

LISA MATTEA ELVEVOLD

# OM AVTALETOLKNINGENS VESEN

Teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen



## Om avtaletolkningens vesen



Lisa Mattea Elvevold

# Om avtaletolkningens vesen

*Teoretiske refleksjoner rundt  
et praktisk fenomen*

UNIVERSITETSFORLAGET

© Universitetsforlaget 2023

ISBN 978-82-15-04076-9

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS  
Postboks 508 Sentrum  
0105 Oslo

[www.universitetsforlaget.no](http://www.universitetsforlaget.no)

Omslag: Universitetsforlaget / Sissel Tjernstad

Sats: ottaBOK

Trykk: Aksell

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Adobe Garamond Pro 10,15/13

Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



# Takk,

... til alle som har hjulpet meg, heiet på meg, diskutert med meg og trodd på meg. Takk til Det juridiske fakultet ved UiT Norges arktiske universitet, som ga meg muligheten til å skrive en doktorgrad, Universitetsbiblioteket, som lånte meg bøkene, administrasjonen som la ting til rette, og til grekerne for oppfinnelsen av akademía.

Takk til bedømmelseskomitéen, Hege Brækhus, Bjarne Askeland og Petra Sund-Norrgård, som godkjente avhandlingen som ble forsvart for graden philosophiae doctor i rettsvitenskap ved disputas høsten 2019, og til Universitetsforlaget som fant arbeidet verdig en bokutgivelse.

Takk til veilederne mine, Gunnar Ketil Eriksen og Herman Bruserud, for uvurderlig hjelp og for å holde ut med meg og alle mine akademiske krumspring mens jeg skrev avhandlingen. Takk til alle gode kollegaer som har gjort, og fortsatt gjør, arbeidshverdagen ved fakultetet til en fryd. Takk særlig til Mona Martnes, Christina Jensen, Marie Vangen, Aila Biret Selfors, Jorun Snekkestad, Tor Aamodt Wigum, Marte Kolsum & Bjørn Løtveit for skravling, fliring, gråting og dansing. Takk også til min vit.ass., Sondre Sollid, som har gjort et solid stykke arbeid med kildene under bearbeidelsen til bok.

Og til familien min, som har vært et upåklagelig bakkemannskap på alle mulige måter; til dere er det bare å si at alt som er viktig, har jeg lært av dere! Takk for entusiasmen, forståelsen, omsorgen, maten og korrekturlesningen. Sigrid, denne boken er (fortsatt) til deg. Pelle, som har kommet til siden sist, og dermed også forsinket bokutgivelsen en smule, får få neste.

Tromsø, høsten 2022

*Lisa Mattea Elvevold*

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

Joel Samuelsson



# Innhold

<b>Takk</b> , .....	5
<b>Anslag</b> .....	11
<b>Kapittel 1</b>	
<b>Det som må sies først</b> .....	13
1.1 Aller først .....	13
1.2 Tematisering .....	13
1.3 Problematisering .....	18
1.4 Konkretisering .....	23
1.5 Manøvrering .....	25
<b>Kapittel 2</b>	
<b>Enigheten</b> .....	29
2.1 Det var en gang .....	29
2.1.1 Avtalefiksjonen .....	29
2.1.2 Språket fanger .....	30
2.1.3 Frihet og vilje .....	32
2.2 En (alvorlig) lek med ord .....	37
2.2.1 Avtalebegrepet .....	37
2.2.2 Litt mer om teoriens praktiske utgangspunkt .....	42
2.2.3 Fra viljeserklæring til avtalestiftende rettsfaktum .....	44
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 .....	56
<b>Kapittel 3</b>	
<b>Partsviljen</b> .....	59
3.1 Teorikamp .....	59
3.1.1 Den største dikotomien .....	59
3.1.2 Realismens inntog .....	61
3.1.3 Stråmannsteori .....	67
3.2 Etterdønninger .....	70
3.2.1 Roen senker seg .....	70
3.2.2 Forsoning .....	72

---

3.2.3	Ambisøs ny giv .....	73
3.2.4	Intensjonens renessanse? .....	75
3.3	Et nygammelt alternativ .....	77
3.3.1	Meningen med viljebegrepet .....	77
3.3.2	Partsviljen som tolkningstema .....	79
3.3.3	Ja, men ... ..	85
3.3.4	Begrep om tolkning – et tolkningsbegrep .....	89
3.4	Å tolke objektivt eller subjektivt .....	92
3.4.1	Enda en start .....	92
3.4.2	På leting etter forskjellen .....	95
3.4.3	Ytre uttrykk for indre mening .....	101
3.5	Teori i praksis .....	107
3.5.1	Rt. 2014 s. 866 .....	107
3.5.2	En annerledes domsanalyse .....	108
3.5.3	Malapropos .....	115
 <b>Kapittel 4</b>		
<b>Normativiteten</b> .....		
4.1	Tolkning, tolkning og utfylling .....	118
4.1.1	Tolkningsvirksomheten .....	118
4.1.2	Fra primitiv bokstavtolkning ... ..	120
4.1.3	... til tolkning og noe mer .....	123
4.2	Variasjoner over samme tema .....	126
4.2.1	Gordisk knute eller transportetappe? .....	126
4.2.2	Sideblikk .....	130
4.2.3	Mellom to stoler .....	134
4.2.4	Rettsliggjøring .....	141
4.3	Rettsanvendelse, bevisbedømmelse og ... avtaletolkning .....	146
4.3.1	Teksttolkning .....	146
4.3.2	Avtalens egen normativitet .....	150
4.3.3	Balansegang .....	155
4.3.4	Lakmustesten .....	159
4.4	Det avtalerettslige spenningsfeltet .....	165
4.4.1	All avtalerett kretser rundt partsviljen .....	165
4.4.2	Individuelt og generelt til evig tid .....	168
4.4.3	I praksis et metodevalg .....	174
 <b>Kapittel 5</b>		
<b>Fremgangsmåten</b> .....		
5.1	Veien og målet .....	176
5.1.1	Teori om praksis .....	176
5.1.2	Rett og rettsanvendelse .....	180
5.1.3	Klimaforandringer .....	182

---

5.2	(U)virkelige vurderinger . . . . .	187
5.2.1	Vurderinger på norsk . . . . .	187
5.2.2	Frem i lyset . . . . .	189
5.2.3	Tvekamp . . . . .	194
5.3	Regler om regler . . . . .	200
5.3.1	Tolkningens dilemma . . . . .	200
5.3.2	Inn i kontrollerte former . . . . .	202
5.3.3	Det står ikke på forsøkene . . . . .	208
5.3.4	I dialog med reglene . . . . .	212
5.4	Dømmekraften . . . . .	219
5.4.1	Å praktisere jus . . . . .	219
5.4.2	Avtaletolkning og annen juridisk hermeneutikk . . . . .	223
5.4.3	En rimelig tolkning . . . . .	227
 <b>Kapittel 6</b>		
<b>Det som nå kan sies . . . . .</b>		231
6.1	Selvrefleksjon . . . . .	231
6.2	Rekapitulasjon . . . . .	232
6.3	Avtaletolkningens vesen . . . . .	234
6.4	Rykk tilbake til start . . . . .	236
 <b>Kilder . . . . .</b>		
Litteratur . . . . .		240
Andre kilder . . . . .		257



# 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-I-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 strængere 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 skjødsløst affattet, kan der derfor ofte være Grund til at gaa udenfor Ordene og anvende en friere Fortolkning.»<sup>1</sup>

---

1 Fr. Hallager, *Obligationsret*, s. 63–64.



## Kapittel 1

# Det som må sies først

## 1.1 Aller først

«I stället för att anpassa rättsdogmatiken till den vid tillfället mest inflytelserika filosofiska 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 undersøkelsene er å bidra til forståelse av avtaletolkningens vesen.<sup>3</sup> Prosjektet har imidlertid endret seg underveis i prosessen; det jeg trodde jeg skulle finne ut av, fant jeg ikke, og det jeg fant, gjorde at prosjektet endret karakter.<sup>4</sup> 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>5</sup>

## 1.2 Tematisering

«Tolkningsläran är en plats för juridisk självreflektion.»<sup>6</sup>

Avtalens betydning for menneskets historie kan nesten ikke overspilles.<sup>7</sup> Med avtaler kan menneskene handle og samhandle.<sup>8</sup> Tro på at det går an å komme til enighet, og tillit til

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

3 «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.

4 Boken er basert på min ph.d.-avhandling fra 2019 med samme navn.

5 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 Friedrich Nietzsche, *Om våre dannelsesinstitusjoners fremtid*, s. 12.

6 Joel Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 196. Se også Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, s. 177: «Den egentliga metodläran är alltså en rättsvetenskapens självreflexion över sitt eget tillvägagångssätt.»

7 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.»

8 For å bli litt pompøs: Evnen til å avtale kan sies å være kjennetegnende for menneskearten. I *Sapiens* forteller Yuval Noah Harari 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 har ført til at

at enigheten oppfylles, har gjort menneskene i stand til de utroligste ting.<sup>9</sup> Så kan avtalen selvsagt også være en kilde til besvær og misere. 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>10</sup> Avtalen og tolkningen er ett. Sann sett må alle avtaler, fra den enkleste til den mest komplekse overenskomst, tolkes for at innholdet skal bringes på det rene. Spørsmålet som søkes besvart i avhandlingen, er hvordan tolkningen foregår. Men det var ikke det opprinnelige spørsmålet jeg stilte da jeg gikk i gang med undersøkelsene. Kanskje ligger det et lite poeng i å ta med litt av prosjektets historie, siden jeg likevel har noen sider å utfolde meg på her.

Jeg begynte med et spørsmål så konkret som: «Hvordan skal entreprisekontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket tolkes?»<sup>11</sup> Utgangspunktet mitt var, slik det for så vidt fortsatt er, avtaletolkningslæren. Planen var å ta tolkningslæren, slik vi kjenner den, identifisere de rettslige problemstillingene som oppstår ved tolkning av entrepriser med offentlige byggherrer, for deretter å løse disse etter en rettsdogmatisk metode.<sup>12</sup> Etter hvert som prosjektet skred frem, støtte jeg imidlertid på kvist. Nå bør en stipendiat selvsagt kunne forsere faglige vanskeligheter dersom det skal kunne komme noe interessant ut av undersøkelsene.<sup>13</sup> Problemet var bare at de vanskelighetene jeg møtte på, nesten uten unntak handlet om selve tolkningslæren og ikke om de «nye» problemstillingene. Hva menes med objektiv eller subjektiv tolkning, tenkte jeg for eksempel mens jeg analyserte en dom hvor temaet var aktuelt.<sup>14</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

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

9 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 menneskenes felles fantasi.» Ingen avtaler heller.

10 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.

11 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».

12 En slik avhandling ville trolig begynt med å påpeke temaets aktualitet og samfunnsnytte ved å vise til at det offentlige anskaffer for så og så mange hundre milliarder årlig, og at entreprisekontraktene 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 møter mellom disse rettsområdene kan avstedkomme. Dernest ville det fulgt analyser av rettspraksis i håp om å kunne si noe om hva som kjennetegner tolkningen av denne typen kontrakter, for igjen å kunne gi velfunderte råd om hvordan rettsanvenderen burde forholde seg til tolkningsproblemene som kan oppstå. Slik gikk det imidlertid ikke.

13 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.»

14 Den aktuelle dommen, Rt. 2014 s. 866 «Fjord1», analyseres under i punkt 3.5.



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>15</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>16</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>17</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>18</sup> Tolkingslæren har vært satt under lupen mange ganger tidligere, og i så måte er ikke tematikken banebrytende. Avtaler, og avtaletolkning, har nok alltid vært på den juridiske agendaen på en eller annen måte, selv om tolkningslæren ikke alltid har 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 *Den Norske Obligationsret* fra 1859. Treffende har det blitt sagt at tolkningslæren «flickers in and out of existence», noen ganger finnes 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 avtaletolkningslærens alminnelige del* og Alf Petter Høgbergs *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter* de største bidragene i nyere tid. Men den som virkelig sparket i gang den norske avtaletolkningslitteraturen, var Fredrik Stang med *Viljesdogmet*. Innledningsvis må også Carl Jacob Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, nevnes

15 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 avtaletolkning. 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.

16 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 till 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.»

17 Mæhle, *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk*, s. 157.

18 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, rätts teori, 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 – forskningsobjektet ingår i sitt objekt.»

19 Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 50, med videre henvisninger.

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>20</sup> Alle som bedriver (retts)vitenskap, bygger videre på andres arbeider.<sup>21</sup> Det hører med til den vitenskapelige tradisjonen å støtte seg på noen og bryne seg på andre.<sup>22</sup> Jeg gjør også det ved å støtte meg på Samuelsson, vel vitende om risikoen jeg samtidig løper:

«Teoretisk orienterte jurister løper ständigt risken att förföras av de svar på de stora frågorna som för tilfället cirkulerar inom vetenskapen och filosofin. Men, man ska märka, att frågorna inte skulle vara 'stora' om de var möjliga att besvara.»<sup>23</sup>

- 20 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. 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.
- 21 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.
- 22 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 jusen. 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 tidskille 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, *Afialer*, i forordet: «Jul Lassen's Fremstilling danner (...) Grundlaget for Bogen.»
- 23 Samuelsson, *Åter till 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 till 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 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. For en leser, som i mitt tilfelle, har viktet 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 redsel 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.

Nå må det raskt legges til at et slikt massivt arbeid som Samuelsson har gjort, har jeg ingen ambisjoner om å gjøre etter ham.<sup>24</sup> Men jeg har frimodig latt meg inspirere til å 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 virvaret 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>25</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 dvele ved hva vi finner så problematisk med avtaletolkningen.<sup>26</sup>

For å skrive om avtaletolkning er noe ganske annet enn å tolke avtaler.<sup>27</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 verksamheten 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>28</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>29</sup>

24 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.

25 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 intressant.»

26 Jeg er enig med Hans Petter Graver når han skriver: «Etter mitt syn er rettsvitenskapens kall ei å svare, men å stille spørsmål og problematisere», se *Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap*, s. 603.

27 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 till 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 skall 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.»

28 Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, s. 78.

29 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 jurisprudens och rättsligt 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 Op-gave og Metode til de forskjellige Tider har været forskjellig. Men om ingen gjælder vel dette i høi-ere Grad end om Retsvidenskaben.»<sup>30</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 helt av seg selv. Først og fremst vil det avhenge av 'terreng' – 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>31</sup>

Mange valg ligger til grunn for et rettsvitenskapelig arbeid, og alle – formålet med prosjektet, hvilken fremgangsmåte som skal benyttes for å nå målet, og hvilke undersøkelser som bør foretas – er nær forbundet med hverandre, og valgene har dessuten avgjørende betydning for hva som kan komme ut av forskningen, hvilke resultater man kan forvente å oppnå.<sup>32</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>33</sup> Flere forfattere fremhever avtaletolkningslærens likheter og kontaktpunkter med annen juridisk metode.<sup>34</sup> Det er likevel mitt klare inntrykk, selv om de metodiske trekkene ved avtaletolkning anerkjennes, at det normale er å behandle avtaletolkning som en del av den materielle avtaleretten.<sup>35</sup> Blant annet kommer dette til uttrykk i fremstillingen av avtaletolkningslæren, hvor det i

30 Francis Hagerup, *Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter*, s. 1.

31 Huser, *Avtaletolkning*, s. 21, som også legger til: «Det kan kanskje virke fremmedartet – og muligens noe pretensios – 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.

32 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.»

33 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.»

34 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. 83, 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 rettskildelæringsregler ligger, kan det bemerkes at tolkningsnormene etter sitt innhold ligger nærmere rettskildelæringsreglene.»

35 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 betraktningensmåte altfor enkel. Særlig viktig i denne sammenheng er det å understreke rettskildelærens sentrale betydning også for vårt emne.»



I *Om avtaletolkningens vesen. Teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen* går Lisa Mattea Elvevold avtaletolkningsteorien etter i sømmene.

Å skrive om å tolke avtaler er noe ganske annet enn å tolke dem. Hva vi gjør når vi tolker avtaler, og hva vi sier eller skriver at vi gjør når vi tolker dem, trenger ikke å henge sammen, slik som teorien gir uttrykk for. For å avdekke eventuelle misforhold kreves det at forfatteren og leseren er villige til å utfordre både seg selv og etablerte sannheter. Ved hjelp av teoretiske refleksjoner undersøkes blant annet hvor treffende det er å skille mellom objektiv og subjektiv tolkning. Forfatteren undrer seg også over avtaletolkningens rettslige karakter – handler det om faktum, juss eller noe annet, noe eget? Hun stiller også spørsmål ved hvor mye som egentlig kan sies om avtaletolkning på et generelt nivå i det hele tatt, når den praktiske virksomheten er så utpreget individuell og konkret.

LISA MATTEA ELVEVOLD er førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet. Hun tok ph.d.-graden i 2019 med avhandlingen «Om avtaletolkningens vesen. Teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen».

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-04076-9

