UPPSALA
UNIVERSITET

Uppsala Faculty of Law
Working Paper 2010:11

Utdrag ur ”Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt”

Joel Samuelsson

Abstract

”Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt” är en liten monografi om den problematik som i modern tid, från Vahlén och framåt, har fått tillhandahålla den grundläggande premissen för den rättsvetenskapliga diskussionen av avtalstolkningsfrågorna. I ett nötskal: Vi vet helt enkelt inte vad som gäller på detta område. Tolkningsläran är påfallande oformlig. Författaren vill mena att det måste vara så, förklarar varför och föreslår ett sätt att komma runt svårigheten, som förutsätter en omtolkning av problemet. Detta utdrag omfattar två korta kapitel, i vilka forskningsuppgiften beskrivs och undersökningens inriktning pekas ut.

Working paper 2010:11
Utdrag ur ”Tolkningslärans gåta. En studie i avtalsrätt”

Joel Samuelsson
Docent i civilrätt
Juridiska fakulteten
Box 512
SE 751 20 Uppsala
joel.samuelsson@jur.uu.se

Tillgänglig via http://uu.diva-portal.org

Innehåll

1 Tolkning är så svårt, så svårt… 4

1.1 Inledning 4
1.2 Den avtalsrättsliga kontexten 5
1.3 Tolkningens dilemma 7
1.4 På jakt efter tolkningsreglerna, om de finns 9
1.5 Tolkningslärans oformlighet 12
1.6 Ett exempel 16

2 …eller? 21

2.1 Inledning 21
2.2 Sakfrågor, rättsfrågor och lagen om det uteslutna tredje 22
2.3 En övning i teckentydning 26

1 Tolkning är så svårt, så svårt…

1.1 Inledning

Det brukar sägas att tolkning är svårt, och man kan fråga sig vad som egentligen menas med det. Det är i så fall, märk väl, en tolkningsfråga, och då kan vi säga, som alltid när det är fråga om tolkning, att svaret måste vara beroende av sammanhanget.

Sammanhanget kan variera. Det finns otaliga former av tolkning och otaliga former av diskussioner kring dessa former.[1] Synbarligen finns det också vissa drag, som alla, eller de flesta, av dessa former har gemensamt. Till exempel förutsätter tolkning oklarhet, vilket bland annat vill säga att svaret på en tolkningsfråga inte kan vara entydigt givet.[2] Ingen tolkning kan vara fullständigt okontroversiell. En tolkning är aldrig ett trivialt konstaterande. Såtillvida är det naturligt att förknippa tolkningen med svårigheter. Det är någonting lösligt, obestämbart, över tolkandet … som vore det svårt att greppa.[3] Och svårigheten är irreducibel.

Man kan till exempel inte, för att växla till ett konkret och juridiskt sammanhang, en gång för alla slå fast hur *lag*tolkning egentligen skall gå till, även om det, som Phillips Hult en gång anmärkte, ”kan synas egendomligt, att juristerna i en dylik kardinalfråga ännu efter århundraden och årtusenden skola vara av olika meningar”.[4] Så kommer det sig, att många tolkningsdiskurser dras med påståendet, att tolkning är svårt. Vill man veta vad detta påstående närmare bestämt kan betyda, får man röra sig närmare de texter som konstituerar respektive diskurs.

[1] För en analytisk inventering se Frändberg, Statutory Interpretation Against the Background of a General Typology of Interpretation.

[2] Här går en gräns mot det som man kan kalla rena faktafrågor. (”Vilket år mördades JFK?”) Men gränsen är inte skarp, och någonting som har varit en ren faktafråga kan förvandlas till en tolkningsfråga (och vice versa). (”Befinner sig Jorden i världsalltets centrum?”)

[3] Jfr Mitchell, Interpretation of Contracts s 4: ”’[I]nterpretation’ is, by its nature, an elusive concept. It is difficult to advance any widely accepted view of what interpretation is and how it should be conducted, since almost everything claimed in relation to interpretation is disputed.”; jfr åter Marmor, Interpretation and Legal Theory s 9 ff.

[4] Hult, Lagens bokstav och lagens andemening s 581; jfr Frändberg, a a s 209; Lindblom, Lagtolkning eller rättstillämpning. Poängen här är rättsteoretiskt allmängods, t ex finner man den hos Kelsen, Den rena rättsläran s 385.

1.2 Den avtalsrättsliga kontexten

Den som är bekant med de *avtalsrättsliga* källorna associerar utan vidare påståendet, att tolkning är svårt, med diskussionen kring avtalstolkningsläran. Avtalstolkning är svårt. Det är en sanning som gång på gång bekräftas i litteraturen.[5] Låt oss ta några exempel, så får vi på köpet en känsla för den särskilda tyngd som upprepningen kan skänka en utsaga.

Enligt Jan Ramberg är avtalstolkning "svårt och kommer så att förbli".[6] Palle Bo Madsen finner rentav att "aftalefortolkningen [ret beset hører] til noget af det sværeste og mest uhåndgribelige inden for juraen".[7] Lehrberg har i något sammanhang karakteriserat avtalstolkningen som ett "centralt och svårtillgängligt rättsområde".[8] Och Grönfors, för att ta ett sista exempel, kallade avtalstolkningen "en gåtfull juristverksamhet" och framhöll att tolkandet inte är för nybörjare.[9]

Det råder bred enighet om, att det finns en svårighet, en avtalstolkningens gåta. Men vari består svårigheten? Med andra ord: Om det rör sig om en gåta, hur skall den formuleras?

På den punkten är det inte alldeles lätt att få, eller framställa, några entydiga svar. Avtalstolkning gäller i stor utsträckning för att vara svårt på ett tämligen okvalificerat sätt. Det är svårt, helt enkelt. Emellertid kan någonting sägas om de mekanismer som leder fram till slutsatsen att så är fallet. Vad gäller den saken kan ett mönster urskiljas i doktrinen – och det är, märk väl, i första hand *rättsvetenskapen* som ser en stor och avgörande svårighet i avtalstolkningen, inte domstolarna[10] – svårigheten kan nämligen allt som oftast åter-

[5] Jfr i sammanhanget det förhållandet, att det sätt att närmare bestämma tolkningsbegreppets innebörd som den klassiska skandinaviska avtalsrätten anvisar, nämligen genom iakttagandet av "distinktionen mellan tolkning och utfyllning", i högsta grad är kontroversiellt. *Den* specifika svårigheten står i centrum för uppmärksamheten i Samuelsson, Tolkning och utfyllning.

[6] J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder II s 510. En liknande formulering finner man i J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 173.

[7] Lynge Andersen–Madsen, Aftaler og mellemmænd s 375.

[8] Lehrberg, Lagstiftaren vilse i egen labyrint? s 329.

[9] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 8 f.

[10] Domstolarna har en tendens att tolka på, utan vidare hänsyn till diverse teoretiska skiljelinjer, vilket har genererat en och annan förebråelse från rättsvetenskapligt håll. Här kan ex vis nämnas den i doktrinen ofta upprepade ståndpunkten att det slarvas med oklarhetsregeln i rättstillämpningen; se t ex Grönfors, a a s 8; Hellner, Tolkning av standardavtal s 272; J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten s 506; dens, Oklart om oklarhetsregeln s 59 ff; J Ramberg–C Ramberg, a a s 171 f; jfr Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal s 322, som för sin del som praktiker markerar att

föras på den ansträngda relation mellan teori och praktik som i modern tid har kommit att kännetecknа området. Avtalstolkning är av någon anledning svårt att förstå, att *konceptualisera*, och, tycks man vilja tänka, därmed också svårt att *praktisera*.

Låt mig utveckla. Här har vi inte att göra med en universell och evig sanning, utan om ett drag som utmärker avtalsrätten under vår epok, och som är ett uttryck för vår självförståelse. Ungefär: ”Då, förr, i synnerhet i Tyskland, var det enkelt, för man hade sina avtalsrättsliga teorier, och dessa lät man utan vidare gälla också på avtalstolkningens område.[11] Teorierna var subjektivt orienterade och tolkningen följaktligen på pappret subjektiv. Det rörde sig om en form av akademiskt vansinne, som kulminerade i Windscheids subjektiva tolkningslära.[12] Vi är annorlunda. Vi gör oss inga teorier och vår juridik är överlag objektivt inriktad.[13] Som vi ser det är målet för den rättsvetenskapliga verksamheten att, under beaktande av de hänsyn som faktiskt gör sig gällande i de problemsituationer som är aktuella, beskriva eller uppställa regler, som är så tydliga och väl avgränsade som möjligt.[14] Detta innebär ett särskilt problem för avtalstolkningen, för denna måste alltid vara individuellt avpassad efter omständigheterna i det enskilda fallet. Avtalstolkningen är höggradigt motståndskraftig mot systematisering. Det är följaktligen inte lätt att veta hur man skall bära sig åt när man skall tolka avtal. I princip finns helt enkelt inga besked att få. Att i möjligaste

---

den rättsvetenskapliga diskussionen kring tolkningsfrågorna ofta saknar relevans för i praktiken förekommande tolkningsproblem.

[11] Se t ex Jørgensen, Kontraktsret, 1 bd s 178 f; jfr dock Holmbäck, a a s 336 f. I den skandinaviska traditionen var antagligen Lassen den siste som ville avgöra frågorna om rättshandlingars giltighet och innehåll med tillämpning av en och samma abstrakta teori; se således Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del s 368: ”Det samme Retsprincip, som giver en Kjendsgjerning retsstiftende Kraft, maa ogsaa bestemme Indholdet af den paa Kjendsgjerningen hvilende Ret.”; jfr dock Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa, särskilt s 501.

[12] En lära som enligt Stang, Viljesdogmet s 12, utgjorde slutpunkten på 1800-talets subjektivisering av civilrätten: ”Pendelen hade nu naad sit yderpunkt – længer kunde en subjektiv tilspidsning av privatretten ikke drives.”

[13] Märk den uppenbara paradox som ligger i denna lära.

[14] Det är framförallt detta som avses när det talas om, att teoriernas tid är förbi. Vahlén, Avtal och tolkning s 189: ”Sådana ensidiga utgångspunkter [vilja och tillit] synas emellertid icke längre aktuella för nordisk rätts del på förmögenhetsrättens område.” Se också t ex Adlercreutz, Avtalsrätt I s 37 f; Lehrberg, Avtalstolkning s 22 ff; Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa, särskilt s 519. Uppfattningen grundläggs möjligen av Ussing; se Ussing, Aftaler, København 1931 s 7 f och 228 n 61. För en modern variant se Høgberg, Kontraktstolkning s 109.

mån precisera reglerna om tolkning är dock en angelägen uppgift för rättsvetenskapen."[15]

1.3 Tolkningens dilemma

Såvitt angår tolkningsläran försöker den moderna rättsvetenskapen att komma till rätta med en kontradiktion. I princip går det inte att beskriva rättsläget vad gäller tolkning av avtal, men det skall ändå göras. Nobelt kanske, men sisyfosartat. Sådant är upplägget hos Vahlén, disciplinens nestor.[16] Följande ur "Avtal och tolkning".

Å ena sidan:

> "Det är […] vanskligt att uppställa regler för tolkning som ha anspråk på allmängiltighet beträffande förmögenhetsrättsliga viljeförklaringar. Det kan t o m hävdas att det ligger en viss fara i alla försök till systematisering av tolkningsförfarandet. "[17]

Men:

> "Å andra sidan är tydligt att tolkningsförfarandet måste vara präglat av en viss regelmässighet – eljest skulle ju det fria domarskönet vara utslagsgivande – och att vissa av sålunda gällande regler måste ha vidsträckt tillämplighet."[18]

Och mot denna bakgrund ter sig följande konstaterande naturligt:

> "För rättsvetenskapens del är det en viktig uppgift att i klarhetens intresse söka systematisera tolkningsförfarandet och att från varandra

[15] Perspektivet är här allmänavtalsrättsligt, traditionellt och akademiskt. Ur andra vinklar kan det se annorlunda ut; jfr t ex Carlquist, Tolkning av avtal om fotografirättigheter, JT 2003-04 s 275: "Inom den allmänna avtalsrätten finns väl utvecklade tolkningsprinciper för allehanda avtalssituationer. Inom immaterialrätten har även särskilda avtalstolkningsprinciper utvecklats. Hur och i vilka situationer dessa skall tillämpas förefaller dock fortfarande vara i viss mån oklart."

[16] Vahlén och Sisyfos. När Vahlén tar sig an uppgiften att systematisera avtalstolkningen är det med det krassa konstaterandet att man "hittills" egentligen inte kommit någon vart i systematiseringsarbetet; se Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik, JFT 1964 s 380 f

[17] Vahlén, Avtal och tolkning s 249. I detta ligger en kritik mot de äldre, tyska, utgångspunkterna; jfr Vahléns uttalande återgivet ovan i n 14. Se också Adlercreutz, Avtalsrätt II, 5 uppl, Lund 2001 s 32, som av motiven till 32 § 1 st AvtL anser det framgå att "tolkningsförfarandet är eller åtminstone kan vara en komplicerad procedur av 'individualiserande karaktär' (hänsynstagande till en mängd opreciserade omständigheter i varje särskilt fall), som är ytterst svår att fånga in i några enkla formler eller regler."

[18] Vahlén, a st.

> söka avgränsa olikartade företeelser samt i möjligaste mån precisera aktuella rättsregler."[19]

I uppgiftsbeskrivningen ligger tillsynes en tes om avtalstolkningens särart, en tes som kan förklara varför just tolkning är så svårt. Tolkning handlar om att göra det individuella fallet rättvisa. Den tolkande juristen riktar sin uppmärksamhet mot avtalstexten, snarare än, som eljest, mot generellt tillämpliga rättsregler. Samtidigt kan inte tolkningen vara fri, i bemärkelsen obunden av alla regler. Då vore inte avtalstolkning juridik, utan skönsmässig maktutövning. Tolkningsläran slits således mellan det individuella och det generella. Just detta har Madsen kallat "fortolkningens dilemma",[20] och detta dilemma är, kan vi säga, vad Vahlén föreskriver rättsvetenskapen att hantera.[21] Hur skall det individuella balanseras mot det generella? Vilka regler låter sig uppställas? (Och om vi inte känner att vi har tillräckligt på fötterna för att tala om "regler": Vilka principer, vilka riktlinjer?) Hur långt kan, annorlunda uttryckt, en juridifiering av tolkningsspörsmålen drivas?[22]

I princip allt som har skrivits om avtalstolkning i Sverige sedan mitten av förra århundradet har, som vi strax skall se, utgått från denna förståelse av rättsvetenskapens uppgift på området. Uppgiften är såtillvida klassisk, och den härrör också från den period under vilken det som vi nu kan kalla klassisk, eller traditionell, svensk avtalsrätt etablerade sig (en period under vilken formerna för det vetenskapliga samtalet stelnade).[23]

I förbigående kan anmärkas att uppgiftsbeskrivningen tillsammans med den likaledes klassiska distinktionen mellan tolkning och utfyllning – som också den går tillbaka på Vahlén – ger den svens-

[19] Vahlén, a a s 187; se också dens, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 380.

[20] I Lynge Andersen–Madsen, Aftaler og mellemmænd s 416, beskriver han dilemmat så: "[N]ogen regelmæssighed i fortolkningen er påkrævet, hvis man ikke skal ende i det helt frie og arbitrære dommerskøn. Omvendt rummes der heri en fare for, at det enkelte tilfældes særegenheder ikke i tilstrækkelig grad tilgodeses." I en not anknyter Madsen till Vahléns framställning av saken i "Avtal och tolkning".

[21] Se också Vahlén, Avtal och tolkning s 215.

[22] Se vidare nedan vid n. Jfr begreppet förrättsligande hos Brännström, Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning, Malmö 2009 s 17 och 37 ff.

[23] Oväsendet från den realistiskt skandinaviska juridikens brott med den idealistiskt tyska hade då slutligen lagt sig; jfr Lehrberg, Avtalstolkning s 22: "De etablerade reglerna och principerna för avtalstolkning har i huvuddragen erhållit sin utformning genom en äldre teoretisk debatt, som i stort sett hade avstannat redan vid 1900-talets mitt."; se också Kleineman, Anm av Sandgren (red), Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s 621.

ka juridiken kring tolkningsfrågorna en tendens till personlighetsklyvning. Å ena sidan skall man längst möjligt försöka fånga det regelmässiga i tolkningsförfarandet. Å andra sidan rör man sig med en definition av tolkningsbegreppet ("Tolkning är inte utfyllning.") som bygger på att förfarandet *saknar* regelmässighet (tolkning är någonting ojuridiskt … inriktat på omständigheterna i det individuella fallet … bevisvärdering … en faktafråga).[24]

1.4 På jakt efter tolkningsreglerna, om de finns

Hursomhelst.[25] *Vahléns* eget bidrag till avtalstolkningens systematik är naturligtvis ett försök att fullgöra den av Vahlén angivna uppgiften.[26] Och det samma kan, intressant nog, sägas om *Schmidts* inlägg i den allmänavtalsrättsliga debatten kring tolkningsfrågorna från samma tid.[27] Avstampet för Schmidts framställning av saken är ett bestämt avståndstagande från "de äldre teorierna", det vill säga vilje-, tillits- och förklaringsteorierna. I dessas ställe vill han sätta en mer rättvisande "beskrivning" av "normsystemet vid avtalstolkning".[28] Precis som Vahlén upplever han att han börjar på noll, och tar de första stegen i en ny riktning, på väg mot en realistisk bild av

[24] Se närmare Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 210 ff. När Vahlén i sin egen tolkningslära använder distinktionen mellan tolkning och utfyllning i syfte att systematiskt hålla isär två skilda komplex *av rättsregler*, är det synbarligen ett rent uttryck för den nu uppmärksammade motsättningen; se Vahlén, a a s 193 ff; se också Lehrberg, Avtalstolkning s 21. Håller vi oss inom ramarna för Vahléns eget tänkande ter sig dock motsättningen mindre skarp, vilket tål att påpekas. Med "rättsregel" menar Vahlén nämligen (och här följer han Ross och Strahl) en regel för domstolarnas faktiska agerande, snarare än ett postulat fastslaget i en auktoritativ text; se Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 381 ff.

[25] Följande doktrinöversikt gör inte anspråk på fullständighet. Utanför framställningen faller t ex bidrag som tar sikte på tolkning av särskilda avtalstyper, såsom kollektivavtal och försäkringsavtal.

[26] Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp s 79 ff; dens, Avtal och tolkning s 187 ff; dens, Bidrag till avtalstolkningens systematik.

[27] Ja, "intressant nog". Schmidt figurerar ju i den debatten som intervenerande, som en utomstående, och det han ingriper i är det samtal som vid tiden dominerades av Karlgren och Vahlén. Se Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa; dens, En culparegel vid avtalstolkning, SvJT 1960 s 420 ff; och för responsen Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal; dens, Avtalstolkning. En replik till professor Folke Schmidt; Karlgren, Kutym och rättsregel s 32 n 4; dens, Anm av Vahlén, Avtal och tolkning s 214 n 5.

[28] Synen på sin uppgift utvecklar Schmidt särskilt tydligt i Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 420 f och 427; se också dens, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 498 och 515.

tolkningsförfarandet.[29] *Adlercreutz* är för sin del avgjort skeptisk till möjligheterna att fånga tolkningsläran i regler.[30] De regler som kan fastställas genom analys av föreliggande praxis är enligt hans uppfattning ”till stor del så vaga att det snarare är fråga om principer eller metoder än om regler uppbyggda på bestämda rekvisit”.[31] Inte desto mindre låter han sin lärobok ”Avtalsrätt II”, som går tillbaka på ett manuskript från 1966,[32] utgöra ”ett försök att fastställa förekomsten av och innehållet i sådana regler eller principer och att i görligaste mån systematisera dem.”[33] I början på sjuttiotalet presenterar *Roos* en radikal lösning på problemet.[34] Åtminstone vad gäller det som Roos kallar ”tvetydiga avtal” skall tolkningsfrågorna kunna hanteras utan att resonemangen överhuvudtaget knyts till rättsreglerna. Rättstillämparen skall kunna klara sig med lite semantisk skolning, typfall och sunt förnuft.[35] Men precis som Schmidt kommer Roos in i debatten så att säga från sidan. Han *kastar* fram sin idé, liksom på lek, uttryckligen utan ambitionen att bli tagen på allvar,[36] och i en kommentar förebrår honom *Victorin* att han genom sitt avståndstagande från tolkningsreglerna lämnar rättstillämparen utan vägledning.[37] Över på åttiotalet går *Fohlin* i rakt motsatt riktning.[38] I hans ”Avtalstolkning” har svensk juridik mig veterligen det mest ambitiösa försöket att göra ett regelsystem av tolkningsläran.[39]

[29] Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 519, lämnar sitt förslag ”i hopp att andra forskare vill taga upp ämnet till debatt.”

[30] T ex har han markerat mot Grönfors genom att understryka betydelsen av individuella tolkningsdata; se Adlercreutz, Om avtalstolkning s 581; jfr dens, Avtalsrätt II s 34: ”[T]olkningen går ytterst ut på att fastställa vad parterna gemensamt avsett med avtalet”; överensstämmande Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt II s 42.

[31] Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9; se också dens, Om avtalstolkning s 583.

[32] Se anmärkningen hos Adlercreutz, Avtalsrätt II, 1 uppl s 4.

[33] Adlercreutz, Avtalsrätt II s 9; överensstämmande Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt II s 14.

[34] Roos, Tvetydigheter i avtal.

[35] Se särskilt slutsatserna hos Roos, a a s 638 f.

[36] Roos, a a s 625; dens, Behövs det nya grepp i tolkningsläran?, SvJT 1973 s 153.

[37] Victorin, Dissens och tolkning, SvJT 1973 s 56 ff, särskilt s 58 f. Vi får inte tro, inskärper Victorin, att tolkningsreglerna ”avser att underlätta för domaren att nå fram till den historiska sanningen om vad som förevarit i en tvist.” Nej, de ”ger normer för hur domaren skall behandla de faktuella argument som parterna anför, vilken rättslig relevans och tyngd som skall tillmätas dem” och är således ”rättsregler, delar av ett rättssystem, och inte tillkomna på en slump”. Läsaren får förstå att de inte utan vidare kan undvaras. Anmärkas kan att Victorin här synbarligen går rakt emot den vid samma tid av Ekelöf försvarade ståndpunkten, att tolkning är en ren bevisfråga; se härom närmare Samuelsson, a a s 565 ff.

[38] Fohlin, Avtalstolkning, Uppsala 1989.

[39] Jfr syftesbestämningen hos Fohlin, a a s 7.

Grönfors går åter åt ett annat håll. I "Tolkning av fraktavtal" (1989) tonar han ned såväl de traditionella tolkningsreglernas som individuella tolkningsdatas betydelse.[40] Sådant är, som Grönfors ser det, alltför nära förknippat med "viljedogmen". I förgrunden träder istället dispositiva regler och samhälleligt ändamålsenliga lösningar avpassade efter den specifika kontraktstypen. Det rör sig om en storstilad "omläggning av tolkningsläran",[41] avsedd att låta denna komma ikapp utvecklingen – så att den kan harmoniera med den "övervakade och rudimentära" avtalsfrihet, som enligt Grönfors är allt som återstår av artonhundratalets liberala avtalsrätt.[42] Resultatet blir alltså att det kontraktsrättsliga regelsystemet i stort får tränga undan den särreglering som av hävd antagits gälla på avtalstolkningens område. Går vi från Grönfors till *Lehrbergs* tolkningslära, får vi ännu en skarp kontrast.[43] Lehrberg representerar ju, med sin starka förankring i traditionen efter Ussing, Karlgren och Vahlén, mycket av det som Grönfors vänder sig emot. Så betonar Lehrberg, låt vara att han utgår från att "[a]llmänt tillämpliga regler för tolkningen av avtal saknas",[44] de etablerade tolkningsreglernas systematik, distinktionen mellan tolkning och utfyllning och den subjektivt inriktade (den "partsorienterade") tolkningens primat. *J Ramberg* har för sin del velat lösa tolkningslärans problem genom att laborera med ett antal "metoder" – den "språkinriktade", den "branschinriktade", den "systeminriktade" etc.[45] Avtalstolkaren får välja sina metoder efter sammanhanget; de är inte hierarkiskt ordnade, och de tar i första hand sikte på de objektivt föreliggande omständigheterna.[46] Istället för ett regelsystem får vi en pluralitet av

[40] Se, särskilt om de traditionella tolkningsreglernas betydelse, Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 29 ff och 81 ff; se också dens, Avtalsgrundande rättsfakta s 30. Märk att Grönfors i allt väsentligt analyserar *lag*tolkningsproblemen på samma sätt; se Grönfors, Ändamål och funktion, JT 99/00 s 523 ff.

[41] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 32.

[42] Se Grönfors, a a s 17 ff; jfr dens Avtalsgrundande rättsfakta s 28 n 36.

[43] Se framförallt Lehrberg, Avtalstolkning.

[44] Lehrberg, a a s 26.

[45] Först i andra upplagan av sin lärobok "Allmän avtalsrätt" (1989); se numera J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt, 7 uppl s 147 ff (i 7 uppl talas om olika former av "analys" istället för om "metoder"); se även J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder I; dens, Avtalstolkningsmetoder II.

[46] Med detta grepp åstadkommer J Ramberg en pragmatistisk motbild. Bevekelsegrunderna påminner om Grönfors, men utfallet är ett annat. Om J Rambergs inställning till den dispositiva rättens betydelse för avtalstolkningen (huvudtemat för Grönfors tolkningslära) se särskilt J Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten.

tillvägagångssätt.[47] Vi kommer, så får man förstå Ramberg, inte längre än så, inte om vi i det enskilda fallet vill ”låta de faktorer som i *realiteten* styrt avtalstolkningen klart framträda”.[48] I sin uppsats ”Tolkning av standardavtal” (1994) formulerar *Hellner* – för att göra ett sista nedslag – sin uppgift på följande vis:

> ”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.”[49]

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 intressant att notera att tolkningslärans koherens tenderar att minska med varje nytt bidrag…[50]

1.5 Tolkningslärans oformlighet

Enligt Lehrberg är det ”i första hand [i doktrinen] som diskussionen rörande avtalstolkningens inriktning och ändamål samt reglernas närmare innebörd har förts”.[51] Det är något av en underdrift, för dessa frågor diskuteras knappast någon annanstans. Den som vill informera sig om rättsläget på avtalstolkningens område har att, i brist på andra källor, hålla sig till de rättsvetenskapliga framställ-

[47] Och det är en logisk konsekvens av den objektivistiska ideologin i förmögenhetsrätten. Jfr följande principuttalande hos Ramberg, a a s 512: ”Ett envist fasthållande vid traditionella juridiska begrepp och strukturer, när de med hänsyn till förändrade förhållanden i form av standardiserad och kollektiviserad avtalsteknik och krav på differentiering i ett alltmer komplicerat samhälle upphört att fungera för sina ändamål, är emellertid ingen lämplig utväg. I stället får vi finna oss i att under en ganska lång övergångstid avvakta utformningen av lämpliga lösningar för olika typfall. Det får bli rättsvetenskapens uppgift att på grundval av en mångfald av olika sådana bedömningar finna nya ändamålsenliga juridiska begrepp, strukturer och indelningar.”

[48] J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder II s 511; se också J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 173.

[49] Hellner, Tolkning av standardavtal s 266.

[50] Ekelöf, Definitions and Concept Formation in the Law s 62, gör exakt denna poäng med avseende på lagtolkning.

[51] Lehrberg, Avtalstolkning s 35; se också Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 380.

ningarna.[52] Men det är inte helt enkelt att den vägen nå någon egentlig klarhet över vilka regler, om några, som man har att hålla sig till vid avtalstolkningen.[53] Inte helt enkelt, men inte därför att det råder brist på information. Tvärtom, faktiskt.

Vahlén ville förankra avtalstolkningen systematiskt genom att anknyta till avtalslagens misstagsregler.[54] Schmidt förordade, vid sidan av typisering och beaktande av den gemensamma partsavsikten, en analogi till skadeståndsrättens allmänna culparegel. Adlercreutz inställning är eklektisk. Roos hänvisade till semantiken. Huruvida subjektiva eller objektiva faktorer skall prioriteras är omstritt. Grönfors drog in den dispositiva rätten, och ville sudda ut gränsen mellan tolkningsregler och materiella regler. Ramberg har sina tolkningsmetoder. Lägg härtill den gamla uppfattningen, att avtalstolkning egentligen är en bevisfråga.[55] För att inte tala om det faktum att det är högst osäkert hur de så kallade hjälpreglerna – i svensk rätt egentligen endast oklarhetsregeln och minimumregeln – skall värderas. Ussing hävdade på sin tid att avtalstolkning närmast handlar om att tillämpa språkvetenskap, psykologi och logik.[56] M B Andersen hör till dem som gör gällande att tolkningsreglerna vilar på *common sense*.[57] Och så vidare…

[52] Trots domstolarnas försiktighet kan dock en rudimentär systematik grundas på t ex HD:s uttalanden i NJA 1999 s 35; se även NJA 1991 s 319; NJA 1997 s 382; NJA 2007 s 35.

[53] Jfr Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s 480: "Det är icke lätt att beskriva procederet vid tolkning. Upplysningarna i litteraturen är nämligen ofta allmänna och motsägande."

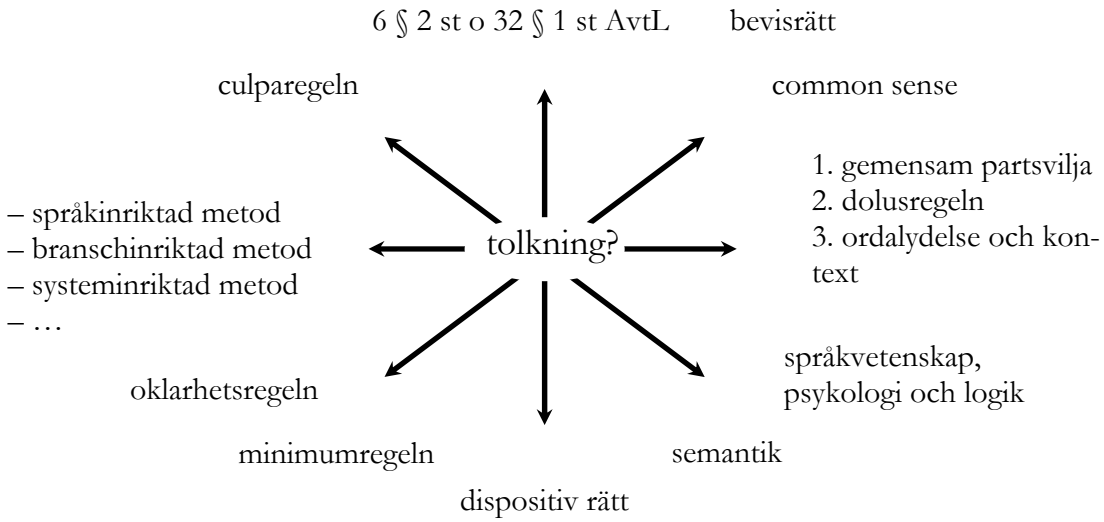
[54] Se särskilt Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 384 och 387 ff. Den särskilda lära om relationen mellan misstagsreglerna och avtalstolkningen som odlats i och som utmärker svensk avtalsrättslig doktrin är ett kapitel för sig. Helt transparent är den måhända inte; se, utöver Vahléns ovan nämnda arbete, särskilt dens, Avtal och tolkning; Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal; Karlgren, Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen s 161 ff; samt härtill Adlercreutz, Avtalrätt II s 113 ff; Fohlin, Avtalstolkning s 48 ff; Hellner, Högsta domstolen och avtalsrätten 1920-1989 s 202 ff. Jfr ovan n 11.

[55] Se ovan n 37 in fine; jfr i äldre doktrin t ex Chydenius, Om tolkning af rättsärenden, Helsingfors 1909 s 3, som vill anta, att civilrättarnas ovilja att ta upp tolkningsfrågorna till behandling beror på, att tolkningen "ansetts såsom bevisfråga tillhöra civilprocessrätten". Själv tar Chydenius (a a s 27) bestämt avstånd från denna uppfattning. Här följer han antagligen Danz, vars stora monografi om tolkning, "Die Auslegung der Rechtsgeschäfte", som då relativt nyligen kommit i en andra upplaga, förefaller att ha varit Chydenius kanske främsta inspirationskälla; jfr således Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2 Aufl, Jena 1906 s 4 f.

[56] Ussing, Aftaler s 227.

[57] Se t ex M B Andersen, Grundlæggende aftaleret, 2 ud, København 2005 s 325; jfr Vahlén, Bidrag till avtalstolkningens systematik s 380.

Fig 1: Möjliga riktpunkter för tolkningen



Här är det inte nödvändigt att fokusera på den litteratur som just vi har för vana att referera till. När Karl Larenz i början på 30-talet tog sig an avtalstolkningsproblematiken i tysk rätt kunde han göra motsvarande observation – låt vara att det, naturligtvis, delvis var andra regler och principer som rekommenderades där och då[58]. Tydligen uppvisar de rättsvetenskapliga framställningarna en särskilt hög grad av individualitet när det gäller tolkning.[59] Som juridisk konstruktion är tolkningsläran påfallande oformlig.[60] Faktum är, att den knappast låter sig förstås så som vi vanligen förstår rättsliga fenomen. Förväntar vi oss att den skall vara en i källtexterna definierad regeluppsättning, som kan stå till tjänst med någorlunda entydiga lösningar på konkreta rättsliga problem, så måste tolkningsläran göra oss besvikna. Man löser inte tolkningstvister genom

[58] Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts s 2, kunde konstatera: ”Wir finden in der Literatur die verschiedensten Maßstäbe angegeben.”

[59] Så t ex Grönfors, Anm av Huser, Avtaletolking s 466: ”Det är enligt min mening inte träffande att på, att det existerar något sådant som en enda tolkningslära, ett av rättsordningen accepterat system [I] grunden är […] varje avtalstolkningslära individuell och olika läror erbjuder stora variationer inbördes – Stangs avtalstolkningslära är uppenbarligen en annan än Husers, men båda har gjort anspråk på att skola tillämpas under gällande norsk rätt.” Situationen är, av skäl som bör framgå av det följande, densamma för lagtolkningslärorna; jfr t ex Larenz–Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s v: ”[…]einer ’Methodenlehre’ […] ein solcher Werk [ist] doch in weit stärkerem Maße als ein Lehrbuch über ein Gebiet des positiven Rechts durch die Individualität seines Verfassers geprägt.”; se också Peczenik, Juridikens metodproblem s 3.

[60] Jfr O Svensson, Tolkning och bristande finhet s 461.

att konsultera rättskällorna.[61] I detta avseende är avtalstolkning inte ett materiellt rättsområde.[62] Och varje försök att hantera den som ett sådant måste bli, om inte misslyckat, så … fumligt. Den erforderliga stadgan saknas. Schmidt:

> "Vi skulle behöva större fasthet. […] Vid tolkning har domaren i blickfältet en serie rättssatser, vilka så att säga konkurrerar med varandra därför att tillämpningsområdet för den ena regeln flyter in i tillämpningsområdet för den andra. Man kan bygga upp helt motsatta domar med hjälp av olika regler och således finna juridisk täckning likaväl för den ena som för den andra lösningen."[63]

Vill man illustrera Schmidts påståenden här med exempel hämtade ur rättspraxis så är det enkelt gjort.[64] Vid läsning av rättsfall om avtalstolkning får man lätt (kanske alltför lätt) intrycket att den argumentation som presenteras i skälen helt enkelt skräddarsys efter den utgång som domstolen föredrar. Rättstillämparen finner sig ofta i det läge som Schmidt beskriver: Det finns två, eller för den delen flera, tolkningsprinciper att tillgripa, och de pekar i olika rikt-

[61] Därmed inte sagt att det i praktiskt hänseende är meningslöst att läsa det som skrivs om avtalstolkning, men *man kan inte läsa sig till svaret på en tolkningsfråga*, åtminstone inte så länge det man läser är någonting annat än den text som skall tolkas.
[62] Lika litet som lagtolkning är ett materiellt rättsområde.
[63] Schmidt, En culparegel vid avtalstolkning s 429; jfr Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal s 332: "[D]e allmänna tolkningsreglerna […] medger ju tolkaren så stor frihet att han ovillkorligen måste nå ett resultat."; jfr också Høgberg, Kontraktstolkning s 18: "Tolkningsreglene inneholder til dels motstridende måter å løse uklarhet på. Den som påberoper en tolkningsregel vil sjelden eller aldri tematisere hvorfor han velger en tolkningsregel fremfor en annen (som ville gitt et annet resultat). Ved at dette valg ikke tematiseres, får vi heller ikke eksplisitt kunnskap om den norm som eventuelt styrer valget mellom ulike tolkningsregler."; jfr också Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 8; Lando, En nordisk restatement s 502 f. Jag kan i sammanhanget inte undanhålla läsaren följande uttalande av Megarry, som ännu citeras i den engelska litteraturen, trots att det härrör från någonting så pass obskyrt som en tvåsidors bokrecension i 1945 års "Law Quarterly Review": "The cynical truth about interpretation in England seems to be that the Bench has been provided with some dozens of 'principles' from which a judicious selection can be made to achieve substantial justice in each individual case. From time to time, all the relevant principles point in the same direction and leave the Court no choice, but in most of the cases susceptible of any real dispute, the function of counsel is merely to provide sufficient material for the Court to perform its task of selection."; Megarry, Review: Interpretation of Documents. By Roland Burrows s 102. Likheterna med Schmidts ståndpunkt är påfallande, åtminstone såvitt angår beskrivningen av sakläget. Megarry, a st tycks dock inte se *ett problem* i bristen på regler, utan intar en – som vi kanske skulle tycka – typiskt engelsk attityd: pragmatisk och systemskeptisk.
[64] Därmed inte sagt att dessa påståenden är riktiga. Den som vet vad som skall visas brukar inte ha några svårigheter att producera bevis.

ningar samtidigt som tolkningsläran inte ger några ledtrådar om vilken princip eller regel som skall ges företräde. Och man skulle kunna tillägga att en och samma regel ofta kan fås att generera olika och sinsemellan oförenliga slutsatser, om så önskas.[65] Låt oss ta ett exempel; för det räcker med ett.

1.6 Ett exempel

> Terminologin i rättspraxis är ej alltid så klargörande för avtalstolkningen.
>
> *Bert Lehrberg*

I NJA 1996 s 727 gällde det tolkningen av ett undantag i bestämmelserna om rättsskydd i en hemförsäkring. Det aktuella villkoret hade följande lydelse:

> ”Rättsskyddet gäller inte för tvist, som har samband med äktenskapsskillnad eller som avser andra frågor som vid äktenskapsskillnad aktualiseras mellan makarna – t ex vårdnad, underhåll, bodelning och äganderätt – […]”

Frågan i målet var huruvida en viss tvist, givet denna skrivning, omfattades av rättsskyddet eller inte. Och den fallspecifika tolkningsproblematiken får här sin karaktär framförallt genom det sätt på vilket villkorets innebörd preciseras – genom en exemplifierande uppräkning som inte, åtminstone inte på ett uppenbart sätt, rakt av svarar mot den generella formulering som föregår den. Villkorstexten förvirrar, för det som exemplifieras borde, så som orden faller, vara de ”andra frågor” som tydligen inte ”har samband med äktenskapsskillnad” (eftersom de är ”andra”), samtidigt som exemplen har, eller åtminstone kan ha, samband med äktenskapsskillnad på ett alldeles uppenbart sätt. Läsaren måste undra vilka ”andra frågor” som avses. Avtalstexten tvingar därmed fram frågan, vad det egentligen är som här exemplifieras. Och i mötet med de konkreta omständigheterna kring den ifrågavarande tvisten får frågan for-

[65] Se också J Ramberg–Hultmark, Allmän avtalsrätt, 5 uppl s 147; även Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt II s 9.

men, om fallet är sådant att det faller inom eller utom den exemplifierade kategorin.

Problembilden är klassisk. Vare sig man vill åberopa *common sense*, härleda principen från den romerska rätten, eller någonting annat, så gäller ofrånkomligen att en uttrycklig exemplifiering påverkar förståelsen av det begrepp som exemplifieras. Vi äger utgå från att avsikten varit att förtydliga innebörden i den givna generella formuleringen.[66]

I förevarande fall var det som skulle exemplifieras alltså tvist som står i en viss relation till äktenskapsskillnad. Tvisten skall antingen ha ett "samband med" äktenskapsskillnad, eller avse "andra frågor", som – tydligen utan att stå i samband med äktenskapsskillnaden – "vid äktenskapsskillnad aktualiseras mellan makarna". Denna abstrakt hållna bestämning av klausulens tillämpningsområde kan, sedd för sig, ge intrycket att tvistens (rättsliga) karaktär i princip saknar betydelse. Så länge frågan aktualiserats "vid" äktenskapsskillnad behöver den ju inte stå i något annat "samband" med densamma. Och vilket blir då det effektiva avgränsningskriteriet? Kanske bara den rent tidsmässiga överensstämmelsen…

Men skall det verkligen räcka att den tvistiga frågan *råkar* ha aktualiserats vid äktenskapsskillnaden (vilket ju är ett annat sätt att säga att den saknar samband med denna)? Den påföljande exemplifieringen ger anledning att ifrågasätta om avsikten verkligen varit att ge bestämmelsen ett så pass brett tillämpningsområde. (Och bara av det skälet är det värt att ta den exemplifierande uppräkningen på allvar – vi får ju anta att den fyller en funktion.) Exemplen gäller nämligen alla tvistens rättsliga karaktär, och de är därtill alla sådana att de enligt gällande rätt på ett eller annat sätt är kopplade till äktenskapsskillnaden som rättsfaktum ("vårdnad, underhåll,

[66] Men det kan naturligtvis visa sig att detta antagande inte håller streck. Den genom exemplifieringen givna förklaringen behöver ju inte harmoniera med det förklarade begreppet, eller verka inskränkande alternativt utvidgande, utan kan ju också t ex signalera ett möjligt förklaringsmisstag eller rentav vara så svår att förena med det uttryck som skulle förklaras att man får frånkänna villkoret all innebörd. Här kommer jag att tänka på en ofta citerad passage hos Jorge Luis Borges, som blivit känd inte minst därigenom att Foucault åberopar den i förordet till "Les mots et les choses" och enligt vilken *djur* i en "viss kinesisk encyklopedi" indelas i: "a) sådana som tillhör kejsaren, b) de som är balsamerade, c) de tama, d) spädgrisar, e) sirener, f) sagodjur, g) bortsprungna hundar, h) sådana som är uppräknade i denna klassificering, i) ursinniga, j) otaliga, k) tecknade med en mycket fin kamelhårspensel, l) etcetera, m) sådana som just slagit sönder vattenkannan, n) sådana som på långt håll ser ut som flugor."; översättningen här hos Sunesson, Inledning till Foucault, Övervakning och straff s vi.

bodelning och äganderätt").[67] Det ligger därför trots allt nära till hands att läsa klausulen så, att det skall finnas en materiell koppling mellan frågorna i tvisten och äktenskapsskillnaden. Och frågan blir, i så fall, vilken.

Det konkreta fall som var uppe till bedömning var självfallet svårt, det vill säga ett gränsfall. Ena maken (försäkringstagaren) hade under betänketid före äktenskapsskillnaden löst ett lån som under äktenskapet upptagits för att täcka utgifter hänförliga till makarnas gemensamma konsumtion. Strax därpå riktade denna make ett regresskrav mot den andra maken avseende ena halvan av den lösta skulden. Den första maken gjorde senare gentemot försäkringsbolaget gällande att den påföljande tvisten makarna emellan utgjorde ett försäkringsfall givet bestämmelserna om rättsskydd i hemförsäkringen – och bolaget avböjde med hänvisning till den ovan citerade undantagsbestämmelsen.

Vad säger tolkningsläran om saken? Tja, vårt primära tolkningsdatum är naturligtvis klausulens lydelse. I det enskilda fallet gällde tvisten mellan makarna onekligen en fråga som, åtminstone i en, uppenbar, mening, aktualiserades "vid" äktenskapsskillnad, men det vore förhastat att avgöra frågan redan på den grunden. Det är aldrig försvarligt att låsa läsningen till ett enskilt uttryck. Undantagsbestämmelsens tillämpningsområde skall fastställas med beaktande av den givna exemplifieringen; det går inte att komma ifrån.

Rakast är väl att läsa det generella uttrycket med ledning av exemplifieringen, det vill säga, att utifrån denna dra en slutsats om vad som menas med "samband med äktenskapsskillnad" och "frågor som aktualiseras vid äktenskapsskillnad", och på så sätt avgränsa rättsskyddets omfattning. Med denna enkla, sammanjämkande, teknik kan man avgöra frågan till endera parts fördel.

Finner vi att avståndet mellan det generella uttrycket och exemplifieringen är besvärande stort, kan vi pröva en något mera avancerad variant. Vi kan säga att de konkreta exemplen ("vårdnad, underhåll, bodelning och äganderätt") indikerar att avsikten måste ha varit att uttrycka någonting *annat* än vad som följer av det generella uttrycket i och för sig, till exempel därför att exemplen alla hör till en annan och egen kategori – i det här fallet antagligen en snävare

[67] Även om uttrycket "äganderätt" är mångtydigt, så har äganderättsbegreppet en given plats i det system som reglerar äktenskapsrättsliga gemenskapens upplösning. Först tänker man kanske på de äganderättsanspråk som enligt praxis kan komplettera anspråk på giftorättsgods (och samboegendom); se senast NJA 2008 s 826.

kategori (exemplen kan ju alla sägas gälla familjerättsliga frågor, i vid mening).[68] Också med denna teknik – som alltid är en smula vågad i och med att den innebär ett partiellt underkännande av den tolkade texten – kan tvisten avgöras i endera riktningen. Allt hänger på hur gränsen dras.

Kommer man ingenstans med tydningen får man söka sig utåt. Här saknades individuella tolkningsdata, men man får fråga sig vilken läsning som är rimligast, beakta försäkringstekniska aspekter, och så vidare. I sista hand kan vi hävda att bestämmelsen är oklar, och att oklarheten skall gå ut över försäkringsbolaget vid en tillämpning av den så kallade oklarhetsregeln. Denna möjlighet ligger ju vid tolkning av försäkringsavtal ofta närmare till hands än eljest.[69]

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 rättstillämparen.

I förevarande fall fann *TR:n* att exemplifieringen fick förstås så, att det var familjerättsliga frågor som åsyftades. Frågan i den aktuella tvisten ansåg man däremot vara förmögenhetsrättslig, varför försäkringstagaren fick rätt. *HovR:ns majoritet* löste uppgiften genom att uttryckligen konstruera en snävare kategori utifrån exemplen, och resultatet blev tämligen avancerat. Man fann att undantagsbestämmelsen begränsats till "dels tvister som till följd av sitt rättsliga samband med skillnadsfrågan kunnat lösas men inte lösts samtidigt som denna, dels ock tvister som rör bodelningen mellan makarna och upplösningen i övrigt av den av äktenskapet föranledda ekonomiska gemenskapen". Därefter kunde det enkelt konstateras att tvisten mellan makarna hörde till denna kategori. *Dissidenten i HovR:n* fann, kanske i en reaktion mot majoritetens måhända överdrivet sofistikerade läsning, bristerna i klausulens utformning vara så pass allvarliga att det motiverade en tillämpning av oklarhetsregeln. *RevSekr* resonerade på ett liknande sätt. *HD*, slutligen, dömde

[68] Jfr den klassiska princip som går under beteckningen *ejusdem generis*. I förhållande till det typiska fall som denna princip tar sikte på är vårt fall omvänt (det generella uttrycket avslutar inte uppräkningen utan föregår den); jfr J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 159.

[69] Men det rör sig också i den försäkringsrättsliga kontexten just om ett sistahandsalternativ, som HD uttryckligen konstaterar i NJA 2001 s 750 och NJA 2006 s 53. I sammanhanget kan det vara värt att påminna om att 10 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller också vid försäkringsavtal; se härtill Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, Stockholm 2006 s 50 f.

till försäkringsbolagets fördel under åberopande av en något ovanlig, men elegant, argumentation. Istället för att utgå från lydelsen utgår man från det konkreta fall som givit upphov till tolkningsproblemet – det vill säga från den aktuella tvisten makarna emellan – och kvalificerar sedan detta i avtalets termer, i ett par steg, fram till slutsatsen, som alltså var att undantagsbestämmelsen var tillämplig. (Starpunkten bli frågan: ”Vad är det för fall vi har framför oss?”, och argumentationen leder fram till svaret: ”Jo, ett sådant som omfattas av den omtvistade klausulen”).[70] På vägen beaktar man ”särskilt” en av punkterna i den exemplifierande uppräkningen, nämligen hänvisningen till tvister om bodelning och äganderätt. Med hänsyn till denna och till den ifrågavarande tvistens ”tydlig[a] samband” med upplösningen av de rättsliga relationerna mellan makarna vid äktenskapsskillnaden samt emedan tvisten var ”nära besläktad” med frågor som normalt uppkommer vid bodelning eller som angår vem av makarna som är ägare till olika förmögenhetsobjekt, fann HD det vara en ”naturlig tolkning” att också denna tvist skulle vara undantagen.

HD etablerar alltså en koppling mellan fallet och klausulen och påstår att denna är tillräckligt stark, att den är självklar och … naturlig. Gott så, men intrycket av naturlighet försvagas något vid en jämförelse med TR:ns skäl. TR:n hävdade ju, mycket kortfattat – som om det vore självklart och just naturligt –, att avtalet skulle läsas på rakt motsatt sätt. Kanske är oklarheten här sådan att den inte på ett övertygande sätt kan undanröjas med fullt så enkla gester? I så fall får man problematisera sin tolkning, ta svårigheten på allvar och hantera den. Oklarhetsregeln ger en enkel väg ut, men den är fullt legitim, också i ett rättsvetenskapligt perspektiv, under

[70] Tekniken har en klar förtjänst, och det är att rättstillämparen överhuvudtaget inte *behöver* fråga sig vad det tolkade uttrycket betyder *in abstracto* (enligt ”allmänt språkbruk”, ”branschpraxis” osv). Sådana utredningar kan bli konstlade. Den korresponderande nackdelen ligger väl i att frågan om det tolkade uttryckets språkliga innebörd tenderar att hamna i skymundan, vilket medför en risk för att den resulterande tolkningen kommer att framstå som en efterhandskonstruktion. Tolkningstvister har ju regelmässigt sitt ursprung i händelseförlopp som parterna uppenbarligen (vanligen: givet den text som enligt deras överenskommelse skall reglera deras mellanhavanden) inte räknade med vid tiden för avtalsslutet. Härmed inte sagt att det är bättre, eller sämre, att börja med fallet istället för uttrycket. Frågan är alltid hur det inträffade skall relateras till uttrycket. I vilken ände man än börjar får man problem (men i viss utsträckning kan man alltså välja problem). Tolkning är att hantera dessa problem, och det kan göras mer eller mindre snyggt.

förutsättning att alternativen uttömts och tillämpningen i övrigt framstår som lämplig och rimlig.

Så till den springande punkten: Relationen mellan avgörandet i NJA 1996 s 727 och rättsläget på avtalstolkningens område. Hur påverkas rättsläget av detta avgörande? Och hur skall avgörandet utvärderas mot bakgrund av rättsläget? Som torde ha framgått finns det i princip *ingenting* att säga om den saken. Tolkningsläran svarar inte på den konkreta tolkningsfrågan i målet – tar inte ställning i frågan huruvida undantagsbestämmelsen var tillämplig eller inte – och tolkningsläran påverkas rimligen inte av domstolarnas ställningstaganden i denna fråga.[71]

Här verkar det som om avtalstolkning vore speciellt. Som om vi hade att göra med ett fält helt utan bindande regler och principer, där domstolarna kan avgöra uppdykande tvister efter eget gottfinnande. Och vi kanske vill säga att det nog ligger en del i påståendet att avtalstolkning egentligen inte är juridik. *Detta* är avtalstolkningens svårighet, och den har någonting ofrånkomligt över sig.

Vi kanske får finna oss i att avtalstolkning är och förblir svårt…

2 …eller?

2.1 Inledning

För egen del vill jag betrakta tolkningslärans oformlighet – disciplinens bestickande *brist* på disciplin – som ett indicium, snarare än som ett hinder, som måste övervinnas. Det tycks vara ett faktum att rättsvetenskapen inte kommer någonstans med tolkningsproblemen, men svårigheten är, tror jag, i allt väsentligt självförvållad. Skulle det inte kunna 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.

[71] Jfr Adlercreutz, Ett rättsfall om tolkning av ett avtal om förmedlingsprovision i samband med utbud av en fastighet s 289: "Domar om avtalstolkning baseras vanligen på omständigheterna i det särskilda fallet och har därför i många fall föga värde som prejudikat."; se också Grönfors, Anm av Huser, Avtaletolking s 465; Hellner, Försäkringsrätt s 67; dens, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt s 196; Lehrberg, Avtalstolkning s 64; jfr Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt II s 34, som framhåller att "domskälen ofta är föga upplysande" när det gäller samspelet mellan rättsregel och avtalsinnehåll.

2.2 Sakfrågor, rättsfrågor och lagen om det uteslutna tredje

Tolkningsläran är, som ovan påpekats, ett rättsvetenskapligt projekt, rättsvetenskapens svar på avtalstolkningens gåta. Det är slående, att de flesta försök att ta sig an detta projekt tycks utgå ifrån, att uppgiften gäller *att beskriva någonting som faktiskt inte kan iakttagas*. För hur närgången man än är i sitt studium av arbetsmaterialet – som ju huvudsakligen utgörs av befintlig praxis på området – kommer man inte att finna ett system för tolkningen, eller, egentligen, överhuvudtaget några fasta principer.[72] Avgöranden i tolkningsfrågor skrivs helt enkelt inte på det sättet. Rättsvetenskapen måste således arbeta *ex hypothesi*. Det gäller att fånga någonting som inte syns, som det inte går att ta på, men som vi antar måste finnas. Den som försöker att uppställa en systematisk tolkningslära jagar efter *dolda* normer. I detta ger verksamheten uttryck för en radikal skepsis mot domstolarnas egna tolkningsresonemang. Man misstror de skäl rättstillämparen uttryckligen anför. Man söker sanningen bakom texten, och intresserar sig för det som försiggår under tolkningens ”täckmantel” (som det ibland får heta).[73]

I följande passage hos Schmidt redovisas denna misstänksamma hållning öppet:

> ”Det torde inte vara ovanligt, att domaren träffar ett avgörande som om en gemensam partsvilja varit för handen även när han måste säga sig att parterna haft olika meningar vid avtalets ingående eller att de icke alls föreställt sig hur de skulle förfara. En sådan fiktion kan tänkas dölja, att avgörandet grundats på fritt skön. Men det kan också bygga på vissa rättsregler. Metoden är i bägge fallen förkastlig. En domare bör öppet redovisa på vilka grunder han bygger sitt avgörande.”[74]

[72] Se härtill t ex J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 147.

[73] Se vidare Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 226 ff.

[74] Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 509; denna tanke är central t ex i J Rambergs tolkningslära; se kanske tydligast J Ramberg, Avtalstolkningsmetoder II.

Litteraturen är rik på liknande formuleringar,[75] men just denna är inte bara ovanligt rak, utan rymmer också en antydan om orsaken till rättsvetenskapens njugga inställning till domstolarnas argumentationsvanor på avtalstolkningens område. Schmidts uttalande här präglas av realistisk ideologi, och det på två sätt, som är intimt förknippade med varandra. Dels har vi den allmänna motviljan mot "fiktioner" och alla försök att dölja de värderingar och normer som "i realiteten" ligger till grund för de rättsliga avgörandena (generisk antiformalism), dels har vi ett underkännande av en specifik, i praxis flitigt förekommande, argumentationsform, nämligen åberopandet av den gemensamma partsviljan (den för den realistiskt orienterade avtalsrätten utmärkande antisubjektivismen).

Det ena ger det andra. Om man vill förstå en text, som är oklar, så frågar man efter avsikten hos det, eller de, subjekt, som står bakom texten.[76] Det gäller avtal likaväl som varje annan text.[77] Vid tolkning är vi ute efter den tanke som förmedlas genom texten. Såtillvida är tolkningen rekonstruktiv. Förstår vi nu detta *psykologistiskt* – så som man gärna gjorde vid tiden för förrförra sekelskiftet, när realismens och scientismens grepp om tanken var som hårdast – det vill säga som ett försök att återskapa någon form av mental aktivitet hos upphovsmannen, eller upphovsmännen, vid tiden för textens tillblivelse, så framstår texttolkning som ett tämligen hopp-

[75] Det gäller inte bara den svenska, och den nordiska överlag, utan också t ex den engelska. Hos P S Atiyah hittar man, t ex, uttalanden som detta (Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 196: "[T]he interpretation of contracts is an unpredictable business for the simple reason that the courts often say one thing and do another. They say that they are looking for the intention of the parties as expressed in their written contract, and for that purpose they are merely searching for the 'plain meaning of the words', whereas in truth, where the meaning of the contract is doubtful, they have to choose between the various possible meanings available, and the choice is dictated by a large number of considerations, of which the literal or grammatical factor is only one." Här må tilläggas att det specifika drag i domstolarnas argumentationsstil som Atiyah reagerar mot (s k "literalism") underkändes av Lord Hoffman i det banbrytande avgörandet i Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society (No 1) [1998] 1 All ER 98, HL; jfr således S A Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract s 147 f. Går vi utanför avtalsrätten så är det ju en grundtanke i de flesta former av realism (tysk, skandinavisk, amerikansk, eller vad man vill) att det som domstolarna säger sig göra principiellt sett är någonting annat än det som domstolarna *egentligen* gör; på den tanken vilar den paranoida hermeneutik som kännetecknar de realistiska riktningarna; se härtill Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 442 ff; S A Smith, Contract Theory s 19 f; Viljanen, Law and ontological politics, särskilt s 15.

[76] Och det är inte en metodanvisning – att vilja förstå en text *är* att fråga efter avsikten.

[77] Att avsikten/innebörden är outgrundlig, emedan vi är hänvisade till objektivt föreliggande tolkningsdata, förändrar inte den saken. Inte det minsta. Spännningen mellan objektivt och subjektivt i tolkningsläran är lika grundläggande som den är irreducibel.

löst företag. Vi skulle, verkar det nu, behöva en tidsmaskin i kombination med en hjärnscanner av något slag.[78] Och svårigheterna accentueras på ett intressant sätt just när det gäller avtalstolkning. Det skall ju till exempel röra sig om ett *gemensamt* tankeinnehåll, de faktiska formuleringarna i avtalet härstammar ofta från andra än parterna själva, och – vilket kanske är särskilt besvärligt – den typiska tolkningstvisten kännetecknas av att parterna vid tiden för avtalsslutet uppenbarligen *inte* beaktat möjligheten av det scenario som faktiskt råkat inträffa.[79]

Så … vid tolkning av avtal skall vi i första hand söka fastställa den gemensamma partsviljan, *men* det kräver att vi uttalar oss om fenomen i förfluten tid, som antagligen inte ens har existerat, och som vi alldeles oavsett inte har tillgång till – emedan de är mentala, och således icke objektivt konstaterbara (”inre”, istället för ”yttre”). Slutsatsen tycks given: Pratet om den gemensamma partsviljan är en tom form, en fiktion, som inte har med det faktiska tolkningsförfarandet att göra.[80] Antiformalism och antisubjektivism går hand i hand.

Det realistiska tankemönstret tvingar här fram en distinktion, som är grundläggande för den klassiskt-moderna avtalsrätten. Uppfattningen 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 börat, det faktiska från det rättsliga, och tolkningen från utfyllningen.

[78] Jfr J Ramberg–Hultmark, Allmän avtalsrätt, 5 uppl, s 108: ”[D]et [är] i praktiken […] omöjligt att fastställa partsviljan vid tiden då avtalet slöts. Det går inte genom t ex en analys av hjärnverksamheten få ett svar på hur partsavsikten gestaltade sig.” Hela tankegången är naturligtvis absurd (den psykologistiska tolkningen av tolkningens subjektiva dimension är absurd). Följ den till slut. Om det nu fanns en sådan maskin, vad skulle vi göra med resultatet? Menande, detta att mena någonting med någonting som man säger eller skriver, är rimligen inte en mental aktivitet (Vad händer i *ditt* huvud när du talar och skriver?), och ens om så vore: Varför skulle det empiriskt konstaterbara tankeinnehållet påverka *textens* innebörd? Med vilken rätt skulle man kalla utfallet av en sådan övning *en tolkning?* Jfr Fried, Contract as Promise s 60: ”It is a truism in the philosophy of language that in interpreting a person’s words we are not guessing at the hidden but determined content of some list of meanings in the speaker’s head.” – i en not tillskriver Fried (inte utan berättigande) Wittgenstein denna ståndpunkt, men hänvisar också till Hart och Dworkin.

[79] Se härtill t ex Bernitz, Standardavtalsrätt s 80.

[80] För egen del föredrar jag uppenbarligen en annan slutsats, nämligen att den psykologistiska tolkningen av det avtalsrättsliga viljebegreppet bör överges.

Hålls man inom denna matris drivs man att fråga efter de rättsliga normer som egentligen styr tolkningen. Och det är, som vi har sett, ett märkligt fält som man då kommer ut på – sikten är begränsad och marken förrädisk.[81] Men man drivs ditåt, för det är, för realisten, strängt taget omöjligt att förstå tolkningsverksamheten som ett utforskande av partsviljan. Ja, *hur* skulle tolkningen kunna förstås på det viset, om viljan är att se som en faktisk företeelse i parternas medvetanden vid tiden för avtalsslutet? En möjlighet är förstås att hålla fast vid den ekelöfska uppfattningen att tolkning är en form av bevisvärdering där viljan utgör bevistemat,[82] men ett sådant viljebegrepp kan inte rimligen tas till utgångspunkt för en deskriptiv analys av praxis i tolkningsfrågor. Så kommer den realistiske avtalsrättaren, mer eller mindre ofrånkomligen, att uppfatta hänvisningarna till "den gemensamma partsviljan" som en övervintrad dogm, utan reell substans, och det lämnar frågan efter de värderingar som faktiskt ligger bakom tolkningen öppen, som här, hos Schmidt:

> "En vanlig uppfattning är ju, att tolkning i första hand avser att domaren skall forska efter den verkliga viljan. Problemet ter sig från denna utgångspunkt enbart som uppgiften att utreda en bakomvarande psykologisk verklighet och icke som en tillämpning av vissa rättsliga normer."[83]

"Så vad styr tolkningen, om det inte är viljan? Vilka regler gäller?", vill vi fråga … och där blir vi stående. Frågan är, emellertid, överflödig. *Detta* är den riktning, i vilken vi – efter vad jag gör gällande i denna skrift – egentligen inte behöver gå. (Och att det nu blivit möjligt att misstänka just det – ja, inte bara misstänka, utan tro –

[81] Ute i de "bottenlösa träskmarker" som Lindblom, Processens arkitektur s 226, beskriver.

[82] Om denna möjlighet se särskilt Ekelöf, En essay om tolkning och mening s 5 ff.

[83] Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s 508; jfr denna sentida variant hos Ramberg och Ramberg (J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 173 f), som stödjer sig på ett uttalande av Lord Radcliffe: "Hänvisningen till den gemensamma partsviljan blir ofta en fiktion, en slags teknisk nödlögn. Det är vanligtvis bättre att låta de faktorer som i realiteten styrt avtalstolkningen klart framträda och att inte juridiskt kryptera dem under fiktionens täckmantel. Vid tolkningstillfället kan man ofta, såsom det elegant uttrycks i ett engelskt rättsfall, anta att avtalspersonerna blivit 'so far disembodied spirits that their actual persons should be allowed to rest in peace. In their place there rises the figure of the fair and reasonable man. And the spokesman of the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is and must be the court itself'."

säger någonting om realismens ställning i nuvarande svensk rättsvetenskap.)

2.3 En övning i teckentydning

> Det er først i det sidste Aarhundrede [1800-talet], at der har udviklet sig en egentlig Diskussion af Fortolkningstheorierne, og man er ikke kommet videre end, at der er den største strid om selve de afgjørende Grundbetragt-ninger. Derimod er Fortolkning som praktisk Kunst selvfølgelig bleven udøvet fra de aldste Tider.
>
> *Viggo Bentzon*

Vi behöver inte fråga efter reglerna. Vi kan låta bli, och det finns tecken som talar för att det är en god idé att göra så. Jag vill uppehålla mig vid några av dessa tecken.

a) Rättskälleläget på området kan beskrivas som besvärligt – av skäl som berörts i det föregående. Men situationen blir, förstås, besvärande först när man bestämmer sig för att beskriva tolkningsläran i termer av regler. Det är talande att de flesta av de försök att åstadkomma sådana beskrivningar som litteraturen känner är så plågade, eller försiktiga, eller uppgivna … så starkt präglade av skepsis till uppgiften som sådan. Så ter sig ju tolkningslärans problem i den variant som ovan attribuerades till Vahlén: ”Uppgiften är hopplös, men vi måste ändå försöka.”[84] Att problemet har denna

[84] Och att problemet har den formen har ju bestämda historiska orsaker. Eftersom vi inte längre kunde tro på viljeteorin (vilket är omöjligt när man tolkar denna ”realistiskt”), så uppstod ett tomrum, som behövde fyllas med en ny förklaringsmodell, samtidigt som det specifikt juridiska akademiska modet uttryckligen förbjöd uppställandet av enhetliga förklaringsmodeller. Den påbjudna analysen – splittra upp delfrågorna, identifiera ändamålen, ta ställning till de resulterande normativa konflikterna i varje enskilt fall, paketera löst – är inte praktikabel när det gäller avtalstolkning, t ex därför att det inte finns några på förhand givna ”frågor” att ta ställning till (avtalstolkningsfrågor uppkommer när den i det enskilda fallet givna avtalstexten skär sig med verkligheten – de är därför unika på ett sätt som *rätts*frågor inte är (det individuella avtalets innebörd är inte direkt avhängig de rättsliga meningssammanhangen.

form kan i sig tas som ett indicium på att frågan är felställd. Och tanken, att det kan förhålla sig på det sättet, är inte främmande för de som lett det vetenskapliga samtalet i ämnet. Adlercreutz, till exempel, har i ett sammanhang uttalat:

> "Jag är något tveksam till det lämpliga i att beskriva tolkningsförfarandet genom precisering av en serie olika tolkningsregler. Sådana kan såvitt förstår aldrig få karaktären av riktiga rättsregler med klart angivna rekvisit för användningsområdet utan är mera att betrakta som principer eller argument att ta till där de inte passar in i sammanhanget."[85]

Och Hellner går ett steg längre när han konstaterar:

> "Avtalstolkningen kan inte fångas ens i några allmänt formulerade synpunkter."[86]

b) Man ser bara det som man har framför ögonen. Betraktar man tolkning av avtal *som avtalsrättare,* det vill säga inifrån den avtalsrättsliga matrisen, har man anledning att förvänta sig en regelstruktur som behandlar problemet. Det *borde* finnas en tolkningslära av det slaget. Tolkningsfrågan är ju en i raden av grundläggande avtalsrättsliga frågeställningar: avtalsslut, fullmakt, ogiltighet och … tolkning.[87] Och tolkningsläran borde väl höra till samma kategori som avtalsläran, fullmaktsläran och ogiltighetsläran?[88] Men, nej, tolkningsproblemet är allmängiltigt, på ett helt annat sätt än övriga avtalsrättsliga problem. Vi tolkar ständigt texter, av alla möjliga slag, och vi gör det alldeles obehindrat, trots avsaknaden av tillämpliga, klara och precisa regler. Ju viktigare text, desto starkare behov av regler tycks man i och för sig, historiskt sett, ha känt. Så finner vi till exempel tolkningsläror bestående av regler och principer inom såväl islamisk, judisk som kristen tradition. Men inte ens när det gäller lagtolkning – som ju i den sekulära staten är den närmaste motsvarigheten till bibelexeges – gör det oss något att de

[85] Adlercreutz, Om tolkning s 583.
[86] Hellner, The parol evidence rule s 205.
[87] Denna indelning har väl i svensk rätt fått fäste särskilt genom Adlercreutz läroböcker Avtalsrätt I och II. Se härtill Adlercreutz, Strövtåg i avtalsrätten s 9; jfr J Ramberg–C Ramberg, Allmän avtalsrätt s 20 f.
[88] Jfr t ex Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 30.

principer som (eventuellt) kan uppställas fullständigt saknar stadga och konkretion.

c) Det äldsta nedtecknade tolkningsresonemanget som finns bevarat i den västerländska traditionen återfinns, mig veterligen, inarbetat i dialogen i Platons ”Protagoras”.[89] Det gäller den rätta förståelsen av en dikt av Simonides.[90] Utgångspunkten är en oklarhet som följer av att diktaren förefaller att motsäga sig själv. I sina försök att undanröja denna oklarhet prövar dialogens karaktärer – Sokrates, Protagoras och några bifigurer – bland annat följande konstgrepp och principer:

> – beakta textens koherens, den logiska överensstämmelsen mellan olika passager
>
> – sök författarens egentliga avsikt, bakom ordens *prima facie* innebörd
>
> – se till det lokala språkbruket på orten,
>
> – såväl som till ordens allmänspråkliga innebörd
>
> – sätt det oklara uttrycket i relation till det som närmast följer
>
> – beakta textens syfte
>
> – läs den oklara passagen i ljuset av textens inledning
>
> – se texten som en helhet
>
> – utgå från att textens innebörd är rimlig, och uteslut absurda tolkningar så länge alternativ finns

Alla dessa överväganden gör sig gällande också vid tolkning av avtal enligt svensk rätt … eller här kanske man borde sätta ”enligt svensk rätt” inom citationstecken, för huruvida tolkningsprinciper av denna art är av rättslig karaktär eller inte är diskutabelt.[91] När HD till exempel säger att avtalet

[89] Szlezák, Reading Plato s 28, omtalar, t ex, denna passage som: ”this first detailed literary interpretation in European intellectual history”.

[90] Se Platon, Skrifter. Bok 2 s 104 ff.

[91] Jfr den i Grönfors skrifter gång på gång upprepade ståndpunkten, att tolkningslärorna måste anpassas efter sin tid. I t ex ”Tolkning av fraktavtal” säger sig Grönfors (s 17) ta ”avstånd från sådana läror om avtalstolkning, som strävar att uppställa mera ’abstrakta’, oberoende av tid och rum gällande, regler om avtalstolkning”. Och fortsätter: ”När man läser framställningar från olika rättssystem och tider om avtalstolkning är det slå-

skall ses som en sammanhängande helhet vid tolkningen, så som man gjorde i NJA 1990 s 24, NJA 1992 s 403 och NJA 2007 s 35, så gäller det alldeles oavsett vad HD säger. Ja, närapå samtliga av de argument som HD åberopar vid tolkningen av avtalet i NJA 2007 s 35 förekommer redan i Platons "Protagoras", och det har väl inte direkt att göra med "rättsläget" vid den aktuella tidpunkten.[92]

d) Det finns inga lagregler om avtalstolkning.[93] Eller jo, det finns i lag och andra former av rättsliga texter upptagna tolkningsprinciper – i till exempel Code Civil, BGB, PECL, CISG, UNIDROIT Principles och DCFR – men det är tveksamt om dessa har någon direkt inverkan på tolkningsverksamheten. Hein Kötz har antagit att så inte är fallet:

> "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."[94]

---

ende, hur likartade regler som anförs." Ja, just det. Och vad drar vi för slutsats? *Grönfors* drar slutsatsen att man under hela historien och globalt begått "ett allvarligt metodiskt misstag". Jag har, som läsaren förstår, en annan uppfattning om var misstaget ligger. Jfr Huber, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht s 17: "[Es] scheint mir nicht, daß die Probleme, von denen Savigny spricht, sich in den seither vergangenen 160 Jahren sehr verändert haben. Wenn etwas heute nicht überzeugend erscheint, hat er schon damals geirrt, und wenn er sich nicht geirrt hat, hat er noch heute recht."; se också dens, a a s 1; Meder, Mißverstehen und Verstehen s 240. Även Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 175, finner att Savigny har aktualitet än idag, men anför *till förklaring* att "betydande likheter i den yttre situationen" föreligger. Det var nog nödvändigt att framföra någon form av förklaring givet det tankeklimat i vilket Hellner verkade, men det hindrar inte att den förklaring Hellner väljer nu (för mig) framstår som ett rent utanpåverk (en ideologisk överbyggnad, om man så vill). (Som vanligt har "den sociala verkligheten" ingenting med saken att göra.)

[92] Även om skälen, genom det sätt på vilket HD söker ge sitt resonemang legitimitet, kan ge sken av att så är fallet (till stöd för påståendet att avtalet skall läsas kontextuellt åberopas tidigare praxis). Jfr Lord Hoffmans yttrande i det omskrivna avgörandet i *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* (se ovan n 75) som bl a innehåller följande uttalande om utvecklingen i engelsk praxis på avtalstolkningens område: "The result has been […] to assimilate the way in which such documents are interpreted by judges to the common sense principles by which any serious utterence would be interpreted in ordinary life. Almost all the old intellectual baggage of 'legal' interpretation has been discarded."

[93] Jfr Grönfors, Avtalslagen s 38. Ibland läser man att området inte lämpar sig för lagstiftning; se t ex Adlercreutz, Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis s 63 f; Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s 87 och 193.

[94] Kötz, European Contract Law, Vol 1 s 113.

Och Kötz ger då uttryck åt den traditionella tyska uppfattningen; en uppfattning som ligger bakom den ovanliga återhållsamhet som BGB:s upphovsmän visar just när det gäller tolkningen (BGB innehåller ju endast två, tämligen intetsägande, tolkningsregler – i §§ 133 och 157).[95] Vid 1900-talets början var Danz den stora tyska auktoriteten när det gällde tolkningsfrågorna och i sin ”Die Auslegung der Rechtsgeschäfte” gör han poängen på följande vis:

> ”Mag nun eine Gesetzgebung mehr oder weniger Bestimmungen betreffs der Auslegung haben, so wird die auslegende Tätigkeit des Richters doch immer dieselbe bleiben […]”[96]

Nej, lagfästa tolkningsregler är inte lagregler i vanlig bemärkelse (och någonting motsvarande kan sägas om de regler som domstolarna arbetar med, till exempel inom ramen för *common law*[97]). Inte ens oklarhetsregeln – som brukar förstås som ett av de mest utpräglat rättsliga elementen i tolkningsläran,[98] och som ju i en variant faktiskt finns upptagen i den svenska lagstiftningen – är en rättsregel i den meningen att rättsföljden inträder när de angivna rekvisiten är uppfyllda.[99]

e) Tolkningsläran är instabil, inte bara som regelkonstruktion, utan också som akademiskt ämne, vilket blir särskilt tydligt i ett längre historiskt perspektiv. Ibland finns ämnet, ibland

[95] Se Canaris–Grigoleit, Interpretation of Contracts s 455. De jämförelsevis detaljerade reglerna om tolkning som återfinns i Code Civil (art 1156-1164) skall tydligen paras med uppfattningen att dessa inte behöver följas om det inte är lämpligt; se Lando–Beale (eds), Principles of European Contract Law. Parts I and II s 290 n 1; även DCFR II. – 8:101 n I.5.

[96] Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte s 2. Fritt översatt: ”En lagstiftning må innehålla fler eller färre bestämmelser beträffande tolkningen, domarens tolkningsverksamhet förblir ändock densamma.” Överensstämmande Bentzon, Noter til Privatrettens almindelige Del, Kjøbenhavn 1898 s 91.

[97] Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s 195: ”[T]he interpretation of the contract is […] not made easier by the inadequacy of the rules which the courts have forged to assist them.”

[98] Se t ex Lehrberg, Avtalstolkning s 169 ff.

[99] Enligt 10 § lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden skall ju ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling tolkas till konsumentens förmån vid oklarhet. Betyder det att ett sådant villkor, enligt gällande svensk rätt, *skall* tolkas till konsumentens fördel när en oklarhet kan konstateras? Nej, det gör det inte. Regeln sätter inte tolkningsläran ur spel, och det var inte heller tanken; se prop 1994/95:17 s 100 f.

inte. Tolkningsläran *flickers in and out of existence*, för att använda ett trevligt engelskt uttryck (som om studieobjektets flyktighet smittade av sig på sin vetenskap). Situationen tycks variera med rättskulturen. I svensk rätt skrevs länge ingenting om avtalstolkning, om man undantar det pliktskyldiga återgivandet av romerska maximer hos författare som Nehrman och Schrevelius.[100] Inom den vetenskap som grundlades av Savigny var det givet att det inte fanns någonting särskilt att säga om saken[101] – man ansåg inte att tolkning av avtal principiellt sett skilde sig från tolkning av lag och annan rätt.[102] I Tyskland var det egentligen först i och med BGB:s införande som en litteratur i ämnet började byggas upp.[103] Och den litteraturen är till sin grundform kommenterande: Man skriver om och med anledning av BGB:s bestämmelser i ämnet. Denna aktivitet satte vissa spår i nordisk doktrin,[104] men i Sverige börjar man inte skriva om tolkningsfrågorna i större utsträckning förrän kring förra seklets mitt – och då av andra anledningar (här är vi framme vid den litteratur som föreliggande framställning utgör en reaktion på, från Vahléns "Formkravet vid fastighetsköp" (1951) och framåt).[105] I engelsk rätt uppstod, för

[100] Nehrman, Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem s 167; Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Första delen, Lund 1844 s 168 f. Nordlings "Föreläsningar i svensk civilrätt" (Uppsala 1891), innehåller, som Adlercreutz, Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis s 68, anmärker, ingen uttrycklig diskussion av tolkningsfrågorna; märk dock Nordlings resonemang a a s 174 ff.

[101] Stang, Innledning til formueretten s 445 n 1, anmärker: "*Savigny* og hans efterfølgere ofret tolkningslæren liten opmerksamhet."

[102] Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, bd II s 189; se härtill t ex Regelsberger, Pandekten. bd I s 140 n *. Som så ofta anslöt Schrevelius till Savignys uppfattning; se Schrevelius, a a s 168; se härtill Björne, Brytningstiden s 339.

[103] Se Danz, a a s 2 f, som kallar tolkningslitteraturen fram till den punkten "torftig"; se också Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung, Uppsala 1899 s 3; Stang, Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret på en Retshandels Gyldighed s 31.

[104] Särskilt bör nämnas Reuterskiölds strax ovan nämnda arbete, som väsentligen är en översikt över den nyare doktrinen, samt Chydenius, Om tolkning af rättsärenden, Helsingfors 1909, som är ett självständigt arbete, låt vara i anslutning till Danz.

[105] När Adlercreutz redogör för litteraturen på området i "Avtalsrätt II" (s 14) börjar han i "modern tid, från 1959 och framåt" (Adlercreutz räknar tydligen från Schmidts "Typfall, partsavsikt och partsculpa", som ju utgör en sorts antites till Vahléns, av Ussing inspirerade, tolkningslära. Tilläggas kan att den moderna diskussionen gällande tolkningen av försäkringsvillkor grundläggs vid samma tid, med Hellners "Försäkringsrätt" (1959) och Bengtssons "Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor" (1960).) "Äldre tid" förpassas av Adlercreutz till en kort fotnot där endast Nehrman nämns som

> att ta ett tredje exempel, den akademiska disciplinen avtalstolkning först helt nyligen. Länge gällde att avtalstolkning var ett icke-ämne i engelsk avtalsrätt. Så sent som år 2004 kunde komparatisten Mark Van Hoecke anmärka, att den engelska litteraturen på området verkade bestå av ett enda verk, till på köpet författat av en praktiker – Lewisons ”The Interpretation of Contracts”.[106] Nu kan vi emellertid konstatera att det faktiskt finns också en engelsk avtalstolkningslitteratur.[107] Och startpunkten för utvecklingen, som har varit intensiv, var Lord Hoffmans uttalanden om avtalstolkningens natur i målet *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* från 1998.[108] Dessa uttalanden synes numera vara den givna utgångspunkten för de flesta redogörelser för tolkningsläran i engelsk rätt.[109] Men – och det är intressant för poängen här – det är omdiskuterat huruvida Lord Hoffmans uttalande i realiteten innebar någonting nytt…[110] Det är i alla fall tydligt att man av och till klarar sig utan tolkningsläran, som akademisk disciplin betraktad.

Nog med teckentydning. Vad jag vill insinuera är alltså, att det behov av att identifiera och systematisera tolkningsreglerna, som man *inom svensk rättsvetenskap* i modern tid känt – ibland så trängande –,

---

exempel. Är inte det lustigt, när man tänker på det? Modern tid räknas från 1959. Äldre tid är tiden dessförinnan, t ex 1729, då Nehrmans ”Inledning” ges ut första gången. Helt plötsligt, vid en exakt angiven tidpunkt, blev det tydligen intressant att skriva om avtalstolkning (igen). Numera är litteraturen så pass rik att man, som Carlquist, Tolkning av avtal om fotografirättigheter, JT 2003-04 s 275, kan inleda en uppsats i ämnet med konstaterandet: ”Om avtalstolkning har det under åren skrivits mycket.”

[106] Van Hoecke, Deep Level Comparative Law. van Hoecke (ed), Epistemology and Methodology of Comparative Law s 165 ff, Oxford-Portland, Oregon 2004 s 176 n 20.

[107] För en översikt över debatten se Mitchell, Interpretation of Contracts, London-New York 2007.

[108] Se härom Rosengren, Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv; se också ovan n 75. McKendrick, The Interpretation of Contracts: Lord Hoffman’s Re-Statement, Worthington (ed), Commercial Law and Commercial Practice, Oxford-Portland, Oregon 2003 s 139, anmärker att Lord Hoffmans uttalande har lämnat avsevärt mycket större avtryck i praxis än i litteraturen. Situationen har dock förändrats sedan 2003.

[109] Det första avsnittet i den senaste upplagan av Lewisons bok bär titeln ”In a nutshell” och innehåller närapå ingenting utöver Lord Hoffmans uttalande, ordagrant citerat. Lewison tillägger: ”The lazy reader may stop here.”; Lewison, The Interpretation of Contracts, 4th ed, London 2007; se också t ex McKendrick, Contract Law: Text, Cases, and Materials s 375 ff, vars redogörelse för tolkningsfrågorna väsentligen består av en ingående tolkning av Lord Hoffmans uttalande.

[110] Lewison, a a s 3 ff. Hoffman själv presenterar alldeles uttryckligen sina principer för avtalstolkningen som en sammanfattning av föreliggande praxis

är konstruerat. Och det menar jag inte blott som ett konstaterande av enkla fakta, utan som en uppmaning. Konstruktionen kan undvaras. Avtalstolkning måste inte vara svårt, i den mening som vi nu diskuterar. Vi behöver inte göra regler av tolkningsläran. Det går bra ändå.

Jag tänker på en passage i den kinesiska klassikern "Chuang Tzu", som handlar om en snickare och en uråldrig ek. Snickaren fann ingen användning för trädet, då det var knotigt och kvistigt och stammen var murken, och dömde ut det som värdelöst. Men trädet gav skugga, var väldigt och vördnadsbjudande. Det hade inte varit svårt för snickaren att, till exempel, sätta sig under det för att vila.[111]

[111] Se t ex Chuang Tzu, Basic Writings s 59 ff.

SIGILLUM
CUIQUE
FACU