tolkning og utfylling, gjør det lettere for oss å oppgi det faktisk-psykologiske partsviljebegrepet enn om vi fortsatt hardnakket påsto at tolkning er bevisbedømmelse og utfylling er rettslige vurderinger.

Her, ved veis ende, er *Det som nå kan sies* noen spredte tanker om avtaletolkningens vesen.

### 6.3 Avtaletolkningens vesen

«Hvad her er Tale om, er imidlertid at udfinde, hvad der naturlig ligger i Aftalen selv (...).»<sup>1226</sup>

Å si at avtaletolkning er metode, er ikke en endelig løsning på noe som helst, men en erkjennelse av at en praktisk virksomhet ikke kan temmes av teorien. Jeg mener jeg har vist at en del teoretiske floker man støter på i avtaletolkningsteorien, kan oppløses ved simpelthen å ta tilbake partsviljebegrepet, innrømme at all tolkning er vurderinger som tas på sviktende grunnlag, at avtalens egen normativitet er overordnet den generelle rettslige normativiteten og at grensen mellom tolkning og andre avtalerettslige mekanismer bare kan avgjøres konkret. Ved å løsrive avtaletolkningen fra den materiellrettslige behandlingen og heller tilnærme oss den som metode, slipper vi for eksempel å forsøke å forutse hvilken vei haren (Høyesterett) hopper fra sak til sak, vi trenger ikke lenger slite med å systematisere utpregede konkrete tolkningsdommer eller å kritisere praksis for å foreta nettopp praktiske tolkninger. Man kan si at jeg har gjort en teoretisk forflytning av emnet. Men i realiteten ser jeg heller for meg at jeg har bidratt til å stake ut en vei som gjør at avtaletolkningen kan finne veien hjem – gjenfinne sin metodiske identitet.

Formodentlig er det en sammenheng mellom det at jurister jobber med regler, vi er *normikere*, for å låne et begrep fra Rune Slagstad, og det at vi syns selve jobben vi gjør også bør være regelstyrt.<sup>1227</sup> Det gir virksomheten vår et skinn av legitimitet som vi jo etterstreber for retten som sådan. For oss er det lettere dersom vi kan kritisere noens rettsanvendelse for ikke å følge «reglene», enn det er å gå inn på mer smaksorientert argumentasjon (ved å si at tolkningen er god eller dårlig for eksempel).

Å ta til orde for, slik som jeg gjør her og andre har gjort før meg, at det ikke finnes skjulte normer som styrer avtaletolkningen (eller annen rettsanvendelse), innebærer imidlertid ikke at det er fritt frem. Tolkning er verken regelstyrt eller vilkårlig, men

<sup>1226</sup> Hagerup, *Om Gjældsøvertagelse*, s. 131.

<sup>1227</sup> Slagstad, *Norsk rettsrealisme etter 1945*, s. 402: «Men juristene er ikke empirikere eller statistikere – de er *normikere*.»

bundet av den konkrete oppgaven som bare kan utføres ved bruk av vår juridiske dømmekraft. Det er ikke vrangvilje eller ukyndighet blant landets rettsforskere som gjør at vi ikke klarer å oppstille entydige regler eller retningslinjer for dømmekraften, det er fordi det ikke lar seg gjøre. Beskrivelsene i teorien er nettopp bare beskrivelser – ikke oppskrifter. Jeg er ikke uenig i at det er mange gode beskrivelser ute og går; det er bestemt mye å lære om juridisk virksomhet i litteraturen, men er beskrivelsene normerende? Nei, metode i teorien er selvrefleksjonen og alltid underordnet den praktiske virksomheten.

«Genom våra omdömen utlåter vi oss om textens innebörd, avger en tolkning – och det finns ingenting annat som vi kan eller bör göra. Övergången från regel till fall kräver i detta hänseende inget språng – inget *leap of faith* – den kräver bara att man praktiserar juridik. Juridiken är beskaffad just så. Och denna juridikens beskaffenhet kan like litet förklaras genom regler som genom lösliga antaganden om kausala samband mellan psykiska och fysiska fakta. Hur skall texten förstås? *Det* är frågan, och den kan man endast besvara genom att rikta sin uppmärksamhet mot texten som sådan (den konkreta, historiskt givna). Problemet är inte teoretiskt, utan alltid endast konkret.»<sup>1228</sup>

At det beviselig vises til avtalerettslige forfattere i prosedyrer og domsreferater, endrer ikke noe. Av erfaring bruker rettsanvendere alt de har som de tror kan overbevise. Og så lenge vi tror på at det finnes «regler» eller «retningslinjer» for tolkningen, er det ikke rart at man forsøker å legitimere resonnementene sine ved å vise til tidligere dommer eller at tolkningen er i tråd med en «tolkningsregel». Men det er staffasje. For å underbygge med en lignelse: Det er ingen som tror at tryllekunstnerens «simsalabim» utløser magien. Selv om tryllekunst ser forbløffende ut, er det heller ingen av oss som tror at det faktisk er *magi*. Det er tryllekunstfaglig håndverk. Verken mer eller mindre. Uten å trekke parallellen for langt, det er litt det samme som skjer ved avtaletolkning. Innledende fraser som «avtaler skal tolkes objektivt såfremt det ikke kan bevises en felles forståelse», fungerer som trylleformularer. De må liksom sies i forkant av tolkningen, men det er ikke formularene som foretar tolkningen – skaper magien – det er avtaletolkeren. Tolkningsreglene er ikke egentlige regler, men typiske setninger som benyttes når tolkning skrives og beskrives. Vi må ikke lure oss selv til å tro at tolkningsreglene (trylleformularene) har direkte betydning for tolkningen. For hvis vi

---

<sup>1228</sup> Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 150.



med det flytter oppmerksomheten fra avtalen som skal tolkes, til ulike retningslinjer eller teorier om tolkning, kan tolkningen bli skadelidende – og det er ingen tjent med.

En annen innsikt jeg mener at avhandlingen bidrar til, er erkjennelsen av at all avtalerett i bunn og grunn handler om partsviljen. Fra et rettsrealistisk perspektiv har «viljen» vist seg å være en uregjerlig størrelse som ikke lar seg objektifisere, generalisere eller systematisere.<sup>1229</sup> Med et avtalerettslig partsviljebegrep blir det med ett lettere å se at den egentlige avtaleretten er den retten partene selv skaper, og at dette påvirker også den generelle avtaleretten. All avtalerett, også den materielle u- og lovfestede, er av et litt annet kaliber enn annen rett. Utgangspunktet vil alltid være hva partene har (eventuelt ikke har, hvis vi snakker prekontraktuelle forhold) villet bli enige om i et konkret tilfelle. Dermed har antakelig avtalerettslig rettspraksis litt mindre prejudiserende virkning enn vi er vant med ellers, uten at det gjør noe. Tvert imot, siden avtalefriheten er en verdi å hegne om i et fritt samfunn, må vi som jurister godta at vi ikke i samme grad kan predikere rettstilstanden som vi er vant med.

Alt etter hvilket avtalerettslig problem som skal løses, må fremgangsmåten tilpasses målet. Når vi blir tiltrodd oppgaven med å tolke en avtale eller løse andre avtalerettslige spørsmål, er det avtalepartenes frihet og vilje vi er satt til å beskytte og forføye over, selv der det også finnes generelle skranker. Og det skjer bare da, når partene ber om det.<sup>1230</sup> Viljeserklæringer som ikke samsvarer med hverandre, eller skjødesløst utformede kontrakter som gir ravende urimelige resultater, kommer aldri inn i den rettslige sfæren hvis ikke (minst en av) partene selv ønsker det. Når avtalene, samme hvor briljante eller elendige de måtte være, er gjennomført, går de avtaleskapte reglene ut av historien igjen uten at den generelle avtaleretten som sådan tar videre notis av det.<sup>1231</sup>

Som annen juridisk virksomhet er avtaletolkning ikke nødvendigvis så vanskelig (når man har lært seg det), men det er viktig å gjøre det skikkelig ellers blir det dårlig jus av det. Å gjøre avtaletolkning skikkelig innebærer ikke å stille opp regler, skjema eller vurderingstema for tolkningen på forhånd, men å ta avtalen på alvor. I praksis er det ingen normer som styrer oss (for en formalistisk tanke). At man som avtaletolker

---

<sup>1229</sup> Se også Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 598 n. 1684: «Avtalsrätten utgör dock i sin helhet ett problem för objektivismen för den drar åt det privata, och åt det faktiska, bort från det rättsliga.»

<sup>1230</sup> Eventuelt andre som er gitt kompetanse til å bringe inn en tvist for rettslig prøving, som forbigåtte tilbydere i anskaffelsessaker.

<sup>1231</sup> De kan selvsagt dukke opp igjen som tidligere kontraktspraksis mellom partene, men inntil da, er de er *retten* uvedkommende.

ikke kan vite sikkert hva partsviljen går ut på i en konkret avtaletolkning, er ikke et problem så lenge vi godtar at det er et tolkningsspørsmål, og ikke et kunnskapsspørsmål.<sup>1232</sup> Avtaletolkning er ikke bevisvurdering, og heller ikke anvendelse av generelle normer, men sin egen kunst hvor formålet alltid må være å yte avtalen rettferdighet. Det er opp til avtaletolkeren å avgjøre hva som er den mest troverdige og rimelige tolkningen av akkurat denne avtalen i nettopp dette tilfellet, alt tatt i betraktning. Slik forstår jeg avtaletolkningses vesen.

## 6.4 Rykk tilbake til start

«Oroa dig inte,  
det ordnar sig  
aldrig.»<sup>1233</sup>

Når alt er sagt; avhandlingen har ingen endelige svar å tilby – alt jeg har reflektert rundt, kan saktens andre ha andre oppfatninger om.<sup>1234</sup> Teorien om avtaletolkning vil alltid kretse rundt det samme; neste kvinne eller mann kan ikke fortsette der jeg (eller noen andre) slapp og komme «videre».<sup>1235</sup> Kjennetegnende for en åndsvitenskap som rettsvitenskapen, er at vi aldri kan oppstille endelige svar, bare bidra til forståelse og gjennomføre stadige selvransaker.<sup>1236</sup> Like sikkert som at denne avhandlingen er en reaksjon på tidligere rettsvitenskap, er det at fremtidens rettsvitenskap vil være en reaksjon på den nåtidige.<sup>1237</sup> (Om jeg skulle få være så heldig å bli motsagt eller

---

<sup>1232</sup> Fritt parafasert etter Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 188: «Att vi inte kan veta vilken tolkning som är riktig, i absolut mening, hotar inte på något sätt tolkningens legitimitet. Frågan om avtalets innebörd är helt enkelt inte en kunskapsfråga.»

<sup>1233</sup> Ågren, *Ågren*, s. 13.

<sup>1234</sup> Merk likevel at det er en forskjell på å være uenig og på å skrive om forskjellige ting, se i den forbindelse Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 472-473. Jeg vil hevde at mitt syn på avtaletolkning er helt riktig ut fra mitt ståsted (og nei, det finnes ikke noe nøytralt ståsted).

<sup>1235</sup> Som for alle andre tolkninger, finnes det heller ingen «slutt» for tolkninger av tolkningslæren, se Gadamer, *Förnuft i vetenskapens tidsålder*, s. 74: «En slutgiltig interpretation tycks vara en motsägelse i sig själv. Interpretation är alltid på väg.» Som jurister er vi imidlertid vant til å måtte sette en sluttstrek – felle en dom, avgjøre saken – og her avslutter jeg mine refleksjoner. Se også Bernt, *Hva vil vi med rettsvitenskapen*, s. 89: «Den juridiske metode må forstås ut fra den arena den primært er utformet med sikte på; den diskursive. Og det er tale om en diskurs som aldri avsluttes. Hvert nytt tilfelle av rettsanvendelse, og hver ny undersøkelse av hva som er den riktige forståelse av rettsregler, er i prinsippet et nytt innlegg i en løpende faglig debatt.»

<sup>1236</sup> Se også Samuelsson, *Hermeneutik*, s. 375: «Hermeneutikern drar slutsatsen att förståelse inte får tänkas som någonting som kan vara färdigt och avslutat, så att säga framme vid det som ska förstås, utan snarare någonting som *utspelar sig* i rummet – i spänningen – mellan generellt och individuellt, mellan ord och ting, mellan tolkning och tolkningsobjekt.»

<sup>1237</sup> Arendt forklarer filosofihistoriens gang slik, *Människans villkor: Vita activa*, s. 343-343: «En överblick över den så kallade filosofihistorien, som snarare är de stelnade filosofiska skolornas historia, visar i hur hög grad den bestämts och drivits framåt av omkastningar: de olika kasten fram

«bekjempet» er en annen sak, mange blir forbigått i stillhet.) Selv dersom man bevisst unnlater å gå dypt inn i teorien eller bakover i historien, tas det i ethvert rettsvitenskapelig arbeid teoretiske valg som står i en eller annen relasjon til historien. Og hvert nytt bidrag er kun det – et bidrag til historien.

Likevel er det unektelig slik at noen bidrag setter større avtrykk enn andre. I Norge har særlig Stang vært premissgivende for avtaletolkningsteorien helt frem til i dag.<sup>1238</sup> Følgelig ble disse premissene særlig gjort til gjenstand for mine kritiske undersøkelser. Jeg håper likevel ikke at man, etter endt lesning, sitter igjen med et inntrykk av at jeg har forsøkt å rakke ned på Stangs meritter. Stang var en mann av sin tid, som i aller høyeste grad utfordret de rådende oppfatninger i nettopp sin tid.<sup>1239</sup> Dermed er det, slik jeg ser det, i Stangs ånd å fortsette å utfordre etablerte sannheter.

Med denne avhandlingen håper jeg å bidra til å skape et større rom for avtaletolkningsteorien; mer plass for kreativitet og refleksjon og færre krav om retningslinjeproduksjon.<sup>1240</sup> Men skal ikke teorien være et nyttig redskap for det

---

och tillbaka mellan idealism och materialism, mellan transcendens- och immanensfilosofi, mellan realism och nominalism, mellan hedonism och spiritualism, o.s.v. Det viktiga här är själva omvändbarheten, d.v.s. att alla dessa system är sådana att man kan ställa dem 'på fötter efter att ha stått på huvudet' eller vice versa. Därvidlag är det avgörande att dessa omkastningar inte kräver några 'yttre' orsaker, historiska händelser eller erfarenheter av sådana. Inom den akademiska traditionen rör det sig om rena förståndsoperationer som framspringer ur själva saken, och de saknar historisk tyngd eftersom blotta omkastningen inte förändrar systemens struktur. Man kan alltid förlita sig på att det kommer någon i nästa generation som vrider historien tillbaka. I denna rad av omkastningar finns det bara en avgörande händelse, nämligen Platons frigörelse av människoanden genom vilken detta slags begrepp och föreställningar blev reversibla. (...) Tankeoperationernas spel påbörjades i de antika filosofiska skolorna och har alltsedan dess varit kännetecknet på all enkom akademisk filosofi.»

<sup>1238</sup> Stang selv, i et akademisk tilbakeblikk over egen karriere og som ledd i en polemikk mot romerrettens grep om den tyske retten nærmere 2000 år etter Kristi fødsel, skriver: «Vi må være glad hver eneste en av oss om det vi skriver overhodet blir lest om 50 år», se *Om rettsvitenskap*, s. 119. Etter egne parametre har Stang mer enn doblet sin egen holdbarhet.

<sup>1239</sup> Se Arnholm, *Store navn i norsk rettsvitenskap*, s. 57: «Stang søkte ut i det praktiske liv. Når han skulle skrive om fakturaen, undersøkte han ikke hvilke slutninger man kunne trekke fra romerrettens prinsipper, men han spurte dem som brukte fakturaer i vår tid om hva de mente – ikke for å akseptere det uten kritikk, men for å lære, og for å sette seg inn i hvordan rettsreglene virket under de aktuelle samfunnsforhold. Han har selv fremhevet hvordan særlig hans erfaringer fra arbeidet med kjøpsloven kom ham til gode her. Metoden skulle være selvsagt – og det er den i dag. Men den virket revolusjonær den gang. Og tilhengerne av den eldre skole var meget lite nådige i sin dom.» Stang forklarer kampen mot det etablerte slik: «For alle oss som var unge for en menneskealder siden, var det nødvendig å gå gjennom den tyske konstruktive rettsvitenskaps hårde skole. Selv vi som ikke var sympatisk stemt overfor den, måtte gjennom den – vi måtte gjennom den for å komme ut over den. Og kjempet vi oss enn fri for den, så satte den sitt merke på oss; jeg føler ennå som en hemning i mig den tvangsforestilling at alt skal systematiseres og konstrueres og defineres», se *Om rettsvitenskap*, s. 127-128.

<sup>1240</sup> Forhåpentligvis anses denne avhandling som et innlegg i avtaletolkningsdiskursen som sådan, uten å parkeres med at den kun er av teoretisk interesse, slik Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 16 n. 10, gjør her, når han ramser opp litteratur om tolkning og utfylling: «Jfr. även en rent teoretisk analys hos Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*». Bortsett fra en liten polemikk noen sider senere, lar Lehrberg det *rent teoretiske* bidraget ligge urørt.

praktiske rettslivet? Med hvilken rett kan avtalerettsteoretikere sitte å kose seg på kontorene sine, mens praktikerne blir latt i stikken med de vanskelige avtaletolkningsspørsmålene?<sup>1241</sup> Tja, jeg mener undersøkelsene frem til nå har vist at det er begrenset hvor mye hjelp det er å hente i teorien hva angår avtaletolkningsvirksomheten. Atter en gang, støtter jeg meg på Samuelssons ord:

«(...) i bland kan det vara praktiskt med lite teori – en alltför tjänstvillig rättsvetenskap, som konsekvent ger praktikerna de raka och tydliga besked som praktikerna vill ha, risikerar att göra mer skada än nytta. Tolkningläran är ett belysande exempel.»<sup>1242</sup>

Alle jurister, både praktikere og teoretikere, er etisk forpliktet til å reflektere over hva vi gjør når vi praktiserer jus.<sup>1243</sup> Men, å praktisere jus og å reflektere over hva vi gjør er to forskjellige ting! Teorien bør må være ydmyk i møte med, og i behandlingen av, den praktiske juridiske virksomheten. Beskrivelser av anvendt juridisk metode kan aldri bli mer enn i høyden keitete etterligninger. Praktisk avtaletolkning lider heller ingen nød ved at teorien avstår fra forsøk på å gjøre det umulige mulig. Visst kan teorien være nyttig i undervisning, og som lesestoff for den som er interessert i avtaletolkningsteori (forhåpentligvis finner noen glede i denne avhandlingen også), men vi finner ikke svaret på tolkningsspørsmålene våre hos verken Eckhoff, Nygaard, Skoghøy eller Mæhle når vi skal tolke en lov, eller hos Huser, Høgberg, Woxholth, Giertsen eller Haaskjold når vi skal tolke en avtale.<sup>1244</sup>

---

<sup>1241</sup> Et retorisk spørsmål der, hvor svaret er: *Med all mulig rett*. Se også Samuelsson, *Anm. Dissens. Om det rättsliga vetandet*, s. 725: «Vetenskapen är ett varv, alltså i sig en praktik, men den vetenskapliga praktiken är alltid teoretisk, i den meningen att den syftar till att avtäckta sanningen, att säga som det är (som det *verkligen* är). Vetenskapen kan inte sträva efter att vara praktisk – i bemärkelsen konkret och nyttig för *andra* än vetenskapsidkarna själva (till exempel för de ‘praktiker’ som befolkar ‘juridiken’) – utan att kompromissa med denna givna utgångspunkt.»

<sup>1242</sup> Samuelsson, *Något om tolkning av försäkringsvillkor*, s. 720. Se også hva Johs. Andenæs, *Juridisk metode og det juridiske fakultet*, s. 2, skriver om for vidløftige lærebøker i metode: «Hensikten er god, men jeg kan ikke verge meg mot et inntrykk av at den teoretiske innsikt i juridisk metode som man forutsetter at studentene først skal skaffe seg, er overdimensjonert i forhold til de oppgaver det senere studiet stiller. Rettskildelæren er et interessant, perspektivutvidende fag. Det gir, på samme måte som rettsososiologi og retthistorie, juridisk allmenndannelse, men den direkte nytteverdien er begrenset.» Dessuten har også Eckhoff, *Rettskildelære*, 1. utgave, s. 11, kommet med en betimelig advarsel: «Juridisk virksomhet består for en vesentlig del i å ta standpunkt til rettsspørsmål og gi grunner for standpunktene. Å oppøve evnen til dette er et av hovedformålene med det juridiske studium. Det er viktigere å kunne innta velbegrunnede standpunkter selv, enn å lære utenat standpunkter som andre – f.eks. lærebokforfattere – har inntatt.»

<sup>1243</sup> Her er jeg skjønt enig med Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, s. 3: «Å ha tilstrekkelig bevissthet og ansvarsfølelse i relasjon til ens egne individuelle vurderinger og valg i rettslig sammenheng, er også et etisk krav til den enkelte rettsanvender.»

<sup>1244</sup> Jeg tror årsaken til at vi kanskje lettere tyr til bøker om avtaletolkning når avtaler skal tolkes, enn til bøker om lovtolkning når lover skal tolkes, nettopp er at vi over lang tid har ansett

Det står ingenting verken i denne avhandlingen eller noen annen bok om avtaletolkning, om hva innholdet i en konkret avtale er – hvilken partsvilje avtalen gir uttrykk for. Dersom teorien blir for praktisk orientert, er det en fare for at den skaper et villedende inntrykk av at den faktisk har svar å komme med.<sup>1245</sup> I så måte ville det være en fordel om tolkningsteorien ble litt mer leken og teoretisk, for da ville den ikke kunne gi falske forhåpninger i samme grad. I møte med et ekte tolkningsproblem, må man fokusere på det som skal tolkes; for en tolkning som ikke er konkret, er slett ingen tolkning.

Har denne innsikten i avtaletolkningsens vesen, og disse meningene jeg har brukt en avhandling på å formidle, virkelig ikke noe å si i praksis – ingen *reell nytteverdi*.<sup>1246</sup> Vel, det måtte i så tilfelle være en negativ nytteverdi, ved at jeg har klart å vise at avtaletolkningsteori ikke kan overføres til praksis, og at man i praksis med fordel bør konsentrere seg om avtalen som skal tolkes. Det eneste lille rådet jeg drister meg til gi til landets avtaletolkere, er at man bør unnlate å skrive så mye om hvordan avtaler generelt skal tolkes før det tolkes. Innledningsvis, før man går i gang med en tolkning, holder det å si at: *Avtalen må tolkes*.<sup>1247</sup> Om noe, kan man eventuelt skrive hvordan akkurat denne avtalen må tolkes, som jo egentlig bare er en formidling av tolkningen som faktisk foretas, og hvorfor ikke bare gjøre nettopp det da?

Heldigvis, eller skal jeg si naturligvis, er tolkningslæren akkurat så gjenstridig mot rettsliggjøring at, på tross av utallige forsøk på å tøyte avtaletolkningen, foregår den i praksis akkurat så konkret som den alltid må.<sup>1248</sup> Avtalen og tolkningen er ett – ingen

---

avtaletolkningen for å tilhøre den materielle avtaleretten. Men metodebeskrivelser handler ikke om «retten», men våre tanker om hvordan vi kommer frem til den.

<sup>1245</sup> Om farene med for praktisk orientert rettsvitenskap, se også Svensson, *De lege interpretata*, s. 223: «En rättsvetenskap som främst låter sig vara i praktikens tjänst uppfyller knappast kriterierna för en fristående forskning i allmänhetens tjänst och kan i värsta fall bidra till att befästa maktmissbruk.»

<sup>1246</sup> Wittgenstein spør: «Philosophy hasn't made any progress? – If someone scratches where it itches, do we have to see progress? Isn't it genuine scratching otherwise, or genuine itching? And can't this reaction to the irritation go on like this for a long time, before a cure for the itching is found?», funnet i Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 6.

<sup>1247</sup> Et råd som står i diametral motstrid med det Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, ønsker å oppnå med sitt «analyseverktøy». På s. 205 står det: «Utfordringene med å skaffe seg oversikt over rettspraksis kan av og til gi seg utslag i at noen dommere og voldgiftsretter, tidvis også Høyesterett, går mer eller mindre «rett på» tolking av den konkrete avtalen; altså uten først å angi å presisere de rettslige utgangspunktene og vurderingstemaene, og uten å vise til tidligere dommer. Noe av forklaringen kan være at saken ikke er godt nok prosedert; at advokatene har konsentrert seg om faktum, og at de har lagt til grunn at dommerne har den nødvendige oversikt over rettspraksis. Faren med en slik tilnærming – hvor man stoler vel mye på intuisjonen og elementær kunnskap om avtaletolkning fra studietiden – er at tolkningsprosessen kan bli lite disiplinert, lite transparent og lite forutsigbar.»

<sup>1248</sup> Om hvordan man kan forholde seg til en tolkningslære uten regler, skriver Samuelsson, *Tolkningens gåta*, s. 114: «För att kunna tillägna sig den juridiska färdigheten måste man lära sig av med att fråga efter (teoretisk) klarhet, lära sig att handla (*Just do it! Practice makes perfect!*)»

tolkning, intet innhold. Og akkurat her passer det å avslutte denne avhandlingen med de samme vage (men forhåpentligvis ikke like intetsigende) ord som den begynte med: Avtaletolkning kommer an på – avtalen.

Slutt.

---

och att acceptera att man i detta hänseende står ensam och utan vägledning inför texten. Ensam ... eller fri, som en konstnär.»

## Kilder

### Litteratur

#### A

Adlercreutz, Axel

- *Avtalsrätt II*, Lund 2001.

Almquist, Jan Eric

- «Den moderna romanistikens betydelse för studiet av romersk rätt: En översikt», *Uppsala Universitets Årsskrift*, Uppsala 1932.

Andenæs, Johs.

- *Innføring i rettsstudiet*, Oslo 1979.
- «Juridisk metode og det juridiske studiet», *Lov og Rett*, 2000 s. 1-2.

Andenæs, Kristian

- «Action, kjønn og forskning», *Kritisk juss*, 1994 s. 88-100.

Andenæs, Mads Henry

- *Rettskildelære*, Oslo 1997.

Andersson, Håkan

- *Skyddsändamål och adekvans: Om skadeståndsansvarets gränser*, Uppsala 1993.
- «24 preludier utan fuga – Stilövningar samt förberedande tankar om den glada rättsvetenskapen», *Konsten at rättsvetenskap: Den tysta kunskapen i juridisk forskning*, Petter Asp og Kimmo Nuotio (red.), Uppsala 2004.
- *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten: Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer: Bok I*, Uppsala 2013.

Arendt, Hannah

- *Människans villkor: Vita activa*, översatt av Joachim Retzlaff, Göteborg 1988.

Arnholm, Carl Jacob

- «Omkring rettshandelsteorien», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1948 s. 368-431.
- *Alminnelig avtalerett*, Oslo 1949.
- «Fra diskusjonen om rettighetsbegrepet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1961 s. 117-149.
- *Privatrett II: Avtaler*, Oslo 1964.
- *Lærebok i avtalerett*, Oslo 1974.
- «Fredrik Stang», *Store navn i norsk rettsvitenskap*, Oslo 1973.
- *Tre utsnitt av den almindelige privatrett*, Oslo 1975.

Asdal, Kristin Berge m.fl.

- *Tekst og historie: å lese tekster historisk*, Oslo 2008.

Askeland, Bjarte

- «Eckhoffs rettskildelære under press», *Kritisk juss*, 1999, s. 115-126.
- «Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning», *Jussens Venner*, 2003 s. 8-23.
- «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999-2018», *Lov og Rett*, 2018 s. 519-536.

Aubert, Vilhelm

- «Noen problemområder i rettsosjologien», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1948 s. 432-465.

Augdahl, Per

- *Rettskilder*, 2. utgave, Trondheim 1961.

## **B**

Baldersheim, Erlend

- *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017.
- «Høggir og tomgang i rettskjeldelæra», *Jussens Venner*, 2017 s. 343-377.

Barbo, Jan Einar

- *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997.



Bengtsson, Bertil

- «Om civilrättens splittring», *Festskrift till Kurt Grönfors*, Stockholm 1991, s. 29-46.

Berg, Jens Petter

- «Rett og rimelighet i moralsk belysning – og andre grunnproblemer i norsk rettsliv», *Complex*, 2008 s. 1-401.

Berge, Stig og Hans Ingvald Stensholdt

- «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A (‘Forusstranda’) og hans metodespørsmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 137-163.

Bergo, Knut

- *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000.
- *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo 2002.
- «En realistisk rettskildelære – et urealistisk prosjekt? Introduksjon til ‘Tekst og virkelighet i rettskildelæren’», *Retfærd*, 2002/4 s. 19-32.

Bernitz, Ulf

- *Standardavtalsrett*, Stockholm 2018.

Bernt, Jan Fridthjof

- «Hva skjedde med rettsrealismen?», *Jussens Venner*, 2014 s. 139-161.
- «Hva vil vi med rettsvitenskapen?», *Ikke kun rettsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*, Nis Jul Clausen m.fl. (red.), København 2016.

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David R.

- *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998.

Björne, Lars

- *Nordisk rättskällelära: Studier i rättskälleläran på 1800-talet*, Lund 1991.
- *Brytningstiden: Den nordiska rättsvetenskapens historia: Del II 1815-1870*, Lund/Stockholm 1998.

- *Den konstruktiva riktningen: Den nordiska rättsvetenskapens historia: Del III 1871-1910*, Lund/Stockholm 2002.
- *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia: del IV 1911-1950*, Lund/Stockholm 2007.

Blandhol, Sverre

- «Om rett og moral», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 s. 60-78.
- «Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 1-19, 2004.
- *Nordisk rettspragmatisme: Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*, København 2005.
- «Den nordiske rettsvitenskapens retoriske grunnlag», *Rhetorica Scandinavica*, 205 s. 17-32.
- *De beste grunner: Reelle hensyn i juridisk argumentasjon*, Oslo 2013.
- «Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? Avtalelovene og den nordiske rettspragmatisme», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015.

Boe, Erik

- *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 2001.

Boe, Erik og Helgesen, Jan E.

- *Oversikt over juridisk metode og statsrett*, 2. utgave, Oslo 1996.

Bryde Andersen, Mads

- *Grundlæggende aftaleret*, 4. utgave, København 2013.
- «Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015 s. 63-88.
- «Den almindelige aftaleret som lovgivningstema», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2019 s. 51-70.

Bull, Hans Jacob

- «Avtalte standardvilkår som privat lovgivning», *Lov, dom og bok: Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 s. 99-114.

## C

Calkins, Lucy McCormick

- *The art of teaching writing*, Portsmouth, 1986.

Cordero-Moss, Giuditta

«Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett og deres betydning for kontraktens virkninger – noen komparativrettslige betraktninger», *Jussens Venner*, 2016 s. 276-302.

## D

Dragstmo, Espen

- «'Individuelle valg og vurderinger' – noen kommentarer til Knut Martin Tande», *Jussens Venner*, 2014, nr. 2, s. 121-140.

Doublet, David R.

- «Den hermeneutiske sirkelen. Om rammer for tolkning og vilkår for erkjennelse», *Teori og metode i samfunnsfaga*, Stein Ugelvik Larsen (red.), Oslo 1999 s. 45-58.

Doublet, David R. og Bernt, Jan Fridthjof

- *Retten og vitenskapen*, Bergen 1992.

## E

Eckhoff, Torstein

- «Juss og samfunnsforskning», *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm 1972.
- *Rettskildelære*, 1. utgave, 4. opplag, Oslo 1985.
- *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 1987.
- *Juss, moral og politikk*, Oslo 1989.

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E.,

- *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.

Eco, Umberto

- «Interpretation and history», *Interpretation and Overinterpretation*, Cambridge 1992.

Emerson, Ralph Waldo

- «The Poet», *The collected works of Ralph Waldo Emerson*, Joseph Slater (red.), Douglas Emory Wilson (tekst red.), Cambridge/London 1983.

Eng, Svein

- «Hva er en viljeserklæring», *Svensk Juristtidning*, 1993 s. 1-43.
- *Rettsfilosofi*, Oslo 2007.

Engberg, Jan og Anne Lise Kjær

- «Hvad betyder sproget for juridisk fortolkning?», *Retten i sproget. Samspillet mellem ret og sprog i juridisk praksis*, (Anne Lise Kjær m.fl. red.) København 2015 s. 265-272.

Evald, Jens

- *At tænke juridisk*, København 2001.

## F

Falkanger, Thor

- «Tolkning av sjørettslige standardkontrakter – særlig om betydningen av forarbeider», *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, s. 289 flg., Oslo 1997.

Fleischer, Carl August

- *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998.

Flexner, Abraham

- «The usefulness of useless knowledge», *Journal of chronic diseases*, 1955 s. 241-246.

Flodgren, Boel

- «Förutsättningsläran – ett viktigt komplement till avtalslagen: - reflektioner i anledning av rättsfallet NJA 1985 s. 178. AB Järnsida ./ Kalmar Varv AB i

konkurs», *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis*, Boel Flodgren m.fl. (red.), Stockholm 2005, s. 385-401.

Frøberg, Thomas

- *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014.

## G

Gadamer, Hans- Georg

- *Förnuftet i vetenskapens tidsålder*, oversatt av Thomas Olsson, Göteborg 1988, originaltittel: *Vernunft im Zeitalter der Wissenschaft*, Frankfurt am Main 1976.

Giertsen, Johan

- *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014.
- «Avtalelovene – hva nå?», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015 s. 331-348.

Gjelsvik, Nikolaus

- *Den norske privatrets lære om vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed*, Kristiania 1897.
- *Innledning i rettsstudiet*, 5. utgåva ved Nils Peder Langvand og Sverre Thune, Oslo 1968.

Goller, Morten

- «Vesentlige avvik og forbehold», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2011 s. 97-129.

Gomard, Bernhard

- *Introduktion til obligationsretten: obligationsrettens emnekreds og karakteristika*, København 1979.

Graver, Hans Petter

- «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», *Lov og Rett*, 1998 s. 579-603.
- «Keiserens garderobe», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000 s. 429-476.
- «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178.

Grönfors, Kurt

- «Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler», *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 1988 s. 317-327.
- *Tolkning av fraktavtal*, Göteborg 1989.
- Innlegg i debatten «Reformering af de nordiske aftaleloverne», *Nordisk juristmøte* 1990 s. 279-281.
- *Avtalsgrundande rättsfakta*, Stockholm 1993.
- «Ändamål och funktion», *Juridisk Tidskrift*, 1999/2000 s. 523-537.
- «Juridisk analys och intuition», *Festskrift til Gösta Walin*, Stockholm 2002 s. 125-129.

Gustafsson, Håkan

- «Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande», *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*, Nis Jul Clausen m.fl. (red.), København 2016 s. 189-206.

**H**

Hallager, Fr.

- *Den norske Obligationsret*, Christiania 1859.

Hallager, Fr. og Aubert, L. M. B.

- *Den norske obligationsrets almindelige del*, Christiania 1887.

Hallsteinsen, Peter

- *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018.

Hagerup, Francis

- «Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1888 s. 1-58.
- *Omrids af den norske handelsret : til brug for Christiania handelsgymnasius elever*, Kristiania 1901.
- «Om gjældsovertagelse», *Udvalgte mindre juridiske afhandlinger*, (først utgitt i Norsk Retstidende 1886), Kristiania 1901.

- «Fredrik Stang: Norsk Forumeret I: Anm. Af F. Hagerup», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1912 s. 177-202.
- «Erich Jung: Das Problem des natürliche Rechts: Anm. Af F. Hagerup», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1912 s. 308-312.
- «Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1915 s. 16-77.
- «Indledning til studiet af den almindelige retslære», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1922 s. 179-217.

Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud

- *Entrepriserett*, Oslo 2013.

Hambro, E.

- «Viljesteorien og tillids- eller erklæringsteorien fra den praktiske jurists standpunkt», *Norsk Retstidende*, 1914 s. 337-342.

Harari, Yuval Noah

- *Sapiens: En innføring i menneskehetens historie*, norsk utgave ved Lene Stockseth, Oslo 2016.

Hart, H.L.A

- *The concept of law*, Oxford 1961.

Hauge, Hilde

- *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Oslo 2009.

Helgesen, Jan E.

- «Er det fruktbart å operere med begrepet ‘motstrid mellom rettsregler’, eller løses problemene best via harmonisering av rettskildefaktorer alene?», *Jussens Venner*, 1979 s. 1-13.

Hellner, Jan

- «Reformering af de nordiske aftalelove», innlegg i debatten, *Nordisk juristmøte* 1990 s. 284-285.

- «Tolkning av standardavtal», *Jussens Venner*, 1994 s. 266-278.
- *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001.

Hjort, Maria Astrup

- «Rettshistorisk metode og tolkning av historiske tekster», *Fordom og forventning: Ei handbok i rettshistorisk metode*, Oslo 2019.

Hoel, Gunnar Astrup

- *Den moderne retsmetode*, Oslo 1925.

Hoffmann, Lord

- «The Intolerable Wrestle with Words and Meanings», *South African Law Journal*, 1997 s. 656 flg.

Holmberg, Lukas

- *Tolkning och avtalslut*, Eksamensarbeite i civilrätt, Uppsala 2015.

Hov, Jo

- *Avtalerett*, 1. utgave, Oslo 1980.
- *Avtalerett*, 3. utgave, Oslo 1993.
- «Trenger vi nye begreper og 'nye modeller' i avtaleretten?», *Lov og Rett*, 1996 s. 563-578.
- *Avtaleslutning og ugyldighet*, Oslo 1998.

Huser, Kristian

- *Avtaletolking: En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*, Bergen 1983.

Høgberg, Alf Petter

- «Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000 s. 525-649.
- «Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket 'reelle hensyn' – kommentar til Morten Kinanders artikkel 'Trenger man egentlig reelle hensyn'», *Lov og Rett*, 2003 s. 609-626.



- *Kontraktstolkning. Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Oslo 2006.
- «Om kritikken av fenomenet reelle hensyn, begrepet ‘reelle hensyn’ og termen «reelle hensyn», *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste*, Oslo 2006.
- *I språkets bilde: Elementære logiske emner i juridisk kontekst*, 2. utgave, Oslo 2015.
- «Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015 s. 153-162.

Høgberg, Benedicte Moltumyr

- «Pragmatisk formalisme og vice versa – en kommentar til Hans Petter Graver», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 421-429.

Haaskjold, Erlend

- *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013.

Hårstad, Stian, Terje Lohndal og Brit Mæhlum

- *Innganger til språkvitenskap: Teori, metode og faghistorie*, Oslo 2017.

Håstad, Torgny

- Hovedreferent, «Reformering af de nordiske aftalelove», *Nordisk juristmøte* 1990 s. 279-281.

## I

Iuul, Stig

- *Grundrids af den romerske formueret*, København 1942.

Iversen, Torsten

- «Reform af de nordiske aftalelove – pro et contra», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015 s. 349-369.

## J

Jacobsen, Jørn RT

- «Om omgrepet 'juridisk metode'», *Jussens Venner*, 2003 s. 360-375.

Jansen, Lars Finholt

- «Bergenskolen»: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 2007 s. 108-123.

Jareborg, Nils

- «Rättsdogmatik som vetenskap», *Svensk Juristtidning*, 2004 s. 1-10.

Jerkø, Markus

- «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett*, 2014 s. 445-464.
- «Om rettsanvendelse, fakta og bevis – svar til Anne Robberstad», *Lov og Rett*, 2015 s. 60-62.
- *Bevisvurderingens rettslige rammer: Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Oslo 2017.

Johansson, Svante O. og Christina Ramberg

- «Kurt Grönfors in memoriam», *Svensk Juristtidning*, 2005 s. 1120-1123.

Jørgensen, Stig

- *Kontraktsret: 1. bind*, København 1971.
- Jørgensens innlegg i debatten, «Bör de nordiska avtalslagarne revideras?», *Nordisk juristmöte*, 1966 s. 189-195.

von Jhering, Rudolph

- *Geist des Römischen Rechts, II.2*, 5. utgave, Leipzig 1906.

## **K**

Kaasen, Knut

- *Kommentar til NF 92*, Oslo 1994.
- *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Oslo 2006.

Karhu, Juha

- «Anm. Av Samuelsson, Tolkning och utfyllning», *Svensk Juristtidning*, 2009 s. 805-810.
- «Den nordiska avtalsrättens byggstenar», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015, s. 89-104.

#### Kinander, Morten

- «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen», *Kritisk juss*, 2000 s. 109-128.
- «Trenger man egentlig 'reelle hensyn'», *Lov og Rett*, 2002 s. 224-241.
- «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 s. 673-685.
- «En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori», *Retfærd*, 2003 s. 14-22.

#### Kleineman, Jan

- «Sandgren (red.): Utveklingslinjer inom avtalsrätten», *Juridisk tidskrift* 1993-94 s. 621-630.

#### Knag, Alf Johan

- «Hvordan skrive kontrakt? – en sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet», *På rett grunn: Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Oslo 2010.

#### Knoph, Ragnar

- «Nogen ord om dommerens stilling til kutymene», *Norsk Retstidene*, 1923 s. 305-318.
- *Oversikt over Norges rett*, Oslo 1934.
- *Åndsretten*, Oslo 1936.
- *Rettslige standarder*, Oslo 1939.

#### Koch, Sören

- «Løfte og aksept: Naturrettens innflytelse på fortolkningen av NL 5-1-1 og 5-1-2 på 1700-tallet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 s. 337-371.

Kolflaath, Eivind

- «Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?», *Jussens Venner*, 2004 s. 279-304.

Krüger, Kai

- *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.
- Innlegg i debatt, «Reformering af de nordiske aftalelove?», *Nordisk juristmøte* 1990 s. 257-270.
- «Svensk privatrett sett fra norsk side – samt noen refleksjoner over nordisk rettsidentitet i privatrettsforskningen med blick mot fortid og fremtid», *Svensk rättsvetenskap 1947–1997*, Stig Strömholm (red.), Stockholm 1997, s. 23–59
- «Det stormer rundt kunnskapsregelen i avtalelovens § 7! Om tidspunktet for avtalebinding ved privat og offentlig kontrahering», *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis*, Boel Flodgren m.fl. (red.), Stockholm 2005, s. 61-71.
- «Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse», *På rett grunn: Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Oslo 2010.

Kötz, Hein

- *European Contract Law*, Vol. 1, Oxford 1997.

**L**

Lando, Ole

- *Kontraktsretten i Kina*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2008.
- «Kontraktsretten i et europæisk og internationalt perspektiv: Vejen frem.», *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis*, Boel Flodgren m.fl. (red.), Stockholm 2005, s. 15-26.

Lassen, Jul.

- *Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn*, København 1905.
- *Haandbog i obligationsretten*, 3. utgave, Kjøbenhavn 1920.

Lehrberg, Bert

- *Förutsättningsläran: Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Uppsala 1989.
- *Avtalstolkning*, 5. utgave, Uppsala 2009.

Lilleholt, Kåre

- «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner*, 2000 s. 49-60.
- *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017.

Lundstedt, A. V.

- *Obligationsbegreppet: Förra delen: Fakta och fiktioner*, Uppsala 1929.

Lynge Andersen, Lennart og Palle Bo Madsen

- *Aftaler og mellemænd*, 6. utgave, København 2012.

**M**

Madsen, Palle Bo

- *Aftalefunktioner*, København 1983.

Magnussen, Roger Stelander

- *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor, UiT Norges arktiske universitet, Tromsø 2015.

Marthinussen, Hans Fredrik

- «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner*, 2017 s. 67-97.

Michalsen, Dag

- «Dansk-Norsk rettsvitenskap etter 1814», *Jura og historie – festskrift til Inger Dübeck som forsker*, København 2003 s. 103-124.
- *Retten: En internasjonal historie*, Oslo 2011.
- «Den tyske kodifikasjonsdebatten 1814-1820 og Grunnloven § 94», *Kodifikasjon og konstitusjon: Grunnloven § 94s krav til lovbøker i norsk historie*, Hilde Sandvik og Dag Michalsen (red.), Oslo 2013 s. 42-65.

Mæhle, Synne Sæther

- «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004 s. 329-342.
- «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 s. 126-157.

Mæhle, Synne Sæther og Aarli, Ragna

- *Fra lov til rett*, 2. utgave, Oslo 2018.

## N

Nietzsche, Friedrich

- *Om våre dannelsesinstitusjoners fremtid*, oversatt av Helge Jordheim, Oslo 2008.
- *Den muntre vitenskapen ('la gaya scienza')*, oversatt av Øystein Skaar, Oslo 2010.

Nisja, Ola Ø.

- «Johan Giertsen: Avtaler, 2. utgave», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2013 s. 389-391.

Nordengen, Kaja

- *Hjernen er stjernen: Ditt eneste uerstattelige organ*, Oslo 2016.

Nygaard, Nils

- *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 2004.

Næss, Arne

- *En del elementære logiske emner*, 9. utgave, Oslo – Bergen 1961.

## P

Peczenik, Aleksander

- *Juridikens metodproblem: Rättskällelära och lagtolkning*, 2. utgave, Stockholm 1980.

- «Juridikens allmänna läror», *Svensk Juristtidning*, 2005 s. 249-272.

Pedersen, Jussi Erik

- *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo 2016.

Platou, Oscar

- *Den norske privatrets almindelige del : Forelesninger 1895-1897*, Christiania 1899.
- «Ord og Villie: Uoverenstemmelse mellem Villie og Villieserklæring.», *Norsk Retstidende*, Kristiania 1911.
- *Privatret: Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del*, Kristiania 1914.
- *Retskildernes teori*, Kristiania 1915.

## R

Ramberg, Christina

- *Erfarenheter som kan vara til nytte för doktorander i juridik*, Stockholm 2003.
- «En ny avtalslag», *Svensk Juristtidning*, 2011 s. 32-56.
- «Användarvänlig avtalsrätt», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015.

Ramberg, Jan

- «Avtalstolkningmetoder», *Festskrift til Gösta Walin*, Stockholm 2002 s. 499-511.

Ramberg, Jan og Christina Ramberg

- *Allmän avtalsrätt*, 6. utgave, Stockholm 2003.
- *Allmän avtalsrätt*, 8. utgave, Stockholm 2010.
- *Allmän avtalsrätt*, 9. utgave, Stockholm 2014.
- *Allmän avtalsrätt*, 10. utgave, Stockholm 2016.

Rendtorff, Jacob Dahl

- *Retsfilosofi*, Fredriksberg 2005.

Rentto, Juha-Pekka

- «Rättsfilosofi, rättsteori, rättslära, rättsvetenskap? Hårklyverier och gränsdragningar», *Retfærd*, 1996 s. 3-16.

Rognstad, Ole-Andreas

- *Opphavsrett*, Oslo 2009.

Ross, Alf

- «Tû-Tû», *Festskrift til Henry Ussing*, København 1951 s. 468-484.
- *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, 2. utgave, København 1966.

## S

Sandvik, Tore

- *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966.
- *Kommentar til NS 3401*, Oslo 1977.

Samuelsson, Joel

- *Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Uppsala 2008.
- «Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet», *Europarättslig tidskrift*, 2009 s. 63-86.
- *Tolkningslärans gåta: En studie i avtalsrätt*, Uppsala 2011.
- «Håkan Gustafsson, Dissens. Om det rättsliga vetandet, Göteborgs universitet, 2011, 174 s.», *Juridisk Tidskrift*, 2011 s. 716-734.
- «Avtalstolkning på europeiska. Del I: Systemet», *Svensk Juristtidning*, 2012 s. 962-985.
- «Avtalstolkning på europeiska. Del II: Reglerna», *Svensk Juristtidning*, 2012 s. 986-1012.
- «Hermeneutik», *Juridisk metodlära*, Lund 2013.
- «Något om tolkning av försäkringsvillkor», *Svensk Juristtidning*, 2014 s. 695-720.



- «Avtal om rätten att föra talan mot en skiljedom varigenom skiljeförfarandet avslutas utan prövning i sak», *Särtryck ur Juridisk Tidskrift*, 2016-17, s. 470-493.
- «Avtalsrätt efter historiens slut», *Särtryck ur Juridisk Tidsskrift*, 2016 s. 643-651.
- «Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten», *De lege: Juridiska Fakulteten i Uppsala: Årsbok 2017*, Uppsala 2017 s. 103-121.
- «Rättsvetenskapens vetenskaplighet», *Vänbok till Lena Olsen*, Uppsala 2019 s. 189-226.

von Savigny, Friedrich Carl

- *System des heutigen Römischen Rechts*, bind I, Berlin 1840.

Schmidt, Folke

- «En culparegel vid avtalstolkning», *Svensk Juristtidning*, 1960 s. 420-429
- Referent i debatten «Bör de nordiska avtalslagarne revideras?», *Nordisk juristmøte* 1966 s. 182-189.

Simonsen, Lasse

- «Mikadommen. Tolkning av anbudsgrunnlag utarbeidet av Vegvesenet med grunnlag i Prosesskode 1 (Håndbok 025) – Rt-2012-1729», *Nytt i privatretten*, 2013, s. 12-16.

Skoghøy, Jens Edvin A.

- «Kvalitetskrav i doktorgradsavhandlinger», *Fra institutt til fakultet – Jubileumsskrift i anledning av at IRV ved Universitetet i Tromsø feirer 10 år og er blitt til Det juridiske fakultet*, Jens Edvin a. Skoghøy (red.), Tromsø 1997 s. 9-17.
- «Reelle hensyn som rettskilde», *Lov og Rett*, 2013 s. 257-258
- *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017.
- *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

Slagstad, Rune

- «Norsk rettsrealisme etter 1945», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1987 s. 385-403.

- *Rettenns ironi: Studier i juss og politikk*, ny utvidet utgave, Oslo 2011.

Somby, Ánde

- *Juss som retorikk*, Oslo 1999.

Stang, Fredrik

- *Om vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret på en Retshandels Gyldighed*, Kristiania 1897.
- «Viljesdogmet», *Tidsskrift for Retsvidenskap*, 1905 s. 280-350.
- *Norsk formueret. 1 : Indledning til formueretten*, 1. utgave, Oslo 1911.
- «Handelskoutumer» *Fra spredte retsfelter*, Kristiania 1916 (først utgitt i *Tidsskrift for retsvitenskap*, 1908).
- «Om rettsvitenskap», *Tidsskrift for Rettsvidenskap*, 1933 s. 118 flg.
- *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935.

Sund-Norrgård, Petra

- *Lojalitet i licensavtal*, Helsingfors 2011.

Svendsen, Lars Fr. H.

- *Hva er filosofi*, Oslo 2003.

Svensson, Eva-Maria

- «De lege interpretata - om behovet av metodologisk refleksjon», *Juridisk publikation*, 2014 s. 211-226.

Svensson, Ola

- *Viljeförklaringen och dess innehåll*, Stockholm 1996.

Söllner, Alfred

- *Romersk rättshistoria: En introduktion*, Stockholm 1990.

**T**

Tamm, Ditlev

- *Retshistorie: Bind 2: Romerret og Europæisk Retsudvikling*, København 1991.
- «De nordiske aftalelove – mellem ‘megaloman chauvinisme’ og nordisk pragmatisme», *Aftaleloven 100 år: Baggrund Status Udfordringer Fremtid*, København 2015.
- *Romerret*, 2. udgave, København 2009.

Tande, Knut Martin

- «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011, nr. 1, s. 1-36.

Tuori, Kaarlo

- *Critical Legal Positivism*, Aldershot, 2002.
- *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*, Farnham, 2011.

Tørum, Amund Bjøranger

- «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner*, 2002 s. 314-339.
- «Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriser – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 s. 148-195.
- *Interpretation of commercial contracts*, Oslo 2019.

U

Udsen, Henrik

- «Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 s. 104-152.

Ussing, Henry

- *Bristende forudsætninger: bidrag til læren om formueretlige tilsagn*, København 1918.
- *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, København 1930.

V

Vahlén, Lennart

- *Avtal och tolkning*, Stockholm 1960.
- «Bidrag till avtalstolkningens systematik», *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 1964 s. 380-398.

Vold, Jan Erik

- «Nyttårsdiktet», *Mor Godhjertas glade versjon*, Oslo 1969.

Votinius, Sacharias

- *Varandra som vänner och fiender: En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*, Stockholm 2004.

**W**

Wessel, Johan Herman

- *Komiske fortellinger og dikt: i utvalg ved og med forord av Kjell Heggelund*, Stabekk 1992.

Wilhelmsson, Thomas

- *Standardavtal: Om avtalsbundenhet och oskälige avtalsvillkor*, Helsingfors 1995.
- «Alf Petter Høgberg: Kontraktstolkning. Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige avtaler», *Lov og Rett*, 2007 s. 253-256.

Windscheid, Bernard

- *Wille und Willenserklärung: Eine Studie*, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 1880 s. 72–112.
- *Lehrbuch des Pandektenrechts*, bind 1, 9. utgave, Frankfurt am Main, 1906.

Wittgenstein, Ludvig

- *Filosofiske undersøkelser*, utvalg og innledning av Anfinn Stigen, Oslo 1962.

Woxholth, Geir

- *Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven*, Oslo 1995.
- «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000 s. 32-56.

- *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 4. utgave, Oslo 2001.
- «Avtaleloven må revideres!», *Lov og Rett*, 2006 s. 461-462.
- «CISG-konvensjonens del II – og behovet for revisjon av de nordiske avtalelover», *Festskrift til Lars Gorton*, s. 699-710, Lund 2007.
- *Avtalerett*, 10. utgave, Oslo 2017.

## Z

Zahle, Henrik

- «Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth. A Critical Analysis of Alf Ross' Conception of Legal Doctrine», *European Journal of International Law*, 2003 s. 801-815.

Zetterström, Stefan

- *Svensk avtalsrätt*, Uppsala 2017.

Ziegler, Philipp

- *Der subjektive Parteiwille: Ein Vergleich des deutschen und englischen Vertragsrechts*, Tübingen 2018.

## Ø

Ørstavik, Inger B.

- «Prinsippet om objektiv tolkning: Særlig om tolkning av forhandlede standardavtaler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2018 s. 331-381.

Ørsted, Anders Sandøe

- «Om contracter i almindelighed», *Privatretlige skrifter i udvalg*, ved Troels G. Jørgensen, (først publisert i *Haandbogen 5. bind*), København 1930.
- «Om fuldmagt», *Privatretlige skrifter i udvalg*, ved Troels G. Jørgensen, (først publisert i *Haandbogen 6. bind*), København 1930.

## Å

Aagaard, Marianne Mathilde Rødvei

- «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdts artikkel i *Jussens Venner*2/2018», *Jussens Venner*, 2018 s. 250-267.

Aarbakke, Magnus

- «Kutymen som rettskilde», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 s. 432-473.

Ågren, Gösta

- *Ågren*, Stockholm 1968.

## **Andre kilder**

### **LOVER**

Kongeriket Norges Grunnlov 17 mai 1814

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4

Lov om skifte 21. februar 1930 nr. 21

Lov om tinglysning 6. juni 1935 nr. 2

Lov om rettshøve mellom grannar 16. juni 1961 nr. 15

Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. mai 1981 nr. 25

Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 27. november 1992 nr. 109

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17.juni 2005 nr. 90

### **FORARBEIDER**

Ot.prp. nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) Om lov om endring i avtaleloven

NOU 2001:32 Rett på sak, Bind B

### **RETTSPRAKSIS**

HR-2017-2165

HR-2017-33-A «Forusstranda»

Rt. 2014 s. 866 «Fjord1»

Rt. 2012 s. 1279 «Mika»

Rt. 2011 s. 410

Rt. 2010 s. 961 «Florø Idrettssenter»

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2007 s. 1489 «Byggholt»

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2003 s. 1531 «Veidekke»

Rt. 2002 s. 1155 «Hansa Borg bryggerier»

Rt. 1993 s. 564

LG-2013-98798

TSAV-2012-141055

## **INTERNASJONALE KILDER**

Bürgerliches Gesetzbuch, 18. august 1896 (BGB)

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. desember 1907

Contract Law of the People's Republic of China, 15. mars 1999

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

United Nations convention on contracts for the international sales of goods, Wien 11. April 1980 (CISG)

Principles, definitions and model rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)

The Principles of European Contract Law, (PECL)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (UNIDROIT)

House of Lords, *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, 19. juni 1997

## **CD/FILM**

Kari Bremnes, «Det må være orden», *Det vi har*, 2017 spor 6

«Harry potter and the deathly hallows part 2», regissør David Yates

## **INTERNETT**

Krüger, Kai:

«Tore Sandvik (1931-1985) : gudfaren i norsk entrepriserett»,  
<http://bora.uib.no/handle/1956/7793>

Paus, Ole:

[https://www.ordtak.no/sitat.php?id=10344&fbclid=IwAR16KAPmwMKhHXJNLST4g2A5F8o5EI0UIDY\\_qtlxo5TmbDvCoaA2JqNlx9Q](https://www.ordtak.no/sitat.php?id=10344&fbclid=IwAR16KAPmwMKhHXJNLST4g2A5F8o5EI0UIDY_qtlxo5TmbDvCoaA2JqNlx9Q)