

Fra en liberalistisk til en «social» kontraktsrett –

Norsk kontraktsrett rundt 1900

Kandidatnummer: 208

Leveringsfrist: 15.01.2024

Antall ord: 39 983



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	En kontraktsrettslig overgangstid.....	1
1.2	Begrunnelsesnivå og regelnivå	4
1.3	Rettslige aktører og infrastruktur rundt 1900.....	4
1.3.1	Dreining vekk fra den danske formuerettslige arven.....	4
1.3.2	Rettsforskerne: Rettsskaping gjennom veiledning av domstolene	6
1.3.3	Stortinget: Rettsskaping gjennom lovgivning	7
1.3.4	Høyesterett: Rettsskaping gjennom praktisering	8
1.4	Avgrensninger	9
1.5	Metodiske refleksjoner.....	9
2	DEBATTER AV BETYDNING FOR KONTRAKTSRETTLIG ENDRING (1885–1930).....	11
2.1	Formål og opplegg	11
2.2	Kapitalisme, sosialisme og revolusjonsfrykt	11
2.3	Teorier om rettshandlers grunnlag	17
2.4	‘Virkelighetsnærhet’	25
2.5	Moral, rett og dommerens rolle.....	27
2.6	Romanisme og germanisme	30
2.6.1	Anakronistisk og uklar terminologi i kontraktsrettsdebattene.....	30
2.6.2	Idéer om kontraktsrett bak ordene «romanisme» og «germanisme».....	32
3	INNSKREKNINGER AV DEN FORMELLE KONTRAKTSFRIHETEN.....	35
3.1	Formål og opplegg	35
3.2	Rettstilstanden på slutten av 1800-tallet: vid kontraktsfrihet.....	35
3.3	Forestillingen om den «svake» kontraktspart	36
3.4	Stang og Hagerup i debatt om straffelovens ikrafttredelseslov § 17 (1911–1912).....	37
3.4.1	Fra renter til utnyttelse generelt.....	37
3.4.2	Nye ågerregler i 1902	37
3.4.3	Spørsmålet: om bestemmelsen skulle tolkes utvidende	38
3.4.4	Uenigheten om den juridiske metoden	38
3.4.5	Uenigheten om reglene var hensiktsmessige <i>de lege ferenda</i>	39
3.5	Arbeidervernlovgivningen (1892–1919).....	40
3.5.1	Samtidige oppfatninger om behovet for arbeidervernlovgivning.....	40
3.5.2	Hvor raskt skulle reformene skje?	42
3.5.3	Hagerup og Stangs rolle	45

3.6	Husleie- og lønnsregulering (1916–1918)	46
3.6.1	Første verdenskrig og boligsituasjonen	46
3.6.2	Fra midlertid kriselovgivning til permanent sosiallovgivning	48
3.6.3	Grunnloven § 97	50
3.7	Fellesnordisk lovgivning om ugyldighet og avbetalingskjøp (1916-1918)	51
3.7.1	Bakgrunn	51
3.7.2	Avbetalingsloven av 1916: Beskyttelse av et «ukritisk og uerfarent publikum»	53
3.7.3	Avtaleloven av 1918: De sosiale ugyldighetsreglene blir alminnelig obligasjonsrett.....	56
3.8	Rettspraksis knyttet til innskrenkninger i kontraktsfriheten (1897–1934).....	59
3.8.1	Eldre ugyldighetsregler, kontraktstolkning og tingsrett	59
3.8.2	Ågerreglene	61
3.8.3	Husleie- og lønnsreguleringer	62
3.8.4	Avtaleloven.....	63
3.8.5	En forsiktig og stortingslojal Høyesterett	65
4	DEN PREKONTRAKTUELLE OPPLYSNINGSPLIKTEN.....	66
4.1	Formål og opplegg	66
4.2	Rettstilstanden rundt 1900	66
4.3	Stang i debatt med Hagerup og Platou (1897–1935)	67
4.4	Avtaleloven § 33 – en lovfesting av Stangs teori?.....	71
4.4.1	Stangs eget syn	71
4.4.2	Avtalelovens forarbeider	73
4.4.3	Konklusjon – bestemmelsen var i stor grad en lovfesting av Stangs syn.....	74
4.5	Rettspraksis om opplysningsplikten (1895–1930).....	74
4.5.1	Utvalget av saker	74
4.5.2	I hvilken grad hadde partene like muligheter til å skaffe opplysningene?	74
4.5.3	Fra en vurdering av <i>dolus</i> og <i>culpa</i> til en vurdering av synbar villfarelse?	78
4.5.4	Hva slags opplysninger plikten omfattet	80
4.5.5	Rettsvirkningene.....	82
4.5.6	Stang og Høyesterett på samme linje	82
5	CONDICTIO INDEBITI.....	84
5.1	Formål og opplegg	84
5.2	Sentrale elementer i <i>condictio indebiti</i> -regelen	84
5.3	Rettstilstanden før århundreskiftet	85
5.3.1	I Danmark og Norge	85
5.3.2	I Tyskland	86

5.4	Debatt blant norske rettsforskere (1885–1925).....	88
5.5	Høyesterett trumfer gjennom endring (1908–1935)	93
5.5.1	På linje med rettsforskerne (1908–1925).....	93
5.5.2	Bruddet i 1927	93
6	KONKLUSJON OG REFLEKSJONER	97
	DOMSREGISTER	101
	LITTERATURLISTE.....	104

1 Innledning

1.1 En kontraktsrettslig overgangstid

Tiårene rundt 1900 var en kontraktsrettslig overgangstid. I 1800-tallets markedsliberalistiske samfunn hadde kontraktsretten bygget på «Retsordenens store Hovedprincip om Borgernes Autonomi», som professor Oscar Platou (1845–1929) formulerte det i 1911.¹ Den enkeltes frihet til å disponere over sin egen formuessfære uten statlige inngrep var det ideologiske grunnlaget for kontraktsretten.² I alle fall den kontraktsretten Platou hadde arbeidet med i sitt lange virke fra 1860-tallet. Kontrasten er stor til høyesterettsjustitiarius Paal Bergs (1873–1968) formulering fra 1930 om at

«rettsordenens oppgave i samfundslivet, [er] at den ikke bare skal verne om formuesverdiene, men også om de rent menneskelige interesser og verdier. [...] usociale blir rettsnormene, når de løser rettsproblemene ut fra et individualistisk, ensidig privatøkonomisk og formuerettslig syn uten å ofre de samfundsmessige og menneskelige verdier tilstrekkelig oppmerksomhet».³

Bergs oppfatning var at kontraktsrettens dypeste begrunnelse slett ikke lenger kunne finnes i tanken om å verne borgernes frihet over egen formuessfære. Kontraktsrett måtte, som all annen rett, bygge på et helhetlig syn på hvordan man skapte et godt *samfunn*, og derfor styres av en avveining mellom interessene og verdiene i dette samfunnet. Overgangstiden mellom 1800-tallets liberalisme og mellomkrigstidens utilitaristiske samfunnsorientering, er avhandlingens tema.

Problemstillingen avhandlingen skal besvare er hvordan rettsforskere, Stortinget og Høyesterett bidro til å utforme kontraktsrettens innhold i tiårene rundt 1900. Med kontraktsrett mener jeg her regler knyttet til formuerettslige forpliktelsers stiftelse og u/gyldighet. Hovedfokuset vil være på forpliktelser som skriver seg fra en kontrakt, men jeg har også valgt å undersøke *condictio indebiti*-forpliktelser, som oppstår utenfor de egentlige kontraktsforhold. Som problemstillingen viser, har jeg anlagt et aktørperspektiv på temaet. Dette innebærer å undersøke *hvilke* bidrag rettsforskerne, Stortinget og Høyesterett ga til kontraktsrettens innhold, gjennom særlig forskningsartikler, lover og høyesterettsavgjørelser, og *hvordan* disse bidragene ble mottatt av de andre aktørene. Sier eksempelvis Høyesterett seg enig med forskernes rettsoppfatninger, og praktiserer de lovene i tråd med stortingsflertallets intensjoner? Aksepterer Stortinget lovutkastet til rettsforskeren som ledet lovkomitéen? Hvordan forholder ulike rettsforskere seg til de

¹ Platou(1911), s.539.

² Michalsen(2023), s.372–374 skriver om hvordan liberalismen som ideologi begrunnet mye privatrett i hele Europa fra rundt 1800.

³ Berg(1930), s.1. Se i samme retning Knoph(1934)a, s.7: «Istedenfor individualisme og liberalisme er det en social ånd som nu rår i formueretten. Tanken på samfundet og dets interesser har fått overvekten over den ensidige hensyntagen til individet og dets rett.»

samme politiske og rettslige debattene? Ved å undersøke slike spørsmål blir det ikke bare enklere å forklare *hvem* som bidro til kontraktsrettslig endring, *hvordan* kontraktsrettsregler ble utformet, og *når* endringsprosessene foregikk. Klarhet i disse forholdene gjør det også lettere å komme nærmere et svar på *hvorfor* disse endringene skjedde. Når jeg i kapittel 3–5 har valgt å behandle rettsforskernes bidrag først, er dette fordi disse ofte brukte sin forskning til å formulere nye idéer og argumentere for nye kontraktsrettslige regler som Stortinget og Høyesterett senere måtte forholde seg til. Det er ikke dermed sagt at initiativet til kontraktsrettslig endring alltid kom fra rettsforskningen. Å se på denne først er bare en måte å fremstille stoffet på som skal gjøre det enklere å følge endringsprosessene over tid.

Avhandlingens hoveddel er strukturert i to deler. Først, i kapittel 2, skal jeg mer overordnet behandle de politisk-ideologiske og juridisk-vitenskapelige debattene av betydning for kontraktsrett i denne perioden. Her skal jeg også kartlegge de viktigste diskusjonsdeltakerne og deres synspunkter. Dessuten skal jeg peke på tendenser i samtidens internasjonale kontraktsrettsforskning og lovgivning som innvirket på ordskiftet i Norge. Hensikten er å kunne lese debattene i sin kontekst, og dermed bedre tolke deres betydning. En interessant linje her er hvordan og hvorfor Fredrik Stangs (1867–1941) kritikk av den bestående, liberalistiske kontraktsretten ofte også ble knyttet til en kritikk av romerrett og romanistisk rettsforskning. Deretter, i kapittel 3–5, skal jeg undersøke hvordan disse mer generelle debattene innvirket på rettsforskerne, Høyesterett og Stortingets bidrag til å utforme kontraktsrettsregler. Temaene avhandlingen skal behandle er innskrenkninger av den formelle kontraktsfriheten (kapittel 3), den prekontraktuelle opplysningsplikten (kapittel 4), og *condictio indebiti* (kapittel 5).

Temaene viser ulike aspekter ved den kontraktsrettslige endringen i denne perioden: Hovedlinjen i *innskrenkningene av den formelle kontraktsfriheten* er at både rettsforskeren Stang og lovgiveren Stortinget søkte å utforme en kontraktsrett som skulle fungere som et av mange instrumenter til å bevare samfunnsordenen: Innskrenkninger i kontraktsfriheten til vern av den såkalt «svake» part ble et ledd i en større sosial-liberal oppdemningspolitikk mot sosialismens politiske krav. Denne politikken inkluderte også annen sosiallovgivning utenfor kontraktsrettens område, slik som syke- og aldersforsikring. Slik skulle man øke velferden for lavere samfunnsklasser uten å true grunnvollene i den borgerlige samfunnsorden. Resultatet for kontraktsrettens del var en reform av ugyldighetsreglene gjennom avtaleloven av 1918, og en vekst i preseptorisk kontraktslovgivning på sentrale områder. Temaet er et av de viktigste eksemplene på en mer utilitaristisk samfunnsorientering, der betraktninger om det beste for samfunnet (sosiale betraktninger) fikk større plass enn liberalismens idealer om å bevare individets frihet fra statlige inngrep. Denne rettslige endringsprosessen var langt fremme i den politiske diskursen. Det var ingen snever akademisk debatt uten særlig allmenn offentlig interesse, men ble i samtiden oppfattet som en diskusjon om hvordan samfunnet skulle organiseres idet 1800-tallets økonomiske strukturer og idealer kom under press.

Endringene i reglene rundt den *prekontraktuelle opplysningsplikten* er av en noe annen art. Hovedlinjen her er at det foregikk en utvikling vekk fra tanken om næringsdrivendes ansvar og risiko for sin egen manglende kunnskap, til en kontraktsrett som i større grad krevde at kontraktpartene utviste lojalitet og tillit overfor hverandre. Stang argumenterte for at denne lojaliteten og tilliten mellomkontraktparter ville føre til et mer samfunnsnyttig næringsliv. Her er det linjer fremover til dagens lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Utviklingen kan ses på som en vending bort fra liberalismens mer rendyrkede konkurransetanke, og foregrep på et vis fremveksten av de mer omfattende inngrepene i den frie konkurranse som skulle komme med trustloven av 1926.⁴

Utviklingslinjene knyttet til *condictio indebiti* viser hvordan kontraktsrettsregler som tilsynelatende var i periferien av de politiske og rettsideologiske debattene, indirekte ble endret som følge av disse overordnede idéstrømningene. Vendingen mot en samfunnsorientert rettsideologi på kontraktsrettens område forklarer antagelig hvorfor Høyesterett i 1927 på overraskende vis endret den tradisjonelle, individorienterte regelen om *condictio indebiti* til å bestå av en konkret avveining av reelle hensyn.

Når det gjelder tidligere rettshistoriske fremstillinger av kontraktsrett rundt 1900, har Michalsen skrevet om hvordan kontraktsfriheten kom under press fra lovgivningsmakten i denne perioden, fra både et norsk og internasjonalt perspektiv.⁵ Dessuten finnes det en rikholdig litteratur om datidens norske kontraktsrettsforskning.⁶ Andre igjen har undersøkt utviklingen på avgrensede kontraktsregelområder.⁷ I rettsdogmatiske fremstillinger av kontraktsretten er det til tider blitt lagt et historisk perspektiv på reglene, eller brukt kildemateriale fra tiden rundt 1900 for å belegge påstander om gjeldende rett.⁸ Ellers finnes det rettshistoriske fremstillinger av kontraktsrettslig endring i denne tiden knyttet til andre land enn Norge. Franz Wieacker har for eksempel skrevet fra et europeisk perspektiv med fokus på Tyskland om en vending fra en borgerskapets liberalisme til en «sosial» kontraktsrett.⁹ Formålet i denne avhandlingen er å gå mer i dybden på denne prosessen i Norge, med fokus på flere temaer enn kontraktsfrihet, gjennom å undersøke samspillet mellom ulike rettsskapende aktører.

⁴ Om konkurranserettens utvikling i Norge, se Michalsen(2023), s.447.

⁵ Michalsen(2023), s.416–418.

⁶ Hellner(1987). Gagnér(1999). Michalsen(2000). Bjørne(2002). Blandhol(2004). Bjørne(2007). Michalsen(2008), særlig kapittel 8. Michalsen(2013), særlig kapittel 9–11. Mossberg(2022).

⁷ Se eksempelvis Evju(2012) om reguleringer av arbeidskontrakten, Tamm(2015) og Blandhol(2015) om avtaleloven, og Elvevold(2023) om avtaletolkning.

⁸ I nyere tid særlig Hagstrøm(2021). Tidligere f.eks. Arnholm(1964) og Augdahl(1963).

⁹ Wieacker(1995), s.348–349.

1.2 Begrunnelsesnivå og regelnivå

I avhandlingen skiller jeg mellom normer på begrunnelsesnivå og på regelnivå. Normer på begrunnelsesnivå viser til en rekke normer på regelnivå, og ble gjerne formulert av rettsforskere i perioden rundt 1900 for å sortere tilsynelatende ulike enkeltregler under samme tankemessige størrelse.¹⁰ Man ville «betragte Retsreglerne i deres begrepsmessige og systematiske Sammenheng», ved å «opstille mer almene Regler», som Francis Hagerup (1853–1921) uttrykte det.¹¹ Jeg har valgt termene regelnivå og begrunnelsesnivå fordi rettsforskerne gjerne brukte normene på begrunnelsesnivå til å forklare og begrunne normene på regelnivå. Normene på begrunnelsesnivå avhandlingen skal behandle er særlig viljesteorien, erklæringsteorien, teorien om den synbare viljesmangel, risikosynspunktet og teorien om at resultatet beror på en interesseavveining (se særlig kapittel 2.3).

Avhandlingen vil vise at mange av aktørene oftere var uenige om normene på begrunnelsesnivået enn på regelnivået. Særlig viljesteorien skulle komme under omfattende akademisk debatt i denne perioden, uten at deltakerne i særlig grad var uenige om normene på regelnivå som kunne utledes av teorien eller som teorien var utledet av. Dette tilsier at formuleringen av normene på begrunnelsesnivå ikke bare bygde på en ren induksjon fra enkeltreglene, men også på den enkelte rettsforskers *oppfatning av normenes verdigrunnlag*.

1.3 Rettslige aktører og infrastrukturer rundt 1900

1.3.1 Dreining vekk fra den danske formuerettslige arven

Det fantes mindre norsk forskning, lovgivning, og høyesterettspraksis på kontraktsrett på slutten av 1800-tallet enn i dag. Det juridiske fakultet hadde gradvis gått fra å ha to professorer ved oppstarten i 1813, til å få sin åttende professor ved utnevnelsen av Stang i 1897.¹² Kun et fåtall av disse igjen hadde forsket på kontraktsrett. Stortinget hadde drevet en beskjedne lovgivningsvirksomhet på kontraktsrettens område etter forsøket på å lage en norsk sivillovbok strandet på 1840-tallet. Forsøket ble aldri gjenopptatt.¹³ Dette betydde at Stortingets rolle som rettsskaper var begrenset til nokså avgrensede kontraktsområder. Lovfesting av kontraktsrettsregler var avhengig av om disse hadde betydning i samtidens politiske debatt, eller om det ble tatt initiativ til lovfesting fra annet hold, som det nordiske lovsamarbeidet. Høyesterett var en ung prejudikatsdomstol, tatt i betraktning at dens domsgrunner først hadde begynt å offentlig publiseres i 1863.

¹⁰ Om uttalelser knyttet til denne systematiserende funksjonen av normene på begrunnelsesnivå, se f.eks. Hagerup(1888), s.22. Platou(1911), s.539.

¹¹ Hagerup(1888), s.19.

¹² Halvorsen(2023), s.193.

¹³ Michalsen(2023), s.397–398, 402–403.

Norge hadde enda sent på 1800-tallet bevart mye av arven fra rettsfellesskapet med Danmark som hadde eksistert før 1814. Denne arven inkluderte den kasuistiske og til dels foreldede lov-boken til Christian V (1687). I juridisk teori hadde samtidig Anders Sandøe Ørsted (1778–1860) en betydelig autoritet til langt ut på 1800-tallet i Norge.¹⁴ Michalsen har hevdet at Platous rettsvitenskapelige prosjekt i stor grad besto i å se til den tyske romerrettslige forskningen for å frigjøre Norge fra denne danske arven, for dermed å skape en selvstendig norsk formuerettsvitenskap med en større europeisk dimensjon.¹⁵ For Hagerup var det nasjonale aspektet mindre viktig, hans perspektiv var å løfte norsk formuerettsforskning på det høyere refleksjonsnivå, et nivå som fantes i tysk, ikke dansk, rettsforskning.¹⁶ Idet Hagerup og Platou begynte å tenke nytt om formuerettsforskningen, begynte samtidig samfunnsdebatten å dreie seg mot konfliktene mellom arbeiderbevegelsen og kapital. Her skulle Stortinget og venstrestyrte regjeringer ta inspirasjon fra blant annet Tyskland for å lage ny sosiallovgivning av betydning for kontrakten (kapittel 2.2, 3.5 og 3.7).

I Tyskland var imidlertid de rettslige og samfunnsmessige infrastrukturene på mange måter forskjellige fra i Norge. Frem til ikrafttreddelsen av BGB i 1900 var mye av antikkens romerske rett en subsidiær rettskilde for alle de tyske statene (*gemeines Recht*). Den kom direkte til anvendelse der de enkelte tyske statenes partikulærretter var tause.¹⁷ Dette hadde ført til produksjonen av en rikholdig privatrettslig forskning med utgangspunkt antikkens romerske rett.¹⁸ I både Tyskland og Norge fokuserte mye av kontraktsrettsforskningen på konstruksjonen av de grunnleggende begrepene som kunne forklare sammenhengen mellom de ulike positive kontraktsrettsreglene, den såkalte *konstruktivismen*. Selv om romerretten ikke gjaldt direkte i Norge, begynte flere norske rettsforskere å argumentere for at mange av de grunnleggende strukturene og begrepene var like for begge rettssystemer, norsk rett måtte ses på som en variant av europeisk rett med romerrettslige røtter. Tysk, konstruktiv forskning på romerrett ble derfor opplevd som relevant for norsk kontraktsrettsvitenskap.¹⁹ Også Tyskland var formet av konflikter mellom arbeiderbevegelse og kapitalkrefter, men sivilsamfunnet og styresettet var annerledes enn i Norge.²⁰

¹⁴ Björne(1998), s.31–32.

¹⁵ Michalsen(2013), s.247.

¹⁶ Michalsen(2013), s.246–247. Se også Björne(2002), s.216 ff. for et nordisk perspektiv på Hagerups tanker her.

¹⁷ Michalsen(2008), s.288.

¹⁸ Wieacker(1995), s.350 f. skriver om pandektvitenskapens fremste representanter og oversiktlig om dens utbredelse utenfor Tyskland.

¹⁹ Michalsen(2013), s.98–99, 214.

²⁰ Stjernø(1995), s.38–39. Sejersted(1993), s.169–172.

Rettskildesituasjonen i Tyskland ga opphav til et skille blant tyske rettsforskere mellom romanister og germanister. Dette skillet ble etter hvert overført til Norge. De tyske romanistene forsket på romerretten i *gemeines Recht*, mens germanistenes prosjekt var å finne de bakenforliggende prinsippene bak de «tyske» partikulærrettene for å konstruere en felles, tysk privatrett, uavhengig av den romerske.²¹ Skillet fikk en politisk betydning gjennom debatten mot slutten av 1800-tallet om BGB burde bygge på romersk eller germansk rett.²² I en norsk kontekst bruker jeg ordet «romanist» om forskere som så på antikkens romerrett og den tyske pandektvitenskapelige forskningen på denne som å ha en aktualitet som vitenskapelig forbilde i samtidens norske rettsforskning. Med «germanist» mener jeg forskere som i større grad ønsket at norsk formuerettsforskningen skulle vende blikket vekk fra romerrettsforskningen og mot studiet av germansk rett. Germanismen innebar en skepsis mot den romerske rettens egenskaper og en oppvurdering av germansk retts aktuelle betydning (kapittel 2.6).²³

I det følgende skal jeg se nærmere på hvilke ulike rettsskapende aktører som fantes i Norge. Jeg skal skissere hvilke forutsetninger de hadde for å skape rett i den ovennevnte dreiningen vekk fra den danske formuerettslige arven, mot en mer tyskdominert, europeisk formuerett som sto mellom germanisme og romanisme, og mellom arbeiderbevegelse og kapitalkrefter.

1.3.2 Rettsforskerne: Rettsskaping gjennom veiledning av domstolene

De mest sentrale norske kontraktsrettsforskerne rundt 1900 var Francis Hagerup, Oscar Platou, Fredrik Stang og Nikolaus Gjelsvik (1866–1938). Hagerup var professor 1887–1906, Platou 1890–1920. Begge var romanister, og sluttet seg til viljesteorien.²⁴ Da Stang begynte sin formuerettsforskning i 1896 (professor 1897–1932), posisjonerte han seg i opposisjon til Hagerup og Platous viljesteori og romanisme.²⁵ Gjelsvik ble utnevnt da Hagerup gikk av i 1906, og satt til 1936. Gjelsvik var noe mer frigjort fra de steile frontene mellom Platou/Hagerup og Stang (kapittel 2).

Rettsforskningen besto både av empirisk funderte analyser av positivt foreliggende rettsstoff, men også «friere rettsvitenskapelig politikk i bearbeidelser av rettsområder», ettersom også det

²¹ Gagnér(1999), s.362. Michalsen(2008), s.288.

²² Michalsen(2008), s.288–289.

²³ Tilsvarende terminologi hos Michalsen(2008), f.eks. s.341–342. Michalsen har skrevet om det han kaller «romerrettsideologi» i norsk rettsvitenskap på andre halvdel av 1800-tallet, og hvordan denne ble utfordret av germanismen. Samtidens norske rettsforskere brukte til tider termene «romanist»/«germanist» om sine innenlandske fagfeller, men definerte aldri selv hva romanisme og germanisme innebar i en norsk kontekst.

²⁴ Platou hadde uttrykkelig introdusert viljesteorien i norsk kontraktsrett i 1879. Se Platou(1879), s.637–647. Stang(1905), s.297. Michalsen(2023), s.414–415.

²⁵ Gagnér(1999) s.340–341 skriver om hvordan motsetningsforholdet mellom Hagerup og Stang økte i styrke etter Hagerups negative anmeldelse av Stangs *Indledning til Formueretten* i 1912.

store antall rettslige spørsmål som ikke hadde klare løsninger, måtte behandles. Rettsforskningen kunne dermed gi nye impulser til rettspraksis og lovgivning, og slik skape rett.²⁶ I samtidig metodelitteratur av Platou, Hagerup, Gjelsvik og Stang ble det nettopp gjerne fremhevet at rettsvitenskapen kunne og skulle veilede landets dommere til å treffe gode avgjørelser i sin løsning av kontraktsrettslige tvister.²⁷ Muligheten for å nå gjennom med slik veiledning ble antagelig også forsterket av at det var lite kontraktslovgivning og tidligere høyesterettspraksis å bygge avgjørelsene på (kapittel 1.3.1).

Både Stang, Hagerup, Platou og Gjelsvik satt alle som ekstraordinært konstituerte høyesterettsdommere i korte perioder.²⁸ Hagerup og Stang var sentrale politikere for Høyre.²⁹ Stang ledet dessuten den norske komitéen som utarbeidet kjøpsloven av 1907, avbetalingsloven av 1916 og avtaleloven av 1918. I disse rollene ville rettsforskerne kunne bidra til utformingen av gjeldende rett på andre måter enn gjennom forskningen. Dette gir enda en dimensjon til undersøkelsen av samtidens rettsforskning. Ikke bare hadde datidens juridiske litteratur den ovennevnte betydningen som impulsgeber til rettspraksis og lovgivning. Undersøkelsen av denne litteraturen vil også kunne si noe om hvilken virkelighetsforståelse og hvilke rettsideologiske forestillinger disse personene tok med seg inn i andre roller enn rettsforskerrollen.

1.3.3 Stortinget: Rettsskaping gjennom lovgivning

I kraft av å være den lovgivende statsmakt, har Stortinget vært en av de viktigste rettsskapende aktørene i Norge siden 1814. Stortingets politiske sammensetning gjennomgikk flere endringer i perioden rundt 1900. Mellom 1884 og 1928 vekslet regjeringsmakten mellom Høyre, radikale deler av Venstre og moderate deler av Venstre. Tidvis var det også regjeringssamarbeid mellom det moderate Venstre og Høyre.³⁰ Arbeiderpartiet vokste seg stadig større fra og med stortingsvalget 1903. Partiet fikk for første gang flest mandater i Stortinget etter valget i 1927, og dannet regjering i januar 1928. Selv om denne ble felt etter bare drøye to uker, ble Arbeiderpartiet igjen største parti i både 1930 og 1933. I 1935 gikk mindretallsregjeringen fra Venstre av, og overlot makten til Arbeiderpartiet. Partiet skulle beholde regjeringsmakten nesten uavbrutt i 30 år etter dette.³¹ Den lovgivningen avhandlingen skal behandle, vedtok Stortinget mellom 1892 og 1918.

²⁶ Michalsen(2013), s.226. Se også den klassiske rettsteoretiske fremstillingen av hvordan juridisk teori fungerer som rettskilde i Eckhoff(1971), s.227 ff.

²⁷ Hagerup(1888), s.46. Stang(1911)a, s.143. Gjelsvik(1912), s.51–55. Platou(1915), s.93, 95.

²⁸ Se f.eks. Rt-1899-192 (Hagerup), Rt-1905-629 (Platou), Rt-1912-304 (Gjelsvik) og Rt-1915-192 (Stang).

²⁹ Om Stang og Hagerups roller i Høyre, se Kaartvedt(1984), s.133–138, 255–263. Jeg bruker gjennomgående nåtidig skrivemåte av partinavn.

³⁰ Slagstad(2001), s.107 har betegnet perioden 1884–1940 som «venstrestaten», og påpeker Høyres svekkede rolle. Se i samme retning Sejersted(1993), s.176. Se Kaartvedt(1984) s.89 f. om Venstres splittelse i en radikal og en moderat fløy, og Høyres allianser med sistnevnte.

³¹ Stugu(2012), s.20–21. Se også Slagstad(2001), s.221 ff. om «arbeiderpartistaten» som en ny epoke.

Alle disse lovene ble vedtatt mens det radikale Venstre styrte, ofte under kritikk fra representanter i Stortinget som både kunne ligge til høyre eller venstre for regjeringen.

1.3.4 Høyesterett: Rettsskaping gjennom praktisering

Som landets øverste domstol var det Høyesterett som hadde siste ord i hvordan rettsnormene skulle anvendes i de enkelttilfeller den fikk til behandling. Lavere instanser rettet seg etter Høyesteretts normer, og avgjørelsene deres kunne overprøves av Høyesterett dersom partene anket. Høyesterett valgte selv hvordan den ville tolke og bruke Stortingets lover, og måtte selv fastlegge ulovfestede rettsnormer. Som avhandlingen vil vise, sto domstolen i denne perioden ofte nokså fritt fra rettsforskernes standpunkter om gjeldende rett.

I 1905 ble avdelingsordningen innført.³² I stedet for at retten alltid satt i plenum, skulle sakene behandles av avdelinger på 7 dommere, senere ble antallet redusert til 5. Høyesterettsdommerne på denne tiden var ofte uenige om hvor frie de sto til å fravike egne prejudikater. Dette førte til at de ulike avdelingene kunne komme til forskjellige resultater der det samme rettslige spørsmålet kom til behandling. Én gitt sammensetning av dommere ville kunne løse spørsmålet ved å følge et tidligere prejudikat, en annen sammensetning ville kunne fravike prejudikatet.³³ I 1926 ble plenumsloven vedtatt, som bestemte at Høyesterett skulle settes i plenum der det ble spørsmål om å fravike tidligere prejudikater eller domstolen skulle prøve lovers grunnlovsmessighet. Dette førte til økt rettsenhet.³⁴

Det fantes uenigheter om flere kontraktsrettslige spørsmål blant de enkelte dommerne. Høyesterett kan derfor ikke bare betraktes som en enhetlig institusjon, men var også en arena der de ulike enkeltdommerne diskuterte med hverandre om hvordan man skulle håndtere kontraktsrettslige tvister. Dissenser kan fortelle om hvor de ulike dommerne sto i slike diskusjoner, samtidig som enstemmighet viser at et spørsmål ikke var spesielt kontroversielt.

Høyesterett arbeidet med rettslige spørsmål ut fra perspektivet om å løse tvister. Selv om dommerne var bevisste på at avgjørelsene hadde prejudikatsverdi utover den enkelte sak, var Høyesterett tett på hvordan jusen virket i faktisk forekommende rettslige konflikter. Dette hadde betydning for hvilke regler domstolen la til grunn for å løse disse konfliktenes. Der Høyesterett så at lovgiverens eller rettsforskernes regler ikke passet med deres egen oppfatning av hva som var rett, kunne dette bidra til at Høyesterett staket ut sin egen kurs.

³² Sandmo(2005), s.46.

³³ Eriksen(2000), s.22. Sandmo(2005), s.47.

³⁴ Eriksen(2000), s.115. Sandmo(2005), s.47–52.

1.4 Avgrensninger

Jeg vil ha størst fokus på rettsforskning og lovgivning i perioden 1885–1920. Det var i denne perioden Hagerup og Platous romanistiske og konstruktive rettsforskning gikk fra å stå nærmest ubestridt, til å bli utfordret av Stangs germanisme og idéer om den sosiale formueretten. På 1920-tallet skjedde et generasjonsskifte, idet Platou og Hagerup ble erstattet av Ragnar Knoph (1894–1938), Per Augdahl (1889–1978) og Carl Jacob Arnholm (1899–1976).³⁵ I all hovedsak vil avhandlingen avgrense mot å behandle disse forfatterne, idet de i stor grad representerer nye tendenser i kontraktsrettsforskningen som på mange måter frigjorde seg fra diskusjonene som hadde knyttet seg til Hagerup, Platou og Stang. Mitt fokus er her på overgangstiden som ledet til mellomkrigstidens rettsforskning, ikke på selve denne forskningen.

Lovgivningen knyttet til kontraktsrett i denne perioden omfatter den første arbeidervernlovgivningen (1892-1919), lovgivning som grep inn i kontraktsfriheten som reaksjon på første verdenskrig (1916-1918), i tillegg til Avbetalingsloven (1916) og Avtaleloven (1918). Jeg avgrenser mot lovgivning som ikke hadde privatrettslig virkning, som altså bare foreskrev straff eller administrative sanksjoner heller enn kontraktens ugyldighet. Dette omfatter blant annet prislovgivningen under første verdenskrig.³⁶ Heller ikke Trustloven (1926) behandles. Selv om det er en viss kontinuitet mellom denne, de ovennevnte lovene og Stangs idé om den sosiale formuerett, markerer likevel Trustlovens tilblivelseshistorie et skritt videre fra de kontraktsrettslige tankemåtene som preget tiårene rundt 1900. Den brakte også med seg en konkurranserettslig dimensjon som ikke er tema her.

Utvalget av høyesterettspraksis begrenser seg til perioden 1895–1935. Jeg har valgt å se på høyesterettspraksis over en tidsperiode som også strekker seg 15 år etter 1920. Det tok tid før et tilstrekkelig antall tvister som omhandlet de kontraktsrettslige bidragene fra rettsforskerne og Stortinget jeg skal undersøke, hadde havnet på Høyesteretts bord. Undersøkelsen av høyesterettsdommer krever derfor et noe senere fokus i tid.

1.5 Metodiske refleksjoner

For å kunne si noe om rettslig endring i perioden rundt 1900, må jeg tolke innholdet i gjeldende rett slik den var for over 100 år siden. I en slik tolkningsprosess vil kjennskap til nåtidig juridisk metode gi verdifull innsikt i tekstenes meningsinnhold, men samtidig medføre en fare for en

³⁵ Platou tok avskjed som professor i 1920 og Hagerup døde i 1921. Knoph ble professor i 1922, Augdahl tok doktorgraden i 1920, professor i 1941, Arnholm doktorgraden i 1931, professor i 1933.

³⁶ Se f.eks. Provisorisk anordning om salg og utførsel av fødevarer m. v. av 4. august 1914.

anakronistisk tilnærming til stoffet.³⁷ Bevissthet på samtidens idéhistoriske kontekst og juridiske metodeoppfatninger har derfor vært nødvendig for å tolke hva samtidige rettskilder sier om innholdet i datidens rett.

I tillegg til å se på ren dogmatikkhistorie, altså utviklingen i rettsreglers meningsinnhold og kildegrunnlag over tid, har avhandlingen også et perspektiv på kontraktsrettens plass i norsk politisk og økonomisk historie. Rettsutviklingen ses på som en av flere endringsprosesser i det norske samfunnet rundt 1900. Derfor har jeg også måttet forholde meg til forskning på politisk og økonomisk historie, og sett på mange av primærkildene (som forskning, forarbeider og høyesterettsdommer) også som politiske handlinger, ikke bare som informasjonskilder til innholdet i samtidens rettsregler. Å betrakte kontraktsrettslig endring som en politisk prosess, også utenfor Stortinget, blir et viktig perspektiv når man undersøker tiden rundt 1900. Blant annet på grunn av den store andelen rettsforskere og høyesterettsdommere med politisk bakgrunn var det gjennomgående at begge grupper jurister ofte bidro til kontraktsrettslig endring i lys av den politiske og samfunnsøkonomiske virkelighetsforståelse de hadde. Et av avhandlingens viktigste temaer er derfor hvordan samtidens politiske virkelighetsforståelse kan bidra til å forklare rettslige endringsprosesser.

Flere av de rettslige tekstene avhandlingen bruker som historiske primærkilder er også rettskilder i dag, eller kaster i det minste lys over forhistorien til nåtidens rettskilder. Deler av avhandlingen kan derfor også leses som historiske perspektiver på nåtidige rettsdogmatiske spørsmål.³⁸ Dette er kanskje tydeligst når det gjelder avtaleloven (kapittel 3.7.3), opplysningsplikten (kapittel 4) og *condictio indebiti* (kapittel 5). Disse rettsområdene har i mindre grad gjennomgått endringer siden begynnelsen av 1900-tallet enn eksempelvis avbetalingslovgivningen (kapittel 3.7.2), arbeidervernlovgivningen (kapittel 3.5), og husleie- og lønnslovgivningen (kapittel 3.6). Selv om en slik rettsdogmatisk lesning er mulig, har imidlertid avhandlingen et rettshistorisk, ikke rettsdogmatisk, formål.

³⁷ Se også Hjort(2019), s.47 og Heivoll(2019), s.74–75.

³⁸ Se Hjort(2019), s.16–19 om hvordan rettshistorieforskning ofte ligger i skjæringspunktet mellom rettsdogmatikk og historie.

2 Debatter av betydning for kontraktsrettslig endring (1885–1930)

*Retten skal være social;
den skal tjene sociale formaal.*

– Fredrik Stang, 1911.³⁹

2.1 Formål og opplegg

Formålet med kapittelet er å undersøke noen av de mest sentrale debattene som hadde potensiale til å innvirke på utformingen av kontraktsrett cirka 1885-1930. I hovedsak vil fokuset ligge på Stang og hans rettsideologiske motparter Platou og Hagerup. Hagerup og Stang var dominerende skikkelser i norsk samfunnsliv og alle tre var sentrale personligheter i nordisk rettsliv. De representerte ofte de typiske motstridende posisjonene i de rettslige debattene som oppsto på denne tiden. Andre rettsforskere, Stortinget og Høyesterett måtte derfor i varierende grad forholde seg til disse tre personenes posisjoner i debattene som oppsto, selv om de ikke nødvendigvis var deltakere i ordskiftet.

2.2 Kapitalisme, sosialisme og revolusjonsfrykt

Spenningen mellom kapitalisme og sosialisme som hersket rundt 1900 førte til at medlemmer av «det borgerlige Samfund», som Stang og Hagerup, følte et behov for å reagere på det de oppfattet som en trussel mot samfunnslivets grunnleggende bestanddeler.⁴⁰ Delvis fordi sosialistene sto for en radikal politikk, delvis fordi mange sosialister ønsket å gjennomføre politikken gjennom væpnet revolusjon (ofte omtalt som syndikalisme i datidens terminologi).⁴¹ De løsningene som ble foreslått for å bøte på de politiske problemene sosialismen syntes å skape, skulle blant annet inkludere nytenkninger av den daværende liberalistiske kontraktsretten.⁴² Et resultat var Stangs lansering av en ‘sosial’ formuerett, som i stor grad dannet bakteppet for de diskusjonene jeg skal undersøke nærmere i kapittel 2.3-2.6.

I en tale fra 1906 omtalte Stang, den gang et av Høyres nyeste stjerneskudd, kampen mot sosialismen som «den største opgave som foreligger for denne slekt.»⁴³ I 1940 skrev han i sine politiske memoarer om hvilke idéer som sammen gikk under merkelappen *sosialisme* på begynnelsen av 1900-tallet i Norge. Sosialistenes viktigste politiske mål var å avskaffe privat eierskap til all fast eiendom. I tillegg ønsket de å bygge ned militæret. Stang husket at «[i]nnenfor [Arbeider]partiet gjorde syndikalistiske idéer sig sterkt gjeldende, og partiet blev i det hele

³⁹ Stang(1911)a, s.15. Alle uthevinger er forfatterens egne, med mindre annet er sagt.

⁴⁰ Myhre(2012), s.272–273 gir en oversikt over disse politiske spenningene. Se også nyanseringer hos Sejersted(1993), s.177–178. Se også Stugu(2012), s.55 og Bals(2022), s.67.

⁴¹ Sejersted(1993), s.177–178 generelt om betydningen av spenningene mellom revolusjonære og reformister i arbeiderbevegelsen.

⁴² Myhre(2012), s.272. Stugu(2012), s.56–57. Bals(2022), s.90.

⁴³ Sitert etter Kaartvedt(1984), s.258.

gjennomstrømmet av revolusjonære idéer». Han trakk frem Martin Tranmæls (1879–1967) «Dynamitt i borehullene»-tale fra 1912 som et eksempel. Her hadde Tranmæl tatt til orde for at streikende gruvearbeidere skulle skjule dynamitt i gruveborehull for å skade/drepe streikebrytere.⁴⁴

Anne-Lise Seip har trukket frem Stang som en tilhenger av en sosialpolitikk med formål om å hindre at de mest radikale sosialistiske kravene skulle få gjennomslag, det hun kaller «sosialpasifisering».⁴⁵ Mange av idéene om «sosialpasifisering» kom fra Bismarcks Tyskland, både fra rikskanslerens egen politikk og fra ideologiske strømninger i det tyske sivilsamfunnet.⁴⁶ Den viktigste tyske sosiallovgivningen var loven om sykeforsikring (1883), ulykkesforsikring (1884) og alders- og uføreforsikring (1889).⁴⁷ Den første arbeidervernlovgivningen i Norge (kapittel 3.5) fremstilles gjerne som ledd i en bredere bølge med intervensjonistisk sosiallovgivning der også ulike trygde- og forsikringsordninger inngikk.⁴⁸ Stang trakk også spesielt frem i sine politiske memoarer at det hadde vært «[e]n glede» å bidra til innføringen av sykeforsikringen i 1909.⁴⁹ Kaartvedt omtaler nettopp denne lovreformen som «[k]jernen i hans sosialpolitiske program».⁵⁰ I Stangs liberale fremskrittspolitikk inngikk dessuten nye tanker om kontraktsretten. Stang mente for eksempel at den første arbeidervernlovgivningen hadde sin nytte. Han var likevel imot at lovgivningen skulle gå så langt at den la bånd på «den frie og friske Mands Udnyttelse av sin egen Arbeidskraft».⁵¹ Det sentrale var å verne den «svake» kontraktspart (kapittel 3.3). Stangs politiske ideologi kan oppsummeres i tanken om å være *sosial*, uten å bli *sosialistisk*.⁵²

Denne sosialpolitiske ideologien var på mange måter representativ for norsk politisk høyreside rundt 1900, og flere historikere har undersøkt årsakene til at høyresiden reagerte på sosialisttrusselen med slik kompromissvilje i sosiale spørsmål. Seip har pekt på at Norges økonomiske vekst i løpet av 1800-tallet ga nye forutsetninger for en mer ekspansiv sosialpolitikk som blant annet hadde betydning for kontraktsretten.⁵³ Det er samtidig blitt fremhevet at behovet for en

⁴⁴ Stang(1946), s.9, 18.

⁴⁵ Seip(1994), s.89.

⁴⁶ Stjernø(1995), s.39 skriver om tysk velferdspolitisk historie, og trekker inn dennes innvirkning på Norge. Se også Seip(1994), s.89, Sandvik(2018), s.126 og Bals(2022), s.90.

⁴⁷ Stjernø(1995), s.30.

⁴⁸ Seip(1994), s.89–92. Slagstad(2001), s.178.

⁴⁹ Stang(1946), s.116.

⁵⁰ Kaartvedt(1984), s.257.

⁵¹ Morgenbladet(1908), s.1.

⁵² Kaartvedt(1984), s.256–259 skriver inngående om Stangs ideologi om en «liberal og sosialreformativ» politikk i perioden som høyreformann 1908–1911.

⁵³ Seip(1994), s.87. Se også Sandvik(2018) for en allmenn fremstilling av denne veksten fra rundt 1800 og inn i 1900-tallet.

slik politikk ble oppfattet som mer påtrengende, idet flere og flere ble ansatt i industrien.⁵⁴ Både høyre- og den ikke-sosialistiske venstresiden i norsk politikk så det derfor som forsvarlig å innføre sosiallovgivning som et middel til å stagge den voksende arbeiderklassens revolusjonslyst.⁵⁵ Stugu har dessuten hevdet at den «[l]iberale staten bygde på ei oppfatning om at han stod over særinteresser i samfunnet og på upartisk vis kunne finne fram til gode fellesløsninger». Selv høyresiden i norsk politikk oppførte seg derfor nokså pragmatisk, heller enn å ensidig forsvare kapitalismen mot enhver endring.⁵⁶

Skillelinjene blant høyre- og venstrefløyene i norsk politikk gikk altså ikke ut på om man overhode skulle føre en sosialpolitikk som gjorde inngrep i liberalismen eller ei. Uenigheten gjaldt hvor raskt reformene skulle skje, og hvilke samfunnsgrupper som hadde behov for vern (se eksempelvis diskusjonen som etter hvert oppsto om arbeiderne egentlig var en «svak» kontraktpart i kapittel 3.3). Statens begrensede økonomiske ressurser og faren ved å innføre store samfunnsendringer for raskt, tilsa at reformene måtte komme gradvis, mente Høyre og Venstres moderate fløy. Arbeiderdemokratene, anført av Johan Castberg (1862-1926, høyesterettsdommer 1924–1926), og mange av de mer radikale i Venstre, slik som Gunnar Knudsen (1848-1928), ønsket derimot at reformene skulle komme raskere, ofte med støtte, eller på initiativ, fra Arbeiderpartiets stortingsgruppe.⁵⁷

Hagerup virket opprinnelig i en noe annen politisk tid enn Stang.⁵⁸ Da Hagerup gikk inn i politikken på det tidlige 1890-tall, hadde allmenn stemmerett for menn enda ikke blitt innført (1898). Der Stang hadde utformet sin sosialliberale ideologi for å tilpasse seg at arbeiderklassen hadde blitt en del av velgermassen, kunne Hagerup i de tidlige 1890-årene fremdeles sentrere mye av sin ideologi rundt motstand overfor allmenn stemmerett.⁵⁹ Det ville føre til en overføring av makt til «klasse som trodde de hadde «alt at vinde og intet at tape ved en fullstendig omvæltning af [samfunnsordenen]»». ⁶⁰ Hagerup delte likevel langt på vei Stangs syn på arbeidervernlovgivningen, i det minste etter 1898: I en stortingsdebatt i 1901 betegnet han den første arbeidervernlovgivningen med dens reguleringer av kontraktsfriheten som et «betydningsfuldt humanitært fremskridt, som jeg nødig vilde have ugjort.» ⁶¹ I 1919 skrev han at en rent formell kontraktsfrihet på arbeidskontraktens område «vilde kunne lede til selve den personlige friheds

⁵⁴ Seip(1994), s.88.

⁵⁵ Seip(1994), s.88–89. Slagstad(2001), s.176–178. Myhre(2012), s.267–268, 272–274. Bals(2022), s.90.

⁵⁶ Stugu(2012), s.56.

⁵⁷ Stugu(2012), s.36–37.

⁵⁸ Kaartvedt(1984), s.133–138 fokuserer på Hagerups meninger om unionspolitikk og stemmerettsutvidelser. Hagerup var statsminister 1895–1898 og 1903–1905.

⁵⁹ Kaartvedt(1984), s.257, 135.

⁶⁰ Sitert etter Kaartvedt(1984), s.135.

⁶¹ *Stortingsforhandlinger*(1901–1902), s.890.

ophævelse».⁶² Samtidig ønsket han, som Stang, at reformene skulle skje gradvis, være grundig gjennomtenkte, og gjerne foranlediges av internasjonalt samarbeid. Sistnevnte av hensyn til norske bedrifters konkurransedyktighet på et globalt marked.⁶³ Stang og Hagerup delte altså (etter 1898) et nokså likt sosialpolitisk virkelighetsbilde, som forklarer deres ønske som politikere om å forsiktig og gradvis lovregulere arbeidskontrakten.

Som *rettsforskere* forhold Stang og Hagerup seg ulikt til de ovennevnte politiske tankene. Hagerup, støttet av Platou, hegnet i større grad om en kontraktsrett fokusert på individuell rettferdighet (kapittel 2.3), med en skepsis til at dommeren eller rettsforskeren skulle ha frihet til å fravike den positive retten (kapittel 2.5). Stang søkte derimot gjennom sin forskning å vende kontraktsretten mot det han oppfattet som en mer «social» retning, der dommeren også skulle få større frihet til å skape rett.

Stangs rettsideologiske syn på kontraktsretten var særlig inspirert av den tyske rettsforskeren Otto von Gierke (1841–1921).⁶⁴ Gierke var en betydningsfull skikkelse i tysk rettsvitenskap i tiårene rundt århundreskiftet, og en av de viktigste germanistene og romerrettskritikerne i denne perioden.

Wieacker har identifisert tre nokså ulike rettsideologiske motstrømninger til pandektvitenskapen og romerretten på andre halvdel av 1800-tallet i Tyskland.⁶⁵ Den første strømmingen kom fra utilitaristiske tenkere som også kritiserte begrepskonstruksjonene i pandektvitenskapen på ontologisk plan: begrepene kunne ikke behandles som reelle størrelser. Her hørte den eldre Jhering til, inspirert blant annet av Jeremy Benthams (1748–1832) utilitarisme og Charles Darwins (1809–1882) teori om kampen for tilværelsen.⁶⁶ Sistnevnte i Jherings syn på retten som et uttrykk for interessekamp. Jhering foregrev her interessejurisprudensen som skulle vokse seg til en dominerende kraft i tysk rettsvitenskap fra rundt 1900.⁶⁷ Den andre strømmingen kom fra sosialismen. Sosialistene kritiserte både den liberalistiske individualismen i privatretten og formalismen i rettsforskningen ut fra tanken om at denne fungerte som et instrument for å tjene kapitalen og undertrykke de lavere samfunnsklassene.⁶⁸ Den tredje strømmingen kom fra mer konservativt og nasjonalistisk orienterte rettsforskere som kritiserte pandektvitenskapens liberalistiske idégrunnlag for sin frihetstanke. Disse søkte seg tilbake til romantiske forestillinger om en «germansk» rett som vektla kollektive interesser. Her var Gierke den fremste representanten.⁶⁹

Den 25 år gamle Stang møtte Gierke ofte under sin studiereise i Tyskland i 1893, tre år etter han hadde avlagt eksamen.⁷⁰ Under oppholdet ble han overbevist av Gierkes kritiske tanker om

⁶² Hagerup(1919), s.125.

⁶³ *Stortingsforhandlinger*(1901–1902), s.890. Hagerup(1919), s.126.

⁶⁴ Michalsen(2000), s.423.

⁶⁵ Wieacker(1995), s.318, 354 f.

⁶⁶ Wieacker(1995), s.355–357.

⁶⁷ Wieacker(1995), s.318. Robbers(2019), s.141. Et sentralt verk her var Heck(1914). Se s.309 hvor Heck omtaler Jhering som «grunnleggeren av interessejurisprudensen».

⁶⁸ Wieacker(1995), s.360–361.

⁶⁹ Wieacker(1995), s.358–360.

⁷⁰ Stang(1942), s.22.

den pandektvitenskapelige kontraktsretten. Gierke og Stang så på denne som en for kapitalistisk og individualistisk rett til datidens samfunn, den var ikke *sosial*.

‘U/sosial’ var et nøkkelord i Gierke og Stangs kritikk.⁷¹ Begge forfatterne brukte det hovedsakelig i tre betydninger, slik jeg ser det: Den første betydningen knyttet seg til hvor stort hensyn retten tok til samfunnets behov. En sosial rett var en rett som søkte sin begrunnelse i samfunnsbehovene, ikke i det Gierke og Stang oppfattet som virkelighetsfjerne akademiske konstruksjoner (kapittel 2.4). Den andre betydningen av ordet knyttet seg til i hvilken grad retten beskyttet de lavere samfunnsklasser: arbeiderne, bøndene, tjenerskapet o.l. Denne betydningen av ordet skulle senere Paal Berg bruke i sin *Arbeidsrett* fra 1930, med henvisning til Stang.⁷² Her var særlig graden av kontraktsfrihet en viktig målestokk. En rent formell kontraktsfrihet ville favorisere de øverste samfunnslag og bedriftene, ettersom de som regel befant seg i bedre forhandlingsposisjoner. Den tredje betydningen var en prioritering av å tjene samfunnet som helhet. Mindre viktig var et ensidig fokus på å sikre enkeltindividet en formelt sterk privatrettslig posisjon, når man ikke tok tilstrekkelig hensyn til konsekvensene dette kunne ha på samfunnsnivå. De tre betydningene av ordet «social» gled dessuten noe over i hverandre, idet både Gierke og Stang nettopp så det som et av samfunnets viktigste behov å beskytte de lavere samfunnsklassene på bekostning av en formell privatrettslig frihet. Den pandektvitenskapelige romerrettslige kontraktsretten var derfor usosial i alle betydninger av ordet.

Gierke anså ikke den formelle kontraktsfriheten som annet enn en vei mot en alles krig mot alle. Den var «et fryktelig våpen» i den sterkes hånd, kun et «stump verktøy» i den svakes, som han uttrykte det. Den ville føre til en umoralsk utbytning av de svakere samfunnsklasser. Den var et utslag av det han mente var et romerrettslig, individualistisk, kapitalistisk og fellesskapsfiendtlig grunnsyn. Moralen måtte heller integreres i retten gjennom at rettsreglene forhindret den umoralske utnyttelse av de «svake».⁷³ Gierkes argumenter om å integrere moralen i retten setter ham i opposisjon til det pandektvitenskapens rettspositivisme, som hadde sine røtter i den historiske skolens kantianske rettsfilosofi (kapittel 2.3). I Gierkes samtid mente han å se flere eksempler på at kontraktsfriheten ble misbrukt i Tyskland, blant annet ved bruk av konkurranseforbudsklausuler.⁷⁴ Disse hindret arbeidstakere i å finne en stilling i samme bransje en viss tid etter de hadde sluttet i sin forrige jobb. Gierke impliserte at slike klausuler ofte ble akseptert av arbeidssøkende i en svak forhandlingsposisjon. Når avtalen først var inngått, ville det også bli svært vanskelig for arbeidstakeren å bytte jobb, noe som ytterligere svekket den ansattes

⁷¹ Gagnér(1999) s.376 skriver om Stangs resepsjon av ordet fra Gierke, og påpeker at Stang selv aldri ga ordet «något konkret innehåll».

⁷² Berg(1930), s.1–2.

⁷³ Gierke(1889)a, s.28–29. Gierke(1889)b, s.2–3, 23–24, 192.

⁷⁴ Gierke(1889)a, s.29.

makt vis à vis sjefen. Adgangen til å avtale slike klausuler skulle senere bli begrenset i den norske avtaleloven av 1918, der Stang spilte en sentral rolle i lovarbeidet.

En annen stor del av bakgrunnen for Gierkes kritikk var frykten for en sosialistisk revolusjon. Denne frykten er gjennomgående i Gierkes skrifter fra 1889. Hvis man ignorerte tidens behov, og brukte BGB til å lovfeste den tradisjonelle pandektretten, ville resultatet bli en lovbok som hang stivnet igjen i en annen tid, uten kontakt med den sosiale virkeligheten. Dette ville lede til en økt fare for at sosialistenes kritikk ville få gjennomslag, og føre til «ufrihet og barbari».⁷⁵ Gierke argumenterte for at man måtte komme sosialistene i forkjøpet, og gjøre retten *sosial*, for å hindre at den ble *sosialistisk*.

Michael John har søkt å plassere Gierkes argumentasjon i lys av den politiske situasjonen i Tyskland. I flere kretser ønsket man at BGB-utkastet måtte ta innover seg den politiske utviklingen Bismarcks sosiale reformer førte med seg.⁷⁶ John ser på 1880-tallets rettsvitenskapelige germanisme som en reaksjon på 1860- og 70-tallets Tysklands økonomiske liberalisme, særlig i sin kritikk av BGB-utkastets kontraktsfrihet. Gierkes argumentasjon blir på sin side satt i konteksten av en adelsvennlig, konservativ skepsis mot den økonomiske liberalismens ideologi, samt den nasjonalistiske vind som blåste over hele Europa på denne tiden.⁷⁷ John har også fremhevet sammenhengen mellom Gierke og konservative idéstrømninger i Tyskland som fryktet at den romerske tingsretten, med sin private eiendomsrett som grunnpilar, ville kunne gi de nødvendige rettslige forutsetningene som på sikt ville lede en sosialistisk revolusjon. Man måtte heller bevare en mest mulig føydal eiendomsordning, der adelen kunne ha rettslig kontroll over bøndene på godset. Gierkes kritikk av BGB på dette punktet ble dermed en del av en større politisk og akademisk debatt der man søkte å gjenopplive gamle tyske rettstradisjoner for å beskytte samfunnet mot sosialisme.⁷⁸

Som norsk jurist virket Stang i en annen rettskildestruktur og politisk virkelighet enn det Gierke gjorde. Likevel sluttet Stang seg til Gierkes kritikk av den romerrettslige kontraktsretten for å være for individualistisk og kapitalistisk.⁷⁹ Stangs resepsjon av Gierke knytter seg dels til at førstnevnte i utgangspunktet uttalte seg som deltaker i den akademiske debatten om det tyske BGB-utkastet. Stang trakk for eksempel frem, med en kritisk undertone, at «Forholdet mellem Arbeidsgiver og Arbeider [i BGB] er [...] ordnet ved en enkelt Paragraf, der giver dem begge Fuld Kontraktsfrihed» og «Adgangen til Vedtagelse av Konventionalbod for Kontraktsbrud»

⁷⁵ Gierke(1889)b, s.23–26.

⁷⁶ John(1989), s.108.

⁷⁷ John(1989), s.113.

⁷⁸ John(1989), s.111–112.

⁷⁹ Stang(1896)a, s.13–14. Stang(1896)b, s.297–298.

var fullstendig fri.⁸⁰ BGB-utkastets regler stemte her i stor grad overens med gjeldende norsk rett på tidspunktet Stang uttalte seg. Disse to forholdene skulle senere bli strengere regulert i utvidelsen av norsk arbeidervernlovgivning og i den nordiske avtaleloven av 1918. Sistnevnte med Stangs betydelige deltakelse i lovarbeidet (kapittel 3.7.3).⁸¹ Stangs argumentasjon for å tolke ugyldighetsreglene i strl.ikrl. § 17 utvidende må også leses i lys av hans tanker fra 1896 om kontraktsfrihetens farer (kapittel 3.4).

Stang var bevisst på at Gierkes kritikk var en del av i en større politisk debatt i Tyskland. Dette forsøkte han å forklare til leserne av TfR, som han mistenkte var noe uvant med at akademiske diskusjoner om formuerett kunne ha en politisk dimensjon. Stang argumenterte imidlertid for at dette tvert imot var blitt svært aktuelt i samtidens politiske klima, også i Norge, ettersom:

«Opmærksomheden [i den politiske debatten] har lidt efter lidt vendt sig fra konstitutionelle til økonomiske Spørgsmaal. Krav af den mest materielle Art har formaaet at skaffe sig Lyd og forlanger først og fremst af de statlige Organer, at de skal gribe skabende og ordnende ind i det økonomiske Livs mangfoldige Brydninger.»⁸²

I Stangs tekst trakk han fram at Gierke både gjorde front mot «Socialdemokraterne, og mod Udkastet» hva gjaldt synet på privatrettens rolle i dette nye politiske debattklimaet.⁸³ Selv om Stang ikke sa det uttrykkelig, tyder hans generelle positive holdning til Gierkes romerrettskritikk, samt hans politiske overbevisning, på at han mente at dette var beundringsverdig.

Gierke var altså sentral i dannelsen av Stangs politisk-rettsvitenskapelige ideologi i sistnevntes formative år. Et viktig aspekt ved denne var rettsforskeren Stangs tanke om at å bruke egen forskning til å fremme endringen av formueretten i «sosial» retning, var vel så legitimt som å bruke rent politiske prosesser.⁸⁴ Her tok antagelig Stang inspirasjon fra Gierkes akademisk-politiske innlegg om hvordan BGB burde se ut, og overførte det politiske aspektet ved disse tekstene til egen kontraktsrettsforskning, tross at en tilsvarende debatt ikke fantes i Norge.

2.3 Teorier om rettshandlers grunnlag

Et av kontraktsrettens mest omstridte spørsmål i Norden på denne tiden gjaldt hva som var det rettsstiftende element i «retshandler» eller «viljeserklæringer».⁸⁵ Mot slutten av 1800-tallet var den rådende oppfatningen i Norge at *avgiverens vilje* var det rettsstiftende element. Viljesteorien hadde sin opprinnelse hos den tyske historiske skole. En av dennes fremste representanter,

⁸⁰ Stang(1896)b, s.267.

⁸¹ *Utkast*(1914)a, s.3–4. Stang(1915), s.223–224.

⁸² Stang(1896)b, s.266.

⁸³ Stang(1896)b, s.267.

⁸⁴ Se Arnholm(1964), s.342 som mener at rettsforskeren Stang «først og fremst» var «rettspolitiker».

⁸⁵ Se Arnholm(1949), s.21–27 sin kritikk mot rettshandelsbegrepet der han påpeker at den begrepsmessige grensen mellom rettshandel og viljeserklæring ikke var særlig skarp.

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), argumenterte for en kantiansk viljesteori i *System des heutigen römischen Rechts* (1840–1849).⁸⁶ Savigny sluttet seg til tanken om at retten måtte være et instrument for individets frihet.⁸⁷ Herfra utviklet Savigny viljesteorien, knyttet til at rettens formål var å sikre individets autonomi over sin formuessfære.⁸⁸ «Retten tjener moralen, ikke ved å rette seg etter moralens krav, men ved å sikre den frie utvikling av den moralske kraft som finnes i hvert menneskets individuelle vilje».⁸⁹

Selv om viljesteorien ble brakt videre i pandektvitenskapen, den historiske skoles arvtagere, ble koblingen til det kantianske grunnlaget forlatt.⁹⁰ I stedet ble viljesteorien begrunnet ut fra et rent rettspositivistisk syn, altså fordi den fulgte av de interne rettsnormene. Viljesteorien kunne dermed råde så lenge en liberalistisk ideologi enda preget kontraktsrettslig dogmatisk tenkning.⁹¹ Da Platou og Hagerup resiperte viljesteorien, var det nettopp ut fra en slik rettsintern begrunnelse i samtidens liberalistiske ordning av det økonomiske liv. Den ble en norm på begrunnelsesnivå. Dels var den en begrunnelse for hele den positive privatretten, dels forklarte den det mer avgrensede spørsmålet om hva som grunnleggende sett gjorde rettshandler bindende. Viljesteoriens kantianske opprinnelse er likevel interessant, fordi det viser hvordan den bygget på en oppfatning av kontraktsretten som et middel til å tjene menneskets individuelle frihet. Dette står i kontrast til de samfunns- og moralorienterte argumentene gierkianeren Stang skulle utfordre viljesteorien med, som igjen peker frem mot mellomkrigstidens rettstenkning.

Hos Hagerup og Platou⁹² gikk viljesteorien ut på at der to mennesker avga en erklæring om å inngå en kontrakt som stemte overens med deres viljer, ville en gyldig kontrakt være inngått. Dersom de ikke avga noen erklæring overhode, men bare ville inngå en kontrakt, ville ingen kontrakt være inngått. Dersom erklæringen ikke stemte overens med viljen, *kunne* dette bety at en gyldig kontrakt ikke var inngått, og eventuelle forpliktelser mellom partene måtte ha et annet grunnlag enn kontrakt. Kontrakten ville ikke være gyldig inngått hvis man klanderverdig fremkalte en erklæring hos den andre som ikke stemte overens med hans vilje, og man måtte svare for motpartens negative kontraktsinteresse etter culpaansvaret. Der ingen av partene var å klandre, og en erklæring ikke stemte overens med den enes vilje, skulle kontrakten anses gyldig

⁸⁶ Om koblingen mellom Savigny og den historiske skole til Kant, se Wieacker(1995), s.281–282, 297–298, 306, 315.

⁸⁷ Wieacker(1995), s.282.

⁸⁸ Wieacker(1995), s.282, 297–298.

⁸⁹ Savigny(1867), s.270.

⁹⁰ Wieacker(1995), s.342.

⁹¹ Wieacker(1995), s.343, 347–349.

⁹² For en generell fremstilling av norsk viljesteori rundt 1900, se Platou(1911), s.543–555. Se også Hagerup(1894) s.41–58 der han kritiserer Lassens tillitsteori, men uten å gi en systematisk fremstilling av viljesteorien.

inngått i samsvar med dennes vilje (eller ikke inngått dersom parten ikke ville inngå noen kontrakt), heller enn i samsvar med erklæringen. Forutsetningen var at villfarelsen var vesentlig, den måtte «angaa et Punkt, *der individualiserer Retshandelen eller dens Objekt*».⁹³ Hvis man selv klanderverdig fremsatte en erklæring som ikke stemte overens med egen vilje, måtte man likevel bindes ved den. Man kunne ikke «paaberaabe sig sin egen skjødesløshed» for å gå fri fra kontrakten.⁹⁴

Dette siste punktet kan virke kontraintuitivt – hvis viljen var det rettsstiftende element, kunne man tenke seg at resultatet heller var at avgiveren gikk fri fra kontrakten, men måtte svare erstatning. Forklaringen ligger i at Platou forfektet det han selv kalte en «modificeret» viljesteori. Dette var et av Platous viktigste forsvar mot Stang og Julius Lassens (1847–1923) kritikk. Denne rammet kun «den yderste Villiestheori».⁹⁵ Hagerup mente på sin side, i alle fall i 1894, at en klanderverdig fremsatt erklæring som ikke stemte med viljen *ikke* stiftet noen forpliktelse. Han hevdet likevel at det var forenelig med viljesteorien at «Loven gjorde [avgiveren] ansvarlig for Opfyldelsesinteresse og altsaa behandlede ham, som om Viljeserklæringen var gyldig». Slike regler knyttet seg kun til omfanget av en forpliktelse som stammet fra et rettsbrudd, og rokket derfor ikke ved teorien om at viljen var det rettsstiftende element for rettshandler.⁹⁶ På regelnivå stemte Hagerup og Platous viljesteorier derfor overens også på dette punktet.

Hvilke rettsinterne normer på regelnivå mente norske viljesteoretikere å utlede viljesteorien fra? Platou trakk for eksempel frem at en avtale ble ugyldig dersom en av partene hadde fått avtalen i stand gjennom svik.⁹⁷ I det tilfellet hadde han klanderverdig fremkalt en erklæring hos den andre som ikke stemte overens med hans vilje, for eksempel ved å lyve om en salgsgjenstands egenskaper. Et annet eksempel var regelen om at sinnssyke personer ikke kunne inngå en gyldig kontrakt. Sinnssyke hadde ikke kognitiv evne til noen formuerettslig vilje.⁹⁸ Selv i de tilfeller der den andre part ikke kunne klandres for å ha fremkalt den sinnssykes erklæring, vedkommende virket for eksempel frisk, var kontrakten uansett ugyldig, og ingen måtte svare erstatning. Den sinnssyke var jo heller ikke å klandre, grunnet sykdommen kunne man ikke kreve at de avsto fra å komme med viljeserklæringer. Her hadde man altså en regel der ingen av partene var å klandre, men kontrakten ble ikke inngått i samsvar med erklæringen, heller i samsvar med (den manglende) viljen. Denne regelen brukte Platou til å argumentere for at det avgjørende for kontraktens inngåelse virkelig var *viljen*, heller enn erklæringen eller motpartens tillit til denne.⁹⁹

⁹³ Platou(1911), s.551.

⁹⁴ Platou(1911), s.548.

⁹⁵ Platou(1911), s.529.

⁹⁶ Hagerup(1894), s.51.

⁹⁷ Platou(1911), s.545.

⁹⁸ Platou(1914), s.7.

⁹⁹ Platou(1914), s.160.

Stangs konkurrerende teori, erklæringsteorien, hadde sine røtter i Lassens tillitsteori. I 1905 mente Stang at disse teoriene hovedsakelig hadde samme innhold, kun terminologien var annerledes.¹⁰⁰ Senere skulle imidlertid Stang distansere seg fra tillitsteorien.¹⁰¹ Uansett var begge teoriene dannet i opposisjon til viljesteorien. Ut fra de ugyldighetsregler som fantes i norsk rett, mente Stang at hovedregelen var at «den erklærende bindes ved, hvad han har sagt, saafremt den anden part ikke hadde adgang til at forstaa, at der er indløpet en fejl i viljeserklæringen.»¹⁰²

Hovedregelen om at erklæringen binder var ikke uten unntak, Stang var klar over at det etter visse ugyldighetsregler var viljen som var det rettsstiftende element. Dette var imidlertid ingen innvending mot erklæringsteorien, ifølge Stang. En viktig del av erklæringsteorien var at læren om rettshandlers rettsstiftende element *ikke* kunne oppsummeres i «en enkelt formel», det fantes et mangfold av rettsstiftende elementer. Disse var «utgaat fra hver sit sociale behov, har hver sin særpregede historie, og kan ikke, som viljesdogmet mener, føres tilbake til et enkelt, logisk princip».¹⁰³

Slik Stang så det, bygget viljesteorien på en apriorisk slutning fra begreper uten tilstrekkelig empirisk grunnlag i det positive rettsstoffet.¹⁰⁴ Erklæringsteorien og tillitsteorien hadde derimot en fullt ut «empirisk karakter».¹⁰⁵ I tillegg mente Stang at viljesteorien baserte seg på antagelser om forholdet mellom vilje og handling som ikke stemte med nyere psykologifaglig kunnskap, med henvisning til Ernst Zitelmanns (1852–1923) *Irrthum und Rechtsgeschäft* (1879).¹⁰⁶ Kritikken mot viljesteorien var dermed fundert i et tilsynelatende rettspositivistisk grunnsyn, denne var ikke en riktig beskrivelse av det positive rettsstoffet på regelnivå.

I tillegg til den rettspositivistiske kritikken, mente Stang også at viljesteorien ikke var forenelig med behovene til det økonomiske liv. Vurderingen av hva avgiveren av en viljeserklæring har villet, «savner al fasthet».¹⁰⁷ Det ville oppløse «al kontraktssikkerhet» og stenge «retsanvendelsen ute fra alle reale overveielser». Viljesteorien hindret dommeren fra den frihet til å «gi det fornuftigste og for samfærdslen mest skikkede resultat», at teorien dermed «flygter fra det reale og søker ly i det sjælelig skjulte».¹⁰⁸ Riktignok hadde moderne viljeteorier unngått de verste konsekvensene av «viljesdogmet» ved å gjøre «indhug» i sin lære, men han var stadig kritisk

¹⁰⁰ Stang(1905), s.348–349. Samme tolkning, Platou(1911), s.529.

¹⁰¹ Stang(1911)b, s.657. Stang(1942), s.41.

¹⁰² Stang(1911)a, s.203–204.

¹⁰³ Stang(1911)b, s.660.

¹⁰⁴ Stang(1905), s.280. Stang(1911)a, s.200.

¹⁰⁵ Stang(1905), s.348.

¹⁰⁶ Stang(1905), s.293.

¹⁰⁷ Stang(1911)a, s.198.

¹⁰⁸ Stang(1911)a, s.199.

til å opprettholde viljesteorien som «teoretisk postulat» på hva som var rettshandlers rettsstiftende element.¹⁰⁹ Her vurderte Stang viljesteoriens holdbarhet ut fra om den var forenelig med samfunnets behov, noe som peker fremover mot mellomkrigstidens rettsideologi. Det illustrerer også hvordan diskusjonen omkring viljesteori/erklæringsteori hadde en ideologisk dimensjon. Den dreide seg ikke bare om uenigheter om hvordan man best skulle forklare innholdet i gjeldende kontraktsrett, men også om hvilke verdier kontraktsretten burde ivareta. Stang søkte med erklæringsteorien å gjennomføre sitt program om en mer «social» formuerett.

Ved sitt konkurranseskrift til professoratet i formuerett fra 1897, hadde Stang i forlengelse av erklæringsteorien lansert læren om den synbare viljesmangel.¹¹⁰ Denne skulle han utbrodere i *Indledning til formueretten* fra 1911. I korthet gikk denne læren ut på at der den ene avtaleparten kunne erkjenne at motparten enten ikke ønsket å være bundet til kontrakten de inngikk, eller ikke ville avgitt sin viljeserklæring om han hadde visst hvordan forholdene ville utvikle seg etter kontrakten var inngått, ble motpartens viljeserklæring ugyldig.¹¹¹ Stang begrunnet læren i en induksjon fra enkeltregler om ugyldige viljeserklæringer i norsk rett, samt den «almindelige Opfatning i Handel og Vandel».¹¹² Læren skulle senere bli forsøkt lovfestet av forarbeidsforfatteren Stang i avtaleloven § 33 (kapittel 4.4).

Platou rettet kritikk av Stangs erklæringsteori og forsvarte viljesteorien.¹¹³ Platou hevdet bestemt at «Villiestheoriene opstiller ikke luftige theoretiske Spekulationer uden Kontakt med det faktiske Retsliv – Naturretsfilosofiens Tid er forbi». Viljesteoriene av det 20. århundret var resultatet av empiriske undersøkelser av rettsregler for å finne «almindelige Retssætninger, der anvendt paa Retslivets Fænomener giver en Løsning, som Tidens Retsfølelse finder retfærdig».¹¹⁴

Viljesteorien ble hos Platou ansett som å best stemme overens med en slik rettsfølelse fordi dens utgangspunkt var å gi «den enkelte Borger inden visse Grændser fuld Autonomi i sin Formues- og Familiesfære». Rettsordenens formål var «at den enkelte Borger selv efter sin egen Villie skal ordne sine Forhold, at disse ikke skal blive afhængige af Tilfældigheder eller Andenmands Villie, *han forpligtes, fordi han har villet forplikte sig.*»¹¹⁵ Han anklaget kritikerne av viljesteorien for å ha «kastet Retssystemets store Hovedprincip [...] overbord».¹¹⁶ Her er en

¹⁰⁹ Stang(1911)a, s.201.

¹¹⁰ Stang(1897), s.92 f.

¹¹¹ Stang(1911)a, s.446 f.

¹¹² Stang(1897), s.93–99.

¹¹³ Platou(1911), s.539 ff.

¹¹⁴ Platou(1911), s.539.

¹¹⁵ Platou(1911), s.535–536.

¹¹⁶ Platou(1911), s.539.

tydelig forbindelse til det kantianske tankegrunnlaget til Savigny, Platou ønsket å bevare det liberalismen i kontraktsretten.

I sin anmeldelse av Stangs *Indledning* stilte også Hagerup seg kritisk til erklæringsteorien. Han sluttet seg til de ovennevnte synspunktene i Platous artikkel fra 1911. Dessuten påpekte han at Stangs teori om den synbare viljesmangel paradoksalt nok stilte mottageren av viljeserklæringen i en dårligere situasjon enn moderne viljesteorier. Stang mente at dersom avgiveren av viljeserklæringen hadde en hvilken som helst forutsetning for å avgi erklæringen, som var synbar for mottageren, og mottageren burde visst at disse var uriktige, var erklæringen ugyldig. Hagerup påpekte at moderne viljesteoretikerne mente at kun *visse* slike forutsetninger skulle føre til ugyldighet i tilsvarende situasjon.¹¹⁷ Med de moderne viljesteoriene trengte altså ikke mottakeren å være like mye på vakt etter tegn til avvik mellom vilje og erklæring.

Fokuset til Platou/Hagerup og Stang er altså noe annerledes. Der Stang i større grad argumenter ut fra hva han mener er samfunnets kollektive behov, synes Platou og Hagerup at individets rettferdighetsfølelse og frihet er viktigere. Den ene betraktningssmåten er neppe mer eller mindre orientert mot samfunnsbehovene enn den andre, slik hadde Stang hevdet. Det er nok mer treffende å si at de tre rettsforskerne vektla ulikt verdier de alle mente retten skulle tjene: rettferdighet og frihet for den enkelte og nytte for samfunnet som helhet. Stangs betoning av det sistnevnte peker fremover mot mellomkrigstidens rettstenkning.

Et annet aspekt ved diskusjonen, som tydeliggjør at denne hadde et rettsideologisk element, er at Hagerup og Platous viljesteori ikke alltid var i motstrid med Stangs erklæringsteori på regelnivå. I alle fall i den forstand at samme faktum ofte ville lede til likt resultat, uansett om dommeren la viljes- eller erklæringsteorien til grunn. Stang, Hagerup og Platou ville vært enige i at det er den ytre erklæring som stifter en rett, og at der denne ikke stemmer overens med en indre vilje, kan dette etter omstendighetene føre til ugyldighet. Det at uenigheten i begrunnelsesnivå ikke nødvendigvis førte med seg uenighet på rettsregelnivå, var rettsforskerne også bevisste på selv. I flere tekststeder finner man at Hagerup, Platou og Stang nokså uttrykkelig skrev at valget av viljesteori eller erklæringsteori hadde liten betydning for løsningen av de fleste konkrete rettsspørsmål i domstolene. Dels var dette fordi teoriene bygget på induksjon fra regler de i hovedsak alle var enige om, dels fordi det ofte var vanskelig å bevise en uoverensstemmelse mellom vilje og erklæring.¹¹⁸

¹¹⁷ Hagerup(1912), s.192–195.

¹¹⁸ Stang(1905), s.280. Platou(1911), s.540. Hagerup(1912), s.192. Platou(1914), s.178.

Gjelsvik plasserte seg på mange måter mellom Hagerup/Platou og Stang i denne debatten. Han sluttet seg til viljesteorien fordi han mente denne stemte best overens med norske ugyldighetsregler, men forsøkte samtidig å distansere seg fra de steile frontene mellom viljesteoretikere og tillits/erklæringsteoretikere.¹¹⁹ Han mente partene burde erkjenne at «begge teorier kan have sine mangler og sine fordele».¹²⁰ I 1921 skrev han at «det for det praktiske livet ikkje gjer noko nemnande fraa eller til, anten ein held seg til den eine eller andre».¹²¹

Gjelsviks syn var at det rettsstiftende element i rettshandler var dels avgiverens vilje, dels rettsregler knyttet til «risikosynspunktet». Avgiveren måtte ville «utførelseshandlingen» for at en rettshandel skulle foreligge.¹²² Utførelseshandlingen var «retshandlens ydre tilkjendegivelse», altså det andre forfattere ofte kalte viljeserklæringen.¹²³ I 1912 og 1921 forklarte han synspunktet nærmere: det avgjørende var at avgiveren måtte være bevisst på at han avga et «rettshandelsutsegn». Hvis han kun ville si noe uten at det skulle ha rettslig virkning overhodet (eksempelvis i spøk), var ingen rettshandel kommet i stand.¹²⁴ Når først avgiveren hadde ment å avgi et rettshandelsutsagn/viljeserklæring, men den ytre erklæringen ikke stemte overens med avgiverens vilje, mente han at konsekvensene av uoverensstemmelsen ikke berodde på avgiverens/mottakerens skyld, slik Platou og Hagerup mente. Heller ikke var avgiveren bundet av hva mottakeren med rimelighet kunne legge i erklæringen (Lassen, Stang). Gjelsviks nye grep var å trekke inn risikosynspunktet for å avgjøre hvem som skulle bære ansvaret. Han spurte i «hvilken udstrækning kan man efter norsk ret paabyrde retshandelsgiveren risikoen for sine feiltagelser med hensyn til utførelseshandlingen?»¹²⁵ For å løse spørsmålet argumenterte Gjelsvik ut fra de «forskjellige hensyn» han mente var relevante i vurderingen av hvert enkelt «tilfælde».¹²⁶

Hagerup hadde allerede brukt risikosynspunktet for å begrunne formuerettslige forpliktelser tre år tidligere. I 1894 skisserte Hagerup det han mente var de tre alternative grunnlagene for formuerettslige forpliktelser:¹²⁷ Enten at man selv har villet forplikte seg («Retshandel»), at man har begått et rettsbrudd (culpa), eller at rettsordenen pålegger «den, der har villet Retsfølge x, tillige at svare for Retsfølge y».¹²⁸ I denne siste kategorien inngikk læren om at «den handlende

¹¹⁹ Gjelsvik(1897), s.79.

¹²⁰ Gjelsvik(1897), s.79.

¹²¹ Gjelsvik(1921), s.110.

¹²² Gjelsvik(1897), s.74–79.

¹²³ Gjelsvik(1897), s.11.

¹²⁴ Gjelsvik(1912), s.79–80. Gjelsvik(1921), s.100–101.

¹²⁵ Gjelsvik(1897), s.80.

¹²⁶ Gjelsvik(1897), s.81.

¹²⁷ Hagerup(1894), s.50–55.

¹²⁸ Hagerup(1894), s.50–52.

bærer Risikoen ved sin Handling» når han fremkaller en viss sannsynlighet for å «gripe ind i en fremmed Retssfære». ¹²⁹

Både Hagerup og Gjelsvik bygde risikosynspunktet på Joseph Ungers (1828-1913) avhandling, *Handeln auf Eigene Gefahr* (Handling på egen risiko) fra 1891. ¹³⁰ Denne gjaldt opprinnelig skadeserstatning uten culpaansvar. ¹³¹ Hagerup mente Ungers risikobegrep passet til både NL 3-21-2 sin regel om prinsipalens erstatningsansvar for fullmektigen, de «moderne Lovgivningers Bestemmelser om Ansvar for Driftsulykker o. l.» og andre erstatningsplikter uten culpa. ¹³² Gjelsvik så på risikobegrepet til Unger som noe som også passet for å beskrive enda flere grunnlag for formuerettslige forpliktelser, blant annet de ovennevnte ansvaret for uoverensstemmelse mellom vilje og viljeserklæring og for *condictio indebiti* (kapittel 5.4.5). Gjelsvik tok et skritt videre enn Hagerup og Unger ved å trekke risikosynspunktet og de avveiningene dette innebar inn i kontraktsretten.

Gjelsviks vending vekk fra den enkeltes vilje og culpavurderinger til en mer objektiv vurdering av hvem som burde få ansvaret etter en avveining av reelle hensyn, plasserer ham nærmere Stangs idéer om en mer objektivt orientert kontraktsrett. Det peker også fremover mot mellomkrigstidens bruk av slike avveininger i kontraktsrettslig argumentasjon, ¹³³ og mot dagens avtalerettslitteratur, der også risikoterminologi til tider brukes for å begrunne at avgiveren av et utsagn vil måtte bindes av det uavhengig av egen vilje. ¹³⁴

Tross ulik terminologi, kan det nok settes spørsmålsteget ved om Gjelsviks risikoteori hadde stort utslag på regelnivå sammenlignet med viljesteorien til Platou/Hagerup og Stangs erklæringsteori. Også Gjelsvik bygget sin teori på det samme positive rettsstoffet som Platou, Hagerup og Stang. I 1911 skulle dessuten Platou mene, med henvisning til Unger, Hagerup og Jhering, at der en unnskyldelig uoverensstemmelse mellom erklæring og vilje lot noen gå fri fra kontrakten, ville risikosynspunktet likevel forplikte dem til å svare for den negative kontraktsinteresse. ¹³⁵ Antagelig er det bare snakk om små umiddelbare forskjeller på regelnivå mellom de tre teoriene. Viktigst for kontraktsrettslig endring er den ideologiske dimensjonen: hvordan

¹²⁹ Hagerup(1894), s.53.

¹³⁰ Gjelsvik(1897), s.89.

¹³¹ Unger(1891), s.1–3.

¹³² Hagerup(1894), s.53.

¹³³ Se eksempelvis Arnholm(1939), s.223 knyttet til *condictio indebiti*.

¹³⁴ Giertsen(2021), s.10. Woxholth(2021), s.127. Om annen bruk av risikoterminologi i kontraktsretten, se Hagstrøm(2021), s.44.

¹³⁵ Platou(1911), s.550.

teoriene på begrunnelsesnivå svarer til motsetningen mellom individuell frihet og samfunns-hensyn som oppsto på denne tiden, og hvordan dette kunne føre til endring på regelnivå på lengre sikt.

2.4 'Virkelighetsnærhet'

Et av Stangs viktigste kritikkpunkter mot den tysk-romerske rettsvitenskapen, var at den var 'virkelighetsfjern'.¹³⁶ Også denne tanken hadde han i utgangspunktet resipert fra Gierkes germanistiske BGB-kritikk. Gierke hadde i 1889 særlig fremhevet den tyske rettens skille mellom privat og offentlig rett som roten til at mange av reglene i BGB-utkastet ikke stemte med virkelighetens behov. Dette dikotomiske skillet mellom all rett mente han var en begrepsmessig arv fra romerretten som ikke stemte med den retten Tyskland burde ha i Gierkes samtid. Den romerrettslige betoningen av individets nærmest uinnskrenkede frihet til eierskap og kontraktsinngåelse sto som en luftig, akademisk stengsel for en virkelighetsnær, sosial rett.¹³⁷ I Stangs avhandling om BGB-utkastet fra 1896 bygget han i stor grad på Gierkes kritikk. Utkastet hadde ikke sett til «Samfundets Trang» og de «sociale Forhold». ¹³⁸ Som eksempel nevnte Stang at man i BGB hadde innskrenket muligheten til å stifte tinglige rettigheter, såkalt *numerus clausus*. Begrunnelsen for dette var ikke knyttet til samfunnsbehov, men at det *begrepsmessige skillet* mellom obligatoriske og tinglige rettigheter ikke ville bli like klart dersom man ikke benyttet *numerus clausus*. Stang så på dette som et skrekkeeksempel på BGBs tendens til å vektlegge pandektvitenskapens system heller enn samfunnsbehovene.¹³⁹

Stang hadde et studieopphold i Frankrike i 1905–1906.¹⁴⁰ Her leste han med interesse Marcel Planiol (1853–1931) og hans kall om å «koble privatretten til hele samfunnslivet». ¹⁴¹ Planiol kritiserte fransk juridisk teori for å ikke stemme overens med rettspraksis. Slik teori hadde ikke «praktisk verdi», fordi studiet av slik teori gjorde at de nyutdannede juristene ville måtte trå inn i «en virkelighet som sto i motsetning til den de hadde blitt lært på universitetet». ¹⁴² Rettsforskningen burde heller være seg bevisst sin samfunnsmessige funksjon i å veilede andre jurister der rettstilstanden var uklar. ¹⁴³ Planiol betonte også at «retten er like bevegelig som livet og som menneskets oppfatninger». ¹⁴⁴ Fra dette dynamiske og uttrykkelige samfunnsorienterte synet

¹³⁶ Stang(1896)b, s.303–304. Stang(1905), s.285, 290. Stang(1911)a, s.VI, 143. Stang(1921), s.100–104, Stang(1935), s.VII.

¹³⁷ Gierke(1889)a, s.5–6, 9, 23–24, 32.

¹³⁸ Stang(1896)b, s.303–304.

¹³⁹ Stang(1896)b, s.270 f.

¹⁴⁰ Stang(1942), s.29.

¹⁴¹ Planiol(1908, 1.utg. 1899), s.VIII–IX. Stang(1911)a, s.120. Stang(1942), s.29.

¹⁴² Planiol(1908), s.IX–X.

¹⁴³ Planiol(1908), s.2.

¹⁴⁴ Planiol(1908), s.2.

på retten trakk Planiol den slutningen at jurister hele tiden måtte vurdere rettens holdbarhet ut fra utilitaristiske betraktninger: juristen måtte vurdere «rettens nytte» ut fra «rettsreglenes økonomiske virkninger og samfunnsmessige resultater».¹⁴⁵ Planiol fremhevet viktigheten av rettsvitenskapen som empirisk fundert i det positive rettsstoffet, samtidig som han opererte et eksternt rettslig vurderingskriterium for privatretten i hvilken nytte den hadde for samfunnet som helhet. Sett i sammenheng med Stangs kritikk mot viljesteorien fra 1905 for å både bygge på aprioriske slutninger og for å ikke ta hensyn til hva som ga de beste resultatene for samfunnet, ser man at Stang opererte med i stor grad de samme to vurderingskriteriene for rettens «virkelighetsnærhet» som Planiol.

Ved utgivelsen av *Indledning* i 1911, fortsatte Stang å vurdere formuerett og formuerettsforskning ut fra hvor ‘virkelighetsnær’ den var. Han mente den nyere tyske rettsvitenskapen hadde «fjernet retslæren fra livet».¹⁴⁶ Senere i verket understreket han at rettsvitenskapen måtte bygge på «kjendskap til reale livsforhold».¹⁴⁷ Han fremhevet Ørsted som en bærer av synet på retten som «praktisk, materiel», og syntes å sette seg selv i kontinuitet med dette gjennom sin «sosiale» formuerett.¹⁴⁸ I 1917 skrev Stang at når retten er «utsprunget av menneskelige behov, ligger ogsaa begrundelsen av de enkelte retssætninger i de kulturbehov, de skal tilfredsstille». Det var ikke en tilstrekkelig begrunnelse for en rettsregel å peke på at den sto i et logisk forhold til rettssystemet for øvrig, slik konstruktivistene angivelig hevdet. Å klarlegge reglenes indre sammenheng var bare én del av rettsforskningens oppgave. «Retsvidenskapen maa ogsaa sætte sig andre opgaver, og de peger utover mot rettens *sociale* funksjon.»¹⁴⁹ Stangs slagordpregede og litt uklare retorikk kan bare forstås i lys av de europeiske strømningene han var inspirert av. Meningen med kritikken av retten som ‘virkelighetsfjern’ var å si at rettsvitenskapen måtte bygge på undersøkelser av det positive rettsstoffet, og å si at rettsforskeren og dommeren måtte bygge sine vurderinger av gjeldende rett på hvilken samfunnsnytte den hadde.

Stangs påstander om den tysk-romerske formuerettstradisjonen som ‘virkelighetsfjern’ ble imøtegått av både Platou og Hagerup. Platous innvendinger kom i forbindelse med debatten om viljesteorien (kapittel 2.2). Hagerup syntes å være forundret over Stangs påstand om at den bestående kontraktsretten og hele den nyere tyske rettsvitenskapen skulle være spesielt ‘virkelighetsfjern’. Hagerup påpekte at Stangs kritikk av pandektvitenskapen her nettopp hadde sine røtter i nyere tysk rettsforskning.¹⁵⁰ Den generelle nedvurderingen av tysk rettsvitenskap Hagerup syntes å lese hos Stang, sto dessuten i et skarpt motsetningsforhold til Hagerups oppfatning

¹⁴⁵ Planiol(1908), s.12.

¹⁴⁶ Stang(1911)a, s.VI.

¹⁴⁷ Stang(1911)a, s.143.

¹⁴⁸ Stang(1911)a, s.129.

¹⁴⁹ Stang(1917), s.448.

¹⁵⁰ Hagerup(1912), s.177–178, 184. Gagnér(1999), s.364–365

av denne som en helt nødvendig impulsgiver til norsk formuerettstenkning (kapittel 1.3.1). Tysk og annen internasjonal formuerettsforskning var nødvendig for at formueretten i Norge skulle kunne nå et tilstrekkelig høyt juridisk-teknisk nivå, og dermed best tjene det samfunnet den skulle virke i.

Stangs fortelling om at tysk-romansk-inspirert formuerett var ‘virkelighetsfjern’ på denne tiden, slo likevel gjennom hos flere av mellomkrigstidens rettsforskere.¹⁵¹ Dette skyldes kanskje dels at Stang gjentok denne fortellingen i lang tid etter at Platou og Hagerup ikke lenger kunne ta til motmæle.¹⁵² En annen forklaring kan være at kritikken mot den mer individorienterte kontraktsretten – og dermed også liberalismen – som ‘virkelighetsfjern’ ga gjenklang i den sosialt orienterte formuerettsideologien som preget mellomkrigstiden.

2.5 Moral, rett og dommerens rolle

Stang og Hagerup var uenige i hvor mange av moralens normer som burde gjøres til en del av retten. Stang ønsket i større grad å inkorporere moralnormer i kontraktsretten, slik også Gierke hadde gjort. Hos Stang skulle dette skje gjennom å gi dommeren en skjønnsmessig myndighet til å bestemme hvilke avtaler som skulle bli ugyldige fordi de stred mot visse moralnormer, der dette var hensiktsmessig på samfunnsnivå. Dels argumenterte han, slik Gierke gjorde, for å innføre ugyldighetsregler som hindret utnyttelse av «svake» kontraktsparter (kapittel 3.4 og 3.7). Dels argumenterte han for at dommerne skulle ta utgangspunkt i næringsdrivendes oppfatninger av god forretningsskikk i sin bedømmelse av ugyldighetssaker mellom profesjonelle parter (kapittel 4.3).

Hagerup mente at moralen kunne og burde fungere som et normsystem i større grad uberørt av retten enn det Stang mente. Stangs ønsker om å integrere moralen i retten ga ikke noen samfunnsnytte. Tvert imot, å inkorporere moralen for ivrig og ukritisk i kontraktsretten kunne det gjøre store skader på det økonomiske liv, særlig dersom Stang fikk viljen sin i å la dommeren få en skjønnsmessig myndighet til å selv avgjøre hva som fulgte av god forretningsmoral.¹⁵³

Hagerup og Stang posisjonerte seg dermed på hver sin side i et annet viktig spørsmål i datidens metoddebatt, som hadde en nær sammenheng med deres standpunkt til hvor mye av moralen som burde integreres i retten. Dette gjaldt i hvilken grad dommeren var bundet av normene som fulgte av lov og sedvanerett. Kunne dommeren i visse tilfeller tilsidesette de normene datidens rettskilder ga ham, for å etter egne, mer subjektive vurderinger bestemme utfallet av en sak?

¹⁵¹ Knoph(1921), s.5–6. Knoph(1934)a, s.72. Knoph(1934)b, s.22, 124. Castberg(1939), s.110–112. Jeg har ikke sett Berg, Arnholm eller Augdahl uttale seg om temaet.

¹⁵² Stang(1921), s.100–104, Stang(1935), s.VII.

¹⁵³ Hagerup(1912), s.197–198. Gjelsvik(1912), s.5–9 og Gjelsvik(1921), s.7–11 drøfter forholdet mellom rett og moral uten at jeg tolker dette som et innlegg i debatten mellom Stang og Hagerup.

Medlemmene av den såkalte frirettsskolen i Tyskland tilla i større eller mindre grad dommeren en slik myndighet, for eksempel dersom tvingende rimelighetsgrunner tilsa et annet resultat enn rettskildene anviste.¹⁵⁴ Et annet, beslektet spørsmål var hvordan dommeren skulle dømme der hverken lov eller sedvanerett ga svar, og om slike rettstomme rom i det hele tatt fantes.¹⁵⁵ Debatten om disse spørsmålene spredte seg også til Norge. Her knyttet Hagerup og Stang mye av denne allmenne metodediskusjonen spesifikt opp mot kontraktsretten.

Stang mente at man måtte erkjenne at det, oftere enn tidligere antatt, fantes rettsspørsmål som hverken lot seg løse av lov eller sedvanerett.¹⁵⁶ Særlig sedvanerettens betydning som rettskilde var langt mindre enn tidligere litteratur tilbake til Savigny hadde hevdet.¹⁵⁷ Slike rettstomme rom måtte da dommeren fylle med egne normer, veiledet av rettsvitenskapen, og «tænke og føle som en lovgiver» når han dømte.¹⁵⁸ Lovgivningen hadde den siste tiden i stadig større grad lovfestet vide dommerskjønn i den hensikt å beskytte flere rettsinteresser enn det ville vært mulig å gjøre gjennom lovgivning alene.¹⁵⁹ Stang stilte seg positiv til denne utviklingen, idet han mente at dommerstanden ofte var godt egnet til å finne slike løsninger på egenhånd, særlig der de dermed brøt ned teorier som «bygget paa en ufuldstændig iagttagelse av de praktiske forhold».¹⁶⁰ I 1935 skrev han at et vidt dommerskjønn nødvendig fordi formueretten krevde langt tøyeligere regler enn tidligere.¹⁶¹

Denne generelle holdningen til dommerens rolle fikk konkrete utslag i måten Stang drøftet kontraktsrettslige spørsmål. Dommeren måtte få et nokså vidt skjønn til å avgjøre om avtaler skulle være ugyldige. Dette var tydeligst i argumentasjonen for ugyldighet på grunn av det han betegnet som «synbar viljesmangel» (kapittel 2.3). Slik han så det, ville en avtale være ugyldig hvis det ikke ville vært «hæderlig eller sømmelig» etter forretningslivets moralske normer å gjøre den gjeldende. Problemet var, innrømmet Stang, at det gjerne hersket ulike oppfatninger i bransjen om hva som var hederlig eller sømmelig. Her mente Stang at domstolen burde legge de strengeste normer til grunn «som er forenelige med forretningslivets arbeidsvilkår».¹⁶²

¹⁵⁴ Hagerup(1915), s.20, med henvisning til Max Rumpf (1878–1953) og Ernst Stampe (1856–1942).

¹⁵⁵ Wieacker(1995), s.344 f. om denne debatten i Tyskland.

¹⁵⁶ Stang(1908), s.338 ff.

¹⁵⁷ Stang(1908), s.343–344.

¹⁵⁸ Stang(1908), s.336–337. Stang(1908), s.341. Stang(1911)a, s.143.

¹⁵⁹ Stang(1911)a, s.142–143.

¹⁶⁰ Stang(1908), s.341.

¹⁶¹ Stang(1935), s.610.

¹⁶² Stang(1911)a, s.461.

Hagerup var normativt uenig i Stangs syn på dommerens kompetanse¹⁶³, selv om han erkjente at domstolene rent faktisk utøvte en vidtgående rettsskapende virksomhet.¹⁶⁴ Slik Hagerup så det, stred Stangs resonnement mot juridiske metodenormer, og ville dessuten kunne være farlig for samfunnsordenen.¹⁶⁵ Stang lot dommeren få for mye kompetanse til å skape ny rett der lov og sedvane var taus eller ikke gikk «langt nok». I flere tilfeller enn det Stang mente burde heller dommeren være bundet til å betrakte den bestående retten som uttømmende for det aktuelle spørsmålet. Domstolene hadde bare «Retsordenens Bemyndigelse til» å skape rett dersom enten (1) «Behovet for en retslig Normering skyldes enten forandrede eller ny opstaaede Livsforhold eller en Ændring i den almindelige Retsopfatning», eller (2) «Lovgivningens Taushed angaaende et Forhold alene skyldes svigtende legislativ Evne». I den siste kategorien plasserte han analogislutningene.¹⁶⁶ Der dommeren skulle utfylle rett i den første kategorien, måtte han «underordne sig de Synspunkter for Vurderingen af Livsidealerne og Livsinteresserne, som vedkommende Retsorden i det hele lægger til Grund.»¹⁶⁷ At rettsvitenskapen eller dommere derimot skulle skape ny rett ved å for eksempel dedusere nye enkeltregler fra løst funderte oppfatninger om visse generelle prinsipper som «ligger til Grund for Retsordenen», var en «Miskjendelse av Rettens Væsen».¹⁶⁸

Platou mente at de eneste rettskildene var lov og sedvanerett.¹⁶⁹ Rettsforskeren kunne likevel bruke analogiske slutninger for å finne fram til avklarte rettsspørsmål. Dette gjorde man ved å finne ut av «det Retsprincip, der ligger til Grund for, er ophavet til den gjældende Retsordnings Bud», for så å av dette prinsippet utlede «den Retsnorm, han vil have at lægge til Grund for Afgjørelsen» av et uavklart rettsspørsmål.¹⁷⁰ Hos Platou var ikke rettsforskningen en rettskilde i seg selv uten tilslutning i rettspraksis: «en Theori bliver, selv om man bakefter erkjender, at den var rigtig, ikke til Retskilde, dersom det ikke lykkes den at finde Øre hos Praxis».¹⁷¹ Platou synes ikke å ha ment at rettsforskningen helt åpent skulle komme med forslag til ny rett, heller at den bare skulle avdekke hva som fulgte av rettskildene.

Som svar på Stangs argumentasjon for et vidt dommerskjønn i ugyldighetssaker knyttet til læren om den synbare viljesmangel, spurte Hagerup retorisk om hvordan det ville gå om for eksempel en sosialistisk dommer fikk avgjøre kontraktsrettslige saker etter eget forgodtbefinnende. De

¹⁶³ Kompetansebegrepet er hentet fra Eng(2007), s.81.

¹⁶⁴ Hagerup(1915), s.25-26.

¹⁶⁵ Hagerup(1915), s.22–24, 72.

¹⁶⁶ Hagerup(1915), s.53, 51.

¹⁶⁷ Hagerup(1915), s.61. I samme retning Gjelsvik(1912), s.51 og Gjelsvik(1921), s.62–64.

¹⁶⁸ Hagerup(1888), s.20.

¹⁶⁹ Platou(1915), s.2.

¹⁷⁰ Platou(1915), s.256.

¹⁷¹ Platou(1915), s.96.

økonomiske interessemotsetningene i samfunnet var for store til å fristille dommeren på kontraktsrettens område. Her måtte dommerskjønnet begrenses mest mulig, ellers ville faren for vilkårlighet og urimelige resultater i enkeltsaker bli for stor.¹⁷² Platou kom med tilsvarende betraktninger i en kritikk av frirettsskolen i 1915. Å la dommeren operere fritt fra retten ut fra sosiale betraktninger, slik Stampe hadde tatt til orde for, ville føre «det ud i det rene Anarki».¹⁷³

Gjelsvik mente i 1912 at det «i vaar tid» ikke var noen «meiningskildnad» om «sjølve tingen», når det gjaldt spørsmålet om lov og sedvane var uttømmende. Det var et rent systematisk spørsmål, slik han så det.¹⁷⁴ Jeg er enig i at enkelte av diskusjonene om dette handlet om systematisering. Samtidig var det en reell uenighet mellom Stang og Hagerup/Platou om hvor stor frihet dommeren skulle ha til å fravike lov og sedvanerett knyttet til kontraktsrettsreglene som berørte klasseinteresser. I 1921 skrev Gjelsvik at rettsspørsmål uansett ville bli løst etter det «som høver med rettskjensla».¹⁷⁵ Her kom Gjelsvik med et deskriptivt utsagn. Fra et normativt perspektiv mente han likevel at rettsanvenderne ikke var «frie som lovgjevaren», de kunne ikke ta en «vilkaarleg løysing som han».¹⁷⁶ Gjelsvik uttalte seg her på et såpass høyt abstraksjonsnivå at jeg tror hverken Stang, Hagerup eller Platou ville vært uenige i disse påstandene.

Uenigheten mellom Hagerup/Platou og Stang illustrerer hvor ulikt de tenkte om hvordan rettens infrastruktur burde ordnes i en urolig tid. Hagerup og Platou betonet viktigheten av å la retten fastholde den balansen mellom samfunnets interessemotsetninger som politikken hadde bestemt skulle gjelde etter sine møysommelig utarbeidede kompromisser.¹⁷⁷ Stang så i større grad verdien av å la retten virke dynamisk i en tid der samfunnsbehovene endret seg raskere enn lovgivningen og sedvaneretten kunne møte dem.

2.6 Romanisme og germanisme

2.6.1 Anakronistisk og uklar terminologi i kontraktsrettsdebattene

I kontraktsrettsdebattene på denne tiden ble stadig standpunkter til de spørsmålene avhandlingen har behandlet ovenfor, knyttet til middelalderens og antikkens germanske og romerske rett. Michalsen og Bjørne har påpekt at disse to historiske rettsordningene hadde en aktualitet for rettsforskerne i Norge på denne tiden, tross den anakronismen dette tilsynelatende innebar.¹⁷⁸ De knyttet visse transhistoriske egenskaper til dem, og sammenholdt sine egne syn på

¹⁷² Hagerup(1912), s.189. Hagerup(1915), s.42, 72.

¹⁷³ Platou(1915), s.64. I samme retning, men mindre polemisk, Gjelsvik(1921), s.63–64.

¹⁷⁴ Gjelsvik(1912), s.51.

¹⁷⁵ Gjelsvik(1921), s.65.

¹⁷⁶ Gjelsvik(1921), s.64.

¹⁷⁷ I samme retning Michalsen(2013), s.217.

¹⁷⁸ Bjørne(2007), s.445–446. Michalsen(2008), s.341–342. Se Wieacker(1995) s.358–360 om anakronismen i Gierkes germanismeretorikk.

samtidens kontraktsrett opp mot hver rettsordning (kapittel 2.6.2 om hva disse egenskapene var). I tillegg hadde den tyske germanisme/romanisme-debatten innflytelse på norsk rettsvitenskap, ettersom norsk rettsvitenskap hadde vendt seg såpass mye mot Tyskland (kapittel 1.3.1).

Debatten mellom romanisme og germanisme i Norge varte fra Stangs tekster om BGB og Gierkes *Privatrecht* ble publisert i 1896, til tiden rundt 1920. Etter Hagerup døde i 1921, og Platou året før hadde tatt avskjed som professor, stilnet diskusjonen. Samtidig hadde antikkens, og særlig latinens posisjon i samfunnet og utdanningssystemet de siste tiårene opplevd en gradvis svekkelse.¹⁷⁹ Michalsen og Björne har dessuten fremhevet en økende tendens til historisering av den romerske retten i samme periode.¹⁸⁰ I 1932 vedtok en komité med Stang og hans kollega Knoph i spissen at romerrett ikke lenger skulle være et eget fag i den juridiske universitetsutdanningen.¹⁸¹ I 1935 omtalte Stang diskusjonen som et mer eller mindre tilbakelagt stadium, og kritiserte faktisk den tyske germanismen for å være for tilbakeskuende.¹⁸²

Alt dette gjorde at debatten på bare et par tiår gikk fra å stå i sentrum av en rekke formuerettsdiskusjoner til å nesten fullstendig miste aktualitet. For de fleste rettsforskere som begynte sin karriere på 1920- og 30-tallet fortonte nok motsetningen romanisme/germanisme seg som et rent historisk fenomen. Dette hadde nok også sammenheng med at disse ikke hadde forholdt seg til et Tyskland der antikkens romerske rett fremdeles var gjeldende rett. I den grad debatten enda hadde aktualitet, var det på bakgrunn av at nazistene i Tyskland hadde lovet å erstatte de romerske reglene i BGB med germansk rett, noe Knoph og Stang så på med skepsis.¹⁸³ I forfatterskapet til f.eks. Augdahl og Arnholm ble derimot romersk og germansk rett utelukkende sett på som historiske størrelser.¹⁸⁴

En ulempe med romanisme/germanisme-debatten er at det lett blir uklart hva debattantene mente.¹⁸⁵ Dette var for det første et problem i samtiden. Ofte brukte rettsforskerne mye tid på å avklare hva de *egentlig* hadde ment om et spørsmål, etter ha å blitt kritisert for det de angivelig hadde stått for fordi de var romanistister eller germanister. Det gjør det også vanskeligere å i ettertid se hva rettsforskerne reelt var uenige om, idet diskusjonene om hvordan kontraktsretten var og burde være gjerne sløres av ordbruk som preges av de upresise størrelsene «romersk» og «germansk» rett. I forlengelsen av dette ble ordene også raskt ladet med verdier, de ble honnørord eller brukt nedsettende.

¹⁷⁹ Slagstad(2001), s.112–113. Myhre(2012), s.281.

¹⁸⁰ Björne(2007), s.448. Michalsen(2008), s.353–354.

¹⁸¹ Dagbladet(1932), s.1

¹⁸² Stang(1935), s.130. Stang(1942), s.21–23.

¹⁸³ Knoph, (1934)a, s. 71–72. Stang (1935), s. 42–43. Björne (2007), s. 448–449.

¹⁸⁴ Eksempelvis Augdahl(1932). Augdahl(1953). Arnholm(1939). Arnholm(1942). Arnholm(1951).

¹⁸⁵ I samme retning Gagnér(1999) s.357–358.

2.6.2 Idéer om kontraktsrett bak ordene «romanisme» og «germanisme»

Som ledd i sitt tilbakeblikk i 1935 på debatten mellom romanistene og germanistene, skrev Stang at det avgjørende ikke egentlig var om retten var romersk eller tysk/germansk. «Spørsmålet var hva romersk rettstenkning og tysk rettstenkning innebar».¹⁸⁶ Dette er tema i det følgende. Hvilke kvaliteter knyttet til kontraktsretten tilla samtidens rettsforskere romanisme/romerrett og germanisme/germansk rett?

Det er enklest å ta utgangspunkt i de kvalitetene Stang anså romersk og germansk rett å ha, for så å løpende supplere med synspunktene til Platou og Hagerup. Av disse tre var det Stang som skrev mest om hvilke kvaliteter han mente disse rettsordningene hadde, og ordnet dem gjerne dikotomisk. Der romersk rett hadde én kvalitet, hadde gjerne germansk rett den motsatte. Platou og Hagerup uttalte seg gjerne uansett om temaet i sine svar til Stang.

Hvor kom Stangs oppfatning om at romersk og germansk rett besto av slike dikotomiske motsetninger fra? Stang hadde resipert Gierkes syn om at det gjennom den europeiske rettshistorien hadde foregått en kamp mellom romersk og tysk rett. En kamp som i Tyskland nådde et høydepunkt i forbindelse med vedtagelsen av BGB. Gierke mente at den germanske retten måtte vinne dersom den tyske kultur skulle overleve. Stang mente på sin side at en tilsvarende kamp ikke hadde skjedd i Norge, hvor man hadde «bevaret sit germanske retsgrundlag». For Norges del lå trusselen i den romerrettslig innrettede forskningen.¹⁸⁷ Denne ville for det første kunne føre til en viss resepsjon av romerske rettsregler i Norge med alle deres negative kvaliteter. For det andre var den for opptatt av begreper og abstraksjoner, og for lite opptatt av å forske på hvordan retten virket i samfunnet.

Den første dikotomien av germanske og romerske rettslige egenskaper hos Gierke og Stang var at romerretten var *individualistisk*, mens germansk rett var *sosial*. Der romerretten satte individets rettsbeskyttelse fremst i et økonomisk system bygget på en ekstrem kapitalisme og liberalisme, satte germansk rett fellesskapet og samfunnet i sentrum på bekostning av den enkeltes privatrettslige posisjon (kapittel 2.2).¹⁸⁸

Nyere romerrettsforskning har til en viss grad bekreftet Stang og Gierkes syn. Det fantes en rettskulturell forsiktighet hos romerske jurister i å argumentere for regler som kunne sensurere en inngått kontrakt fordi dens innhold virket urimelig for den ene parten. Holdningen om at

¹⁸⁶ Stang(1942), s.23.

¹⁸⁷ Gierke(1889)b, s.VI. Gierke(1889)a, s.10–12, 15. Stang(1896)b, s.265. Stang(1911)a, s.32, 56. Stang(1942), s.18.

¹⁸⁸ Gierke(1889)a, s.28–29. Gierke(1889)b, s.23–24, 192. Stang(1896)b, s.265–267.

pater familias var en fri romersk borger med ansvar for seg og sine sto sterkt gjennom hele det romerske rikets historie. Rettsordenen skulle helst ikke blande seg inn i kontraktene disse inngikk på vegne av seg og sin husstand.¹⁸⁹ Dessuten mener Wieacker at den tysk-romanske retten på 1800-tallet nettopp var en rett tilpasset en liberal, kapitalistisk samfunnsorden (kapittel 2.4).¹⁹⁰ Kanskje på denne bakgrunn sa faktisk Hagerup seg enig med Stang i at den romerske retten var individualistisk. Dette sto i motsetning til det Hagerup så på som samtidens tendens til stadig sterkere sosiallovgivning og betoning av «Samfundets Krav til Individet».¹⁹¹

Når Stang mente at romerretten var *virkelighetsfjern* og germansk rett *virkelighetsnær*, kunne derimot Hagerup ikke lenger si seg enig. Stang så på pandektvitenskapen som for opptatt av abstrakte teorier, en motsetning til en praktisk-realistisk rettsforskning.¹⁹² En ting var forskningen, men også de romerske rettsreglene mente han i stor grad var antikverte. Romerretten var tross alt «en ret som kjendte slaver, men som hverken kjente fuldmagt eller aktieselskap.»¹⁹³ Den germanske retten mente derimot Stang i 1896 at var «bøielig og elastisk som Livets egne former.»¹⁹⁴ Hagerup hevdet på sin side at om det var ett folkeslag som virkelig hadde utviklet rettsregler og en juridisk metode og vitenskap som løpende tilpasset seg samfunnets behov, var dette romerne.¹⁹⁵ Rettshistorien hadde dessuten vist at romerretten hadde en «Evne til at beherske de mest forskjelligartede Livs- og Samfundsforhold». Den hadde jo blitt resipert i såpass mange rettssamfunn. Så lenge man skilte ut de «romerrettslige Antikviteter», ville man i romerretten finne en rekke regler som «stod i Samklang ligemeget med det moderne som med det antike Liv».¹⁹⁶ Også for Platou var romerretten ofte anvendelig på moderne forhold, såfremt man forhold seg kritisk og dynamisk til den. Rettsforskere, domstolene og lovgivningen måtte bruke romernes gode idéer, men endre dem slik at de ble bedre tilpasset den moderne verden.¹⁹⁷ Å tilstrebe en slags ren, norsk rett uten det romerrettslige og internasjonale perspektivet, var han imot: «Man tror herhjemme å kunne lage sine egne rosemalte rettsregler. Det lukter av mysost og skinnfeld, men går ikke i lengden», som han sa i en forelesning.¹⁹⁸

¹⁸⁹ Zimmermann(1996), s.106–107, 166, 256, 258.

¹⁹⁰ Wieacker(1995), s.318, 354 f.

¹⁹¹ Hagerup(1912), s.185.

¹⁹² Stang(1896)b, s.251, 255. Stang(1911)a, s.VI. Stang(1942), s.33

¹⁹³ Stang(1922), s.13–14.

¹⁹⁴ Stang(1896)a, s.13.

¹⁹⁵ Hagerup(1912), s.184.

¹⁹⁶ Hagerup(1888), s.13–14. Michalsen(2008), s.299–300.

¹⁹⁷ Michalsen(2008), s.233. Michalsen(2013), s.229.

¹⁹⁸ Østlid(1952), s.126.

I tillegg så Stang romerretten som *subjektivt orientert*, germansk rett som *objektivt orientert*.¹⁹⁹ Dette var Platou enig i, men han så på den gamle germanske rettens orientering til det objektive som noe naivt.²⁰⁰ Stang mente derimot at det subjektive var overdrevet i nyere pandektvitenskap, man måtte derfor hente inn igjen flere av de objektive standpunktene den germanske retten hadde stått for, slik som objektivt erstatningsansvar og erklæringsteori. Dette hang sammen med å gjøre retten mer samfunnsmessig og mindre individualistisk, hevdet Stang.²⁰¹ Stang roste dessuten Julius Lassen for å ha «løst Læren [om villfarelser] fra dens romanistiske utgangspunkt, idet han bygger på Viljeserklæringen og ikke på Viljen.»²⁰² Det «gamle germaniske standpunkt» hadde, ifølge Stang, vært at «Vildfarelsens betydning beror på, om den har været kjendelig eller ikke.»²⁰³

En annen negativ kvalitet Stang så i romerretten var at den var *stivnet*. Den manglet dynamikk, blant annet i sin skepsis til dommerskjønn. Romanismen hadde, mente Stang, «gjennomgående stillet det krav at rettsreglene skulde ha skarpe grenser, så lite som mulig skulde overlates til dommerens frie skjønn». Motsatsen her var riktignok ikke eldre germansk rett, men heller en moderne rettsutvikling der dommerskjønnet hadde fått stadig mer plass.²⁰⁴ Ettersom denne delen av Stangs romerrettskritikk først ble fremmet i 1935, svarte ikke Platou eller Hagerup på den i kraft av å være et angrep på romerretten. I kapittel 2.5 skrev jeg om Hagerup og Platous skepsis til Stangs ønske om et vidt dommerskjønn, men denne debatten foregikk uavhengig av diskusjonen romanisme/germanisme. Det gir rom for en interessant observasjon: i ettertid ble tendensen hos Stang til å koble de juridiske standpunkt han var uenige i til begrepet «romerrett» noe forsterket, sammenlignet med i hans yngre år. Dette kan ha en kobling til samtidens nedvurdering av antikken: Å kalle en egenskap ved kontraktsretten «romerrettslig» kan ha gjort kritikken mot denne egenskapen mer overbevisende.

¹⁹⁹ Stang(1905), s.283. Stang(1911)a, s.12

²⁰⁰ Platou(1897), s.258–259.

²⁰¹ Stang(1905), s.284, 300. Stang(1911)a, s.12, 15, 204.

²⁰² Stang(1897), s.58.

²⁰³ Stang(1897), s.4.

²⁰⁴ Stang(1935), s.610. Stang(1942), s.18.

3 Innskrenkninger av den formelle kontraktsfriheten

*[E]n mand er en mand og et ord er et ord,
og lovgivningen skal ikke fravike dette
princip, uten hvor det er høist nødvendig.*

– Otto Bahr Halvorsen, 1916.²⁰⁵

3.1 Formål og opplegg

Hovedlinjen dette kapittelet skal følge er hvordan den formelle kontraktsfriheten som hadde hersket i kjølvannet av liberalismens fremvekst fra rundt 1800, kom under press.²⁰⁶ Med formell kontraktsfrihet mener jeg fraværet av regler som innskrenker partenes kontraheringskompetanse. Fullstendig formell kontraktsfrihet betyr at ethvert sett med parter, i enhver situasjon, har en evne til å inngå bindende kontrakter om hva som helst, eller velge å ikke gjøre dette.

Kapittelet viser at kontraktsretten ble endret for å løse det rettsforskere og politikere så på som nye samfunnsproblemer, gjennom å implementere samtidens sosialliberale ideologi i denne. Dette skjedde gjennom (1) en økning i preceptorisk kontraktslovgivning, som gjerne ble gitt sammen med offentligrettslige reguleringer for å løse bestemte samfunnsproblemer.²⁰⁷ Slik sett gikk det et ekko tilbake til Gierkes ønske om å løse opp de angivelig romerrettslige skillene mellom privat og offentlig rett (kapittel 2.4). (2) En reform av de alminnelige ugyldighetsreglene i avtaleloven av 1918. Disse ble i stor grad utformet under Stangs påvirkning, og reflekterte hans program om en sosial formuerett. Utviklingen fra 1800-tallets ågerlovgivning til avtaleloven § 31 er et eksempel på hvordan Stangs ønske om å i større grad implementere moralnormer i retten ble gjennomført på.

3.2 Rettstilstanden på slutten av 1800-tallet: vid kontraktsfrihet

På slutten av 1800-tallet hadde norsk rett en vid kontraktsfrihet som bygget på et økonomisk-liberalistisk grunnsyn. Den største forskjellen mellom nåtidens og datidens rett besto først og fremst i at man ved inngangen av 1900-tallet hadde svært få regler om ugyldighet til vern av svake kontraktparter. Likevel var det enkelte skranker. Kontrakter var også på den tiden ugyldige dersom deres innhold stred mot lov eller ærbarhet, jf. NL 5-1-2.²⁰⁸ Regelen omfattet for

²⁰⁵ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.558. Sagt under stortingsdebatten om avbetalingsloven.

²⁰⁶ Se Michalsen(2023), s.372–374 om fremveksten av en liberalistisk kontraktsrett fra rundt 1800.

²⁰⁷ Evju(2012), s.158. Evju skriver om frigjørelsen fra skillet mellom offentlig og privat rett som et av flere utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten i denne perioden.

²⁰⁸ Platou(1899), s.319, 432–433. Hagerup(1884), s.6. Hagerup(1916), s.76–77.

det første at man ikke gyldig kunne forføye over de «uafhængelige retsgoder»: liv, helse, lemmer, ære og frihet.²⁰⁹ Dessuten var forpliktelser oppstått ved veddemål og hasardspill uforbindende, jf. NL 5-13-53.

NL 5-1-2 sin henvisning til «lov» ble på denne tiden tolket som å vise til preseptorisk kontraktslovgivning.²¹⁰ Mot slutten av 1800-tallet hadde man enkelte slike lover som hadde til formål å beskytte den svake kontraktspart, særlig for husmenn, og i bergverks- og sjøfartsnæringen.²¹¹ Antallet slike lover var imidlertid langt mindre enn det som er tilfelle i dag. Hallager-Aubert nevnte bare tre ulike lovbestemmelser som var ment å hindre at den ene kontrahenten «vil benytte sig av sin Stilling til at trykke eller forurette den anden».²¹² Forfatterne understreket at slik lovgivning var «rene Undtagelser» fra prinsippet om kontraktsfrihet i NL 5-1-2, «og at derfra ingen almindelig Regel maa udledes».²¹³

3.3 Forestillingen om den «svake» kontraktspart

En forutsetning for utviklingen vekk fra den ovennevnte rettstilstanden var samtidens forestilling om den svake kontraktspart. Som nevnt i kapittel 2.2, var Stang allerede i 1896 kritisk til «fuld kontraktsfrihet» i forholdet mellom arbeider og bedrift.²¹⁴ I 1911 skrev han at «fuld frihet paa næringslivets omraader fører til, at den sterkere undertrykker den svake».²¹⁵ Men hvem var denne «svake»? Stang ga aldri noen klar definisjon, men ulike tekststeder kan samlet sett tegne et bilde av hvem han mente. Foruten «arbeiderne», trakk Stang også frem «forsikringstagerne» som sårbare «mot overgrep fra selskapernes side».²¹⁶ I andre tekststeder, både i forskning og forarbeider, skulle han inkludere andre personer som han oppfattet å være sårbare overfor utnyttelse, for eksempel på grunn av sin manglende kunnskap, mentale tilstand eller sosiale stilling (kapittel 3.4.3 og 3.7.3) eller fordi de hadde lite erfaring som næringsdrivende (kapittel 3.7.2).

Terminologien rundt den «svake» part gjenfinnes også i stortingssalen. Sosialkomitéens flertall omtalte for eksempel i 1901 «de svages overdrevne udnyttelse i det industrielle arbeide» som en av begrunnelsene bak sine reformforslag til fabrikktilsynsloven.²¹⁷

²⁰⁹ Hallager-Aubert(1896), s.36, 41. Hagerup(1916), s.77.

²¹⁰ Hallager-Aubert(1896), s.32.

²¹¹ Dege(2009), s.35. Jakhelln(2006), s.142–143.

²¹² Hallager-Aubert(1896), s.39.

²¹³ Hallager-Aubert(1896), s.39.

²¹⁴ Stang(1896)b, s.267.

²¹⁵ Stang(1911)a, s.15. Se også Stang(1896)b, s.297–298.

²¹⁶ Stang(1911)a, s.15.

²¹⁷ Indst.O.nr.5(1901–1902), s.2.

Høyres Odd Klíngenberg (1871-1944) utfordret imidlertid dette narrativet i en stortingsdebatt om et annet slikt reformforslag i 1909: «Man sagde, at arbeiderne er jo de svagere [...] men nei min sandten om det gjælder nu.» Klíngenberg pekte på at fagforeningene nå kunne ivareta arbeidernes interesser i kontraktsforhandlinger på en tilstrekkelig måte. Lovgivningen trengte derfor ikke å gripe inn.²¹⁸ Venstres Andreas Hansson (1853-1923) svarte med å vende debatten vekk fra spørsmålet om arbeiderne var «svake». Han trakk heller frem at det neppe var ønskelig å oppfordre til kamper mellom fagforeninger og arbeidsgiverorganisasjoner, «denne krig på kniven» med streiker og lockouter. Bedre var det med en lov som «afverger disse stridigheder arbeidere og arbeidsgivere».²¹⁹

Høyesterett benyttet ikke den samme terminologien. De karakteriserte ingen av partene i noen tvister knyttet til eksempelvis arbeid, husleie eller knyttet til avtaleloven som «svak» eller «sterk». Det er ikke dermed sagt at rettens medlemmer ikke var bevisste på Stangs og stortingspolitikernes forestillinger om at det i slike kontraktsforhold gjerne fantes en svak og sterk part. Hensynet til å beskytte den svake part ble bare aldri *åpent* tillagt vekt i domsgrunnene (kapittel 3.8).

3.4 Stang og Hagerup i debatt om straffelovens ikrafttredelseslov § 17 (1911–1912)

3.4.1 Fra renter til utnyttelse generelt

En første måte den formelle kontraktsfriheten ble innskrenket, skjedde gjennom utvidelsen av ågerreglene fra utelukkende å være en regulering av pengelånsavtaler, til å bli en regel om at alle kontrakter som bygget på utnyttelse var ugyldige, jf. avtaleloven § 31. Temaet i dette delkapittelet er rettsforskningens rolle i denne endringsprosessen.

3.4.2 Nye ågerregler i 1902

Lov om rentefodens frigivelse og straf for aager (1888) forbød *åger*. Ågerbegrepet innebar for det første å ta for høye renter. Dette hadde sin rot i det gammeltestamentlige renteforbudet.²²⁰ I tillegg forbød loven kreditor fra å «nytte[...]» debtors «Nød, Letsind, Forstandssvaghed eller Uerfarenhed» til å tilby «Pengeforstrækning» eller «Henstand med Pengekrav» mot en formuesfordel som sto i «aabenbart og stærkt Misforhold, hvad der ydes Skyldneren», jf. § 4. Slike avtaler skulle være ugyldige etter § 5. Loven knyttet seg altså kun til pengelån, og hadde til formål å hindre utnyttelse av debitor, både med straff og privatrettslig ugyldighet som virkemidler.

I straffeloven av 1902 § 295 ble ågerbegrepet fra 1888 utvidet til å gjelde for *enhver* rettshandel, ikke bare låneavtalene. Vilkaarene om at man måtte ha utnyttet noens «Nød, Letsind, Forstandssvaghed eller Uerfarenhed» til å oppnå et vederlag som sto i «aabenbart og sterk Misforhold» til ytelsen, gjaldt fremdeles. Straffelovens ikrafttredelseslov av 1902 § 17 innførte samtidig en

²¹⁸ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.362.

²¹⁹ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.365.

²²⁰ Michalsen(2023), s.82, 84–85.

kontraktsrettslig ugyldighetsregel som sa at enhver «[r]etshandel, som er strafbar efter nogen af straffelovens §§ 295-297, er uforbindende.» Når man fikk et nytt strafferettslig ågerbegrep, mente lovkomitéen bak ikrafttredelsesloven at også de privatrettslige virkningene burde endres for å samsvare med dette.²²¹ Den privatrettslige siden av ågerregelen var altså ikke en del av et ideologisk program om å innskrenke kontraktsfriheten til vern av den «svake» kontraktspart, men et utslag av et ønske om sammenheng i rettssystemet.

Bestemmelsen var uansett neppe særlig egnet til å tjene til et slikt vern, selv hvis dette hadde vært formålet. Alle straffbarhetsvilkårene måtte være oppfylt, også i sivile søksmål. Å bli anklaget for åger var dessuten en moralsk belastende beskyldning på denne tiden.²²² Det kan være vanskelig i dag å forestille seg omfanget av negative konnotasjoner noe slikt kunne føre med seg, særlig også med tanke på hvor nært knyttet ugyldighetsregelen var til et straffebud. Terskelen for å påberope den i privatrettslige tvister ble derfor høy. Dette kan bidra til å forklare hvorfor den heller aldri ble påberopt i Høyesterett (kapittel 3.8).

3.4.3 Spørsmålet: om bestemmelsen skulle tolkes utvidende

Allerede i 1911 mente Stang at bestemmelsen ikke gikk langt nok i å beskytte svake kontraktsparter, og i førsteutgaven av *Indledning* argumenterte han for å tolke den utvidende. Stang tolket bestemmelsen slik at ugyldigheten også skulle ramme tilfeller der noen hadde inngått en kontrakt ved å ha «utbyttet en andens uforstand, sindsoprør, karaktersvakhet eller underlegne sociale stilling».²²³ Dermed ville regelen verne en langt større gruppe av svake kontraktsparter enn det bestemmelsens ordlyd egentlig hjemlet. Stang hadde i hovedsak to argumenter for sin utvidende tolkning. Det første gikk ut på at dette kunne begrunnes i læren om den synbare viljesmangel. Det andre gikk ut på at det var hensiktsmessig å tolke regelen utvidende. Hagerup stilte seg kritisk til dette. Mot slutten av livet trakk Stang selv frem debatten som oppsto mellom ham og Hagerup om dette spørsmålet som et viktig stridspunkt i norsk formuerett.²²⁴

3.4.4 Uenigheten om den juridiske metoden

Den første uenigheten gjaldt Stang og Hagerups ulike metodiske innfallsvinkler til spørsmålet. Stang mente at bestemmelsen var «teoretisk set overflødig. Den flyter nemlig av almene retsregler», i form av å være et utslag læren om synbar viljesmangel.²²⁵ Tanken var at svakere kontraktsparter ikke alltid visste hva en kontrakt egentlig gikk ut på, og/eller at de gjerne befant

²²¹ *Motiver*(1896), s.53

²²² Se f.eks. Meyer(1902), s.1081. I denne fremmedordboken blir «aagerkarl» brukt som synonym for vampyr.

²²³ Stang(1911)a, s.520.

²²⁴ Stang(1942), s.34.

²²⁵ Stang(1911)a, s.521.

seg under et sterkt press til å inngå den. Dette var igjen synbart for motparten, som dermed ikke burde kunne bygge rett på erklæringen.

Hagerup kritiserte bruken av læren om den synbare viljesmangel til å begrunne såpass vidtgående ugyldighetsregler som Stang argumenterte for. Kontraktsfrihet var den klare hovedregelen, inngrep i denne måtte ha grunnlag i lov eller sedvanerett. Slik han så det, tydet henvisningen i strl.ikrl. § 17 til oppregningen av straffelovens ågerbud på at ugyldigheten skulle begrense seg til kun å gjelde i disse tilfellene. Man måtte derfor slutte antitetisk fra bestemmelsen, ikke tolke den utvidende. Ved sin tolkning viste Stang seg som «en sand «Frirets»mand», som overså «Grænserne mellem Moral og Ret».²²⁶ Her var nok Hagerup vel krass. Stang tilhørte nok aldri den mest radikale delen av frirettsskolen, han mente ikke at den positive retten kunne tilside-settes i alle tilfeller der dommeren mente dette var mest rimelig.²²⁷ Kjernen i uenigheten knyttet seg antagelig til deres ulike syn på hvilken kompetanse dommeren burde ha til å fravike lov og sedvanerett i kontraktsrettslige spørsmål med en sosial dimensjon.

3.4.5 Uenigheten om reglene var hensiktsmessige *de lege ferenda*

Stang mente at en antitetisk tolkning gjorde bestemmelsen «vilkaarlig og alt for snever». Regelen fikk et for smalt anvendelsesområde hvis utnyttelsen måtte oppfylle de alminnelige straffbarhetsvilkårene. Det samme gjorde straffebudenes krav om at misforholdet mellom vederlag og ytelse måtte være «aabenbart og sterkt».²²⁸ Her foregrev Stang det radikale Venstres innvendinger mot bestemmelsen (kapittel 3.6.1). Konsekvensen av Stangs argumentasjon var å tillate dommeren å utvide regelens virkeområde uten hjemmel i positiv rett.

Hagerup mente at dette ga dommeren en for vid skjønnsmessig myndighet til «paa det alvorligste at tilsidesætte det praktiske Omsætningslivs Tarv.»²²⁹ Slik jeg tolker Hagerup, så han bestemmelsen som et kompromiss mellom motstridende klasseinteresser, noe som tilsa at dens virkeområde ikke burde utvides (kapittel 2.5). Med tanke på at bestemmelsen først og fremst hadde en strafferettslig dimensjon, heller enn en sosialpolitisk dimensjon (kapittel 3.4.2), kan det spørres om den virkelig var utslag av et bevisst klassekompromiss. Kanskje for å imøtegå Hagerups kritikk, søkte Stang å heller få lovfestet sin utvidende tolkning gjennom avtaleloven § 31 (kapittel 3.7.3).

²²⁶ Hagerup(1912), s.197–198.

²²⁷ Han skulle senere skrive at frirettsskolen hadde forfalt til «uhyrligheter», se Stang(1922), s.10.

²²⁸ Stang(1911)a, s.519–52.

²²⁹ Hagerup(1912), s.198.

3.5 Arbeidervernlovgivningen (1892–1919)

3.5.1 Samtidige oppfatninger om behovet for arbeidervernlovgivning

Arbeidervernlovgivningen innebar preseptoriske reguleringer av en praktisk viktig del av kontraktsretten: arbeidskontrakten. Utviklingen i tiårene før og etter 1900 gikk fra et arbeidsliv preget av uorganiserte arbeidere og mangel på preseptorisk kontraktslovgivning, til fremveksten av sterke fagforeninger og en stadig ekspanderende arbeiderlovgivning. Anne-Lise Seip har beskrevet dette som en overgang fra tanken om den såkalte «frie arbeider» til tanken om «den organiserte arbeiderbevegelse».²³⁰ Slagstad har koblet de løsningsmekanismene som ble utviklet som svar på konflikten mellom fagbevegelsen og kapitalen (forliksmegling og voldgift) sammen med arbeiderlovgivningens preseptoriske kontraktsregler i det han kaller en «konstitusjonalisering» av arbeidet. Her var Johan Castberg, Gunnar Knudsen og Paal Berg sentrale aktører. De hadde alle et ønske om arbeidslivet som et «velregulert samspill under statlig direksjon», som Castberg formulerte det.²³¹

I det følgende vil fokuset være på forarbeider og stortingsdebatter knyttet til den preseptoriske kontraktslovgivningen rundt arbeidspørsmålet, først og fremst debattene om det Slagstad mener var «[d]en store strid»: normalarbeidsdagen.²³² Normalarbeidsdag innebar at arbeidstiden ikke skulle overstige et visst antall timer i løpet av et døgn, med mindre arbeideren fikk overtidsbetaling. En normalarbeidsdag på ti timer ble foreslått allerede av Arbeiderkommisjonen i 1888, men ble først vedtatt av Stortinget i 1915. Åtte-timersdagen kom i 1919. Formålet er å vise på hvilken måte Stortinget kunne fungere som en arena for kontraktsrettslig endring vekk fra liberalisme og mot en større sosial samfunnsorientering. Mot slutten av delkapittelet vil jeg skrive litt om Hagerup og Stangs rolle i disse debattene.

I 1885 nedsatte statsminister Johan Sverdrup (1816–1892) en kommisjon for å utrede «Forslag til Love og andre Foranstaltninger sigtende til at komme den ubemidlede Del af befolkningen til Hjælp under dens Bestræbelser for at sikre sin økonomiske Stilling og forbedre sine Livsvilkaar.»²³³ Sverdrup ønsket å «modvirke det store og stigende Fattigonde» han mente fantes blant arbeiderne i Norge. Han pekte på at andre europeiske land hadde igangsatt tilsvarende reformer, der riktignok «sosiale Onder» knyttet til arbeidernes levekår forekom i et større omfang enn for Norges del. Sverdrup så det likevel hensiktsmessig å utrede arbeiderlovgivningsreform også i Norge, før situasjonen eventuelt ble verre.²³⁴

²³⁰ Seip(1994), s.116–121.

²³¹ Slagstad(2001), s.179–183.

²³² Slagstad(2001), s.178.

²³³ St.prp.nr.8(1885), s.1.

²³⁴ St.prp.nr.8(1885), s.2. Slagstad(2001), s.177.

Kommisjonen besto av to representanter fra arbeidstaker- og fire fra arbeidsgiversiden, tre politikere fra Venstre (før splittelsen), en statistiker, og kommisjonens formann, daværende amtmann Christian Arneberg (1829–1911), som senere skulle bli justisminister for Høyre 1890–1891 i Emil Stangs første regjering. De leverte sin innstilling til Indredepartementet i 1888.²³⁵ To år senere ble saken for første gang forelagt Stortinget, men behandlingen ble utsatt to ganger, og det som ble hetende fabrikktilsynsloven ble først vedtatt i 1892.²³⁶

Da Indredepartementet ved statsråd Johan Thorne (1843–1920, Høyre) la frem odelstingsproposisjonen til fabrikktilsynsloven for Stortinget i 1890, tegnet departementet et bilde av et Europa der motsetningene mellom «Kapitalisternes Faatal og Haandarbeidernes store Mængde» tidvis hadde forårsaket store «Rystelser».²³⁷ Selv om Norge ikke kunne «henregnes til Fabriklandene», burde man likevel være på den sikre siden og følge den internasjonale tendensen til å gi lovreformer knyttet til «Arbeidersagen». I korthet gikk disse utenlandske arbeiderlovene ut på å

«sikre Omgivelserne og Publikum i Almindelighed mod Fare og Ulemper af Fabrikdriften og specielt at betrygge de derved sysselsatte Arbeideres Liv og Helse saavelsom i det Hele for at hidføre en arbeidsorden og Arbeidsvilkaar, der ikke er til Skade for Arbeidernes Sundhed, Moral og Sædelighed».²³⁸

Arbeiderkommisjonen beskrev formålet med loven som å «forminske de af den udviklede moderne Industridrift følgende Farer for de arbeidende Klassers legemlige og aandelige Velvære.»²³⁹ Slik kommisjonen så det, måtte dette gjøres blant annet ved å «unndrage Forholdet mellem Arbeidsgivere og Arbeidere den fulde Kontraktsfrihed», blant annet ved å innføre normalarbeidstid på ti timer.²⁴⁰

Arbeiderreformene rundt 1900 var ikke et sosialistisk prosjekt, initiativet, utarbeidelsen, og vedtakelsen av lovene ble gjort av ikke-sosialister.²⁴¹ Bakgrunnen synes å ha vært et ønske om å både bevare sosial orden og å bedre levekårene for arbeiderklassen så langt dette ikke gikk

²³⁵ Arbeiderkommisjonen(1888), s.1, 113. Ot.prp.nr.8(1890),s. 1.

²³⁶ Ot.prp.nr.26(1892), s.1. *Love*(1892), s.15.

²³⁷ Ot.prp.nr.8(1890), s.1.

²³⁸ Ot.prp.nr.8(1890), s.2.

²³⁹ Arbeiderkommisjonen(1888), s.9–10.

²⁴⁰ Arbeiderkommisjonen(1888), s.4, 9–10.

²⁴¹ Sejersted(1993), s.176 har karakterisert «den demokratiske venstrebevegelse» under Michelsen, Knudsen og Konow som den «drivende kraft i norsk politikk» på denne tiden, idet de så seg selv som «strateger for nasjonens modernisering». Høyre spilte «annenviolin» i dette politiske prosjektet.

for mye utover arbeidsgivernes interesser.²⁴² Forutsetningen var dessuten hele tiden å la reformene skje i takt med utviklingen internasjonalt.²⁴³

Den sosialistiske arbeiderbevegelsen, i form av Arbeiderpartiet og fagforeningene, så på spørsmålet fra en annen vinkel. I kraft av å se seg selv som representanter for industriarbeidernes interesser, var de mindre opptatt av at arbeidervernlovgivningen skulle sikre sosial orden og ta hensyn til bedriftene, fokuset var kun på å bedre arbeidernes levekår.²⁴⁴ De malte et bilde av industriarbeidet som et moderne slaveri. «[L]ikesom [oldtidens] slaver eiedes og var avhengige av sine herrer, saaledes er ogsaa nutidens arbejdere avhengige av kapitalen (arbejdsherren)». På sett og vis var det moderne arbeidsforholdet nærmest verre enn slaveri, fordi «hin tids Slaver fik ialfald tildelt føde, klær og hus av sine herrer», het det i en uttalelse fra Arbeiderpartiets sentralstyre og Fagforeningenes representantskap til Stortinget fra 1890.²⁴⁵ Den korte forventede levealderen hos arbeidere ble i samme uttalelse tilskrevet de lange arbeidsdagene. Derfor fremmet Arbeiderpartiet og fagforeningene krav om åtte-timersdag.²⁴⁶ Til gjengjeld fantes det ingen betraktninger om i hvilken grad innføringen av åtte-timersdagen var økonomisk bærekraftig sett fra bedriftenes syn. Hos sosialistene ble behovet for vidtgående reformer fremstilt som mer presserende enn hos ikke-sosialistene.

3.5.2 Hvor raskt skulle reformene skje?

Debattene på Stortinget knyttet seg til hvor omfattende reformene skulle være, og hvor raskt de skulle gjennomføres. Spørsmålene som gjaldt inngrep i kontraktsfriheten, knyttet seg til begrensninger i arbeidstiden og i arbeidsoppgaver for barn, ungdom og kvinner, preseptoriske pausetider, og normalarbeidsdag for voksne menn. Reglene knyttet til kvinner og barn kom inn allerede i 1892-loven. Allmenn normalarbeidsdag var imidlertid mer kontroversielt.

Selv om flertallet i arbeiderkommisjonen hadde gått inn for å innføre ti-timersdag i 1888, fikk ikke forslaget støtte i hverken høyre- eller de radikale venstreregjeringene som satt mellom 1890-1892, og falt i Stortinget.²⁴⁷ I høyreregjeringens odelstingsproposisjon fra 1890 gikk argumentene mot ti-timersdagen blant annet ut på at man ikke hadde godt nok bevis for at lange

²⁴² Eksempelvis argumenterte mindretallet i arbeiderkommisjonen mot ti-timersdagen ved å si at denne ville være «direkte skadeligt» på «den indenlandske Industri». Se Arbeiderkommisjonen(1888), s.34.

²⁴³ Ot.prp.nr.8(1890), s.2.

²⁴⁴ Sejersted(1993), s.170 peker på at «de forskjellige samfunnsgrupper ville bruke statsmakten som instrument i sin emansipasjon», men at den «liberale rettsstat» i Norge klarte å beholde en stor grad av autonomi i disse interessekonfliktene.

²⁴⁵ Dokument nr.105(1890), s.2.

²⁴⁶ Dokument nr.105(1890), s.3.

²⁴⁷ Love(1892), s.15–20.

arbeidstider førte til dårligere helse hos arbeiderne, at statistikken viste at gjennomsnittlig arbeidstid i Norge ikke var mer enn 10 ½ time, at det ville kunne virke skadelig for bedriftene, og at flere andre europeiske land ikke enda hadde innført ti-timersdagen.²⁴⁸ Da det radikale Venstre hadde overtatt regjeringsmakten i 1892, foreslo regjeringen å vente med behandle spørsmålet om ti-timersdag til etter det hadde blitt utredet nærmere.²⁴⁹

Når regjeringen Steen II (radikale Venstre) fremmet forslag om revisjon av loven i 1901 igjen uten å foreslå ti-timersdag, tok flertallet i sosialkomitéen, med Castberg i spissen, saken i egne hender og foreslo mer vidtgående reformer.²⁵⁰ Blant annet ønsket de å innføre forskriftshjemmel for Kongen til å påby åtte-timersdag.²⁵¹ De mange endringsforslagene begrunnet komitéens flertall blant annet med at det

«gjælder paa dette omraade ikke alene en suksessiv gjennomførelse af de voksende krav paa beskyttelse mod arbeidets farer og mod de svages overdrevne udnyttelse i det industrielle arbeide til skade for befolkningens fysiske og aandelige fremgang, men tillige, at lovgivningen holder skridt med den økonomiske og sociale udvikling».

Representantene mente det norske lovforslaget lå bak utviklingen internasjonalt.²⁵² Forslagene ble imøtegått i Stortinget med at de innebar for vidtgående reformer til at de kunne vedtas uten nærmere utredning og høringsinnspill fra de berørte interessenter.²⁵³ Forslagene hadde også fått sterk kritikk utenfor Stortinget.²⁵⁴ De ble dermed nedstemt, og revisjonsarbeidet ble utsatt.²⁵⁵

I de neste årene utsatte Stortinget stadig behandlingen av lovarbeidet. Et nytt lovforslag ble utferdiget av departementet i 1905, atter et nytt et i 1907, men begge ble besluttet å ikke behandles på sine respektive Storting.²⁵⁶ I 1909 ble saken endelig tatt opp til behandling. Da hadde det kommet inn stadig flere hørings svar fra de berørte interessentene. Dette førte til at sosialkomitéen foreslo ytterligere endringer i 1907-utkastet for Odelstinget.²⁵⁷

²⁴⁸ Ot.prp.nr.8(1890), s.35–37.

²⁴⁹ Ot.prp.nr.26(1892), s.2.

²⁵⁰ Ot.prp.nr.26(1900–1901), s.57–59.

²⁵¹ Slagstad(2001), s.178 fremhever også forslagene om å utvide lovens virkeområde og styrke fabrikktilsynet som kontroversielle.

²⁵² Indst.O.nr.5(1901–1902), s.2.

²⁵³ *Stortingsforhandlinger*(1901–1902), s.844–847.

²⁵⁴ Slagstad(2001), s.178.

²⁵⁵ *Stortingsforhandlinger*(1901–1902), s.896.

²⁵⁶ Ot.prp.nr.15(1906–1907) s.1. *Stortingsforhandlinger*(1905–1906), s.1027. *Stortingsforhandlinger*(1906–1907), s.995.

²⁵⁷ Indst.O.nr.14(1908), s.1.

Da saken skulle opp til debatt i 1909, ble blant annet innføringen av ti-timersdagen igjen debattert.²⁵⁸ Man ønsket dessuten å innføre åtte-timersdag i bedrifter som var forbundet med «særskilt fare for sundheden, saavelsom i bedrifter eller dele af samme, hvor regelmæssigt nat- og dagskift anvendes», samt for de fleste gruvearbeidere.²⁵⁹ Alt ble nedstemt. Det ble imidlertid vedtatt at departementet skulle gi forskrifter om begrensninger i arbeidstiden for farlige bedrifter som ikke skulle overstige åtte timer, jf. § 29.

I utsettelsesdebatten sa Thore Myrvang (1858–1939, Arbeiderdemokratene) at dersom man utsatte lovbehandlingen enda en gang, «saa er det en præken for arbeiderne at gaa over til socialismen». I verste fall ville enda en utsettelse få flere arbeidere til å «gjøre revolution, til at bruge dynamit og andre slige kraftige midler til at omkalfatre samfundet.»²⁶⁰ Arbeiderpartiets representanter på Stortinget ble provoserte over argumentet om at loven ikke var nødvendig å iverksette umiddelbart. Lars Sæbø (1866–1941, Arbeiderpartiet) påpekte at over 16 000 arbeidere i cellulosebedrifter ofte måtte jobbe tolv-timersskift uten matpauser i «damp, støv, træk, veks-lende temperaturer og giftige gasarter».²⁶¹ Resultatet ble at utsettelsesforslaget falt.²⁶²

I realitetsdebatten pekte Høyre på at fagforeningene nå kunne ivareta arbeidernes interesser i kontraktsforhandlinger på en tilstrekkelig måte. Lovgivningen trengte derfor ikke å gripe inn for å innføre noen ti- eller åtte-timersdag. Dette ville tvert imot være skadelig for norsk industri. Dessuten viste statistikken at arbeidstiden uansett var på vei nedover, uten offentlig regulering av dette.²⁶³ Det radikale Venstres handelsminister Lars Abrahamsen (1855–1921) mente at ti-timersdagen var et «saa rimelig krav, at det maatte kunne imødekommes uden skade paa produktionen og jeg tror til gagn for arbeiderne.»²⁶⁴ Slik Abrahamsen så det, var det «absolut paakrævet» at arbeiderne skulle kunne få «frisk luft», og «en smulde adgang til at følge med i dagens begivenheder og en smule adgang til at erhverve sig kundskaber og en smule adgang til at leve sammen med sin familie, at føre en menneskelig tilværelse».²⁶⁵ Forslagene om å innføre både ti-timers- og åtte-timersdag falt.²⁶⁶ Likevel gikk Høyre med på ti-timers dag for unge mennesker, dette var nok et såpass forsiktig inngrep at de konservative så det som forsvarlig å innføre.²⁶⁷

²⁵⁸ Indst.O.nr.9(1909), s.16.

²⁵⁹ Indst.O.nr.9(1909), s.21.

²⁶⁰ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.320.

²⁶¹ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.347.

²⁶² *Stortingsforhandlinger*(1909), s.358.

²⁶³ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.362.

²⁶⁴ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.549.

²⁶⁵ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.550.

²⁶⁶ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.604.

²⁶⁷ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.611.

Først med lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter av 1915 § 23 ble ti-timersdagen innført. Da kom også en preceptorisk oppsigelsesfrist på 14 dager, jf. § 38. Høyre var skeptisk til loven.²⁶⁸ En representant sa at den «gjør et saa brutalt skaar i den personlige frihet, at det vistnok maa siges, at knapt nogen lov forsaavidt gjør den rangen stridig.»²⁶⁹ Åtte-timersdagen kom med en endringslov av 11. juli 1919. Normalarbeidsdagen ville neppe blitt innført uten venstresidens klare stortingsflertall disse årene.

Tendensen gjennom debattene om arbeidervernlovgivning i perioden 1890–1915 var at sosialistene, Venstres radikale fløy og Arbeiderdemokratene kjempet for mer vidtgående reformer enn det Venstres moderate fløy og Høyre gjorde. Resultatet var at det gradvis kom flere og flere inngrep i kontraktsfriheten på arbeidskontraktens område. Før 1892 fantes ingen reguleringer av arbeidskontrakter. I 1915 hadde man innført ti-timersdagen, overtidsbetaling, begrensninger i arbeid på søndager og helligdager, innført spise- og hviletider, forbudt barnarbeid, innført en viss fødselspermisjon, satt preceptoriske oppsigelsesfrister og gitt regler omkring skriftlige arbeidskontrakter og arbeidsreglementer.²⁷⁰ Arbeidskontrakten hadde endret karakter fra å være en av mange kontraktstyper som sto i den formelle kontraktsfrihetens tegn, til å bli et av statens instrumenter for å skape velferd og sosial ro i det som ble oppfattet som en politisk turbulent tid.²⁷¹

3.5.3 Hagerup og Stangs rolle

Hagerup satt på Stortinget 1901–1903, Stang 1907–1909. Ingen av disse fungerte som Høyres ordførere i arbeidersakene, og tok derfor forholdsvis sjeldent ordet i debattene. Hagerup deltok likevel noe i debatten om reform av 1892-loven i 1901, den gangen sosialkomitéens flertall hadde foreslått kontroversielle utvidelser av loven. Hagerup sa seg her kritisk til de «mere vidtgående eksperimenter, som er bragt paa bane af socialkomiteens flertal», og støttet heller departementets mer forsiktige reformforslag.²⁷² Hagerup var dermed en typisk representant for Høyres ønske om forsiktig, skrittvis, og vel gjennomtenkt reform av landets arbeidervernlovgivning.

²⁶⁸ Se *Stortingsforhandlinger*(1915)a, s.2048 f. for Høyres hovedinnlegg i odelstingsdebatten.

²⁶⁹ *Stortingsforhandlinger*(1915)b, s.797.

²⁷⁰ Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter av 18. september 1915 kapittel III–IV.

²⁷¹ Sejersted(1993), s.170–171 om hvordan arbeidervernlovgivningen var en del av statens utvidelse til å også ta på seg omfordelingsoppgaver for å bøte på samfunnsskadene kapitalismen hadde gitt. Dege(2009), s.36 om arbeidervernlovgivning som et instrument for å ivareta arbeidernes helse fordi det var en «samfunnsnødvendighet». Se også Hognestad(2022), s.24–28 om arbeidervern som rettsregler med «sosial farge» som et brudd med liberalismen.

²⁷² *Stortingsforhandlinger*(1901–1902), s.890.

Stang deltok i forhandlingene da fabrikktilsynsloven av 1909 ble vedtatt, og stemte med flertallet mot både åtte- og ti-timersdagen.²⁷³ Stang endte dessuten med å stemme med mindretallet for utsettelse av behandlingen av alle regler i loven som gjaldt inngrep i kontraktsfriheten.²⁷⁴ Dette til tross hans ideologi om den sosiale formueretten. Det er ikke helt godt å si hvorfor. En mulig forklaring kan være et ønske om å støtte det moderate Venstres utsettelsesforslag for å vedlikeholde partienes politiske allianse. Stang skrev i sine politiske memoarer at han ønsket at de moderate kreftene i Venstre og Høyre måtte stå sammen.²⁷⁵ Det er også mulig at Stang bare ble overbevist av argumentene om at loven trengte nærmere utredning før den kunne trå i kraft, ut fra tanken om at sosiale endringer ikke måtte skje for raskt. Kildene gir ikke grunnlag for noen sikker slutning her.

3.6 Husleie- og lønnsregulering (1916–1918)

3.6.1 Første verdenskrig og boligsituasjonen

Husleie- og lønnsreguleringene i kjølvannet av krigsutbruddet i 1914 ble, som arbeidervernlovgivningen, oppfattet som sosialpolitikk myntet på arbeidernes velferd. I likhet med arbeidervernlovgivningen innebar dette ny preseptorisk kontraktslovgivning. Husleie- og lønnsreguleringslovene var opprinnelig ment som midlertidige kriselover, men husleiereguleringslovene gikk over til å bli permanentene innskrenkninger av den formelle kontraktsfriheten som hadde hersket i førkrigssamfunnet.

Tre uker etter krigsutbruddet i 1914 ba Arbeiderpartiets stortingsrepresentant Carl Bonnevie (1881–1972) Knudsen-regjeringen (radikale Venstre) om å utrede statlige reguleringer av husleiekontrakter. Kravene dreide seg om å innføre maksleie og begrense mulighetene for utkastelse ved manglende betaling. Bonnevie mente at husleieprisene i de største byene hadde steget i høyt tempo de siste årene, og at det var «indlysende, at under de ekstraordinære forhold, vi nu staar oppe i og endnu mere kan komme til at leve under, saa kan disse husleiepriser bringe nød og elendighet og sykdom i mange hjem».²⁷⁶ Formålet med slik regulering var å beskytte arbeiderklassen, som ble oppfattet som de fattigste leietakerne. Dette synet på arbeiderklassen hadde ikke bare Arbeiderpartiet. Også justisminister Abrahamsen anerkjente «den arbeidende klasse» som «dem, som har mindst, de som har fra haanden til munden».²⁷⁷ Tilsvarende syn hadde også Castberg, som sa at situasjonen var slik at det «let [kunne] bli aldeles utaalelige forhold netop

²⁷³ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.604.

²⁷⁴ *Stortingsforhandlinger*(1909), s.358.

²⁷⁵ Stang(1946), f.eks. s.11 f.

²⁷⁶ *Stortingsforhandlinger*(1914), s.2947.

²⁷⁷ *Stortingsforhandlinger*(1914), s.2948.

med hensyn til boliger [i arbeiderstrøk i byene].»²⁷⁸ Abrahamsen trodde imidlertid at leieprisene snart ville synke av seg selv.²⁷⁹

I 1915 kom en provisorisk anordning fra regjeringen som ga kommunestyrene mulighet til å opprette en nemd, uten hvis samtykke økning i husleie for mindre leiligheter skulle være formuerettslig ugyldig.²⁸⁰ Å delegere kompetanse til kommunale forvaltningsorganer for å gripe inn i bestående kontrakter kan ses på som nok en forening av privat og offentlig rett, som med arbeidervernlovenes opprettelse av et fabrikktilsyn og offentligrettslige krav til arbeidsplassene. Dette representerte et stort skritt vekk fra liberalismens ideal om staten ikke skulle gjøre for raske og uforutsigbare inngrep i økonomiske rettigheter, representert i samtidens rettstenkning ved Hagerups kritikk mot Stangs frirettstenkning (kapittel 2.5, 3.4.5) og ved Eidsvollsgrunnlovens bestemmelser §§ 97, 101 og 105.²⁸¹

I 1916 ble den provisoriske anordningen vedtatt som lov i Stortinget, der nemdene også fikk kompetanse til å fastsette reduksjon i leien.²⁸² Mellom 1916–1918 ble reguleringene av leiemarkedet gradvis utvidet, dels gjennom lovvedtak i stortinget, dels gjennom provisoriske anordninger. I 1918 ble alle disse nye reguleringer slått sammen i boligloven.²⁸³ Reguleringene omfattet blant annet forbud mot å si opp leietakere som ikke kunne skaffe seg annen leilighet og forbud mot å bruke beboelsesleiligheter til næringsvirksomhet. Både 1916-loven og 1918-loven ble enstemmig vedtatt.²⁸⁴

I stortingsdebatten om 1916-loven var alle partier enige om at krisetidene hadde skapt situasjoner der enkelte «spekulanter» hadde utnyttet leietakerne ved å kreve forhøyet leie, og kastet ut de som deretter klagde til husleienemndene.²⁸⁵ Dermed ble en styrking av leietakernes vern ansett som nødvendig, i det minste så lenge den økonomiske krisen varte. I løpet av debatten antydte Otto Bahr Halvorsen (Høyre, 1872–1923) at mange av problemene 1916-loven skulle løse, kanskje også kunne bøtes på ved at påtalemyndigheten hyppigere gjorde bruk av ågerbestemmelsen i straffeloven (kapittel 3.4.2).²⁸⁶ Sosialminister Kristian Friis Petersen (1867–1932) fra det radikale Venstre mente dette ikke var noen god løsning. Han pekte på at «aagerloven

²⁷⁸ *Stortingsforhandlinger*(1914), s.2950.

²⁷⁹ *Stortingsforhandlinger*(1914), s.2948–2949.

²⁸⁰ Ot.prp.nr.21(1916), s.2

²⁸¹ Om tolkningen av § 97 for å beskytte kontraktsrettigheter, se Sandmo(2005), s.118 f. og Knoph(1939), s.72–73. Om § 101 og grunnlovens liberalistiske idégrunnlag, se Mestad(2021).

²⁸² Lov om kommunal regulering av husleie av 10. mai 1916.

²⁸³ Lov om boligforholdene av 12. juli 1918.

²⁸⁴ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.102, *Stortingsforhandlinger*(1916)b, s.102, 288. *Stortingsforhandlinger*(1918)a s.910–951, *Stortingsforhandlinger*(1918)b, s.215–218.

²⁸⁵ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.219.

²⁸⁶ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.223.

[...] i sig selv er et noksaa haardt middel, og det er upraktisk og utjenlig at anvende straffeloven i disse forhold, hvor det ikke er absolut nødvendig, og dernæst er det en daarlig anvisning, fordi det falder meget vanskelig at faa anvendt aagerloven».²⁸⁷ Dermed trengte man andre inngrep i kontraktsfriheten enn ågerreglene for å gi leietakerne et effektivt vern mot den utbytningen man mente fant sted i samfunnet. Dette var et gjenklang fra Stangs syn på nesten samme spørsmål i *Innledning* fem år tidligere (kapittel 3.4.3–3.4.5).

3.6.2 Fra midlertid kriselovgivning til permanent sosiallovgivning

I løpet av 1916–1918 endret holdningen til mange av stortingsrepresentantene seg fra å se på boliglovgivningen som et midlertidig krisetiltak, til å betrakte reguleringer av husleiekontrakter som en mer permanent del av statens oppgaver. Da Høyre gikk med på å støtte 1916-loven, ble den sett på som et drastisk, men nødvendig, *midlertidig* tiltak. En av partiets representanter mente at loven «griper meget sterkt ind i tilvante økonomiske forhold». Grunnholdningen var en skepsis til dette: «Det økonomiske liv er saa fint avbalansert, at det uvægerlig vil medføre utslag, sterke utslag, utslag, som man kanskje ikke venter og er forberedt paa, naar staten griper ind.»²⁸⁸ Det måtte «ikke være tvil om, at en midlertidig lov om ekstraordinære forhold maa bort, naar de ekstraordinære forhold er borte.»²⁸⁹ Castberg sa imidlertid allerede i 1916-debatten at selv om akkurat denne loven riktignok skulle være midlertidig, ville den «ha knæsat i vor lovgivning et princip, som det ikke er mulig at kaste helt over bord».²⁹⁰

Resten av Knudsen-regjeringen var også åpen for at reguleringene i den midlertidige 1916-loven kunne lede til noe mer permanent. Det ble nedsatt en komité til behandling av «boligsaken» 21. juli 1916, og denne fikk uttrykkelig til mandat å se om de gjeldende, midlertidige reguleringene skulle lede til varig reform.²⁹¹ Departementet skrev at

«[b]oligsaken er i de senere aar vokset op til at bli et av de største og vigtigste sociale spørmaal, idet forholdene, særlig i de større byer, efterhaanden har utviklet sig derhen, at der i større eller mindre utstrækning hersker likefrem bolignød, som maa avhjelpes, hvis der skal bli taalelige sanitære og sociale levekaar for de mindre bemidlede samfundslag. [...] Boligsakens store sociale betydning og det offentliges pligt til paa dette omraade at gripe ordnende ind og træ støttende til er almindelig erkjendt.»²⁹²

Komitéarbeidet munnen ut i et lovforslag som kom til behandling i 1918. Under stortingsdebatten understreket Arbeiderpartiet viktigheten av å permanent la boligspørsmålet bli en *fullt ut*

²⁸⁷ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.231.

²⁸⁸ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.217.

²⁸⁹ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.219.

²⁹⁰ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.228.

²⁹¹ St.prp.nr.105(1916), s.1–4.

²⁹² Ot.prp.nr.42(1917), s.4.

statlig, ikke privat, oppgave.²⁹³ Det siste poenget opponerte Halvorsen (Høyre) mot. Staten og de private måtte samarbeide, og staten burde ikke løse oppgaven alene, men også tilrettelegge for at de private også skulle gjøre det, med f.eks. billige lån, støtte til utbygging. Dette mente han likevel at departementets lovforslag la opp til, og Høyre støttet derfor at loven ble permanent.²⁹⁴ Gårdeiernes forslag om at loven skulle oppheves 1. januar 1919, og at nemdenes adgang til å nedsette leie skulle fjernes, ble dermed enstemmig felt.²⁹⁵ Selv om Høyre ikke ville legge hele markedet i statens hender, aksepterte de at visse inngrep i kontraktsfriheten på utleiekontraktens område, kunne bli permanente.

Der boligreguleringen gikk fra å være midlertidig til å bli permanent, kan ikke det samme sies om *minstelønnsreguleringene for underordnede handelsfolk* av 1918.²⁹⁶ Loven hadde sin bakgrunn i dyrtiden som fulgte av første verdenskrig, og ga hjemmel for kommunene til å opprette nemnder som skulle fastsette minstelønn, jf. § 2. Departementets begrunnelse for loven var at «[l]ønningerne er i mange tilfælde for smaa til at vedkommende under de nuværende dyre tider kan leve av dem.»²⁹⁷ Loven ble enstemmig vedtatt i Stortinget, uten debatt fra høyresiden.²⁹⁸ Den manglende motstanden fra høyresiden står i kontrast til det som var tilfellene for boliglovgivningen. Det skyldes antagelig lovens midlertidighet, begrensede rekkevidde, en oppfatning om at den var helt nødvendig slik økonomien hadde blitt, og kanskje også at det radikale Venstre uansett hadde et stort flertall i Stortinget. Da var det ikke noe poeng å ta en prinsipiell debatt om en lov høyresiden neppe anså som særlig viktig å bekjempe.

Loven skulle bare gjelde i 3 år, jf. § 21. Den endte likevel opp med å bli fornyet frem til 1924, blant annet på bakgrunn av nye økonomiske nedgangstider etter krigen.²⁹⁹ I debattene om lovens fornyelse, motsatte høyresiden seg dette med henvisning til at det dreide seg om en midlertidig kriselov.³⁰⁰ Når samtidig Arbeiderpartiet også gikk mot lovens fornyelse i 1925 fordi de ønsket en utvidelse av lovens virkeområde, klarte ikke venstre regjeringen å samle et flertall om å fornye loven i dens daværende form.³⁰¹

²⁹³ *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.911.

²⁹⁴ *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.913.

²⁹⁵ Indst.O.nr.8(1918) s.2–3, 19 f. *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.910–951, *Stortingsforhandlinger*(1918)b, s.215–218.

²⁹⁶ Lov om minstelønn for underordnede handelsfolk av 9. august 1918, i kraft til 1924.

²⁹⁷ Indst.O.nr.20(1918) s.2.

²⁹⁸ *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.1395–1396.

²⁹⁹ Espeli(2021), s.93–95. Espelis artikkel har sitt hovedfokus på loven som et tidlig eksempel på likelønnsregulering i Norge.

³⁰⁰ Espeli(2021), s.96.

³⁰¹ Espeli(2021), s.96–97.

3.6.3 Grunnloven § 97

I forbindelse med vedtagelsen av husleiereguleringsloven av 1916, antok Rudolf Peersen (radikale Venstre, 1868–1949) at spørsmålet om Grunnloven § 97 hindret nemdene i å sette ned leien, var det spørsmålet «som formodentlig her vil vække særlig debatt».³⁰² Kontraktslovgivnings forhold til tilbakevirkningsforbudet hadde fått en særlig aktualitet etter den såkalte Thams-dommen.³⁰³ Her hadde et flertall i Høyesterett ment at § 97 vernet eldre hugstrettigheter fra et nyere forvaltningsvedtak om skogvern med hjemmel i skogvernloven av 1893.³⁰⁴ Både hugstrettigheter stiftet før og etter lovens vedtagelse fikk vern. Assessor Edvard Hagerup Bull (1855–1938) var uenig med flertallet. Han sa seg prinsipielt imot at § 97 skulle stenge for regulering av «fremtidige forhold» om enn «de er etablert ved kontrakt eller ikke».³⁰⁵ Sandmo har påpekt at Thams-dommen «ble fulgt av en bred debatt om prøvingsrettens plass i norsk retts- og statsliv», og at Hagerup Bull også som politiker var skeptisk til at Høyesterett skulle «undersøke, hvorvidt lovbeslutninger er hensigtsmæssige eller i det hele fortjener bifall».³⁰⁶

Hagerup Bull satt på Stortinget for Høyre da Husleiereguleringsloven av 1916 ble debattert. Spørsmålet om nemdene skulle kunne sette ned leien «fra den tid, som der kan bli lovlig opsagt til», jf. forslaget § 3, utviklet seg raskt til en debatt om en slik regel stred mot § 97 eller ikke, slik Peersen hadde spådd.³⁰⁷ Høyre foreslo å endre bestemmelsen slik at nemden bare kunne sette ned leien på kontrakter som var «oprettet eller fornyet senere enn lovens utfærdigelse».³⁰⁸ Sosialminister Friis-Petersen anklaget Høyre for å bruke § 97 som et vikarierende argument mot bestemmelser, «som vi andre finder hensigtsmæssige».³⁰⁹ Hagerup Bull tok da ordet, og ville understreke at Høyre aldri hadde ment at grunnloven § 97 skulle «ligge i veien for fremskridt». Formålet med endringsforslaget var å hindre at hele bestemmelsen ble underkjent i domstolene. Slik Hagerup Bull så det, var det bedre å begrense nemdas kompetanse noe, om man da kunne være sikre på å være innenfor grunnlovens rammer.³¹⁰ Høyres forslag ble likevel nedstemt.³¹¹

³⁰² *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.215.

³⁰³ Rt-1909-417

³⁰⁴ Sejersted(1993), s.170–171 trekker frem denne loven som et tidlig eksempel på at staten ga seg selv nye oppgaver rundt det å sette grenser for skadevirkningene av industrikapitalismen. Dette settes i forbindelse med arbeidervernlovgivningen.

³⁰⁵ Dommen, s.425, sitert etter Sandmo(2005), s.120–121.

³⁰⁶ Sandmo(2005), s.121–122.

³⁰⁷ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.261–273.

³⁰⁸ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.262.

³⁰⁹ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.268.

³¹⁰ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.270.

³¹¹ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.273–274.

Debatten viser hvordan Høyesteretts bruk av prøvingsretten til å beskytte kontrakter fra statlige inngrep gjorde at § 97 ble oppfattet som et politisk instrument av venstresiden i Stortinget. Slik politikere som Friis-Petersen så det, var § 97 en middel for konservative krefter på Stortinget og i Høyesterett til å hindre nødvendig sosial reform. Realiteten var nok mer nyansert. Selv om det ikke kan utelukkes at enkelte av Høyres representanter brukte § 97-debatten som et dekke for å begrense husleiereguleringslovens rekkevidde, gjaldt ikke dette alle. Hagerup Bull virket for eksempel å genuint ha støttet loven.

Hagerup Bull og venstresidens syn på § 97 var nok også det som stemte best med politiske oppfatninger av kontraktsvernet etter krigsutbruddet. Idet verdenskrigen hadde snudd den globale økonomien på hodet, fremsto antagelig den rettsordenen Thams-dommen ga uttrykk for som mer og mer utdatert. Der mange oppfattet grunnstrukturene i landets økonomi å være truet, var det ikke lenger rom for et såpass sterkt vern av bestående kontrakter som man kunne ha før krigen.³¹² Det foregrep også Knophs kritikk av den tradisjonelle § 97-tolkningen.³¹³

3.7 Fellesnordisk lovgivning om ugyldighet og avbetalingskjøp (1916-1918)

3.7.1 Bakgrunn

Arbeidet med Avbetalingsloven og Avtaleloven hadde sin spede bakgrunn i at Julius Lassen ytret et ønske om en fellesnordisk sivillovbok i et foredrag i København i 1899.³¹⁴ Lassens foredrag kom i konteksten av det sene 1800-talls skandinavisme, en ideologi med mål om å styrke nordisk fellesskap.³¹⁵ Lassens tanker fikk raskt gehør i nabolandet Sverige. Den svenske juristen og radikale politikeren Carl Lindhagen (1860–1946) ba kongen om å ta initiativ til slikt samarbeid med Norge og Danmark i Riksdagen den 28. januar 1900.³¹⁶ Riksdagen bifalte Lindhagens innstilling, men med forbehold om å ikke lage lovbok, men heller enkeltlover på områder der «de nationale Elementer utøvet mindst Indflydelse paa Rettens dannelse». Ved kongelig resolusjon av 22. februar 1901 ble det besluttet å nå ut til Norge og Danmark for å starte samarbeidet.³¹⁷

Noe av Lindhagens begrunnelse gikk ut på at man ikke måtte fragmentere den nordiske privatretten for mye, for da «var der Fare for, at de aldeles vilde forspilde den fremstaaende Arv, de

³¹² Se Sandvik(2019), s.165 ff. om hvordan krigen medførte en vending vekk fra liberalismens idealer i Norge. Tilsvarende Lie(2021), s.31 ff.

³¹³ Knoph(1939).

³¹⁴ Bugge(1914), s.104.

³¹⁵ Tamm(2015), s.27.

³¹⁶ Bugge(1914), s.104. Tamm(2015), s.31 har fremhevet at Lindhagen og Lassen hadde et «stærkt nordisk engagement».

³¹⁷ Bugge(1914), s.106–107.

fra gammelt hadde at værge i den nævnte Henseende.»³¹⁸ Hagerup uttrykte i brev til sin venn, den svenske juristen Ivar Afzelius, skepsis til en nordisk sivillovbok under Lassens regi. Han mente dette representerte en «megaloman chauvinisme»: en naiv, «indbilsk» idé om å frigjøre obligasjonsretten fra tyske impulser og gjøre den rent nordisk.³¹⁹

Sveriges initiativ til nordisk lovsamarbeid førte til at delegater (blant annet Stang og Lassen) fra de skandinaviske landene i 1902 ble enige om hvilke rettsområder man anså det hensiktsmessig å ha fellesnordisk lovgivning. Lassens sivillovboktanke ble her endelig forlatt, i tråd med blant annet Stangs ønske.³²⁰ På den nordiske obligasjonsrettskonferansen i Stockholm i 1909 bestemte man at man skulle gi fellesnordisk lov om blant annet «avslutning av avtaler gjennom korrespondanse» m.m., «bestemmelser mot misbruk av økonomisk overmakt o. lign., derunder kjøp paa avbetaling og avtaler om konventionalbøter».³²¹ Her var ikke Stang med som delegat fra Norge, men det var ekspedisjonssjefen i Justisdepartementets lovavdeling, Paul Ivar Paulssen (1868–1938, høyesterettsdommer 1918–1938).³²²

Justisdepartementet i Norge nedsatte i 1910 en komité for å ta fatt på lovgivningsarbeidet når det gjaldt de ovennevnte emnene, parallelt med at Danmark og Sverige gjorde det samme.³²³ De skandinaviske komitéene hadde fire møter sammen, ett i henholdsvis 1910 og 1911 og to i 1912.³²⁴ På enkelte av disse møtene møtte også interesseorganisasjoner som Arbeidernes Faglige Landsorganisasjon (LO) og representanter fra næringslivet.³²⁵ Resultatet ble avbetalingsloven av 1916 og avtaleloven av 1918. Det ble ikke ført referat fra møtene, men det er likevel mulig å få en viss innsikt i diskusjonene ved å se til de norske forarbeidene, samt Stangs egne beretninger om denne tiden fra 1935.

Den norske komitéen besto opprinnelig av Paulsen (leder), Stang, høyesterettsadvokat Annæus Schjødt og konsul W. Duborgh (representant fra næringslivet).³²⁶ Daværende byråsjef i Justisdepartementets lovavdeling Johan Rivertz (1874–1942, høyesterettsdommer 1922–1942) var komitéens sekretær. I 1911 fratrådte Paulsen, og Stang tok over som leder. Rivertz trådte samtidig inn som ordinært komitémedlem fra sin sekretærstilling. Sekretær i Justisdepartement Nicolay L. Bugge (1883–1968) ble i stedet komitéens sekretær.

³¹⁸ Bugge(1914), s.106.

³¹⁹ Björne(2002), s.345. Tamm(2015), s.33–34.

³²⁰ Blandhol(2015), s.42–46.

³²¹ Utkast(1914)a, s.3. Bugge(1914), s.119.

³²² Bugge(1914), s.118.

³²³ Bugge(1914), s.120–121.

³²⁴ Bugge(1914), s.121–122.

³²⁵ Utkast(1914)b, s.3.

³²⁶ Bugge(1914), s.110.

Stangs inntreden i komitéen ble en gylden mulighet for ham til å gjennomføre sitt rettsideologiske program om en sosial formuerett i norsk lovgivning. Stang hadde på dette tidspunktet en sentral akademisk posisjon i Skandinavia. Han var den eneste i Norge med et professorat i formuerett. I tillegg var han i 1910 en av de viktigste politiske skikkelsene i Norge. Disse forholdene ga ham antagelig et ikke ubetydelig etos, og dermed også større mulighet for innflytelse i lovarbeidet enn han ellers ville hatt. Dette gjaldt nok særlig internt i den norske komitéen, men antagelig også overfor de svenske og danske komitémedlemmene. I tillegg gikk mandatet for komitéens arbeid nettopp ut på å gi lover som beskyttet den svakere kontraktspart. Mandatet tillot Stang å kunne argumentere for en lovfesting av den sosiale formueretten ved å henvise til noe autoritativt utenfor ham selv. Dessuten illustrerer mandatets utforming på at Stang var langt fra å stå alene om slike tanker.

3.7.2 Avbetalingsloven av 1916: Beskyttelse av et «ukritisk og uerfarent publikum»

Tanken om å gripe inn i kontraktsfriheten når det gjaldt avbetalingskjøp var ikke ny. Både Tyskland og Østerrike hadde vedtatt avbetalingslover i hhv. 1894 og 1896.³²⁷ Spørsmålet om å gjøre det samme i Skandinavia ble diskutert på de nordiske juristmøtene i 1896 og 1899.³²⁸ Her uttalte hverken Platou, Hagerup eller Stang seg om emnet. Lassen holdt imidlertid et innlegg på 1899-møtet der han talte varmt for vedtakelsen av en slik lov. Han mente at lovgivningen til tider måtte fungere som «Daarernes Formynder».³²⁹ Dessuten trakk han en parallell til reglene om svik og tvang, «[k]an der nu ikke findes saadanne almindelige Synspunkter [basert på ugylighetsreglene om svik og tvang], hvorfra disse Afdragsretshandler kunne ses[?] Jo, det tror jeg».³³⁰

De norske forarbeidene, samt Stangs egne erindringer om prosessen fra 1935, tyder på at diskusjonene mellom de ulike skandinaviske komitéene om avbetalingsloven var mindre skarpe enn det som var tilfelle med avtaleloven, se nedenfor. Stangs tilstedeværelse i arbeidet hadde derfor antagelig mindre å si for utformingen av førstnevnte enn sistnevnte. For avbetalingslovens del synes Lassen å ha vært en vel så viktig aktør.

De norske forarbeidene gir god innsikt i hvorfor man ønsket å nettopp regulere avbetalingskjøp. Komitéen skrev i lovens motiver fra 1914 graden av utnyttelse her var spesielt stor. Det var

³²⁷ *Utkast(1914)b*, s.14–15.

³²⁸ *Utkast(1914)b*, s.15.

³²⁹ *Juristmøteforhandlinger(1899)*, s.27.

³³⁰ *Juristmøteforhandlinger(1899)*, s.28.

særlig blant «arbeiderklassen», men også «middelklassen», avbetalingshandelen fant sine kunder. Disse ble beskrevet som et «ukritisk og uerfarent publikum» som lot seg «let blende».³³¹ Selgerne hadde gjerne på sin side innrettet hele sin virksomhet til å selge ting på avbetaling, og hadde ofte tilgang til juridisk hjelp.³³² Å også karakterisere «middelklassen» som ukritisk og uerfaren tyder på at omtrent alle utenom de næringsdrivende her var å regne som «svake» kontraktparter, en tanke som peker frem mot dagens forbrukerbegrep.³³³

Den ujevne maktbalansen mellom selger og kjøper ga seg utslag i at selgerne ofte fristet kjøperne til å begå «letsindige» kjøp.³³⁴ Ved å oppgi kjøpesummen i de enkelte avdrag, så salgsgjenstanden tilsynelatende billig ut. Men dette reflekterte ikke realiteten. Den totale kjøpesummen ville som regel bli dyrere enn normalt, på grunn av selgerens utgifter til bokføring og inkassasjon. Folk kjøpte derfor ting over egen økonomiske evne.³³⁵

Dessuten var det ikke uvanlig å selge ting som lett ble slitt, slik som klær og sko. Dersom kjøperen ikke kunne betale avdragene, ville han da ikke alltid kunne gå fri ved å levere tilbake tingen. I nær sammenheng med dette, hadde det i tillegg utviklet seg det komitéen betegnet som en urimelig kontraktspraksis i form av såkalte «Verwirkungsklausulen». Disse bestemte at kjøperen ikke fikk refundert noen avdrag overhode dersom selgeren tok tingen tilbake på grunn av betalingsmislighold. Enkelte klausuler gikk så langt som å si at alle senere forfallende avdrag skulle betales, selv om bare ett enkelt avdrag misligholdtes. Dette ønsket komitéen å få en slutt på.³³⁶

Komitéens lovforslag gikk i hovedsak ut på følgende forhold:

1. Loven skulle gjelde alle avbetalingskjøp der den totale summen av avdragene var lik eller mindre enn 3000 kroner.
2. Adgangen for selgeren til å kunne kreve tingen tilbake ved ethvert betalingsmislighold fra kjøperen ble sterkt innskrenket. Kjøperen måtte ha misligholdt avdrag av en viss størrelse sett opp mot kjøpesummen, for at tingen kunne kreves tilbake.
3. Det skulle holdes et balansert restoppgjør dersom selgeren tok tingen tilbake/krevde den resterende kjøpesum betalt ved mislighold. Man kunne altså ikke lenger avtale noen «Verwirkungsklausul» som tillot selgeren å både skulle sitte igjen med kjøps-gjenstanden og hele kjøpesummen ved kjøperens mislighold.
4. Kjøperen skulle kunne hindre at selgeren tok tingen tilbake ved å betale selgerens tilgodehavende ved det ovennevnte restoppgjøret.

³³¹ *Utkast*(1914)b, s.13–14.

³³² *Utkast*(1914)b s.13-14.

³³³ Se eksempelvis definisjonen i forbrukerkjøpsloven § 1.

³³⁴ *Utkast*(1914)b s.14.

³³⁵ *Utkast*(1914)b, s.14.

³³⁶ *Utkast*(1914)b, s.14.

5. Hvis kjøpet omfattet flere gjenstander, skulle kjøperen kunne beholde de han kunne betale verdien for i restoppgjøret.
6. Selgeren kunne forlange utlevering av tingen uten søksmål og dom. Meningen var å gjøre avbetalingskjøpene billigere for kjøperen, siden søksmål var så dyre for selgeren, og med billigere søksmål for selgeren, ville avbetalingskjøp i sin alminnelighet bli billigere for kjøperen.
7. Kjøperen kunne ikke på forhand fraskrive seg rettighetene sine etter loven og heller ikke på forhand gi forliksfullmakt³³⁷

Det norske utkastet stemte i all hovedsak overens med det svenske og danske.³³⁸ Komitéen understreket lovens nære forbindelse til de foreslåtte reglene i avtaleloven §§ 37 og 38.³³⁹ Disse bestemmelsene innskrenket nemlig også adgangen til å inngå visse kontraktsforpliktelser, henholdsvis konvensjonalbøter og konkurranseforbudsklausuler.

Loven ble enstemmig vedtatt i Stortinget, riktignok med enkelte endringer som kom til i løpet av forhandlingene. De fleste av disse besto i mindre justeringer av lovens tekst.³⁴⁰ På ett sentralt punkt fikk imidlertid loven et annet innhold enn det komitéen foreslo. Dette gjaldt lovens virkeområde. Komitéen og departementet ved statsråd Abrahamsen gikk opprinnelig inn for at loven bare skulle omfatte avtaler der kjøpesummen var 3000 kroner eller mindre. Det samme gjorde mindretallet i justiskomitéen, to fra Høyre og én fra radikale Venstre. Flertallet, representanter fra radikale Venstre og Arbeiderdemokratene, ønsket en grense på 10 000. Kompromisset ble på 6000 kroner.

Debatten om lovens virkeområde fikk frem de ideologiske motsetningene angående kontraktsfriheten mellom høyre- og venstresiden på Stortinget. Halvorsen (Høyre) mente at «[n]aar man har uttrykkelig vedtat en viss følge av, at man ikke betaler, skal det ogsaa holdes; for en mand er en mand og et ord et ord, og lovgivningen skal ikke fravike dette princip, uten hvor det er høist nødvendig.»³⁴¹ Å la loven omfatte kjøp på opptil 10 000 kroner, mente han ville bringe «ind under loven en række tilfælde, hvor det væsentlige indgreb i kontraktsfriheten, som lovforslaget indebærer, ikke i almindelighed kan antages paakrævet.»³⁴² Tross Halvorsens store ord om å verne om kontraktsfriheten, var ikke Høyre mot loven som sådan. Kontraktsfrihetsideologien til de borgerlige politikerne var også her preget av forsiktig konservatisme enn en reaksjonær idé om at den formelle kontraktsfriheten måtte opprettholdes for enhver pris.

³³⁷ *Utkast*(1914)b, s.7–9. *Indst.O.Nr.9*(1916). *Ot.prp.nr.36*(1916), s.2.

³³⁸ *Utkast*(1914)b, s.39 f.

³³⁹ *Ot.prp.nr.36*(1916), s.15.

³⁴⁰ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.567, 668, *Stortingsforhandlinger*(1916)b, s.181, 189.

³⁴¹ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.558.

³⁴² *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.551.

Grensen på 6000 kroner (omtrent 300 000 i 2024-kroner) ble etter hvert fastsatt etter forslag fra Abrahamsen. I et forsøk på å megle mellom høyre- og venstresiden trakk han blant annet trakk frem at han hadde hørt at «der kjøpes meget alminnelig motorer op til en pris av kr. 6 000,00 på avbetaling», men at dette også nok var i det øverste sjiktet av hva svakere kontraktparter ville kjøpe på avbetaling.³⁴³ Dermed burde en sum på 6000 kroner egne seg som en øvre grense for lovens virkeområde som begge parter kunne slå seg til ro med. «For den gode freds skyld», slik Halvorsen uttrykte det, gikk høyresiden til slutt med på dette.³⁴⁴

Avbetalingsloven tjener som eksempel på at Stangs kritikk av kontraktsfriheten som usosial var et argument som ga gjenklang i samtiden. Politikere og rettsforskere på både venstre- og høyresiden i politikken innså nødvendigheten av å innskrenke kontraktsfriheten slik man oppfattet at samfunnsforholdene hadde blitt. Tanken om at rettsordenen skulle verne den svake part hadde nå befestet seg også utenfor konteksten av arbeidervern.

3.7.3 Avtaleloven av 1918: De sosiale ugyldighetsreglene blir alminnelig obligasjonsrett

Avtalelovens ugyldighetsregler førte med seg endringer i kontraktsretten på et mer grunnleggende plan enn lovene jeg tidligere har sett på. Der man tidligere som regel hadde avgrenset inngrepene i kontraktsfriheten til vern av den svake kontraktpart til spesifikke typer kontrakter, knesatte avtaleloven tanken om at slike ugyldighetsregler i nokså vid utstrekning skulle gjelde for kontrakter i sin alminnelighet. Dette innebar en innskrenkning av prinsippet om at kontraktsfrihet nærmest alltid skulle gjelde der den preseptoriske spesiallovgivningen ikke regulerte forholdet.

I tillegg til at avtaleloven videreførte reglene om tvang, svik og falsk (§§ 28–30), ble ågerregelen i strl.ikrl. § 17 erstattet med Stangs nye regel om ugyldighet på grunn av utnyttning i § 31. Denne bestemte at ugyldighet skulle inntre der noen hadde utnyttet en annens «nødstilstand, letsind, forstandssvakhet, uerfarenhet eller det avhengighetsforhold, som denne staar i til ham» til å skaffe seg fordeler som sto i et «aaopenbart» misforhold til vederlaget. Det var heller ikke lenger et vilkår at forholdet måtte være straffbart, noe som utvidet rekkevidden til bestemmelsen betraktelig i forhold til strl.ikrl. § 17.³⁴⁵

De svenske og danske lovene gikk imidlertid ikke like langt som den norske, idet disse krevde at misforholdet også måtte være «sterkt», ikke bare åpenbart. Stang og den norske komitéen hadde opprinnelig foreslått at misforholdet hverken trengte å være sterkt eller åpenbart, men

³⁴³ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.557.

³⁴⁴ *Stortingsforhandlinger*(1916)a, s.559.

³⁴⁵ I samme retning Stang(1935), s.510.

det kunne ikke Stortinget gå med på. En enstemmig justiskomité, med den ellers radikale Castberg som formann, «frygter at det, naar [vilkåret om at misforholdet måtte være «aapenbart»] sløifes, let kan komme til at skade den sunde handel og gi anledning til trakasserier og forsøk paa lovens anvendelse i utide».³⁴⁶ På dette punktet var altså høyremannen Stang mer reformvillig enn Castberg. Sistnevntes syn slo gjennom.³⁴⁷ Dette står i kontrast til de samme mennenes posisjoner i arbeiderverndebattene. Kanskje følte Stang seg friere til å posisjonere seg mer mot venstre enn den gang han hadde hatt sentrale verv i Høyre. Samtidig tenkte antagelig Castberg at en såpass vidtrekkende ugyldighetsregel ble for risikabel å innføre i den usikkerheten som preget økonomien etter 1914. Vel så viktig var det kanskje å ivareta tilliten til at avtaler skulle holdes.

I lovens § 33 fikk man en generalklausul om at avtaler det ville stride mot «god tro» å gjøre gjeldende, etter nærmere omstendigheter ville bli ugyldige. Dette ga dommerne et vidt skjønn i å gjøre kontrakter ugyldige, i tråd med Stangs ønske. Ordlyden begrenset seg heller ikke til å gjelde i tilfeller mellom «sterke» og «svake» kontraktsparter, men hadde også en dimensjon knyttet til lojalitet næringsdrivende imellom (kapittel 4.4).

Til slutt fikk man introdusert enkelte spesialregler om at visse typer kontraktsforpliktelser ikke lenger gyldig skulle avtales (§§ 36–38). § 36 hjemlet revisjon av kontrakter om konvensjonalbøter. § 37 hjemlet revisjon av klausuler som avskar den ene partens rett til å kreve tilbake de ytelsene han hadde oppfylt idet motparten hevet kontrakten. Denne var en generalisert versjon av den tilsvarende regelen i avbetalingsloven §§ 2 og 3, som viser sammenhengen mellom de to lovene. § 38 bestemte at «utilbørlig[e]» konkurranseforbudsklausuler var ugyldige.

Tross koblingen mellom lovene, bærer avtalelovens forarbeider i større grad preg av å gjøre ideologisk front mot kontraktsfriheten enn det som var tilfelle for avbetalingslovens forarbeider. Den Stang-ledede norske komitéen gjorde et poeng av at kontraktsfriheten hadde gått for langt. Den tegnet et bilde av en bred enighet i samfunnet om at man nå må foreta vidtrekkende inngrep i kontraktsfriheten for å beskytte den «svakere» fra å bli «utplyndre[t]» av den «sterkere».³⁴⁸ Avtalelovens nye ugyldighetsregler hadde «alle til maal at hindre *utsugelser*» som kontraktsfriheten ga opphav til.³⁴⁹ Det er slående hvor lik ordbruken er sammenlignet med Stangs egen forskning. Det samme gjelder for måten forarbeidene kritiserte de gjeldende ugyldighetsreglene for å være virkelighetsfjerne, som hadde vært et av Stangs viktigste ankepunkter mot den tysk-romerske kontraktsretten (kapittel 2.4):

³⁴⁶ Indst.O.nr.9(1918), s.3.

³⁴⁷ *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.752. *Stortingsforhandlinger*(1918)b, s.148.

³⁴⁸ *Utkast*(1914)a, s.18.

³⁴⁹ *Utkast*(1914)a, s.19.

«De lovregler om ugyldige viljeserklæringer vi har, er for en del meget gamle og gaar ut fra samfundsforhold og retsopfatninger som nu forlængst er forældet. De er litet sam-
mehængende, idet de er blit til paa forskjellig tid, og aldrig er blit sammenarbeidet. [...] [D]et [er] langt fra at de tilfredsstiller nutidens retsbehov.»³⁵⁰

Komitéen skrev dessuten at de gjeldende reglenes for snevre virkeområde hadde ført til at «rets-
bruken fortolket [dem] utvidende».³⁵¹ Den nevnte uttrykkelig at ågerbestemmelsen i strl.ikr. §
17 ikke var tilfredsstillende, blant annet fordi den krevde at forholdet er straffbart for at ugyl-
dighet skulle inntre. Dette vilkåret hadde man med den nye avtalelovens regler bevisst strøket,
og også utvidet ågerregelen til å også omfatte «naar den ene part utilbørlig har utnyttet den
anden (§ 32)» (lovens § 31).³⁵² Igjen går et ekko tilbake til Stangs tidligere tekster.

De spesielle motivene presiserte at ugyldighet til utnyttelse av avhengighetsforhold kunne
gjelde avhengighetsforholdet arbeidsherre/arbeider. Det var imidlertid ikke tilstrekkelig at par-
tene kom fra ulike sosiale klasser, at de bare hadde en «social klasseavhengighet». Det måtte
foreligge et sterkere avhengighetsforhold i det konkrete tilfellet for at vilkåret om avhengig-
hetsforhold skulle være oppfylt.³⁵³ Dette synes å være et utslag av balansegangen i å ha sosial
formuerett, uten sosialisme.

Konvensjonalbotsbestemmelsen og konkurranseforbudsbestemmelsen i §§ 36 og 38 er interes-
sante fordi Stang og Gierke på slutten av 1800-tallet nettopp brukte slike klausuler som ek-
sempler på hvordan kontraktsfriheten ledet til utnyttelse av svakere parter. Stang skrev dessuten
om emnet i 1915 i mange av de samme vendingene, og berømmet utkastet til avtaleloven for å
ha tatt tak i det.³⁵⁴ Innføringen av § 36 ble begrunnet i at konvensjonalbotsklausuler «misbrukes
ofte», likevel i større grad «i utlandet» enn i Norge. Forarbeidene trakk frem et eksempel om at
arbeidssøkende i forretninger i utlandet vedtok høye konvensjonalbøter for forsentkomming og
pliktforsømmelser. Dette måtte også lovgivningen i Norge verge arbeiderne mot.³⁵⁵

Stang hevdet i 1935 at han havnet i harde diskusjoner om flere av ugyldighetsreglene med de
skandinaviske komitémedlemmene, men at hans egne oppfatninger til slutt vant frem. Slik
Stang så det, var det de «spørsmål jeg behandlet i min Indledning til formueretten», som ble

³⁵⁰ *Utkast*(1914)a, s.17.

³⁵¹ *Utkast*(1914)a, s.17.

³⁵² *Utkast*(1914)a, s.19.

³⁵³ *Utkast*(1914)a, s.72.

³⁵⁴ *Stang*(1915), s.223–224.

³⁵⁵ *Utkast*(1914)a, s.18–19.

lovfestet i avtaleloven.³⁵⁶ Det er grunn til å ta Stangs erindringer her på alvor. Den norske avtalelovens alminnelige motiver inneholdt en rekke argumenter knyttet til lovens ugyldighetsregler, som man gjenkjenner fra Stangs Gierke-inspirerte romerrettskritikk. Dette tyder på at han hadde en stor innflytelse på utformingen av og begrunnelsen for avtalelovens nye, sosiale ugyldighetsregler.

Loven ble skrevet før krigsutbruddet, og før den russiske revolusjon. Dette gjenspeiles i lovens og forarbeidenes innhold. Forarbeidene forholder seg til en førkrigsøkonomien der classeskiller var en større problemstilling enn den ustabilitet verdensøkonomien befant seg i etter 1914. I stedet for at perspektivet knytter seg til styresmaktenes oppgave om å løse akutte økonomiske kriser og ordne samfunnet på en best mulig måte, slik tilfellet i større grad var for husleie- og lønnsreguleringene, brukes en retorikk som i langt større grad setter samfunnsklassene opp mot hverandre. Det snakkes om «utsugelser» og «utplyndring», ord som minner om kommunistisk retorikk. Slik ordbruk virket nok mindre farlig før den kommunistiske maktovertagelsen i Russland i 1917. Kanskje kan også disse forholdene forklare Castbergs ønske om å innføre vilkåret om at misforholdet måtte være «aapenbart».

3.8 Rettspraksis knyttet til innskrenkninger i kontraktsfriheten (1897–1934)

3.8.1 Eldre ugyldighetsregler, kontraktstolkning og tingsrett

Et første tema om Høyesteretts rolle knytter seg til regelen om at personer uten rettslig handleevne ikke kunne inngå avtaler. Den tradisjonelle læren hadde vært at balansen mellom ytelsene og motpartens gode tro var irrelevant, så lenge avgiveren av viljeserklæringen var såpass psykisk svekket at han var «afsindig».³⁵⁷ Denne regelen hadde et potensiale til å bøyes for ivareta to aspekter ved Stangs rettsideologi: (1) å beskytte mot ubalanserte kontrakter og/eller (2) ivareta motpartens tillit til kontraktens gyldighet. For det første aspektet kunne det finnes tilfeller der personen kanskje bare var noe sinnssvekket, eller det var bevismessig uklart hvor sinnssvekket vedkommende var, men det likevel kunne virke som om personen hadde blitt utnyttet, fordi kontraktsytelsene var så ubalanserte. For å motvirke en slik tilsynelatende utnyttelse, kunne man potensielt legge vekt på at kontraktsytelsene var ubalanserte i drøftelsen av om vedkommende manglet kontraheringsevne. En ubalansert kontrakt kunne for eksempel være et argument i bevisvurderingen for at sinnssvekkelsen var tilstrekkelig alvorlig til at vedkommende ikke hadde kontraheringsevne. Når det gjelder det andre aspektet, kunne også det å vektlegge om vedkommende *fremsto* som sinnssvekket overfor medkontrahenten trekkes inn i bevisvurderingen av om han manglet kontraheringsevne.

³⁵⁶ Stang(1942), s.36–41.

³⁵⁷ Hagerup(1894), s.47–48. Platou(1899), s.320. Platou(1914), s.160.

Fraksjoner i Høyesterett forsøkte mellom 1900 og 1906 å endre den tradisjonelle regelen i retning av at ugyldighet også var avhengig av at motparten var i ond tro, og/eller at kontraktsytelsene var ubalanserte, men uten å lykkes. Utviklingen begynte i Rt-1900-629, der en enstemmig Høyesterett vektla hensynet til motpartens gode tro i bevisvurderingen av om vedkommende manglet rettslig handleevne. I Rt-1904-749 sa derimot en enstemmig Høyesterett seg uenige med byretten i at en person uten rettslig handleevne skulle være bundet når motparten var i aktsom god tro. I Rt-1906-513 trakk flertallet i Høyesterett inn at avtalen var ubalansert som et moment i bevisvurderingen, og erklærte den ugyldig. Et mindretall på tre av syv dommere la avgjørende vekt på at medkontrahenten ikke «burde have forstaaet, at han her havde med en kontraktsudygtig Mand at gjøre»,³⁵⁸ og mente at kontrakten i denne saken derfor ikke var ugyldig. I Rt-1907-21 vektla derimot ingen av Høyesteretts dommere motpartens gode tro. Dermed så det ut til at den tradisjonelle læren beholdt sin posisjon.

Det gikk flere år før en sak om ugyldighet på grunn av manglende rettslig handleevne kom på Høyesteretts bord igjen. I Rt-1928-236 hadde en arbeidsløs mann sjekket inn på et hotell i Oslo, og opparbeidet seg en regning på 3 597,55 kroner (omtrent 86 000 2024-kroner) i løpet av de 17 dagene han bodde der. Mesteparten gikk til alkohol. Etter oppholdet ble han sinnssyk på grunn av alkoholforbruket, og hans kone og barn sto uten forsørger. Mannen slapp å betale, for han var så beruset under hele oppholdet at Høyesterett mente han manglet rettslig handleevne. Høyesterett vektla at «hotellets vedkommende maa ha forstaaet hans tilstand»,³⁵⁹ det var ikke i god tro. Det kan tenkes at hensynet til mannens familie innvirket på Høyesteretts resultat. På den annen side henviste dommen til både Platou, Stang, Gjelsvik og Hallager-Aubert for å underbygge resultatet, idet alle disse hadde skrevet at sterk alkoholrus fjernet ens rettslige handleevne. Kanskje er det mer treffende å si at Høyesterett hadde lettere for å holde fast ved mer tradisjonelle ugyldighetsregler nettopp fordi noe annet ville rammet mannen og hans familie hardt. Samtidig er henvisningen til hotellets gode tro et brudd med den tradisjonelle ugyldighetslæren knyttet til manglende rettslig handleevne. Stang skulle dessuten senere vise til dommen som et eksempel på når det ville stride mot «redelighet og god tro» å gjøre en erklæring gjeldende, til tross for at dommen ikke brukte avtaleloven § 33.³⁶⁰ I Rt-1930-177 stemte bare et mindretall i Høyesterett for å innføre et vilkår om at kontraktsytelsene måtte være ubalanserte. Flertallet endte imidlertid opp med å kun vurdere om parten manglet rettslig handleevne, hverken motpartens gode tro eller om ytelsene i kontrakten var balanserte. Forsøkene blant enkelte dommere å innføre en regel som bedre stemte med Stangs rettsideologi fikk ikke flertall denne gangen.

³⁵⁸ s.516.

³⁵⁹ s.240.

³⁶⁰ Stang(1935), s.589.

Andre saker viser at Høyesterett stort sett ikke kan sies å ha strukket på tradisjonelle regler for å verne den svake kontraktspart. Tidvis har sakene mer tilfeldigvis gått i den «svake» partens favør, som i Rt-1914-642 og Rt-1924-1105. Her var spørsmålet om kjøper av en eiendom måtte respektere eldre leiekontrakter. I begge sakene vant leietakere frem mot utleiers suksessor etter tingsrettslige prioritetsregler.

Ellers varierte det hvilken retning Høyesterett tok. I Rt-1922-39 gjaldt for eksempel spørsmålet om en ung mann som hadde rømt fra hyre på et skip skulle straffes. Det avgjørende vilkåret for straff var om hyrekontrakten skulle anses å være formuerettslig gyldig inngått, ettersom mannen var under 18 år da han inngikk denne. Man sto her overfor en svak kontraktspart som risikerte harde konsekvenser for å brutt kontraktsforpliktelsene han hadde inngått. Høyesterett mente enstemmig at kontrakten var ugyldig og frikjente mannen. Det er ikke utenkelig at dommen var et utslag av nyere holdninger til barnearbeid.

Saken i Rt-1926-156 gjaldt avtaletolkning, og tjener som eksempel på hvordan politisk radikale dommere i Høyesterett tok dissens i favør av den svake kontraktspart. En bondekone hadde tegnet brannforsikring på gården sin. Avtalen ble undertegnet kl 15, og forsikringsbeskyttelsen gjaldt fra kl 12 samme dag. Kl 13 gikk det brann i gården, uten at noen av partene visste om dette da forsikringsavtalen ble inngått to timer senere. I et annet sted i kontrakten sto det at forsikringen likevel ikke trådte i kraft før premien var betalt, og denne ble først betalt etter partene hadde fått vite om brannen. Flertallet mente at det måtte foreligge en «klar og utvetydig avtale» for å gjøre unntak fra hovedregelen om at den forsikrede gjenstanden måtte være uskadd på kontraheringstidspunktet. Mindretallet, blant dem de politisk radikale Castberg og Arnold Hazeland (1859–1945), mente derimot at avtalen måtte tolkes etter ordlyden i klausulen som sa at forsikringen skulle gjelde fra kl 12. Det er grunn til å tro at deres argumentasjon til en viss grad var motivert av å beskytte den «svake» parten i kontraktsforholdet, kanskje gitt deres politiske holdninger. Gjelsvik sa seg senere enig med mindretallet, ut fra en tanke om at forsikringsselskapet hadde tatt på seg risikoen for at forsikringsgjenstanden alt var gått tapt.³⁶¹

3.8.2 Ågerreglene

I takt med utviklingen i rettsforskningen og lovgivningen, skjedde det en endring i Høyesteretts holdning til ågerreglene mellom en sak fra 1912 og en sak fra 1927. Rt-1912-478 gjaldt en mortifikasjonssak mot en advokat. Advokaten hadde i to sivile saker mot samme person anført at denne hadde inngått avtaler som var ugyldige etter strl.ikrl. § 17. Grunnen skulle være at han hadde utnyttet en annens nød. Anførselen hadde ikke ført frem. Advokaten ble tiltalt for æreskrenkelse mot motpartens klient, og denne klienten krevde også uttalelsene mortifisert. Advokatens uttalelse ble dømt mortifisert med 4 mot 3 stemmer i Høyesterett, men han ble frifunnet

³⁶¹ Gjelsvik(1939), s.347.

for æreskrenkelse. Dommen kan kanskje bidra til å forklare hvorfor det var såpass få saker som gjaldt denne bestemmelsen i rettssystemet. Advokatene fryktet kanskje at slike uttalelser skulle føre til straffesak om æreskrenkelse og/eller mortifikasjon.

I Rt-1927-1074 var spørsmålet var om ordet «nød» i ågerbestemmelsen i strl. § 295 utelukkende gjaldt økonomisk nød, eller også annen nød. Faktum gjaldt et leieforhold, der spørsmålet var om åger kunne konstateres der nøden dels skyldtes en rent faktisk (ikke økonomisk) vanskelighet med å skaffe en annen bolig. Retten trakk riktignok frem at både Hagerup og Stang hadde ment at nøden måtte være økonomisk. I avtaleloven hadde man dessuten vedtatt ordlyden «nødstilstand» i § 31, heller enn «nød», for nettopp å utvide den eldre ågerregelens anvendelsesområde. Høyesterett sa likevel at også ikke-økonomisk nød ble omfattet av bestemmelsen. Slik Høyesterett så det, talte hverken lovens ordlyd eller forarbeider for Hagerup og Stangs tolkning. I lys av avtaleloven § 31 var kanskje Høyesterett mer tilbøyelig til å utvide straffeansvaret for åger enn de hadde vært tidligere.

3.8.3 Husleie- og lønnsreguleringer

I Rt-1918-497, Rt-1919-742 og Rt-1921-721 fikk Høyesterett opp spørsmålet om leienedsettelse etter husleiereguleringsloven stred mot § 97. I Rt-1918-497 pekte utleieren på at kontrakten hadde blitt inngått før loven hadde blitt vedtatt, og at den heller aldri aktivt hadde blitt fornyet siden den tid. Kontrakten skulle bare løpe til oppsigelse fra en av partene. Dette gjaldt akkurat det spørsmålet som hadde blitt debattert i Stortinget to år tidligere. Høyesteretts flertall på fem av syv dommere ga imidlertid leietakeren medhold. Flertallets begrunnelse knyttet seg til at partene måtte anses å stilltiende ha forlenget leiekontrakten ved å ikke si den opp etter loven trådte i kraft. Dermed konstruerte Høyesterett kontraktsforholdet på en slik måte at det ikke stred med tilbakevirkningsforbudet i § 97 overfor bestående kontrakter, nemden hadde kun satt ned en kontrakt som var 'inngått' etter loven trådte i kraft. Dette representerte en kursendring fra Thams-dommen.³⁶² Tilsvarende forsøkte utleieren i Rt-1919-742 å anføre at nedsettelsen i leien bare kunne gjelde fra tidspunktet for husleienemdens vedtak, ikke tilbake i tid til lovens ikrafttredelse. Noe annet ville stride mot § 97. Dette førte heller ikke frem hos Høyesteretts flertall på fire dommere, idet de mente det var tilstrekkelig at loven hadde trått i kraft før husleieforhøyelsen. I Rt-1921-721 ble imidlertid anførselen om brudd på § 97 enstemmig forkastet med henvisning til Rt-1919-742. Flere dommere som hadde stemt med mindretallet i 1918, deltok i voteringen. De synes å ha anerkjent at rettstilstanden nå var avklart i strid med deres opprinnelige syn på spørsmålet om husleiereguleringsloven og § 97. Når Høyesterett ikke endte med å tilsidesette loven i disse sakene, kan dette ha sammenheng med at det var bred politisk oppslutning om lovene i Stortinget. Dessuten ble kanskje husleiereguleringen oppfattet som et

³⁶² Knoph(1939), s.74 brukte Rt-1918-497 som belegg for at Høyesterett forlot «teorien»s standpunkt om at § 97 medførte at nye lover ikke virket inn på eldre kontrakter.

forholdsvis lite inngrep i borgernes formuessfære, den rokket ikke ved eiendomsrettens kjerne på samme måte som de mer kontroversielle konsesjonslovene.³⁶³ Samtidig ble prøvingsretten i tiltagende grad kritisert på denne tiden, og Høyesterett brukte den stadig sjeldnere utover 1920-tallet.³⁶⁴

I Rt-1921-195 var spørsmålet om leie av garasjeplass ble omfattet av husleiereguleringsloven. Saken sto mellom en drosjeeier og et utleieselskap, altså to næringsdrivende. Under dissens kom Høyesterett til at loven omfattet slike tilfeller. Selv om partene var to næringsdrivende, er det tydelig at et flertall av Høyesteretts dommere ikke fryktet å la loven få en videre, heller enn smalere, virkekræft.

I Rt-1921-372 og Rt-1926-272 tapte leietakeren mot utleieren, men i ingen av tilfellene var leietakeren noen svak kontraktspart. I førstnevnte sak drev leietakeren et pensjonat, og i sistnevnte dreide det seg om en forholdsvis høy leiesum og tilsvarende store lokaler. Resultatene bar derfor ikke preg av å blitt påvirket av en spesielt sosialt eller liberalistisk orientert ideologi hos høyesterettsdommerne.

I Rt-1928-409 gjaldt minstelønn. Her saksøkte en handelsbetjent sin arbeidsgiver for å ha betalt ham en lønn under den lovfastsatte minstelønningen av 1918. Spørsmålet for Høyesterett var om kravet var foreldet. Foreldelsesfristen for krav som sprang ut av kontrakt, var på tre år. Denne fristen var oversittet. Derimot ville kravet være i behold dersom man heller så det som et erstatningskrav. Flertallet på fire dommere mente at man måtte se på dette som et erstatningskrav med tilhørende 10 års foreldelsesfrist. Mindretallet på tre dommere var uenige. Sett i ettertid virket nok kanskje mindretallets konklusjon som den rettslig sett riktige. Dommen kan derfor tenkes å være et eksempel på at enkelte av Høyesteretts dommere fravek tradisjonelle rettsoppfatninger for å verne om den svake kontraktspart.

3.8.4 Avtaleloven

Høyesterett fikk en sak som gjaldt spørsmålet om en ingeniør hadde brutt en konkurranseforbudsklausul i Rt-1921-73. Saksforholdet fant sted før avtaleloven trådte i kraft, men lovens § 38 regulerte nettopp urimelige konkurranseklausuler, og bestemmelsen ble vedtatt tre år før saken kom på Høyesteretts bord. Et spørsmål er derfor om Høyesterett indirekte brukte bestemmelsen likevel. Flertallet løste saken i ingeniørens favør ved å konstatere at sementstøperiet han hadde arbeidet for, hadde begått et såpass alvorlig kontraktsbrudd at ingeniøren hadde rett til å heve kontrakten. Dermed var han heller ikke bundet av klausulene. Mindretallet kom til motsatt

³⁶³ Om konsesjonslovenes endring av den liberalistiske eiendomsrettsforståelsen, se Alvik(2021), s.257-266.

³⁶⁴ Holmøyvik(2015), s.350-351. Sandmo(2005), s.138-140, 147-149.

resultat, idet de var uenige i flertallets avtaletolkning, og heller ikke mente at konkurranseforbudsklausulen var «et saadant indgrep i [ingeniørens] fremtidige virksomhet, at den av den grund skulde være uforbindende for ham».³⁶⁵ Uttalelsen viser at enkelte av dommerne holdt det som en mulighet å gjøre klausulen uforbindende etter en ulovfestet regel som tilsvarte den som hadde blitt vedtatt i avtaleloven § 38. Når flertallet i Høyesterett (som inkluderte Rivertz, et av avtalelovkomitéens medlemmer), tolket avtalen slik at ingeniøren gikk fri fra konkurranseforbudsklausulen, kan dette ha vært for å unngå å måtte ta stilling til det rettslig krevende spørsmålet om regelen i § 38 kunne brukes på dette forholdet: Foruten at avtaleloven ikke gjaldt direkte, var det heller ikke åpenbart at klausulen innebar en utnyttelse av ingeniøren.

Ugyldighet på grunn av avtalelovens §§ 36-38 ble drøftet i 7 saker hvor saksforholdet fant sted etter avtalelovens ikrafttredelse, i perioden 1925–1934.³⁶⁶ De tidligere avtalelovkomitémedlemmene Rivertz og Paulsen deltok i tre av sakene. I ingen av sakene ble noen klausul kjent ugyldig med grunnlag i bestemmelsene. Det nærmeste Høyesterett kom til å sensurere et avtalevilkår med hjemmel i avtalelovens § 37, var i Rt-1930-357. Saken sto mellom næringsdrivende parter, og gjaldt salg av en motor med eiendomsforbehold. Denne var blitt levert med store mangler, som det hadde kostet kjøperne store summer å utbedre, og de nektet derfor å betale kjøpesummen. Når selgerne krevde motoren tilbakelevert, mente byretten, som en enstemmig Høyesterett «i hovedsaken» var enig i, at det var «aapenbart ubillig stridende like meget mot vanlig rettsopfatning som mot den likefremme bestemmelse i avtalelovens § 37, jfr. lov om kjøp paa avbetaling av 21 juli 1916 § 3 ff. og lov om kjøp av 24 mai 1907 § 57 at ta saksøkerens paastand tilfølge».

I resten av sakene ble anførselene om §§ 36–38 nokså kontant forkastet. Ingen av de som påberopte bestemmelsene noen typisk «svake» kontraktsparter. De fleste tvistene var mellom forretningsdrivende. Avtalene bar ikke preg av noen utnyttelse, for eksempel ved at det skulle være en tydelig ubalanse mellom verdien av ytelse og vederlag. Til tider synes anførselen om brudd på avtaleloven å ha blitt fremmet som et av mange rettslige grunnlag for partens krav, uten å være særlig godt begrunnet. I eksempelvis Rt-1931-645 heter det at «[e]ndelig paaberoper saksøkeren sig som grunnlag for tilbakebetaling av det erlagte § 37 i avtaleloven av 31 mai 1918, uten at der dog er gitt nogen nærmere begrunnelse herfor».³⁶⁷ Høyesteretts forsiktighet med å sensurere avtalevilkårene i disse sakene må nok sies å være i tråd med intensjonen bak avtaleloven. Det var ikke slike kontraktsforhold bestemmelsene var ment å ramme.

³⁶⁵ s.77.

³⁶⁶ Rt-1925-783, Rt-1929-433, Rt-1930-357, Rt-1930-405, Rt-1931-645, Rt-1933-147, Rt-1934-507.

³⁶⁷ s.649.

3.8.5 En forsiktig og stortingslojal Høyesterett

Høyesterett forsvarte hverken entydig den såkalt «svake» kontraktspart, men beskyttet heller ikke gjennomgående den «sterke» kontraktspart under henvisning kontraktsfrihetsfrihetsprinsippet. Dette har antagelig sammenheng med at flertallet av Høyesteretts dommere hverken hadde noen agenda den ene eller andre veien. Kursen de staket ut for hver enkelt regel knyttet til vern av svake kontraktsparter ble som regel bestemt av andre forhold enn et ideologisk fundert standpunkt til spørsmålet om kontraktsfriheten skulle bevares eller innskrenkes. Samtidig er mitt inntrykk at Høyesterett i det minste responderte på sosiallovgivningen på en nokså stortingslojal måte. Dette var nok tydeligst i valget om å ikke underkjenne husleiereguleringslovens bestemmelse om nedsettelse av husleien med en henvisning til § 97, slik Hagerup Bull hadde fryktet i 1916.

4 Den prekontraktuelle opplysningsplikten

Det sunde og samfunnsnyttige forretningsliv forutsætter nemlig, at begge parter har fuldt kjendskap til forholdene.

– Fredrik Stang, 1911.³⁶⁸

4.1 Formål og opplegg

Et av hovedformålene med dette kapittelet er å undersøke hvordan Stangs ideologi om den sosiale formuerett også innebar en nytenkning av hvilke kontraktsregler som burde gjelde mellom næringsdrivende. Dette er tydeligst i Stangs argumentasjon for en prekontraktuell opplysningsplikt, altså en plikt for partene til å opplyse den andre om nærmere angitte forhold av betydning for kontraktsinngåelsen. Opplysningsplikten skulle fremme tillit næringsdrivende imellom, ettersom de ville kunne stole på at motparten ikke fortiet viktig informasjon. Dette ville igjen være gunstig på samfunnsnivå.³⁶⁹ Stangs opplysningsplikt var stort sett i samsvar med høyesterettspraksis i perioden 1895–1930 på regelnivå. Stang bygget også sine resonnementer på denne praksisen. Utlegningen av opplysningsplikten i Stangs forskning danner dessuten bakteppet for avtaleloven § 33.³⁷⁰ Lenger frem ligger det også en linje mot dagens lojalitetsplikt i kontraktsforhold.³⁷¹ Hagerup og Platou rettet kritikk mot Stangs argumentasjon. Debatten må forstås som en forlengelse av de rettsideologiske uenighetene om formueretten i det 20. århundret først og fremst skulle tjene individuell frihet eller samfunnsnytte (kapittel 2.3).

4.2 Rettstilstanden rundt 1900

Ved inngangen til 1900-tallet var ikke opplysningsplikten viet særegen behandling i samtidige rettsvitenskapelige fremstillinger. En eventuell plikt til å opplyse motparten om noe under kontraktsforhandlingene måtte hjemles i reglene om *culpa in contrahendo* eller svik. Der den ene kontraktsparten (A) på forhånd burde visst at det var umulig for A å oppfylle kontrakten, og burde visst at den andre (B) var uvitende om dette, forelå *culpa in contrahendo* dersom A ikke opplyste B om dette. Dette utløste erstatningsplikt for den negative kontraktsinteresse. Kontrakten ville også være ugyldig, grunnet prinsippet om at ingen kan forpliktes til det umulige.³⁷² Det skulle mer til før en fortielse var å regne som *svikaktig* oppførsel. Svik krevde forsett. A måtte både vite om at det var umulig å oppfylle kontrakten, og at B ikke visste om dette. Der A

³⁶⁸ Stang(1911)a, s.461.

³⁶⁹ Stang(1911)a, s.461.

³⁷⁰ Hellner(1987) skriver dels rettshistorisk om hvordan Stangs tenkning preget utformingen av § 33, dels vurderer han holdbarheten i Stangs og enkelte av hans kritikeres rettsdogmatiske analyser av bestemmelsen. Se videre Hagstrøm(2021), s.152–153 om hvordan Stangs forfatterskap og arbeid i avtalelovkommisjonen var årsak til at opplysningsplikten fikk «en fremtredende plass» i norsk juridisk teori.

³⁷¹ Hellner(1987), s.314–315. Hagstrøm(2021) s.149.

³⁷² Hagerup(1884), s.34–35. Hallager-Aubert(1896), s.102.

hadde forårsaket at kontrakten kom i stand ved sin svikaktige oppførsel, ville kontrakten enten være ugyldig, eller så ville B ha krav på retting der dette var aktuelt.³⁷³ Man kunne dessuten kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse, eventuelt også kreve prisavslag, avhengig av de nærmere omstendighetene.³⁷⁴ Ingen av de samtidige obligasjonsrettslige fremstillingene drøftet noe nærmere når en fortielse var culpøs eller doløs, og de henviste ikke til rettspraksis om dette. Dette høye abstraksjonsnivået gjør at det fremstår noe uklart hvor langt opplysningsplikten rakk i det konkrete tilfellet.

4.3 Stang i debatt med Hagerup og Platou (1897–1935)

I *Indledning* fra 1911 senket Stang abstraksjonsnivået, og kom dermed med en mer dyptgående fremstilling av opplysningsplikten enn det norsk rettsvitenskap tidligere hadde hatt. Han stilte uttrykkelig spørsmålet, «[h]ar partene [i et kontraktsforhold] nogen *oplysningspligt* overfor hindanden?» Stang svarte bekreftende, ofte måtte en kontraktspart dele sin kunnskap med motparten før kontraktsinngåelsen.³⁷⁵ Ellers kunne han risikere at kontrakten ble ugyldig.³⁷⁶

Slik Stang så det, hadde A en plikt til å *uoppfordret* opplyse B om en rekke kjensgjerninger man hadde «positiv visshet om». Dette utelukket spekulasjoner og rene vurderinger. Dessuten var forretningshemmeligheter unntatt. Ellers mente Stang at hvis A hadde «sikker kunnskap» om kjensgjerninger, som A måtte forstå at B var uvitende om, og A hadde «grund til at tro», at uvitenheten var bestemmende for B, pliktet A å opplyse om disse. Med «grund til å tro» mente Stang at A ikke trengte å ha «sikker kundskap om kausaliteten», med henvisning til høyesterettspraksis og en byrettsdom.³⁷⁷ Der B burde oppdaget opplysningen ved en alminnelig undersøkelse av tingen, men unnlot å gjøre dette, hadde derimot A ikke noen opplysningsplikt: Når «tingen selv taler, kan sælgeren tie. Men skulde det allikevel vise sig, at kjøperen ikke har set manglen, og maa sælgeren anta, at dette kan ha avgjørende indflydelse paa hans beslutning, maa han si ifra.»³⁷⁸

Stang presenterte enkelte tenkte eksempler der A hadde opplysningsplikt. Dersom en potensiell kjøper av en gård sa til selgeren at han ville kjøpe gården fordi det skulle bygges en sporveislinje i strøket, og selgeren visste at det dagen før ble besluttet at linjen ikke skulle bygges, måtte selgeren opplyse om dette. Ellers handlet han «ikke som en ærlig mand». I et annet eksempel solgte en mann aksjer i en bank i den tro at de ville synke i verdi. Dersom troen grunnet seg i det Stang kalte «almindelige betragtninger over markedets stilling og konjunkturerne i det

³⁷³ Hagerup(1884), s.92, 98. Hallager-Aubert(1896), s.96–102. Stang(1897), s.101. Hagerup(1919), s.59.

³⁷⁴ Hallager-Aubert(1896), s.99. Hagerup(1884), s.103.

³⁷⁵ Stang(1911), s.458–461.

³⁷⁶ Stang(1911)a, s.458

³⁷⁷ Rt-1904-245, BRDD.II nr.579, Rt-1908-327, Rt-1909-330.

³⁷⁸ Stang(1911)a, s.458–461.

hele», hadde han ingen opplysningsplikt. Hvis derimot han visste at banken var gått konkurs, eller han hadde kjennskap til en annen kjensgjerning som «avgjort» truet bankens tilværelse, kunne han etter forholdene plikte å opplyse om dette. Til støtte for dette synet viste Stang til tre saker som gjaldt aksjesalg på samme dag i samme firma der selgerne hadde unnlatt å opplyse om et forhold som ville svekke aksjenes verdi. I Rt-1904-245 og en byrettsdom inntatt i BRDD.III nr.552 fikk kjøperne medhold i kravene om ugyldighet. I en annen byrettsdom inntatt i BRDD.III nr.539 kom retten til det motsatte resultat. Stang mente denne siste dommen ikke kunne være riktig. Stangs resonnement her peker fremover mot innsidehandelforbudet som kom med verdipapirhandeloven av 1985 § 6.

Opplysningsplikten ble begrunnet i læren om den synbare viljesmangel.³⁷⁹ Dersom man ikke ga visse opplysninger til kontraktspartnere, ville det etter omstendighetene være synbart at denne ikke ville inngå kontrakten. Den nærmere vurderingen av om viljesmangelen var synbar, knyttet Stang til moralnormer:

Spørres der, om en viljesmangel er synbar eller ikke, maa man jo først og fremst spørre: Vilde det være hæderlig eller sømmelig av adressaten, om han uten videre behandlet erklæringen som gyldig og forlangte, at den skulde efterleves? Maa man svare nei til det, er erklæringen ugyldig overfor ham.

Stang innrømmet riktignok at det kunne være vanskelig å vite hvor langt forretningslivets moralske krav gikk i det enkelte tilfelle. Dette blant annet fordi det her var delte oppfatninger mellom ulike forretningsfolk. Slik han så det, burde man helst velge den strengeste moralnormen holdt av forretningsfolk som samtidig var forenelig med «forretningslivets arbeidsvilkår». Domstolene burde drive rettsutviklingen mot at begge parter skulle ha fullt kjennskap til forholdene.³⁸⁰

Stang begrunnet bruken av slike strenge moralnormer ikke fordi det var et mål i seg selv at formueretten og moralen burde sammenfalle, men fordi dette fulgte «nutidslivets økonomiske grunsætninger».³⁸¹ Dette var fordi den moderne økonomien hadde utviklet seg til en «verdenshandel», som stilte «stadig større krav til handelsmandens omsigt, klarhet i opfatningen og skarphet i uttryksmaaten».³⁸² Samtidig hadde handelens høye tempo ført til «stadig mindre tid til omstendelig formulering av kontraktene», vanligere var det at man bare benyttet «særskilte klausuler som i et enkelt eller i etpar ord (cif, fob, franco, brutto for netto, *tel quel* osv.) gjengir

³⁷⁹ Stang(1911)a, s.461. Nevnes også kort i Stang(1897), s.99.

³⁸⁰ Stang(1911)a, s.461.

³⁸¹ Stang(1911)a, s.411. Hellner(1987) s.314 skriver om at Stangs ønske om å knytte forretningsmoralen til retten handlet om en kritisk vurdering av hvordan rettsreglene burde forholde seg til forretningsmoralen, ikke om å inkorporere enhver moralregel i kontraktsretten.

³⁸² Stang(1908), s.252–253.

et typisk kontraktsindhold». I fortolkningen av slike korte kontrakter, mente Stang at den «*hæderlige og gode forretningsskikk*» gjerne kunne anses stilltiende vedtatt av partene, men ikke en «*umoralisk*» forretningsskikk.³⁸³ Slik ville man bevare den «ærlige handel», og «kun den er det, som skal beskyttes».³⁸⁴ Fortidens tanke om «at forby løgn er at forby handel», gjaldt ikke lenger.³⁸⁵ Stangs resonnement må ses som et utslag av hans oppfatning om at å vektlegge samfunnshensyn til fordel for lov og sedvanerett burde være tillat i juridisk argumentasjon (kapittel 2.5).

Hagerup og Platou argumenterte for at partene i utgangspunktet selv måtte ta høyde for at deres oppfatninger av forholdene ikke stemte, men at enkelte fortelser til tider ville kunne falle inn under *culpa in contrahendo* og svikreglene, uten at de alltid opererte på et like lavt abstraksjonsnivå som Stang.³⁸⁶ Platou betonte at opplysningsplikten kun gjaldt der B svevde i en unnskyldelig villfarelse. Argumentet må leses som en tilslutning til det romerrettslige prinsippet om *caveat emptor* og liberalismens prinsipp om at den som tar en risiko, må selv bære følgene. Særlig i forretningsforhold måtte avgiveren av en viljeserklæring ha «Øinene med sig», B svevde ikke i noen unnskyldelig villfarelse dersom han ikke hadde vært på vakt i sine undersøkelser.³⁸⁷ Dommeren måtte riktignok se an hvem han hadde med å gjøre:

Hvad der er undskyldelig eller uundskyldelig Vildfarelse, kan der forøvrigt ikke opstilles nogen almindelig Regel for. Det maa blive at afgjøre konkret, ved Dommerens Skjøn. Det er klart, at den samme Vildfarelse (Uvidenhed, Feilskrift, Forvexling), som vilde ansees undskyldelig hos en «enfoldig Almuesmand», vilde ansees som uundskyldelig (ikke probabilis) hos en erfaren Forretningsmand.³⁸⁸

Hagerup så det slik at vurderingen av om partene hadde en «Pligt til at opklare en Vildfarelse» var avhengig av «den i Handel og Vandel gjængse Opfatning», noe som kunne minne om Stangs henvisning til forretningslivets moral.³⁸⁹ Likevel krevde ikke Hagerup at domstolene skulle benytte den *strengeste* moralnormen blant de ulike moraloppfatningene som fantes blant forretningsfolk, slik Stang gjorde. Hagerup mente at Stang ikke hadde rettslig grunnlag for å hevde at den gjeldende forretningsmoralen hjemlet en såpass vidtgående opplysningsplikt, antagelig fordi han mente at en slik oppfatning måtte være såpass klar og fastlagt at det kunne regnes som

³⁸³ Stang(1908), s.310.

³⁸⁴ Stang(1911)a, s.411.

³⁸⁵ Stang(1911)a, s.410.

³⁸⁶ Hagerup(1891), s.65 f. er mest konkret, men skriver om de strafferettslige reglene for bedrageri. Teksten er likevel relevant her, fordi Hagerup mente at «Grænserne for det civilrettslige og det strafferettslige Bedrageri» måtte «bestemmes efter samme Grundsætninger.» Se også Platou(1911), s.548 f., Hagerup(1912), s.197 og Platou(1914), s.303.

³⁸⁷ Platou(1911), s.548.

³⁸⁸ Platou(1911), s.549.

³⁸⁹ Hagerup(1891), s.65.

sedvanerett.³⁹⁰ Han stilte seg derfor kritisk til Stangs oppfatning om at B skulle kunne gå fra handelen dersom opplysningen lot seg oppdage ved en alminnelig undersøkelse, og B ikke oppdaget mangelen under en slik undersøkelse. Han tolket Stangs lære slik at B kunne gå fra handelen når A måtte skjønne at han hadde gale oppfatninger om aksjekonjunktorene, noe som gikk for vidt.³⁹¹ I det hele tatt fantes det ingen «*almindelig* Pligt for Parterne til at oplyse hinanden om mulige Misforstaaelser», ettersom all handel berodde på at «hver af Kontrahenterne selvstændig bedømmer de Forudsætninger, paa hvilke hans Beregning af Kontraktens Fordele for ham beror».³⁹²

Argumentasjonen til Platou og Hagerup sprang nok for det første ut av deres individorienterte syn på kontraktsretten – med friheten til å inngå kontrakter fulgte også ansvaret for den enkelte til å stå ved det som viste seg å være en dårlig handel. I dette lå det antagelig en linje tilbake til Savigny og den kantianske tanken om at en part selv hadde risikoen for at et middel han frivillig valgte for å oppnå sine formål, ikke viste seg å være hensiktsmessig for å oppnå dette formålet (kapittel 2.3). I tillegg må argumentasjonen deres leses i lys av deres rettspositivistiske grunnsyn, og frykten for at det å gi dommeren for mye frihet fra lov og sedvanerett ville ha negative samfunnskonsekvenser (kapittel 2.5).

Kanskje på grunn av det ovennevnte beskrev Stang selv sin argumentasjon for en streng opplysningsplikt som å stå i kontrast til såkalte «romanistiske teorier», og hevdet at flere av krittikpunktene mot den kun hadde kommet fra romanister.³⁹³ Hagerup og Platous kritikk sprang jo nettopp ut av det Stang ville betegnet som «individualisme» og en skepsis mot dommerens myndighet til å skape rett, noe Stang så på som romanistiske idéer (kapittel 2.6.2). Platou mente på sin side at striden ikke hadde noe med motsetningen mellom romanister og germanister å gjøre.³⁹⁴

Stang svarte ellers ikke på Hagerup og Platous innvendinger i deres levetid, foruten gjennom å søke å lovfeste sin egen teori om den synbare viljesmangel i avtaleloven § 33 (kapittel 4.4). Først i 1930 og 1935 besvarte han Hagerups innvendinger. Hagerup hadde for det første ikke lest fremstillingen hans oppmerksomt nok. Stang påpekte at han aldri hadde ment at en aksjekjøper kunne gå fra handelen når selgeren måtte skjønne at han hadde gale oppfatninger om aksjekonjunktorene.³⁹⁵ Slik jeg leser Hagerup, mente han med sin kritikk å argumentere mot Stangs reelle oppfatning om at aksjeselger A pliktet å opplyse aksjekjøper B om forhold som

³⁹⁰ Hagerup(1912), s.197.

³⁹¹ Hagerup(1912), s.197.

³⁹² Hagerup(1891), s.66.

³⁹³ Stang(1897), s.92 f. Stang(1935), s.610–611.

³⁹⁴ Platou(1911), s.539.

³⁹⁵ Stang(1930), s.118.

avgjort kunne svekke aksjekursen. Når Stang hevdet at Hagerup feiltolket ham ved å tro at førstnevnte mente at enhver oppfatning om aksjekursene ble omfattet av opplysningsplikten, la nok Stang mer inn i Hagerups ord enn det Hagerup selv gjorde.

Ifølge Stang hadde Hagerup også trukket for vidtgående konsekvenser av førstnevntess argumenter, når Hagerup beskyldte ham for å ukritisk blande sammen etikk og rett.³⁹⁶ Stang presiserte at han var enig i at rettsordenen i alminnelighet var dårlig skikket til å håndheve moralregler.³⁹⁷ Dette problemet ble løst i avtaleloven § 33 (kapittel 4.4) og læren om synbar viljesmangel den bygget på, ved at den egentlig ikke krevde at rettsordenen håndhevet moralregler, kun at domstolene ikke håndhevet etisk uheldige handlinger. Stang trakk parallellen til regelen om avtaler mot lov og ærbarhet i NL 5-1-2.³⁹⁸ Her synes Stang å ha latt seg inspirere av Gjelsviks teori om at enkelte livsforhold ikke blir håndhevet av retten fordi de er «sedløyse», eksempelvis avtaler om spill og veddemål.³⁹⁹ Stang mente Hagerup lot for mange umoralske avtaler håndheves av domstolene når han ville trekke den sivilrettslige opplysningsplikten etter strafferettens bedrageriregler.⁴⁰⁰ Slik Stang så det, var den reelle uenigheten mellom han og Hagerup gjaldt hvilke normer den alminnelige forretningsmoralen inneholdt, samt om hva domstolene «som følge derav skal kunne kræve».⁴⁰¹ Jeg er enig med Stang i at de var reelt uenige her. Dessuten er jeg enig med Stang i at Hagerup synes å ha misforstått ham når Hagerup synes å ha ment at Stang ukritisk ønsket å inkorporere moralregler i kontraktsretten *kun fordi de var moralregler*.⁴⁰²

Kjernen i uenigheten deres mener jeg igjen går tilbake til spørsmålet om hvor fri rettsanvendelsen var og burde være fra positiv rett til å bygge på samfunnsbetraktninger og andre reelle hensyn i rettsanvendelsen. Det var disse samfunnshensynene som begrunnet bruken av strenge forretningsmoralnormer (som enda ikke var blitt sedvanerett) hos Stang (kapittel 2.5 og 3.4).

4.4 Avtaleloven § 33 – en lovfesting av Stangs teori?

4.4.1 Stangs eget syn

Stang skrev i 1935 at avtl. § 33 var ment som et utslag av hans egen lære om den synbare viljesmangel.⁴⁰³ Han hevdet at det alltid ville stride mot bestemmelsens vilkår om «redelighet

³⁹⁶ Stang(1930), s.118.

³⁹⁷ Stang(1935), s.610.

³⁹⁸ Stang(1935), s.610.

³⁹⁹ Gjelsvik(1912), s.2–3. Gjelsvik(1921), s.3.

⁴⁰⁰ Stang(1930), s.118.

⁴⁰¹ Stang(1930), s.118.

⁴⁰² Hellner(1987), s.307–308 skriver om hvordan Stang på dette punktet også ble misforstått av Hjalmar Kallgren i 1933.

⁴⁰³ Stang(1935), s.587, 609.

og god tro» å gjøre en avtale gjeldende dersom motpartens villfarelse var synbar.⁴⁰⁴ I 1930 skrev han at læren om den synbare viljesmangel «villig» ble opptatt av rettspraksis i Norge etter han selv hadde lansert den i 1897.⁴⁰⁵ Slik han så det, var derfor § 33 en lovfesting av rettsoppfatninger som allerede hadde festnet seg i teori og praksis. Bestemmelsen kunne derfor også anvendes på saksforhold før ikrafttredelsen.⁴⁰⁶

I både 1930 og 1935 knyttet Stang bestemmelsens ugyldighetsvilkår opp mot forretningsmoralen, slik han en gang hadde gjort med sin egen lære om den synbare viljesmangel. Han mente at forretningsmoralen stadig hadde gått i retning av strengere krav til redelighet, særlig i internasjonale forhold. Dessuten la han til at også «utenfor forretningsforhold» hadde den samme utvikling funnet sted. Han hevdet at avtalelovens mange ugyldighetsregler i det hele tatt stilte strenge krav til «lojalitet og hensynsfullhet partene imellem under kontraktsforhandlinger.» Sett i lys av avtaleloven og norsk rettspraksis, mente han å fremdeles ha belegg for at § 33 skulle tolkes strengt, man skulle stadig velge de strengest mulige forretningsmoralnormene.⁴⁰⁷

I 1935-utgaven av *Innledning* gjenga han sin eldre argumentasjon knyttet til opplysningsplikten, ved å forankre den i § 33 heller enn en ulovfestet lære i synbar villfarelse. Han hadde nå flere eksempler på avgjørelser knyttet til opplysningsplikt om forhold av betydning for aksjekurser enn Rt-1904-245, nå også Rt-1919-494, Rt-1921-267 og Rt-1930-737.⁴⁰⁸

Stang brukte også § 33 for å hjemle et sterkt dommerskjønn. I 1930 skrev han at det skjønnets bestemmelsen la opp til ikke ville føre med seg de farer som vanligvis lå i å gi dommeren en for utstrakt skjønnsmessig myndighet. Grunnen var at skjønnets etter bestemmelsen skulle forankres i forretningsmoralen, ikke i dommerens subjektive vurderinger.⁴⁰⁹ Dette tyder på at Stang så på bestemmelsen som en måte å imøtegå Hagerup og Platous kritikk mot å la dommeren legge til grunn strenge forretningsmoralnormer i ugyldighetssaker uten hjemmel i lov eller sedvanerett (kapittel 2.5). Om enn kritikken mot Stangs metode kunne gjelde den gang Stang argumenterte uten forankring i positivt rettsstoff, tenkte antagelig Stang at den i alle fall ikke kunne gjelde nå som Stang hadde sikret dommeren slik myndighet i en lovbestemmelse som viste til faktisk forekommende moralnormer blant næringslivets aktører.

⁴⁰⁴ Stang(1935), s.588.

⁴⁰⁵ Stang(1930), s.131.

⁴⁰⁶ Stang(1935), s.585.

⁴⁰⁷ Stang(1930), s.81–82. Stang(1935), s.596–597.

⁴⁰⁸ Stang(1935), s.599 f.

⁴⁰⁹ Stang(1930), s.131.

4.4.2 Avtalelovens forarbeider

I Stortinget ble § 33 enstemmig vedtatt uten debatt.⁴¹⁰ I de alminnelige motivene skrev komitéen, anført av Stang, at bestemmelsen var ment til å gi et ekstra dytt i retning av større krav til oppriktighet og redelighet i «forretningslivet». Om enn forretningslivet selv, domstolene og rettsvitenskapen stadig hadde økt kravene til oppriktighet og redelighet, hadde ikke de eksisterende reglene om ugyldighet på grunn av svik vært tilstrekkelige hjemler for denne utviklingen. «[R]etteleg forstått», kunne nemlig ikke svikreglene gi rettslig grunnlag for de normene rettspraksis og rettsvitenskap hadde benyttet seg av den siste tiden.⁴¹¹

I de spesielle motivene fremhevet Bugge at bestemmelsen blant annet skulle hjemle en mer vidtgående opplysningsplikt enn svikreglene gjorde. Bugge kontrasterte bestemmelsen med en eldre juridisk virkelighet, der «uredelighet og underfundighet» ble ansett som berettigede virkemidler i kontraktsforhandlinger. Et eksempel var at dersom selger av aksjer i et selskap visste at selskapet hadde gått konkurs, når kjøperen ikke visste dette, ville avtalen bli uforbindende etter prinsippet som kom til uttrykk i § 33.

Med § 33 skulle man gi et signal til domstolene om at ugyldighet også kunne ha sin årsak i annen uredelighet enn svik, noe som bedre stemte med den moderne rettsfølelse. Dommeren skulle etter sitt eget skjønn bestemme hvor langt kravet til redelighet og god tro skulle gå i den enkelte sak. Forarbeidene ga signaler om at det ikke var galt av dommerstanden å velge en strengere redelighetsnorm enn den som tidligere hadde hersket, der dommeren anså dette som ledd i en heldig utvikling.⁴¹²

Når det gjaldt spørsmålet om opplysningsplikt om aksjekurser, mente forarbeidene at ulike, usikre oppfatninger mellom selger og kjøper om kursenes utvikling, hadde man ingen opplysningsplikt om. Dersom selger derimot visste at firmaet hadde innstilt sine betalinger, ville han ha opplysningsplikt om dette. Der selger kun visste at firmaet var i vanskeligheter, var det opp til dommerens skjønn om avtalen skulle bli ugyldig.⁴¹³ Det samme skrev Stang i sin artikkel om bestemmelsen i 1930.⁴¹⁴

⁴¹⁰ *Stortingsforhandlinger*(1918)a, s.751–752.

⁴¹¹ *Utkast*(1914)a, s.20.

⁴¹² *Utkast*(1914)a, s.74–76.

⁴¹³ *Utkast*(1914)a, s.76.

⁴¹⁴ *Stang*(1930), s.77.

4.4.3 Konklusjon – bestemmelsen var i stor grad en lovfesting av Stangs syn

Som leder i den norske komitéen bak avtaleloven, hadde Stang tilstrekkelig innflytelse på utformingen av bestemmelsens ordlyd og forarbeidstekst til at han klarte å få gjennom en bestemmelse som i stor grad reflekterte hans lære om den synbare viljesmangel, og hans velvilje overfor et sterkt dommerskjønn som valgte strenge forretningsmoralnormer over det som fulgte av tidligere tiders lov og sedvanerett.⁴¹⁵ Om enn disse aspektene ble tonet ned i Sverige og Danmark, førte Stangs sentrale rolle i norsk rettsvitenskap til at bestemmelsen nok også ble oppfattet som et utslag av læren om den synbare viljesmangel i den umiddelbare ettertid.⁴¹⁶ Dette gjaldt nok i alle fall de første to tiårene etter den ble vedtatt, så lenge Stang enda var yrkesaktiv.⁴¹⁷

4.5 Rettspraksis om opplysningsplikten (1895–1930)

4.5.1 Utvalget av saker

I alle sakene jeg har undersøkt er forholdet slik at den ene kontraktsparten A vet eller burde vite noe som på et eller annet vis gjør As ytelse etter kontrakten mindre verdt. Som regel har A denne kunnskapen før kontrakten inngås, eller får den straks etterpå. Motparten B vet samtidig ikke om dette. As ytelse blir mindre verdt enten fordi opplysningen med en viss sikkerhet viser at As ytelse blir vanskeligere å bruke eller videreselge, eller fordi det fører til at B tar en større risiko for fremtidig tap enn det B i utgangspunktet tenkte seg i sin uvitenhet.

4.5.2 I hvilken grad hadde partene like muligheter til å skaffe opplysningene?

Høyesterett syntes å ha operert med et vilkår om at der opplysningen lot seg oppdage ved at B foretok en *alminnelig undersøkelse* av ytelsen, hadde ikke A noen opplysningsplikt. Dette kunne for eksempel være en besiktigelse av tingen eller eiendommen, eller at B stilte spørsmål til A eller andre som det i situasjonen ville vært normalt å stille. I Rt-1926-791 nevnte for eksempel Høyesterett at det fra selgerens (A) side ikke var påstått, at en soppskade A burde visst om, var mulig for kjøper (B) å oppdage ved en «alminnelig pliktmæssig undersøkelse før kjøpet».⁴¹⁸ Forutsetningen synes å ha vært at selger ikke ville hatt noen opplysningsplikt dersom soppskaden lot seg oppdage ved en slik undersøkelse. Jeg har ikke funnet noen saker som tar stilling til spørsmålet om selgeren har opplysningsplikt om forhold kjøperen uaktsomt ikke oppdaget ved en slik pliktmæssig undersøkelse.

Der opplysningen kun lot seg oppdage ved en *undersøkelse av mer spesielle rettslige forhold*, slik som enkeltvedtak, kjennskap til lokale byggeforskrifter, spesielle kontraktsklausuler eller

⁴¹⁵ I samme retning Hellner(1987), s.304–305 og Hagstrøm(2021), s.152–153.

⁴¹⁶ Hellner(1987), s.305–307.

⁴¹⁷ Se Arnholm(1949) s.324 ff. sin kritikk mot læren om den synbare viljesmangel.

⁴¹⁸ s.795.

særrettigheter på eiendommen, hadde A en opplysningsplikt overfor B om dette. I eksempelvis Rt-1895-705 kjøpte B en landhandel av A. Landhandelen lå på en øy, med en båtbragge og adkomstvei til landhandelen fra bryggen. Veien gikk på en annens eiendom. A visste at landhandelen var uten veirett, men opplyste ikke B om dette. Da eieren av veien benyttet sin eiendomsrett til å sperre adkomsten til landhandelen, gikk B til sak mot A. Høyesterett kom til at A skulle opplyst B om at tredjemann kunne sperre adkomsten til landhandelen. Høyesterett drøftet ikke om B burde ha spurt A om landhandelen hadde veirett, sjekket grunnboken eller gjort andre undersøkelser. Det avgjørende for domstolen var at landhandelen «praktisk taget, ikke kunde drives» uten adkomstvei fra bryggen.⁴¹⁹ Høyesterett stilte her ikke særlig strenge krav til kjøperens undersøkelse, det var mulig å finne ut at eiendommen manglet veirett, selv om dette ikke lot seg oppdage ved en besiktigelse. Dommen er derfor et eksempel på at Høyesterett krevde at B skal kunne ha en viss grad av tillit til A.

Denne linjen fortsatte i Rt-1902-792. A solgte en to-etasjers villa i Kristiania til B. Villaen hadde to loftsrom innredet som soverom. A hadde ikke opplyst om at byggeforskriften i Kristiania forbød å bruke loftsrom på to-etasjers villaer til soverom. Høyesterett mente A skulle opplyst om dette. Domstolen mente altså ikke at kjøperen av hus burde kjenne til de lokale byggeforskriftene, i alle fall ikke når værelsene var innredet som soverom, annonsen omtalte dem som «værelser», og kjøper hadde sagt til selger han hadde en stor familie som trengte alle soverommene huset hadde å by på. Tilsvarende hadde A opplysningsplikt om en utinglyst festerett på eiendommen i Rt-1915-796, og om et enkeltvedtak om forbud mot å leie ut sidehus i Rt-1928-429.

Der noe kun lot seg oppdage ved en *undersøkelse av spesielle faktiske forhold*, altså forhold som hverken var offentlig tilgjengelige eller spesielt enkle å få undersøkt, hadde A som regel opplysningsplikt. I Rt-1901-497 hadde A solgt et stort kvantum mel til B, som skulle transporteres med båt fra Frankrike til Norge. På overfarten hadde melet vært i kontakt med sjøvann. Høyesterett mente A hadde opplysningsplikt overfor B om dette, tross As forsøk på å sile melet slik at B kun fikk tørr vare. B hadde imidlertid ikke undersøkt melsekkene umiddelbart etter leveransen, og reklamerte først da hans egne kunder begynte å klage. Høyesterett mente likevel han hadde oppfylt sin undersøkelsesplikt, ettersom han vanligvis hadde fått god vare fra A. Dessuten burde A forventet at B ville reklamere før eller siden. Høyesterett styrket her linjen om at A i stor utstrekning skal kunne stole på B. Dommen pekte fremover mot Stangs resonnementer om at den nye globale økonomien stilte strengere krav til at næringsdrivende forholdt seg lojale overfor hverandre (kapittel 4.3).

⁴¹⁹ s.706.

I enkelte av sakene var det tilnærmet umulig for B å oppdage forholdet. Rt-1903-46 gjaldt en låneavtale. Låntaker A hadde holdt skjult at han hadde begått omfattende bedragerier. Banken B hadde ingen mulighet til å finne ut av dette ved egne undersøkelser, ettersom A enda ikke hadde blitt dømt for bedrageriene på det tidspunktet partene inngikk låneavtalen. En lignende sak finnes i Rt-1906-284. I Rt-1908-327 hadde A fortiet overfor B at han hadde fått vite av brannsjefen personlig at sistnevnte ville rykke ut med en artikkel i Morgenbladet om at brannslukningsapparatene som A forsøkte å selge til B, ikke fungerte. I Rt-1930-737 opplyste ikke A (et selskap) at de hadde trådt i likvidasjon, noe B ikke hadde noen praktisk mulighet til å finne ut av. I alle disse sakene hadde A opplysningsplikt.

En mer tvilsom sak var Rt-1904-245. Dommen skulle bli en viktig del av Stangs argumentasjon for en streng opplysningsplikt, og sier mye om hvordan Høyesterett hadde posisjonert seg før rettsforskernes senere debatt. Saken gjaldt bytte av børsnoterte aksjer som A eide, mot obligasjoner som B eide. Under forhandlingsmøtet fikk én av As representanter vite at Morgenbladet skrev at aksjene ville synke i verdi fordi et annet stort firma hadde gått konkurs. Vedkommende representant hadde nemlig satt seg på rommet utenfor forhandlingsrommet og fikk vite dette av en mann som tilfeldigvis kom innom med avisen. As representant ba mannen han hadde fått vite om artikkelen av, om å ikke si noe til de andre forhandlerne. Under dissens (4-3) mente Høyesterett at A hadde brutt opplysningsplikten, slik at avtalen var uforbindende. Flertallet la vekt på at As representant gikk til det *positive* skritt å be om at opplysningen ikke skulle meddeles videre, fordi han så det som sannsynlig at dette ville skjedd dersom han ikke hadde gjort dette. Flertallet skrev at de ikke ville ta stilling til spørsmålet om han ville hatt plikt til å opplyse om saken dersom han bare hadde tidd stille. Mindretallet påpekte blant annet at prisen på børsnoterte aksjekurser i alminnelighet er offentlig tilgjengelig for alle, aksjene i denne saken hadde allerede falt før forhandlingsmøtet begynte, og opplysninger om mulige ytterlige prisfall derfor ikke burde omfattes av opplysningsplikten. Det ble også fremhevet at transaksjonen i det hele tatt bar preg av at begge partene ønsket å ta risiko.

Dommen er et godt eksempel på hvor kontroversiell en utvidelse av opplysningsplikten kunne være. Partene i saken var begge profesjonelle forretningsdrivende. I tillegg var Morgenbladet en riksdekkende avis, opplysningen kunne vanskelig vært mer tilgjengelig for begge partene, i alle fall i utgangspunktet. Mye ved situasjonen kunne derfor tilsi at B burde pålegges risikoen for egne forutsetninger om aksjekursen. Når Høyesteretts flertall likevel kom til at A brøt sin opplysningsplikt, hadde dette sammenheng med at A ved et slumpetreff fikk tak i avisartikkelen, og i tillegg hindret kjøperne fra å få lest denne. Dette gjorde opplysningene i det konkrete tilfelle vanskeligere for B å få tak i enn man kunne tenkt seg ved første øyekast.

I andre saker påla Høyesterett A en opplysningsplikt når B ikke ville kunne funnet ut av forholdet uten å foreta tid- eller ressurskrevende undersøkelser som B ikke hadde noen spesiell oppfordring til å foreta. I eksempelvis Rt-1919-494 visste A at selskapets eneste skip hadde forlist etter å ha gått på en mine, uten å si dette til aksjemegleren som senere samme kveld skulle selge aksjene i selskapet på vegne av A til B. A fikk vite om forliset av en annen aksjemegler som A tidligere hadde henvendt seg til. Aksjemegleren ga opplysningen til A fordi A hadde fortalt aksjemegleren (samt en rekke andre aksjemeglere) at han hadde vært bekymret for skipets sikkerhet i de krigsherjede verdenshavene. Opplysningen var altså ikke offentlig kjent, og lettere tilgjengelig for A enn B på grunn av As mange henvendelser til ulike meglere der han avslørte sin frykt for skipets skjebne. I Rt-1926-791 var en soppskade A burde visst om, umulig for B å oppdage ved en alminnelig besiktigelse av huset han ønsket å kjøpe. Tilsvarende saker finnes i Rt-1921-267 og Rt-1925-208.

Rt-1912-643 og Rt-1925-501 representerte unntak fra den ellers strenge opplysningsplikten der saksforholdet vanskelig lot seg oppdage av B. Disse sakene dreide seg om kreditors opplysningsplikt overfor kausjonisten om forhold ved debtors betalingsevne. Hagstrøm har også pekt på dommene som utslag av en mildere opplysningsplikt enn den som kom med § 33,⁴²⁰ tross at sistnevnte doms saksforhold fant sted etter avtalelovens ikrafttredelse, og begge dommene synes å stå som enkeltunntak fra annen samtidig praksis. Stang drøftet dem aldri. Flere av dommerne som deltok i sakene stemte for en streng opplysningsplikt i andre saker. Avviket kan derfor ikke forklares med at det fantes uenigheter om opplysningsplikten blant Høyesteretts ulike dommere. I Rt-1912-643 hadde ikke kausjonisten B, en tannlege, stilt kreditor A, en bank, spørsmål Høyesterett mente det var rimelig å forvente at B stilte. Debitor var en av As kommisjonærer, som hadde drevet med bedrageri overfor banken. A hadde i sin undersøkelse av kommisjonærens forretningsforhold funnet enkelte uregelmessigheter, men ikke såpass mange at man tenkte seg at kommisjonæren hadde bedratt banken. B hadde fått vite at banken hadde foretatt en slik undersøkelse før vedkommende påtok seg kausjonsansvaret, men fikk ikke vite hvilke resultater undersøkelsen hadde gitt. Byretten, som Høyesterett sluttet seg til, påpekte at B kunne bedt om å få innsyn i As undersøkelse av skylderen. Dermed måtte B bære risikoen for As fortielse om at undersøkelsen vise uregelmessigheter hos debitor. I Rt-1925-501 hadde debitor fått et lån av en bank mot å deponere over 200 tonn sølv, som senere viste seg å i hovedsak være forfalsket bly. Da banken, A, oppdaget dette og ville kreve inn lånet, skaffet debitor seg en kausjonist, B, en blikkenslager. A henstilte sine krav, og godtok kausjonen uten å informere B om debtors bedrageri. Byretten, som Høyesterett enstemmig sluttet seg til, mente at B avga sin kausjonserklæring uten å undersøke nærmere «paa egen risiko»,⁴²¹ og påla ikke banken noen opplysningsplikt.

⁴²⁰ Hagstrøm(2021) s.154–155.

⁴²¹ s.503.

4.5.3 Fra en vurdering av *dolus* og *culpa* til en vurdering av synbar villfarelse?

I alle avgjørelsene ble opplysningsplikten begrunnet enten ved at A hadde utvist *dolus/culpa* og/eller ved at A visste eller burde forstått at B antagelig ikke ville inngått den samme avtalen hvis A hadde meddelt opplysningen. Sistnevnte begrunnelsesmåte er mindre knyttet til at A har brutt en rettsnorm, og mer knyttet opp mot at A kan ikke få større rett etter avtalen enn det han med rimelighet kan forvente at B er villig til å gi. Jeg kaller disse begrunnelsesmåtene henholdsvis *aktsomhetsvurderinger* og *forventningsvurderinger*. Høyesterett brukte ikke disse ordene, men denne mer nåtidige terminologien mener jeg likevel er egnet til å karakterisere Høyesteretts argumentasjon over tid, ettersom disse vurderingene ble ordlagt på ulike måter i de forskjellige avgjørelsene.

Høyesterett begrunnet opplysningsplikten med en *aktsomhetsvurdering* i Rt-1895-705, Rt-1901-497, Rt-1902-792, Rt-1903-46, Rt-1904-245, Rt-1906-284, Rt-1912-643, Rt-1915-796, Rt-1921-267 og Rt-1926-791. Som et eksempel på hvordan aktsomhetsvurderingen ordlegges i de tidligste dommene, kan man bruke Rt-1904-245, saken om aksjene og morgenbladartikkelen. Flertallets førstvoterende brukte riktignok ikke termen *dolus*, men «pligtstridig».⁴²² Et annet medlem av flertallet, brukte derimot «*dolus in contrahendo*».⁴²³ Mindretallet var tydelige på å koble opplysningsplikten til *dolus in contrahendo* og mente at aktsomhetsnormen var knyttet til det strafferettslige bedrageribegrepet.⁴²⁴ Et medlem av mindretallet henviste f.eks. til Hagerups strafferettslige arbeider om bedrageri for å begrunne at A ikke hadde noen opplysningsplikt.⁴²⁵ Ingen av dommerne trekker inn momentet om hvilken rett A kunne forvente at B ville gi etter avtalen. Fokuset er helt og holdent på om A har oppført seg hederlig eller ikke, og årsakssammenhengen mellom As uhederlige oppførsel og inngåelsen av avtalen. I Rt-1906-284 ble fortielsen omtalt som en «ligefrem og grov Uagtsomhed», og et «pligtstridigt Forhold».⁴²⁶ I en senere dom, Rt-1921-267, ble opplysningsplikten begrunnet i at As fortielse ikke var «i retslig henseende berettiget». Dessuten er man nøye på å fremheve at fortielsen er årsaken til kontraktens inngåelse og Bs tap. Brudd på opplysningsplikten behandles i disse dommene som et erstatningsbetingende forhold, man krever brudd på en aktsomhetsnorm for at A skal komme i ansvar.

I sakene der Høyesterett begrunnet opplysningsplikten i en *forventningsvurdering* var ordbruken annerledes. Domstolen var mindre opptatt av As klanderverdighet, men nøyde seg med å

⁴²² s.248.

⁴²³ s.251.

⁴²⁴ s.250.

⁴²⁵ s.251.

⁴²⁶ s.287.

påpeke at A ikke kunne forvente at B ville inngått kontrakten om A hadde overholdt sin opplysningsplikt. Forventningsvurderinger dukket for første gang opp i Rt-1908-327. Her begrunnet Høyesterett opplysningsplikten med at «de Indstevnte *maatte vide*, at om en saadan Kritik var kommet til Appellantskabets Kundskab, vilde Kontrakten høist sandsynlig ikke være kommet istand».⁴²⁷ Lignende uttrykksmåter finnes i Rt-1909-98, Rt-1919-494, og Rt-1925-501. Tyngdepunktet for forventningsvurderingene kom i slutten av perioden, men bildet er ikke entydig, Høyesterett vekslet mellom aktsomhetsvurderinger og forventningsvurderinger.

I tre avgjørelser kan det virke som om Høyesterett brukte begge begrunnelsesmåter. I Rt-1925-208 skriver Høyesterett både om brudd på en «opplysningsplikt», og mener med det at A hadde «al opfordring» til å opplyse om forholdet.⁴²⁸ Bruken av ordet «plikt» kan på den ene siden vise til en rettsbruddsvurdering tilsvarende den tidligere drøftelsen av *dolus*. På den annen side kan dette også leses som stangsk terminologi, som kan tyde på at Høyesterett legger seg nærmere læren om den synbare viljesmangel. Denne lærens vektlegging av hva som var synbart for løftemottakeren gjør den nærmere en forventningsvurdering. Senere i dommen skriver nemlig Høyesterett om hva B hadde «grund til at tænke sig» grunnet selgerens taushet om forholdet.⁴²⁹ Tilsvarende hadde selgeren hadde både brutt sin «plikt til at gjøre kjøperen opmærksom paa» forholdet i Rt-1928-429, samtidig som det fremheves at B «maatte gaa ut fra» at sidebygningen kunne benyttes til bolig når A ikke opplyste om det motsatte.⁴³⁰ I Rt-1930-737 het det at det var As «feil» at B ikke visste om forholdet, og det trekkes inn at å ikke opplyse om forholdet var et brudd på italiensk lovgivning.⁴³¹ Dette bærer enda tydeligere preg av en aktsomhetsvurdering enn de to foregående dommene. Samtidig trakk domstolen inn som et argument at A ikke hadde ført bevis for at B «maa antas at ha villet innlate sig paa handelen ogsaa om» A hadde opplyst om forholdet.⁴³² Argumentet kan både knytte seg til årsaksforholdet mellom As uaktsomhet og Bs tap, og at A ikke kunne forvente å bygge rett på avtalen når A ikke ga de nødvendige opplysningene.

Avgjørelsene fra denne perioden tyder på at Høyesterett ikke hadde det helt klart for seg om opplysningsplikten skulle begrunnes i den tradisjonelle læren om As *dolus* og *culpa in contrahendo* eller i Stangs nyere lære om synbar villfarelse eller andre forventningsvurderinger. Dette var kanskje heller ikke så viktig for resultatene domstolens avgjørelser. Om man forankret begrunnelsen i *dolus/culpa*, ville man måtte ta stilling til om det var uaktsomt av A å ikke gi

⁴²⁷ s.328, min utheving.

⁴²⁸ s.209.

⁴²⁹ s.209.

⁴³⁰ s.430.

⁴³¹ s.739.

⁴³² s.739.

opplysningen. Retningslinjene for en slik vurdering er ikke gitt, ettersom slike aktsomhetsnormer endrer seg over tid. Spørsmålet om A burde kunne *forvente* at B ikke ville inngått avtalen om B hadde fått opplysningen, er også avhengig av hvilke retningslinjer man legger for vurderingen, som ofte kan sammenfalle med en aktsomhetsvurdering.⁴³³ I begge vurderinger vil det sentrale spørsmålet være hvor omfattende undersøkelser rettsordenen skal kreve av B. Krever rettsordenen få undersøkelser, kan man enten se det slik at det oftere vil være uaktsomt av A å holde tilbake opplysninger, *eller* se det slik at A sjeldnere burde forvente at B tar en bevisst risiko i sin uvitenhet om forholdene, og må dermed etter begge vurderinger, oftere gi opplysningene i samme tilfellet. To avgjørelser kan bruke forskjellige ord, men samtidig gi uttrykk for samme vilkår og rettsvirkninger når det kommer til stykket, se f.eks. Rt-1902-792 (uaktsomhet) og Rt-1928-429 (både uaktsomhet og forventning) som begge (1) lot opplysningsplikten omfatte en undersøkelse av spesielle rettslige forhold, (2) krevde at opplysningen måtte ha virket inn på avtalen, og (3) hadde ugyldighet til følge.

En mulig årsak til at domstolen fremdeles drøftet uaktsomhet selv der en forventningsvurdering var tilstrekkelig til å begrunne bruddet på opplysningsplikten, kan være muligheten for B til å kunne kreve erstatning av A. Dette krevde tradisjonelt et rettsbrudd hos A.⁴³⁴ Dersom B ikke ville nøye seg med å kreve at avtalen bare skulle kjennes ugyldig, men også ønsket økonomisk kompensasjon, måtte Høyesterett ta stilling til As aktsomhet. En annen grunn kan være bevisbyrderegler. I sviktilfellene og «andre beslektede forhold» lå bevisbyrden for at opplysningene hadde virket inn, på A.⁴³⁵ Dette forklarer nok blant annet resonnementet i Rt-1930-737, der Høyesterett presumerte at B ikke ville ha gått inn på avtalen dersom A hadde gitt opplysningen, med den begrunnelse at det var As «feil, at der ikke straks blev oplyst om dette forhold».⁴³⁶

4.5.4 Hva slags opplysninger plikten omfattet

Et annet aspekt ved opplysningsplikten er retningslinjene for å avgjøre hvilke typer opplysninger A er pliktig å meddele B. Rettspraksis viser at ikke enhver opplysning var relevant, den måtte ha en viss tilknytning til avtaleforholdet. En slik tilknytning kan tenkes å enten bestå i at opplysningen avslører at ytelsen er mindre verdt eller vanskeligere å bruke, *eller* bare at det er grunn til å tro at Bs kjennskap til opplysningen på et eller annet vis ville virket inn på avtalen, i prinsippet uavhengig av om det var noen feil med ytelsen.

Dommene viser at Høyesterett allerede fra Rt-1901-497 mente det var tilstrekkelig at opplysningen ville kunne virket inn på avtalen. Dette fortsatte året etter i Rt-1902-792, der det heter

⁴³³ I samme retning Stang(1935), s.502.

⁴³⁴ Hagerup(1894), s.59–60.

⁴³⁵ Stang(1935), s.603.

⁴³⁶ s.739.

at opplysningene var av en «saa væsentlig Beskaffenhed, at det er antageligt, at [de] har øvet Indflydelse paa Salgsvilkaarene».⁴³⁷ Flere eksempler finnes i Rt-1921-267 og Rt-1930-737.⁴³⁸ I andre saker, eksempelvis Rt-1928-429, la Høyesterett vekt på at As ytelse var vanskeligere å bruke/mindre verdt, uten å uttrykkelig si at dette også innvirket på avtalen. Antagelig så ikke domstolen behovet for å presisere det sistnevnte i mange av disse sakene.⁴³⁹

Det finnes imidlertid et unntak fra tendensen om at det var tilstrekkelig at opplysningen kunne virket inn på avtalen. I Rt-1912-643 trakk byretten, som Høyesterett sluttet seg til, inn at banken ikke hadde mer med kausjonsavtalen å gjøre annet enn å raskt godkjenne kausjonisten. Den tok overhodet ikke stilling til om det ville innvirket på avtalen om kausjonisten hadde visst at skyldneren hadde oppført seg mistenkelig. I Rt-1906-284, som også gjaldt kausjonsforhold, betonte derimot Høyesterett at A ikke hadde forvisset seg om at B «desuagtet havde kautioneret» om hun «kjendte alle Forhold»,⁴⁴⁰ og påla A opplysningsplikt. Rt-1925-501, den andre kausjonsdommen med en utypisk mild opplysningsplikt, drøftet også byretten om A pliktet å gå ut i fra at B «kun vilde stille sig som garantist under den forutsetning, at [debitors] deposita var i orden», men kom til at dette ikke var tilfelle, fordi det «ikke forekom nogen uttalelse under forhandlingene [...] som kunde bibringe [A] forstaaelsen herav».⁴⁴¹

Et annet kriterium for å vurdere om en opplysning er relevant, er i hvilken grad opplysningen er uttrykk for sikker kunnskap hos A. Sikker kunnskap hadde A i Rt-1895-705, Rt-1901-497, Rt-1902-792, Rt-1903-46, Rt-1906-284, Rt-1908-327, Rt-1909-98, Rt-1912-643 (om uregelmessigheter som kunne tyde på underslag, men ikke underslaget selv), Rt-1915-796, Rt-1919-494, Rt-1921-267, Rt-1925-501, Rt-1928-429, Rt-1930-737. I to saker var A i uaktsom uvitenhet om opplysningen, jf. Rt-1925-393, Rt-1926-791.

Selv om Morgenbladets spådom i Rt-1904-245 ikke kunne være helt sikker, var den likevel spesifikt knyttet til aksjen de forhandlet om. Dessuten var den ikke fullstendig ubegrunnet. Hadde avisen skrevet om konjunktursvingninger mer generelt ville kanskje saken stilt seg annerledes. Det kan tyde på at Høyesterett kunne akseptere større usikkerhet rundt en opplysning dersom den i desto større grad konkret handlet om ytelsen.

⁴³⁷ s.794.

⁴³⁸ Stang(1935), s.601 bruker disse to dommene og Rt-1919-494 for å belegge vilkåret om at uvitenheten må være «bestemmende» for B.

⁴³⁹ Hagstrøm(2021), s.149–150 tar Rt-1928-429 og Rt-1930-737 til inntekt for at det avgjørende er at opplysningen kunne virket inn på avtalen.

⁴⁴⁰ s.287.

⁴⁴¹ s.503.

Det finnes rettsavgjørelser som viser at Høyesterett ikke påla den ene parten noen opplysningsplikt man tilfeller der begge parter var bevisste på at avtalen innebar risiko. Rt-1921-267 gjaldt kjøp av en avtale det var svært usikkert om ville bli økonomisk gunstig. Partene var begge profesjonelle næringsdrivende. Overretten, som Høyesterett sluttet seg til, påpekte at kjøperen hadde vært bevisst på at han utnyttet en «Chance»,⁴⁴² og kjøper kunne ikke høres med at avtalen ikke gikk som de hadde håpet. Begge parter visste her like mye om situasjonen, og selgeren ble ikke pålagt å uttrykkelig fortelle kjøperen at kontrakten innebar stor risiko. Et annet eksempel finnes i Rt-1925-717. Saken gjaldt kjøp av en ring ingen av partene visste om var ekte. Høyesterett påpekte at dette var et bevisst spekulasjonskjøp, når ringen viste seg å ikke være ekte, ble ikke selger pålagt noen opplysningsplikt basert på en eventuell uaktsom uvitenhet om dette.

4.5.5 Rettsvirkningene

Høyesterett vekslet mellom to rettsvirkninger: ugyldighet og eventuelt erstatning for den negative kontraktsinteresse eller at kontrakten opprettholdtes, men A fikk erstatning for den positive kontraktsinteressen. Rettsvirkningen ble ugyldighet i Rt-1895-705, Rt-1901-497, Rt-1903-46, Rt-1904-245, Rt-1906-284, Rt-1908-327, Rt-1919-494, Rt-1921-267, Rt-1925-208, Rt-1928-429 og Rt-1930-737. Rettsvirkningen ble opprettholdelse av avtalen mot erstatning for den positive kontraktsinteresse i Rt-1902-792, Rt-1915-796 og Rt-1926-791. Felles for de tre sakene er at B kjøpte bolig. Det ville gjerne derfor være mer byrdefullt for B å måtte flytte ut av huset, enn å fortsette å bo der mot erstatning for mangelfull ytelse. Likevel dreide også Rt-1928-429 som et boligkjøp, men her var et av hovedformålene med kjøpet å leie ut boligens sidebygning, noe A hadde fortiet om at ikke lot seg gjøre uten kostbare reparasjonsarbeider. Høyesterett var altså mer fleksible når det gjaldt rettsvirkningene enn det Stang var, idet han kun behandlet mangel på opplysningsplikten som ugyldighetsgrunn.⁴⁴³

4.5.6 Stang og Høyesterett på samme linje

Høyesterett opererte stort sett med en opplysningsplikt som på regelnivå minner mest om den Stang argumenterte for. Dette er kanskje ikke overraskende, siden Stang, i motsetning til Hagerup og Platou, argumenterte for opplysningsplikten ut fra en grundig gjennomgang av høyesterettspraksis.⁴⁴⁴ Stang synes å ha identifisert at Høyesterett stort sett valgte å pålegge næringslivets aktører å være lojale mot hverandre, heller enn å fordre større ansvar for egne forutsetninger. Stangs forskning, og Stortingets vedtakelse av avtaleloven § 33, bidro kanskje også til å styrke denne linjen. Dette er imidlertid vanskelig å vite sikkert, idet hverken Stangs forskning eller § 33 ble nevnt i noen av avgjørelsene.

⁴⁴² s.270

⁴⁴³ Stang(1911)a, s.467–468. Stang(1935), s.609.

⁴⁴⁴ Stang(1911)a, s.471 ff.

Grunnen til at avtaleloven § 33 aldri ble brukt som rettslig grunnlag for å pålegge noen opplysningsplikt i tidsperioden kan være at ordlyden om å stride mot «redelighet og god tro» virket for sterk i de opplysningspliktsakene Høyesterett fikk på sitt bord. Det var kanskje lettere å omtale brudd på opplysningsplikten som uaktsomheter, rettsstridigheter, eller som noe man ikke kunne bygge rett på. Dette var mer nøytrale ordelag, som i større grad unngikk moraldommen ordlyden i § 33 ga konnotasjoner til. En annen grunn kan være at avtalelovens forarbeider og samtidig juridisk teori var klare på at § 33 var et uttrykk for et ulovfestet prinsipp. Høyesterett så seg dermed kanskje ikke bundet til å bruke paragrafen direkte i sine begrunnelser, men heller fortsette å løse sakene på ulovfestet grunnlag.

5 *Condictio indebiti*

Avgjørende for retsordenens stilling til et tilbakesøkningskrav kan ikke bare være hensynet til betaleren og hans formodede forutsætninger og motiver. Retsordenen maa efter min mening ogsaa veie de reale grunde som [...] kan tale for at betalingsretshandelen bør ha en endelig og forbindende karakter.

– Paal Berg, 1927.⁴⁴⁵

5.1 Formål og opplegg

I dette kapittelet skal jeg undersøke utviklingen av *condictio indebiti*-regelens innhold. Denne regelen går ut på at en person som ved en feiltagelse betaler eller oppfyller noe han ikke er forpliktet til, under nærmere omstendigheter har et tilbakebetalingskrav. Ulike rettsforskere var gjerne uenige på begrunnelsesnivå om *condictio indebiti*. Tross disse uenighetene, viser det seg at norske rettsforskere omtrent var samstemte om at en *condictio indebiti*-regel med det jeg vil karakterisere som et utpreget romerrettslig innhold på regelnivå, gjaldt i Norge. Det var Høyesterett som snudde kursen vekk fra denne oppfatningen i 1927, i en dom som innebar et skifte mot en regel som bygget på avveininger av reelle hensyn i hvert konkrete tilfelle.

5.2 Sentrale elementer i *condictio indebiti*-regelen

Regelen regulerer for det første forholdet mellom to parter med motstridende interesser. Den ene har interesse i å få tilbake det han en gang ga vekk, den andre i å slippe å gi det fra seg. Et sentralt spørsmål vil dermed alltid være hvordan man balanserer disse interessene mot hverandre. Skal man favorisere betaleren eller mottakeren? Har man en forutberegnelig regel med få unntak og lite rom for skjønn, eller en i større grad skjønnsmessig regel som ikke på forhånd ønsker å gi en løsning som skal passe på alle tenkelige tilfeller? Der norske, juridiske forfattere gjerne sverget til en mer forutberegnelig og fastlagt regel som forsiktig favoriserte betaleren fra 1885–1935, skulle Høyesterett begynne å foretrekke en regel med større rom for skjønn og økt vektlegging av mottakerens interesser fra 1927.

For det andre kan man merke seg begrepet *god tro*. Man kan bruke Aage Thor Falkangers definisjon, å ikke ha «kjennskap til visse nærmere angitte kjensgjerninger».⁴⁴⁶ Har man slik kjennskap, er man derimot i ond tro. Rundt 1900 brukte man gjerne termen villfarelse, som betydde det samme som å være i god tro. I *condictio indebiti* knytter villfarelsen seg til det rette omfanget av betalerens forpliktelse til mottakeren, eventuelt om det finnes noen slik forpliktelse

⁴⁴⁵ I sitt votum i Rt-1927-237, s.238.

⁴⁴⁶ Falkanger(1999), s.19.

overhodet. Regelen volder størst problemer der begge parter er i god tro, altså der begge feilaktig tror at man betaler en skyldig gjeld. Den alminnelige oppfatningen har vært at en mottaker i ond tro nesten alltid vil være forpliktet til å levere tilbake det han har fått i sin helhet, ofte ut fra et synspunkt om ansvar for uaktsomhet og svik. Tilsvarende vil en betaler i ond tro som regel ha tapt retten til å få tilbake det han har gitt fra seg. Begrunnelsen har gjerne vært at han dermed har gitt ytelsen fra seg i gavehensikt. I senere tid har særlig det siste tilfellet riktignok vist seg å ikke gjelde uten unntak i norsk rett.⁴⁴⁷ Spørsmålet om man krever *aktsom* god tro hos mottakeren, har vært omdiskutert.

Videre pålegger regelen noen en forpliktelse til å yte noe, som kan håndheves i rettssystemet. Dermed vil det alltid kunne dukke opp et spørsmål om *hvilke mer overordnede teorier om formuerettslige forpliktelsers grunnlag* den enkelte *condictio indebiti*-regelen hviler på, jf. debatten om rettshandlers grunnlag i kapittel 2.3. Denne uenigheten ligger på begrunnelsesnivået for regelen, og medfører ikke nødvendigvis uenighet på regelnivå.

Det siste sentrale elementet i *condictio indebiti*-regelen jeg skal peke på, er at tilbakebetalingen må ha et gitt omfang. Et mulig utmålingsprinsipp er at mottakeren skal svare for alt han en gang urettmessig mottok. En annen mulighet er at han bare skal svare for den berikelse han sitter igjen med når tilbakebetalingskravet rettes mot ham.

5.3 Rettstilstanden før århundreskiftet

5.3.1 I Danmark og Norge

Ørsted hadde i 1828 vært skeptisk til å anerkjenne vidtrekkende tilbakebetalingskrav.⁴⁴⁸ Hensynet til mottakerens interesse i at et en gang oppgjort forhold ikke skulle endres i ettertid var viktigst hos ham.⁴⁴⁹ Dette var i all hovedsak den rådende oppfatningen i både dansk og norsk rett frem til Hagerups avhandling om emnet i 1885 (for Norges vedkommende) og Lassens lærebok i obligasjonsrett fra 1892 (for Danmarks vedkommende).⁴⁵⁰ For Norges del påpekte Hagerup at spørsmålet ikke ofte hadde dukket opp i rettspraksis i løpet av 1800-tallet, og den praksis som fantes spriket såpass mye at den ikke ga noen tydelig veiledning i hva slags regel som gjaldt.⁴⁵¹ Det fantes heller ingen nyere dyptgående rettsforskning på området. Ørsteds oppfatning kunne dermed stå seg sterkt i mange år.

⁴⁴⁷ Hagstrøm(2021), s.734.

⁴⁴⁸ Hagstrøm(2021), s.734.

⁴⁴⁹ Ørsted(1828), s.255–256.

⁴⁵⁰ Hagerup(1885), s.245. Lassen(1892). Hagstrøm(2021), s.734.

⁴⁵¹ Hagerup(1885), s.245.

5.3.2 I Tyskland

I Tysklands pandektvitenskap fantes en mer omfangsrik litteratur om *condictio indebiti* enn i Norge. Antikkens romerske jurister hadde gjerne hevdet at tilbakebetalingsretten tilkom den som hadde ytt noe uten rettsgrunn (*causa*). I 1850 hadde Bernhard Windscheid (1817–1892) lansert en teori om at manglende *causa* i *condictio indebiti*-tilfellene viste til en forutsetning («Voraussetzung») om å være forpliktet til å oppfylle, som viste seg å ikke stemme med virkeligheten.⁴⁵² Han definerte forutsetninger som en nokså sikker forestilling om virkeligheten, uten hvilken man ikke ville ha avgitt en viljeserklæring.⁴⁵³ Så lenge forutsetningen om oppfyltingsplikt var mulig for mottakeren å erkjenne, noe den som regel alltid var, ble mottakeren forpliktet til å levere ytelsen tilbake i sin helhet.⁴⁵⁴ Senere skulle han likevel mene at tilbakebetalingsplikten begrenset seg til berikelsen mottakeren satt igjen med.⁴⁵⁵ Han skulle også presisere at betaleren måtte være i aktsom god tro.⁴⁵⁶

Otto Lenel (1849–1935) skulle kritisere Windscheids forutsetningsbegrep, og særlig hans påstand om at forutsetninger måtte være erkjennbare for motparten i *condictio indebiti*-tilfellene, i en artikkel fra 1889. Lenel mente at vilkåret om erkjennbarhet hverken fulgte av de antikke romerske kildene eller av sakens natur.⁴⁵⁷ Han spurte blant annet retorisk om Windscheid ville utelukket *condictio indebiti* i et tilfelle der en mann får en sum penger i posten fra en annen, uten noen beskjed, og det i ettertid viser seg at forsendelsen var ment som betaling av en uriktig forutsatt skyld.⁴⁵⁸ Poenget var at det mottakeren umulig kunne erkjenne betalerens forutsetning idet han fikk pengene. Likevel ville det, slik Lenel så det, være åpenbart at man her måtte gi betaleren en tilbakesøkningsrett. Lenels argumentasjon her synes ikke å tyde på en uenighet mellom ham og Windscheid knyttet til om avsenderen i eksempelet hadde krav på å få pengene tilbake. Formålet var kun å motbevise at forutsetningsteorien kunne være grunnlaget for *condictio indebiti*.

Lenel mente at man bare kunne operere med *betingelser*, som i så fall måtte gjøres til en del av viljeserklæringen, og de rene *motiver*, som ikke hadde rettsvirkning overhodet. Det fantes ingen mellomkategori i form av erkjennbare forutsetninger.⁴⁵⁹ Begrunnelsen for *condictio indebiti*

⁴⁵² Windscheid(1850), s.12.

⁴⁵³ Windscheid(1850), s.1–2, 8–10.

⁴⁵⁴ Windscheid(1850), s.6, 12.

⁴⁵⁵ Windscheid(1891), s.530. I mellomtiden hadde pandektvitenskapen anerkjent innskrenkningen til motpartens berikelse som et alminnelig utmålingsprinsipp, se Zimmermann(1996), s.900–901.

⁴⁵⁶ Windscheid(1891), s.550.

⁴⁵⁷ Lenel(1889), s.223.

⁴⁵⁸ Lenel(1889), s.224.

⁴⁵⁹ Lenel(1889), s.225–226.

måtte altså finnes et annet sted enn i partenes erkjennbare forutsetninger. Slik Lenel tolket det romerske *causa*-begrepet, henviste dette til at «rimelighet» krevde at rettsordenen anerkjente en tilbakesøkningsrett hos den som hadde til formål om å betale en gjeld, når det viste seg at denne ikke eksisterte, helt uavhengig av om mottakeren i det konkrete tilfelle kunne erkjenne at formålet med betalingen var å innfri en forpliktelse.⁴⁶⁰

Artikkelen endte med et forslag om at BGB burde innføre en hovedregel om at den som uten gavehensikt har ytt noe, kunne, når ytelsens formål viser seg å ikke ha blitt oppnådd, få det ytte tilbake fra mottakeren. Det skulle være tre unntak. For det første dersom formålet stred mot lov eller god moral. For det andre dersom betaleren selv hadde forhindret oppnåelsen av ytelsens formål på en måte som stred mot rettshandelen. For det tredje dersom det var umulig å oppnå formålet med ytelsen fra starten av, og betaleren visste dette.⁴⁶¹ Han var likevel enig med Windscheid i det «ubestridte prinsipp» om at kravets omfang skulle innskrenkes til mottakerens berikelse.⁴⁶²

Både Lenel og Windscheid var enige om at (1) den som hadde betalt noe i god tro om at han skyldte dette, (2) til en mottaker i god tro, (3) skulle få tilbake berikelsen mottakeren satt igjen med. Både Lenel og Windscheid var tilhengere av en mer forutberegnelig enn skjønnsmessig regel, de krevde god tro, og de var er enige om tilbakebetalingsplikts omfang. Uenighetene mellom forfatterne knyttet seg for det første til kravet om aktsom god tro, der Windscheid krevde dette, synes ikke Lenel å ha argumentert for et slikt krav. I tillegg er det uklart om Windscheid var uenig med Lenel om mottakeren av pengene i post-eksempelet nevnt ovenfor var forpliktet til å betale tilbake pengene. Den mest sentrale uenigheten var likevel om tilbakebetalingskravet skulle begrunnes i Windscheids forutsetningslære eller i Lenels formåls- og rimelighetslære.

I BGB var Hovedregelen om «ugrunnet berikelse» i § 812 formulert slik at den som får en ytelse «uten rettslig grunn», ble forpliktet til å levere det tilbake. Formuleringen kunne romme både Windscheids forutsetningslære og Lenels formålslære. I § 813 sto det imidlertid «Det som er ytt med det formål om å oppfylle en forpliktelse, kan dermed også kreves tilbakebetalt [...]».⁴⁶³ Her ble altså Lenels formålsterminologi brukt, heller enn Windscheids forutsetningstermino-

⁴⁶⁰ Lenel(1889), s.227.

⁴⁶¹ Lenel(1889), s.236.

⁴⁶² Lenel(1889), s.237.

⁴⁶³ BGB(1896), s.174

logi. § 815 sa at tilbakebetaling ikke kunne kreves dersom formålet med oppfyllelsen var umulig fra starten av, og betaleren visste dette. Kravet til *aktsom* god tro hadde imidlertid BGB-forfatterne forlatt, jf. § 814. Grunnen var at aktsomhetsvurderingen i teorien hadde blitt for komplisert, «viklet inn i en overveldende kasuistikk», slik Zimmermann formulerer det.⁴⁶⁴ Tilbakebetalingskravets omfang innskrenket seg til berikelsen, jf. § 818. Regelen for *condictio indebiti* i BGB ble altså at den som i god tro om at han skylder noe, betalte dette til en mottaker i god tro, kunne kreve berikelsen tilbake dersom det viste seg at han ikke skyldte betalingen. Det var noen få og velavgrensede unntak.⁴⁶⁵ BGBs *condictio indebiti*-regel var mer forutberegnelig enn skjønnsmessig.

5.4 Debatt blant norske rettsforskere (1885–1925)

I perioden 1885–1925 var norske rettsforskere i hovedsak enige om *condictio indebiti*-spørsmålet på rettsregelnivå, inspirert av Windscheid, Lenel og BGB.⁴⁶⁶ Om enn de norske rettsforskerne uttrykte regelen på noe forskjellig vis, var meningsinnholdet bak ordene i hovedsak det samme: (1) der en person betalte i aktsom *eller* uaktsom god tro om at han skyldte penger eller andre ytelser, og dette viste seg å ikke stemme, og (2) mottakeren også var i god tro om dette, (3) kunne den som hadde betalt kreve tilbake berikelsen mottakeren hadde hatt. Der betaleren var i ond tro, eller mottakeren var i uaktsom god tro, ville han derimot måtte stå ansvarlig for betalingen.⁴⁶⁷ Dette var en *forutberegnelig* regel, som ikke ga rom for skjønn i det konkrete tilfellet om hvem som måtte bære ansvaret for feilbetalingen. Den ga dessuten nokså vidtgående tilbakesøkningsrettigheter til betaleren.

Rettsforskerne var også enige om at omfanget av tilbakesøkerens krav var begrenset til den *berikelse* mottakeren satt igjen med. Tanken var at der mottakeren var i aktsom god tro, burde han ikke stå ansvarlig for hele beløpet han en gang i tiden hadde fått. I mellomtiden hadde han kanskje brukt pengene til å betale løpende utgifter, slik som skatt, bedriftsomkostninger og husholdningsutgifter. For å ta hensyn til mottakerens forventning om at betalingene han tok imot i god tro skulle kunne benyttes i sitt daglige virke, burde han kun stå ansvarlig for det som var igjen av beløpet. Eventuelt bare for den tilstand varen var i på det tidspunktet kravet ble rettet mot ham, dersom han hadde mottatt noe annet enn penger. Dette betegnet man som *berikelsen*. Ufornuftige utgifter, som til pengespill og «svir», sto han derimot ansvarlig for.⁴⁶⁸ Stang

⁴⁶⁴ Zimmermann(1996), s.870.

⁴⁶⁵ Zimmermann(1996), s.7.

⁴⁶⁶ Se også Hagstrøm(2021), s.734 om Windscheids innflytelse på Hagerup og Hagerups videre innflytelse på andre norske rettsforskere.

⁴⁶⁷ Hagerup(1885), s.252. Hagerup(1894), s.63–64. Gjelsvik(1897), s.65–70. Stang(1897), s.86–89. Platou(1914), s.383–386. Gjelsvik(1921), s.107. Schjødt(1925), s.8.

⁴⁶⁸ Hagerup(1885), s.252. Gjelsvik(1897), s.69–70. Stang(1897), s.88–89. Platou(1914), s.386. Schjødt(1925), s.8.

hadde et noe avvikende syn på omfanget av tilbakebetalingen fra såkalte «viljesudyktige», idet han allerede i 1897 mente at beløpet kunne kreves tilbakebetalt i sin helhet.⁴⁶⁹

Selv om Hagerup i all hovedsak sluttet seg til Windscheids teori, forlot han kravet til *aktsom* god tro hos betaleren av tre grunner. For det første fordi «Uagtsomheden i Virkeligheden ofte kan være lige saa stor på Modtagerens Side», for det andre fordi «det utvivlsomt i mange Tilfælde vil være en i høieste Grad haard Poenalfølge af en maaske ringe Forglemmelse fra Betalerens Side», for det tredje fordi det ikke kunne være noen «rigtig Sammenhæng» mellom å begrunne *condictio indebiti*-kravet i betalerens forutsetning om gjeldens eksistens, og å kreve at forutsetningen skal være aktsom. Dessuten stilte han seg kritisk til at de antikke romerne skulle ha operert med et slikt aktsomhetskrav.⁴⁷⁰ Gjelsvik krevde heller ikke aktsom god tro hos betaleren, men mente at dersom betaleren var uaktsom, kunne han heller ikke kreve tilbake det mottageren hadde brukt på ufornuftige utgifter.⁴⁷¹ Stang og Thomle behandlet ikke problemsstillingen særskilt, men syntes heller ikke å stille krav til aktsom god tro hos betaleren.⁴⁷² Platou mente i 1914 at selv om romerne krevde at villfarelsen skulle være unnskyldelig, er «alle nyere Lovgivninger [...] kommet fra dette Krav. Berigelsen for den Modtagne er lige ugrundet i alle Tilfælde og det er ligesaameget den Modtagne at bebreide».⁴⁷³ Rettsforskerne lot seg dermed her blant annet inspirere av BGBs oppgjør med den tidligere pandektvitenskapens aktsomhetskrav. Schjødt krevde heller ikke aktsom god tro som hovedregel, men mente at i det tilfellet at man fullstendig hadde unnlatt å få brakt sin skatteplikt på det rene gjennom ligningsordningen, mistet man tilbakebetalingskravet sitt.⁴⁷⁴

Når det gjelder regelens begrunnelsesnivå, brukte Hagerup en terminologi som ga inntrykk av at betalerens vilje forklarte hvorfor regelen var som den var: Den som betalte i villfarelse om en betalingsplikt, hadde *villet* overføre eiendomsretten til betalingsmiddelet til mottakeren, men han hadde samtidig *ikke villet* at mottakeren skulle få noen berikelse han ikke hadde krav på. Betalerens vilje, hans forutsetning om gjeldens eksistens, var vanligvis mulig å erkjenne for mottakeren.⁴⁷⁵ Dermed hadde betaleren krav på å få tilbake den berikelsen mottakeren satt igjen

⁴⁶⁹ Stang(1897) s.86–87.

⁴⁷⁰ Hagerup(1885), s.249.

⁴⁷¹ Gjelsvik(1897), s.66–67, 70.

⁴⁷² Stang(1897), s.88–91. Thomle(1913), s.324–328.

⁴⁷³ Platou(1914), s.383–384.

⁴⁷⁴ Schjødt(1925), s.8–9.

⁴⁷⁵ Hagerup skulle senere slutte seg til Lenels kritikk av erkjennbarhetsvilkåret, se Hagerup(1894), s.63–64. Dette rokket ikke ved Hagerups oppfatning av *condictio indebiti* på regelnivå, siden han tidligere hadde lagt til grunn at forutsetningen i *condictio indebiti*-tilfellene alltid var erkjennbar.

med. Dette betegnet Hagerup som «den Vei, som den romerske Ret har befulgt».⁴⁷⁶ Argumentasjonsrekken og viljeterminologien var inspirert av Windscheid.⁴⁷⁷ Tross henvisningen til partenes vilje, synes Hagerup å reelt ha bygget regelen på et mer objektivt grunnlag, som bygget på reelle hensyn. Fremgangsmåten i artikkelen var å veie argumenter for den ene eller andre løsningen på spørsmålet om hvordan *condictio indebiti*-regelen skulle utformes. Her så han både til hva som virket som en rettferdig ordning partene imellom, hva omsetningslivet hadde behov for, og hva som ga best sammenheng med øvrige rettsregler. Hagerup antok ut fra dette at partene, i de tilfellene noen hadde betalt en annen i god tro om en plikt til dette, alltid hadde en vilje om at mottakeren skulle svare for den berikelsen han satt igjen med, dersom betalingsplikten ikke var til stede.⁴⁷⁸

Platou begrunnet *condictio indebiti* ved å i større grad enn Hagerup benytte en terminologi knyttet til det romerrettslige begrepet *causa*. Han syntes å ha vært mer enig med Lenel/BGB enn Windscheid når det gjaldt hvilket meningsinnhold som lå bak denne latinske termen. Resonnementet var følgende: *Causa* var det «øiemed» man ville oppnå med å foreta en rettshandel. Eksempelvis at man «yder en eller anden Præstation for at opfylde en paatagen Forpligtelse, saasom at befri sig for en Gjæld, *solvendi causa*».⁴⁷⁹ Dette gjaldt også i norsk rett, både fordi dette lå i sakens natur, og fordi ingen ville kunne få inndrevet et pengekrav i norske domstoler uten å kunne påvise rettsgrunnen for kravet. Visse unntak fra denne hovedregelen gjaldt, som ved veksler og gjeldsbrev. «Paa den simple Sætning, at en Retshandel nødvendigvis maa have en Retsgrund, *causa*, hviler Kondiktionerne [...] og særlig *condictio indebiti*», skrev han videre.⁴⁸⁰ *Condictio indebiti* forelå i det tilfelle der en person presterte noe med den rettsgrunn/*causa* å oppfylle en forpliktelse. Dersom det viste seg at forpliktelsen ikke eksisterte, forelå det ingen *causa*. Dersom vedkommende visste at forpliktelsen ikke eksisterte, har han derimot hatt en *causa*, nemlig *causa donandi*, rettsgrunnen var å gi en gave. Betingelsen for at det kunne bli snakk om tilbakebetaling var altså at betaleren var i villfarelse, men det alene var ikke begrunnelsen for tilbakebetalingskravet. Begrunnelsen var derimot den *objektive mangelen* av *causa solutio*, uavhengig av den individuelle betalerens vilje eller forutsetninger, mente Platou.⁴⁸¹ Han nevnte ikke noe vilkår om at rettsgrunnen måtte være erkjennbar for mottakeren.

⁴⁷⁶ Hagerup(1885), s.252.

⁴⁷⁷ Eksempelvis Windscheid(1850), s.3 der Windscheid kaller læren om *condictiones* en del av læren om «viljens selvbegrensning». Hagerup(1885), s.252 henviser også til Windscheid.

⁴⁷⁸ Hagerup(1885), s.252.

⁴⁷⁹ Platou(1914), s.378–380.

⁴⁸⁰ Platou(1914), s.380–383.

⁴⁸¹ Platou(1914), s.383–384.

Gjelsvik søkte begrunnelsen for rettsreglene om villfarelser i *betraktninger om hvem som har risikoen* for villfarelsen.⁴⁸² Dette handlet om hvem det er mest rettferdig at *burde* ha ansvaret for villfarelsen. Den som burde ha ansvaret, måtte bære det tapet den villfarende part led som følge av villfarelsen. Vurderingen var her helt uavhengig av partenes vilje. Når det gjaldt *condictio indebiti*-tilfellene, begrunnet Gjelsvik dette i en betraktning om at det var et «motiv av allmenn natur» når man betalte en gjeld, at den eksisterte. Dermed hadde betalingsmottakeren «risikoen» for gjeldens eksistens, og måtte finne seg i at betaleren kunne kreve tilbakebetaling.⁴⁸³ Heller ikke når det gjaldt spørsmålet om utmålingen av *condictio indebiti*-kravet, var partenes (manglende) vilje avgjørende på begrunnelsesnivået. Det hele berodde på hva to fiktive idealmennesker *ville* ha gjort, en vurdering som ikke tok hensyn til det subjektive hos partene.⁴⁸⁴ I sin *Innledning i rettsstudiet* fra 1921 forfektet han samme regel. Han gikk ikke nærmere inn på begrunnelsen for regelen enn å si at hjemmelen for tilbakesøkningskravet ikke lå i partenes subjektive vilje, men i «den objektive retten».⁴⁸⁵

Stang mente at det var det man kunne lese fra de *ytre omstendighetene* rundt betalingshandlingen som var avgjorde eksistensen av en tilbakebetalingsrett. Stang mente at hver gang noen betalte noe til en annen, hadde partene inngått en stilltiende avtale ved å gjennomføre betalingshandlingen. Denne avtalen måtte dernest fortolkes ut fra hva hvilke ytre omstendigheter det var mulig for mottakeren å erkjenne.⁴⁸⁶ Den «fornuftige og billige» tolkningen av denne avtalen i *condictio indebiti*-tilfellene, var at betaleren rettmessig skulle kunne kreve betalingen tilbake.⁴⁸⁷ Når det gjaldt omfanget av tilbakebetalingen, hevdet Stang at dette også berodde på en tolkning av den samme stilltiende avtalen mellom partene. I denne tolkningen måtte man se til den løsning «der byder det rimeligste resultat», og dette var «at la Modtageren svare for den Berigelse, han sidder inde med, når Tilbagebetalingen kræves.» Forutsetningen var hele tiden at også mottakeren var i god tro.⁴⁸⁸

Alle fire var enige om at utover partenes gode tro, var ikke partenes subjektive vilje eller forestillinger i *den enkelte sak* avgjørende for tilbakebetalingsplikts stiftelse. Forskjellene mellom dem lå for det første i at Hagerup, Gjelsvik og Stang, i motsetning til Platou, betonte at regelen bygget på en *avveining av argumenter om dens hensiktsmessighet*. Forskjellene mellom disse

⁴⁸² Om bruk av risikosynspunktet flere steder i avhandlingen, se f.eks. s.36, 66, 68 og 80.

⁴⁸³ Gjelsvik(1897), s.65–66.

⁴⁸⁴ Gjelsvik(1897), s.68–70.

⁴⁸⁵ Gjelsvik(1921), s.107.

⁴⁸⁶ Stang(1897), s.66.

⁴⁸⁷ Stang(1897), s.86.

⁴⁸⁸ Stang(1897), s.88–89.

avveiningene var at Stang og Gjelsvik la knapt noen vekt på betalerens *formodede vilje i normaltilfellene*, slik Hagerup gjorde. Stang var mer opptatt av hva man objektivt vil kunne lese ut av betalerens handlinger, og Gjelsvik av hvilken risiko rettsordenen burde pålegge partene. Stangs argumentasjon her kan dermed leses som et utslag av erklæringsteorien og Gjelsviks av risikosynspunktet (kapittel 2.3). Koblingen til viljesteorien er ikke like tydelig hos Platou som den er hos Hagerup.

Spørsmålet om *condictio indebiti* var i mindre grad knyttet til debatten om sosialisme og revolusjonsfrykt enn spørsmålet om kontraktsfriheten. Samtidig hadde det en tilknytning til de økonomiske krisetidene som fulgte med første verdenskrig, og den politiske ledelsens reaksjon på dette. Grunnen var at *condictio indebiti* fikk relevans i de tilfeller der noen i villfarelse hadde betalt for mye skatt. Sjøfartsbransjen i Norge hadde hatt en eventyrlig oppsving i konjunkturerne under første verdenskrig. Dampskipsselskaper fikk store inntekter som følge av Norges posisjon som nøytralt land i den globale konflikten.⁴⁸⁹ Staten responderte på dette ved å vedta krigskonjunkturskattelover. Det økte overskuddet skulle komme fellesskapet til gode. Rettslige tvister om omfanget av denne skatten skulle nå Høyesterett i flere saker på 1920-tallet. Dermed ble et nytt spørsmål aktualisert. Kunne den tradisjonelle betraktningsmåten om *condictio indebiti* også gjelde der den kom på tvers med statens behov for finanser en sikkerhetspolitisk og økonomisk usikker tid?⁴⁹⁰

Annæus Schjødt d.e. (1888–1972) skrev om *condictio indebiti* i skatteforhold. Schjødt føyde seg inn i den allerede lange rekken av teoretikere som hevdet en annen *condictio indebiti*-regel enn det Høyesterett ville bruke i 1927. Artikkelen hans kom dessuten bare to år før dommen, og den omtalte akkurat det rettslige temaet dommen skulle behandle. Schjødt argumenterte for at det som regel foreligger en kondisjonsrett også i tilfeller der man har betalt for mye skatt. Dette gjelder selv der skatteyteren var i uaktsom god tro om at han skyldte skatten.⁴⁹¹ Etter Schjødts mening var det å avskjære et slikt tilbakebetalingskrav noe som ikke alene strider «mot billighet – derom kan der vel neppe tvistes – men mot herskende teori, praksis og lovgivning.»⁴⁹²

Selv om Schjødt skrev om skatt generelt, må artikkelen leses som et akademisk debattinnlegg i lys av de mange samtidige krigskonjunkturskattesakene som kom i kjølvannet av Garonne-saken, Rt-1923-II-92. Denne dommen hadde avklart at renteinntekt på krigsinntekter ikke var

⁴⁸⁹ Sandmo(2005), s.67.

⁴⁹⁰ Om presset på andre deler av norsk økonomi enn de bransjene som opplevde oppgangstider under og etter første verdenskrig, se Lie(2021), s.31 ff. og 45 ff. og Sandvik(2019), s.165 ff.

⁴⁹¹ Schjødt(1925), s.8.

⁴⁹² Schjødt(1925), s.1.

skattepliktig, på tross av ligningsmyndighetenes praksis. Det var dermed duket for en rekke tilbakebetalingskrav fra bedriftene som hadde blitt ilignet dette i løpet av krigen.

5.5 Høyesterett trumfer gjennom endring (1908–1935)

5.5.1 På linje med rettsforskerne (1908–1925)

I de første sakene jeg har undersøkt, var trenden at Høyesterett stort sett fulgte den romerrettslige løsningen, altså den regelen som en samstemt juridisk teori hevdet man måtte legge til grunn for *condictio indebiti*. Det dreier seg om fem saker.⁴⁹³ Til tider var dommerne uenige om de nærmere vilkårene for hva som var å regne som et *condictio indebiti*-krav. I Rt-1909-511 mente for eksempel flertallet at en stenbruddsinnehaver som hadde betalt fem års leie på forskudd, kunne kreve leien tilbakebetalt idet grunneieren hadde solgt eiendommen til noen andre, etter reglene om *condictio indebiti*. Et mindretall anført av ekstraordinær assessor Professor Platou mente imidlertid at dette var et krav som sprang ut av kontrakt.

Alle de fem dommene inneholdt nokså korte begrunnelser for resultatet, dommerne diskuterte ikke *condictio indebiti*-kravenes grunnlag i overordnede teorier om formuerettslige forpliktelser. Avgjørelsene viser imidlertid at Høyesterett mente at en betaler som i god tro hadde betalt noe han ikke skyldte, kunne kreve tilbake berikelsen mottakeren satt igjen med, selv der mottakeren var i god tro. Den pandektinspirerte regelen Hagerup først introduserte i 1885, hadde fått gjennomslag i norsk høyesterettspraksis de første 25 årene av 1900-tallet.

5.5.2 Bruddet i 1927

I Rt-1927-237 satte Høyesterett seg i plenum for første gang i historien etter plenumsloven hadde blitt vedtatt året før. Ved denne historiske plenumsdommen fravek man alle tidligere prejudikater om *condictio indebiti* – spørsmålet om rett på tilbakebetaling skulle nå bero på en avveining av «reale grunde». I den konkrete saken ble hensynet til mottagerens interesser avgjørende, idet betaleren hadde hatt full anledning til å ta de nødvendige reservasjonene.

Bakgrunnen for saken var at Den Norske Amerikalinje A/S i løpet av årene 1917–1919 hadde blitt ilignet en inntekt på totalt 30 180 000 kroner (omtrent 778 000 000 2024-kroner). I den samme perioden måtte de betale krigskonjunkturskatt på 10 005 875 kroner (omtrent 258 000 000 2024-kroner). Krigskonjunkturskattelovene sa imidlertid at det bare var «indtægtsstigning som følge av krigskonjunktur» som skulle beskattes, og nevnte ikke noe om *renteinntekt* påfølgende skatteår som skatteyteren har fått som følge av sine forhøyede inntekter året før. Amerikalinjen hadde imidlertid, i likhet med mange andre skatteytere, blitt pålagt å også skatte av denne renteinntekten av ligningsmyndighetene. Ved Garonne-saken slo imidlertid

⁴⁹³ Rt-1908-774, Rt-1909-511, Rt-1917-417, Rt-1925-531 og Rt-1925-633.

Høyesterett fast at slik renteinntekt ikke var skattepliktig. Amerikalinjen hadde betalt skatten uten forbehold, men forsøkte å få en ny ligning for å få tilbakebetalt skatten av renteinntektene, etter reglene om *condictio indebiti*.

Finansdepartementet skrev til Rederiforbundet i 1922 at en skatteyder som betalte en ilignet skatt, ikke dermed avskar retten til rettslig prøving av denne skatten. Dessuten innrømmet de en tilbakebetalingsrett så lenge foreldelse ikke var inntrådt. I et nytt skriv året etter, trakk departementet tilbake uttalelsen. Selv ikke det å ta forbehold ved innbetalingen ga nå adgang til rettslig prøvelse. Skrivet var foranlediget av en dom i Kristiana byrett der Christiana Sparebank tapte i en sak om tilbakebetaling av skatt mot Kristiania kommune.⁴⁹⁴ Finansdepartementet bestred dermed Amerikalinjens tilbakebetalingskrav, og saken endte til slutt opp på Høyesteretts bord. Høyesterett kom enstemmig til at den urettmessige ilagte krigskonjunkturskatten ikke skulle tilbakebetales.

Førstvoterende Paal Berg skrev med bred penn om prinsippene for tilbakesøkningskrav i sin alminnelighet. Berg tok først et oppgjør med teoriene om at hovedregelen skulle være tilbakebetaling så lenge noen hadde betalt «ut fra den uriktige tro, at han var forpliktet til det», bare fordi dette var i samsvar med betalerens subjektive forestillinger om forholdet. Rettsordenen måtte også «veie de reale grunde» som talte for at mottakeren skulle få beholde det han en gang hadde fått. I denne saken, mente Berg, veide «[h]ensynet til betalingsmottagerens berettigede interesse i, at et engang oppgjort forhold ikke skal kunne holdes svævende og uavgjort» sterkere enn Amerikalinjens interesse i tilbakebetaling. Dette var fordi Amerikalinjen hadde hatt «full grund og anledning» til å ta et forbehold ved betalingen, noe de ikke hadde gjort. Berg henviste til Ørsteds avhandling fra 1828, den Hagerup i 1885 hadde opponert mot idet han resiperte Windscheids lære, for å peke på at Amerikalinjen hadde kunnet tatt et forbehold ved betalingen. Dette hadde de en enda større oppfordring til å gjøre når de visste at det var rettslig tvilsomt om rentene var skattepliktige. Berg pekte dessuten på at dansk Højesteret i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1917 s. 416 hadde gitt uttrykk for en tilsvarende rettsoppfatning som Berg la til grunn. Han pekte også på at dette synes «at stemme bedst med vore skatteloves system».

Et flertall på 11 av 21 dommere var uenige med Berg i at det burde tillegges vekt at Amerikalinjen visste at det var rettslig tvilsomt om renteinntektene kunne skattlegges da de betalte.

⁴⁹⁴ Schjødt(1925), s.1.

Uenigheten blant Høyesteretts dommere gikk altså ikke på spørsmålet om å beholde den romerrettslige regelen eller omfavne avveiningene av reelle hensyn. Samtlige av dommerne hadde altså en helt annen innfallsvinkel til *condictio indebiti* enn tidligere.

Det er nok flere grunner til at Høyesterett fravek sine tidligere prejudikater. For det første kan dette knyttes til forhold som var spesifikke for krigskonjunkturskattesaker. Sandmo har for eksempel skrevet om at Høyesterett i løpet av 20-tallet stadig var blitt mer lojale til Stortinget enn de hadde vært tidligere, i den forstand at de sjeldnere brukte prøvingsretten til å tilsidesette lover som grunnlovsstridige.⁴⁹⁵ Det kan ikke utelukkes at denne tendensen til større lojalitet mot Stortinget, også ga seg utslag i en lojalitet til Finansdepartementet, som regjerte på parlamentarisk grunnlag. Arnholm har dessuten påpekt at saksforholdet var «temmelig spesielt», idet det kunne synes lite rimelig «om en skattyder som hadde betalt skatten uten forbehold, skulde ha fri adgang til å rippe op i disse forhold i enhver fremtid». Men, som Arnholm også påpeker, tilsier ordbruken i Bergs votum at rekkevidden i dommen var ment å være langt videre enn et snevert unntak fra *condictio indebiti*-reglene kun for skatteforhold.⁴⁹⁶

Grunnen til at Høyesterett valgte å fravike sine egne prejudikater og stake ut en ny kurs for *condictio indebiti* hadde altså antagelig andre årsaker enn at tilbakebetalingskravet knyttet seg til krigskonjunkturskatt. Den økte vektleggingen av samfunnshensyn, objektive tolkningsteorier, interessejurisprudens og risikobetraktninger i formuerettslig forskning hadde kanskje enda større betydning. I 1921 oppsummerte Knoph norsk rettsforskning som å ha vendt seg i en «utilitaristisk» retning.⁴⁹⁷ Denne utilitaristiske vendingen innebar, slik jeg ser det, også en nedvurdering av det som ble oppfattet som romerrettslig argumentasjon knyttet til partenes subjektive forestillinger, uten rom for friere avveininger i den enkelte sak, jf. også kapittel 2.6.1 om den samtidige nedvurderingen av romerretten som foregikk i norsk rettstenkning. Stang og Gjelsvik var viktige bidragsytere til denne vendingen i Norge, til tross for at deres egen løsning på *condictio indebiti*-spørsmålet før 1927 var overraskende romerrettslig på regelnivå. At Paal Berg var førstvoterende, bidro nok til at Høyesterett valgte en løsning på både begrunnelses- og regelnivå som orienterte seg vekk fra det subjektive og forutberegnelige, og i større grad mot en vurdering av de mange «reale grunde» som sto på spill i slike saker. Berg skulle nemlig i 1930 tilkjenne seg som en tilhenger av en samfunnsorientert formuerett, med henvisning til Stangs tekster (kapittel 1.1). Dommen kan derfor ses på som et uttrykk for at Høyesterett her responderte positivt på Stangs program om en sosial, samfunnsorientert formuerett.

⁴⁹⁵ Sandmo(2005), s.46.

⁴⁹⁶ Arnholm(1939), s.151.

⁴⁹⁷ Knoph(1921), s.5.

Det er også mulig å knytte dommen an til et ønske om nordisk rettsenhet, ettersom Høyesterett uttrykkelig henviste til en dansk høyesterettsdom. På 1920-tallet var det nordiske juristsamarbeidet i full blomst. Man hadde igjen tatt opp virksomheten med jevnlig nordiske juristmøter etter avbruddet i 1905.⁴⁹⁸ Dessuten hadde man på formuerettens område et levende lovgivnings-samarbeid mellom de skandinaviske landene.⁴⁹⁹ Kanskje så Høyesterett det slik at også Norge burde ha en *condictio indebiti*-regel som var like 'moderne' som i Danmark, heller enn å holde fast ved eldre, pandektvitenskapelig tankegodt.

Til sist kan man påpeke at selv om nyere teori og høyesterettspraksis var entydig på regelnivå, var spørsmålet under debatt, jf. Finansdepartementets syn på spørsmålet fra skrivet til rederiforbundet i 1923. Dette kan ha gjort det lettere for Høyesterett å sette seg i plenum med prejudikatsfravikelse for øye, spørsmålet virket kanskje ikke like avklart som den juridiske teorien ga uttrykk for. Dette, sammen med de ovenfor skisserte årsakene, bidro nok til at Høyesterett anså seg frigjort fra teoriens løsninger på regelnivå og egen tidligere praksis da de gikk vekk fra den romerrettslige regelen og løste spørsmålet etter en avveining av «reale grunde».⁵⁰⁰ Rt-1927-237 ble prejudikat for dommene som kom senere.⁵⁰¹

Høyesteretts syn på spørsmålet fikk forholdsvis raskt konsekvenser for rettsforskningen. I 1930 skrev Stang at «avgjørelsen [om man har *condictio indebiti*-krav] maa træffes efter reale hensyn», likevel uten å henvise til rettspraksis.⁵⁰² I 1935 skrev han at betaleren kunne miste kravet sitt dersom han lot det gå for lang tid etter han var blitt kjent med «de omstendigheter som hjemler hans krav».⁵⁰³ Stang skrev ikke om foreldelsesregler, men om det man i dag ville omtalt som rettstap på grunn av passivitet. Dette var et tydelig skifte fra det forutberegnelige til det skjønnsmessige i Stangs fremstilling av emnet, som pekte fremover mot Arnholms grundige *condictio indebiti*-avhandling fra 1939, der han tok et oppgjør med tidligere norsk teori og argumenterte for en mer skjønnsmessig regel.⁵⁰⁴

⁴⁹⁸ Björne(2007), s.20.

⁴⁹⁹ Robberstad(1970), s.238.

⁵⁰⁰ s.238.

⁵⁰¹ Se Rt-1927-814, Rt-1927-1052, Rt-1928-1004, Rt-1928-1155, Rt-1929-604, Rt-1930-764, Rt-1931-190, Rt-1933-323, Rt-1934-33, Rt-1934-400. Både Arnholm(1939), s.153, Krüger(1984), s.313 og til en viss grad Hagstrøm(2021), s.735 trekker dommen frem som et prejudikat for at senere praksis i større grad fulgte en regel bygget på avveininger i hvert konkrete tilfelle.

⁵⁰² Stang(1930), s.107.

⁵⁰³ Stang(1935), s.485.

⁵⁰⁴ Arnholm(1939), s.125 ff.

6 Konklusjon og refleksjoner

Rettsforskerne, Stortinget og Høyesteretts bidrag til utformingen av kontraktsrettens innhold rundt 1900 skjedde i konteksten av samtidige sosialpolitiske og juridisk-faglige debatter. Dette var debatter med en ideologisk dimensjon knyttet til spenningene mellom kapitalisme og sosialisme, og mellom individ og samfunn. For mange som tilhørte borgerskapet i Norge, blant dem ledende jurister og politikere, ble svaret på sosialismen en slags kritisk borgerlighet. Ved å gjennomføre enkelte endringer i den bestående økonomiske orden, ønsket man å bevare dens kapitalistiske grunnstrukturer samtidig som man dempet faren for sosialistisk revolusjon. Noe av individets økonomiske frihet og rettigheter, som under 1800-tallets liberalisme hadde stått sterkt, måtte på denne måten ofres for en oppfatning av hva som var best på samfunnsnivå. Dette var en politisk utvikling som skjedde over hele Europa.

Nytenkningen av økonomien spredde seg til kontraktsrettslige fagmiljøer, som i Norge var preget av forskere som hadde nokså stor innflytelse på utformingen av gjeldende rett. Rettsforskeren Stang tok inspirasjon fra tyske og franske rettstenkere, og kritiserte norsk kontraktsretts-tenkning for å ha en overdrevent liberalistisk orientering, som hverken stemte overens med positiv norsk rett eller med de samfunnsbehov denne retten skulle fylle i en ny tid. Dette gjaldt særlig viljesteorien, med sitt kantianske og liberalistiske tankegrunnlag. Mye av skylden for dette lå i innflytelsen fra pandektvitenskapen, mente Stang. Derfor ble også de fleste egenskapene ved kontraktsrettens innhold og tenkemåte som Stang kritiserte, betegnet som «romerrettslige». For å endre kontraktsretten slik at den bedre fylte samfunnets behov, argumenterte Stang for å utvide dommerens kompetanse til å treffe kontraktsrettslige avgjørelser etter eget skjønn. Slik han så det, burde det være større plass til utilitaristiske vurderinger av resultatets hensiktsmessighet på samfunnsnivå i rettsanvendelsen.

Platou og Hagerup så det som farlig for samfunnet dersom dommerens skjønn skulle utvides for mye i kontraktsrettslige saker med en sosial dimensjon. Sosiale reformer burde heller komme gjennom lovgivning, påpekte Hagerup. Bare gjennom politisk arbeid ville man kunne best forene samfunnets ulike interesser i de vanskelige sosiale spørsmål man sto ovenfor, i forsiktige reformer bygget på brede kompromisser. Det ville kunne føre til vilkårlighet om domstolene tvang gjennom sosiale reformer, ettersom resultatet i sakene ville bli for avhengig av den enkelte dommers politiske holdninger. Platou ønsket å bevare liberalismen som kontraktsrettens hovedprinsipp. Kontraktsretten skulle ivareta individets rettferdighetsfølelse heller enn å bare bygge på utilitaristiske betraktninger om de beste løsninger på samfunnsnivå. Begge kritiserte også Stangs rettsvitenskapelige teorier, som teorien om den synbare viljesmangel, for å ha for svakt empirisk grunnlag i det positive rettsstoffet. De forsvarte dessuten romerrettens stilling som viktig intellektuell impulsgeber til norsk kontraktsrett, selv om Hagerup også mente at dennes individualistiske orientering ikke stemte godt overens med de sosialpolitiske holdningene som hadde vokst frem rundt 1900.

Det kontraktsrettslige temaet som på mange måter lå i kjernen av samtidens ideologiske spenninger, var den formelle kontraktsfriheten. I tråd med de politiske tankene om å demme opp mot sosialismen, innskrenket Stortinget, anført av det radikale Venstre, kontraktsfriheten på en rekke ulike måter i tiårene rundt 1900. Dette begynte med forsiktig arbeidervernlovgivning fra 1892, men det var særlig utbruddet av første verdenskrig, den påfølgende russiske revolusjon og de økonomiske og samfunnsmessige virkningene dette hadde over hele Europa, som satte den intervensjonistiske lovgivningen i et nytt gir. Det nøytrale Norge hadde hatt en eksportorientert økonomi, og de to nabolandene Russland og Finland befant seg i blodige borgerkriger mellom røde og hvite innen slutten av krigen. Ikke bare ble krigen ledsaget av utvidelser av arbeidervernlovgivningen (som ti- og åtte-timersdag), men staten satte seg også nye kontraktsrettslige oppgaver i møte med de økonomiske krisene, i form av privatrettslige reguleringer av husleie og lønn.

Samtidig hadde Stang hatt en sentral rolle i utarbeidelse av skandinaviske lover som innskrenket kontraktsfriheten: avbetalingsloven og avtaleloven. Tross at lovene hadde blitt utarbeidet før krigsutbruddet, ble de vedtatt mens krigen pågikk, og møtte derfor kanskje færre protester fra høyresiden i Stortingssalen enn det som kunne ha vært tilfelle tidligere. Avtalelovens forarbeider og paragrafer bærer i stor grad preg av Stangs tankegods. På sett og vis kan avtalelovens ugyldighetskapittel leses som et innlegg i debattene mellom Stang og Hagerup/Platou, i den forstand at Stang responderte på Hagerup/Platous kritikk om at han forfektet sosiale formuerettsregler uten tilstrekkelig grunnlag i rettsstoffet, ved å skaffe slikt grunnlag i den nye avtalelovens bestemmelser.

Høyesterett tilsidesatte ikke de nye innskrenkningene av kontraktsfriheten i husleiesaker med hjemmel i grunnloven § 97, slik enkelte hadde fryktet. Likevel er det vanskelig å spore noen tydelig ideologi om hverken vern av liberalismens formelle kontraktsfrihet, eller av den «svake» kontraktspart hos Høyesterett i denne perioden. Selv om enkelte fraksjoner i domstolen viste tilbøyeligheter til å strekke på eldre ugyldighets- og tolkningsregler til å motvirke ubalanserte kontrakter, fikk slike fraksjoner sjeldent flertall, noe som følgelig ikke ledet til noen varig endring i domstolens praksis her. Avtalelovens sosiale ugyldighetsregler ble heller aldri benyttet for å verne en såkalt «svak» part, ettersom de høyesterettssakene lovens bestemmelser ble påberopt i, nokså klart falt utenfor de saksforhold bestemmelsene omfattet. Tross at avtalelovens sosiale ugyldighetsregler representerte et punktum i en sentral debatt i norske kontraktsrettslige fagmiljøer, hadde den derfor tilsynelatende begrenset betydning i praksis. For å oppsummere Høyesteretts bidrag til kontraktsrettslig endring knyttet til innskrenkninger i den formelle kontraktsfriheten, kan man si at domstolen ikke la noen hindringer i veien for Stortingets nye innskrenkninger av kontraktsfriheten, men den var heller ingen pådriver i utviklingen.

Ved inngangen til 1900-tallet hadde Høyesterett pålagt kontraktsparter en nokså streng prekontraktuell opplysningsplikt, med henvisning til reglene om *dolus* og *culpa in contrahendo*. Stang plukket opp dette i sin forskning i 1911, og formulerte for første gang regelen om at kontraktsparter har en opplysningsplikt overfor hverandre. Tidligere kontraktsrettslige fremstillinger hadde behandlet en eventuell slik plikt nokså abstrakt, gjerne som ledd i fremstillingen av svik og bedrageri. Stang gikk langt i å formulere en streng opplysningsplikt, noe som skapte debatt. Platou og Hagerup vektla i større grad tanken om at partene måtte stå ansvarlige for sine egne antagelser og undersøkelser. Selv om reglene om bedrageri og svik påla partene en viss opplysningsplikt, særlig overfor uprofesjonelle parter, kunne det for eksempel ikke være riktig å pålegge noen å dele allment kjente opplysninger av betydning for aksjekursene. Stang mente derimot at den moderne verdensøkonomien, med sitt tempo, sine store avstander og sine telegramavtaler, krevde større grad av tillit mellom partene gjennom en integrering av god forretningsmoral i rettsreglene, heller enn at rettsreglene skulle pålegge partene et utstrakt ansvar for egne gale forutsetninger. Gjennom avtaleloven § 33 fikk han forsiktig lovfestet denne opplysningsplikten, men bestemmelsen ble aldri brukt av Høyesterett i tiden etter den ble vedtatt. Likevel fortsatte domstolen i hovedsak linjen med en streng opplysningsplikt inn i 1930-tallet, en linje den også hadde ført før Stangs forskning. Etter hvert vendte også språkbruken i domsgrunnene seg vekk fra en vurdering av *dolus* og *culpa* til en mer stangsk vurdering av om parten som satt med opplysningene burde visst at hans fortielse hadde virket inn på avtalens innhold.

Kanskje den mest overraskende endringen foregikk for *condictio indebiti* sitt vedkommende. Der en samstemt norsk teori fra 1885–1925 hadde forfektet en regel som var sterkt inspirert av den tyske pandektvitenskapen, gikk Høyesterett i en skattesak fra 1927 i front for å endre regelen, uten holdepunkter i hverken lov eller nyere teori. Dette viser hvordan nytenkningen om kontraktsretten fra det individorienterte til det samfunnsorienterte, og nytenkningen om rettsanvendelsen fra det faste til det skjønnsmessige, kunne få indirekte innvirkning på kontraktsrettens regelnivå. Den offentligrettslige dimensjonen i skattesaken bidro nok til dette skiftet.

Resultatet av endringsprosessene kontraktsretten gjennomgikk rundt 1900, var at mellomkrigstidens jurister nok i større grad argumenterte rettslig ut fra avveininger av reelle hensyn, slik som utilitaristiske betraktninger om reglenes samfunnsnytte. I mindre grad mente man å være bundet av en lov og sedvanerett som ivaretok formell kontraktsfrihet og påla stort ansvar for den enkeltes kontraktsrettslige handlinger. Denne endringen i tankemåten om kontraktsretten hadde ikke vært mulig uten at også viktige deler av kontraktsrettens *innhold* ble endret, særlig knyttet til Stortingets innskrenkninger av kontraktsfriheten. Disse skjedde i konteksten av en samfunnsdebatt som hadde tatt en utilitaristisk vending. Dette skjedde særlig etter første verdenskrig, der 1800-tallets beskyttelse av individets økonomiske rettigheter i stadig større grad ble sett i et motsetningsforhold til å skape et best mulig samfunn i en ny tid.

Denne endringsprosessen la på mange måter grunnlaget for dagens kontraktsrett. Flere av avtalelovens opprinnelige ugyldighetsregler gjelder fremdeles, og dommerens skjønnsmessige myndighet til å revidere inngåtte avtaler har blitt videreført og styrket gjennom vedtakelsen av bestemmelser som avtaleloven § 36. Tanken om at kontraktsretten skal ha til formål om å verne den «svake» part har befestet seg gjennom et stadig ekspanderende vern av arbeidstakere og forbrukere. EU har i de siste tiår vært en sentral pådriver i beskyttelsen av sistnevnte gruppe, og resepsjonen av europeisk forbrukerregelverk kan dermed ses på som en videreføring av idéer som allerede fantes i norsk kontraktsrett. Kravet til lojalitet mellom kontraktparter har i dag sementert seg som et viktig kontraktsrettslig prinsipp. Bruken av objektive avveininger av reelle hensyn, uavhengig av partenes subjektive viljer og forestillinger, er vanlig i nåtidens kontraktsrettslige argumentasjonsmønstre. Dette har nok også sin årsak i at de fleste næringsdrivende i dag er juridiske personer, uten individuelle, subjektive forestillinger.

Forståelsen for utviklingen kontraktsretten gjennomgikk rundt 1900 gir innsikt i hvilke formål mye av dagens kontraktsrett opprinnelig skulle oppfylle. Et slikt historisk perspektiv gjør det gjerne enklere å forstå innholdet i gjeldende rett. Den kontraktsrettslige utviklingen rundt 1900 viser også hvordan internasjonale idéstrømninger fører til rettslig endring på ulike nivå, og hvordan kontraktsrettens idégrunnlag og innhold alltid utvikler seg i et samspill mellom flere rettsskapende aktører enn den lovgivende statsmakt. Den illustrerer hvordan slik rettslig endring skjer gjennom samtidens rettskildemessige, økonomiske og politiske strukturer. I nåtiden er inntrykket at kontraktsrett sjeldent er gjenstand for sentrale politiske debatter. Derfor er det fascinerende å se i hvor stor grad utformingen av kontraktsrettslige strukturer som fremdeles består i dag, ble preget av samtidens steile ideologiske konflikt mellom kapitalisme og sosialisme.

Domsregister

Norsk Høyesterett

Rt-1895-705

Rt-1899-192

Rt-1900-629

Rt-1901-497

Rt-1902-792

Rt-1903-46

Rt-1904-245

Rt-1904-749

Rt-1905-629

Rt-1906-284

Rt-1906-513

Rt-1907-21

Rt-1908-327

Rt-1908-774

Rt-1909-98

Rt-1909-330

Rt-1909-417

Rt-1909-511

Rt-1912-304

Rt-1912-478

Rt-1912-643

Rt-1914-642

Rt-1915-192

Rt-1915-796

Rt-1917-417

Rt-1918-497

Rt-1919-494

Rt-1919-742

Rt-1921-73

Rt-1921-195

Rt-1921-267

Rt-1921-372

Rt-1921-721

Rt-1922-39

Rt-1923-II-92

Rt-1924-1105

Rt-1925-208

Rt-1925-393
Rt-1925-501
Rt-1925-531
Rt-1925-633
Rt-1925-717
Rt-1925-783
Rt-1926-156
Rt-1926-272
Rt-1926-791
Rt-1927-237
Rt-1927-814
Rt-1927-1052
Rt-1927-1074
Rt-1928-236
Rt-1928-409
Rt-1928-429
Rt-1928-1004
Rt-1928-1155
Rt-1929-433
Rt-1929-604
Rt-1930-177
Rt-1930-357
Rt-1930-405
Rt-1930-737
Rt-1930-764
Rt-1931-190
Rt-1931-645
Rt-1933-147
Rt-1933-323
Rt-1934-33
Rt-1934-400
Rt-1934-507

Kristiania Byrett

BRDD.II nr.579

BRDD.III nr.539

BRDD.III nr.552

Dansk Højesteret

UfR 1917 s. 416

Litteraturliste

- Alvik(2021) Alvik, Ivar. «Konsesjonslovgivning, kapital og eiendomsrett 1888–1917.» I *Kontroll av kapital. 1814–1917*. Redigert av Sverre Flaatten. Oslo: Akademisk publisering, 2021.
- Arbeiderkommisjonen(1888) *Arbeiderkommisjonens Innstilling I: Forslag til Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. V. og Lov om Arbeidstidens Begrænsning i forskjellige Virksomheder, der ikke omfattes af foranførte Lovforslag med Motiver*.
- Arnholm(1939) Arnholm, Carl Jacob. *Streiftog i obligasjonsretten*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1939.
- Arnholm(1942) Arnholm, Carl Jacob. *Panteretten*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1942.
- Arnholm(1949) Arnholm, Carl Jacob. *Alminnelig avtalerett*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1949.
- Arnholm(1951) Arnholm, Carl Jacob. *Alminnelig obligasjonsrett. Forelesninger I. semester 1941. Bind I–II*. Oslo: Universitetets studentkontor, 1951.
- Arnholm(1964) Arnholm, Carl Jacob. *Privatrett II. Avtaler*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1964.
- Augdahl(1932) Augdahl, Per. *Norsk panterett*. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 1932.
- Augdahl(1953) Augdahl, Per. *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. Oslo: Akademisk forlag, 1953.
- Augdahl(1963) Augdahl, Per. *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. Oslo: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1953.
- Bals(2022) Bals, Jonas. *Streik! En historie om strid, samhold og solidaritet*. Oslo: Res Publica, 2022.
- Berg(1930) Berg, Paal. *Arbeidsrett*. Oslo: Olaf Norlis forlag, 1930
- BGB(1896) *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich mit dem Einführungsgesetz ...* Berlin: 1896.
- Björne(1998) Björne, Lars. *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II: 1815–1870*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1998.

- Björne(2002) Björne, Lars. *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III: 1871–1910*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 2002.
- Björne(2007) Björne, Lars. *Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del IV: 1911–1950*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 2007.
- Blandhol(2004) Blandhol, Sverre. «Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* årg. 117 (2004), s. 1–19.
- Blandhol(2015) Blandhol, Sverre. «Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? Avtalelovene og den nordiske rettspragmatisme.» I *Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, utfordringer, fremtid*. Redigert av Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren og Johan Giertsen (2015), s. 37–61.
- BRDD.II *Domme og Kjendelser ved Kristiania Byret i borgerlige Retstrætter. II. Anden Samling 1892–1900. Domme og Kjendelser i Udvalg*. Utgitt av V. H. Siewers. Kristiania, Jacob Dybwads Forlag, 1903.
- BRDD.III *Domme og Kjendelser ved Kristiania Byret i borgerlige Retsrætter. Tredie Samling 1901–1905*. Utgitt av V. H. Siewers. Kristiania, Jacob Dybwads Forlag, 1906.
- Bugge(1914) Bugge, Nicolay L. «Den skandinaviske Fælleslovgivning. En historisk Oversigt.» *Tidsskrift for Retsvidenskab* årg. 27 (1914), s. 80–126.
- Castberg(1939) Castberg, Frede. *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*. Oslo: O. Christiansens boktrykkeri, 1939.
- Dagbladet(1932) *Dagbladet*. «Mer tenking – mindre pugg til juridisk embedseksamen.» Middagsutgaven, torsdag 14. januar 1932, s. 1 og 3.
- Dege(2009) Dege, Jan Tormod. *Den individuelle Arbeidsrett. Del I*. Oslo: Minerva AS, 2009.
- Dokument nr.105(1890) *Fra Næringskomitéen nr. 2. Ang. Arbeiderbeskyttelseslovgivningen*.

- Eckhoff(1971) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo: Forlaget Tanum – Norli A/S, 1971.
- Eng(2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Eriksen(2000) Eriksen, Christofer. *Prejudikat og prøvelsesrett. Politiske og juridiske faktorer bak plenumsloven av 1926*. Oslo: Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 8/2000.
- Espeli(2021) Espeli, Harald. «Minstelønnsloven for underordnede handelsfolk 1918–1925. En glemt likelønnslov.» *Arbeiderhistorie* årg. 35 (2021), s. 80–100.
- Evju(2012) Evju, Stein. «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten». *Arbeidsrett* årg. 8 (2012), s. 143–163.
- Falkanger(1999) Falkanger, Aage Thor. *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*. Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Gagnér(1999) Gagnér, Sten. «Hagerups tidsskrift.» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* årg. 112 (1999), s. 255–379.
- Gierke(1889)a Gierke, Otto. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1889.
- Gierke(1889)b Gierke, Otto. *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1889.
- Giertsen(2021) Giertsen, Johan. *Avtaler*. 4. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Gjelsvik(1897) Gjelsvik, Nikolaus. *Den norske privatrets lære om vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed*. Kristiania: W. C. Fabritius & Sønners Bogtrykkeri, 1897.
- Gjelsvik(1912) Gjelsvik, Nikolaus. *Innledning i rettsstudiet*. 1. utg. Oslo: Det norske samlaget, 1912.
- Gjelsvik(1921) Gjelsvik, Nikolaus. *Innledning i rettsstudiet*. 2. utg. Oslo: Det norske samlaget, 1921.

- Gjelsvik(1939) Gjelsvik, Nikolaus. *Innleiding i rettsstudiet*. 3. utg. Oslo: Nikolai Olsen, 1939.
- Hallager-Aubert(1896) Hallager, Fredrik. *Den norske Obligationsrets almindelige Del. Omarbeidet og forøget udgave af nogle afsnit af «Den norske Obligationsret»*. Ved L. M. B. AubeRt-Christiania: P. T. Mallings Boghandels Forlag, 1896.
- Halvorsen(2023) Halvorsen, Marit. «Det juridiske fakultet ved det kongelige Frederiks universitet. 1813–1965.» I *Rettens arkeologi. Trettens rettshistoriske studier*. Oslo: Pax forlag, 2023.
- Hagerup(1884) Hagerup, Francis. *Om Kjøb og Salg. Forelæsninger, holdt ved Kristiania Universitet*. 2. utg. Kristiania: H. Aschehoug & Co, 1884.
- Hagerup(1885) Hagerup, Francis. «Om Principperne for condicito indebiti». *Norsk Retstidende* årg. 46 (1885) s. 245–253.
- Hagerup(1888) Hagerup, Francis. «Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter». *Tidsskrift for Retsvidenskab* årg. 1 (1888), s. 1–58.
- Hagerup(1891) Hagerup, Francis. *Om Formuesindgreb og Dokumentforbrydelser. Nogle Afsni af Forelæsninger over Strafferettens specielle Del*. Kristiania: H. Aschehouh & Ko., 1891.
- Hagerup(1894) Hagerup, Francis. «Til Obligationsrettens almindelige Del.» *Tidsskrift for Retsvidenskab* årg. 7 (1894), s. 32–69.
- Hagerup(1912) Hagerup, Francis. «Anmeldelse af Fredrik Stang: Norsk Formueret I.» *Tidsskrift for Retsvidenskab* årg. 25 (1912), s. 177–202.
- Hagerup(1915) Hagerup, Francis. «Nogle Ord om Forholdet mellom positiv Ret og Retsanvendelse». *Tidsskrift for Retsvidenskab* årg. 28 (1915), s. 16–77.
- Hagerup(1916) Hagerup, Francis. *Omrids af den norske handelsret*. 5. utg. Kristiania: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1916.

- Hagerup(1919) Hagerup, Francis. *Ret og kultur i det nittende aarhundrede*. Kjøbenhavn: Gyldendalske boghandel, nordisk forlag, 1919.
- Hagstrøm(2021) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 3. utg. ved Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger B. Ørstavik. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Heck(1914) Heck, Philipp. *Geetzesauslegung und Interessejurisprudenz*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Giebeck), 1914.
- Heivoll(2019) Heivoll, Geir. «Å ikke se skogen for bare trær». I *Fordom og forventning. Ei handbok i rettshistorisk metode*. Oslo, Akademisk publisering, 2019, s. 72–89.
- Hellner(1987) Hellner, Jan. «Fredrik Stang och 33 § Avtalslagen». *Tidskrift for Retsvitenskap* årg. 100 (1987), s. 300–316.
- Hjort(2019) Hjort, Maria Astrup. «Rettshistorisk metode og tolkning av historiske tekster». I *Fordom og forventning. Ei handbok i rettshistorisk metode*. Redigert av Jørn Øyrehagen Sunde. Oslo: Akademisk publisering, 2019, s. 16–47.
- Hognestad(2022) Hognestad, Eirik, Marianne Jenum Hotvedt og Alexander Sønnerland Skjønberg. *Arbeidsrett. Individuelle og kollektive emner*. 3. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2022.
- Holmøyvik(2015) Holmøyvik, Eirik. «Utviklinga av prøvingsretten i Norge». I *Lærebok i forfatningshistorie*. Redigert av Eirik Holmøyvik og Dag Michalsen, med bidrag av Ola Mestad. Oslo: Pax forlag A/S, 2015, s. 326–361.
- Indst.O.nr.5(1901–1902) *Indstilling fra komiteen for sociale spørsmål angaaende den kongelige proposisjon til lov om tilsyn med arbeide i fabriker m. v.*
- Indst.O.nr.14(1908) *Indstilling fra socialkomiteén angaaende den kongelige proposition til lov om tilsyn med arbeide i fabriker m. v.*
- Indst.O.nr.9(1909) *Tillægsindstilling fra socialkomiteen angaaende lov om tilsyn med arbeide i fabriker m. v*

- Indst.O.nr.8(1918) *Indstilling fra Socialkomiteen angaaende utfærdigelse av en lov om boligforholdene.*
- Indst.O.nr.9(1918) *Indstilling fra justiskomite nr. 1 angaaende lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeseerklæringer.*
- Indst.O.nr.20(1918) *Angaaende lov om mindsteløn for underordnede handelsfolk.*
- Jakhelln(2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo: N. W. Damm & Søn, 2006.
- John(1989) John, Michael. *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Juristmøteforhandlinger*(1899) *Forhandlinger paa niende nordiske juristmøde i Kristiania den 28, 29 og 30 august 1899*. Kristiania: Aktie-Boktrykkeriet, 1900.
- Knoph(1921) Knoph, Ragnar. *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*. Kristiania: Olaf Norlis forlag, 1921.
- Knoph(1934)a Knoph, Ragnar. *Utviklingslinjer i moderne formuerett*. Oslo: J. M. Stenersens forlag, 1934.
- Knoph(1934)b Knoph, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. 1. utg. Oslo: Nationaltrykkeriet, 1934.
- Knoph(1939) Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder. Særlig grunnlovens § 97*. Oslo: I kommisjon hos Grøndahl & Søn, 1939.
- Krüger(1984) Krüger, Kai. *Pengekrav*. 2. utg. Bergen: Universitetsforlaget AS, 1984.
- Kaartvedt(1984) Kaartvedt, Alf. *Høyres Historie 1. Drømmen om borgerlig samling. 1884–1918*. Oslo: J. W. Cappelens forlag AS, 1984.
- Lassen(1892) Lassen, Julius. *Haandbog i obligationsretten. Almindelig del*. Kjøbenhavn: G.E.C. Gad, 1892.
- Lenel(1889) Lenel, Otto. «Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)». *Archiv für die civilistische Praxis* årg. 74 (1889), s. 213–239.

Lie(2021)	Lie, Einar. <i>Norsk økonomisk politikk etter 1905</i> . Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
Love(1892)	<i>Love, emanerede ved en og firtiende ordentlige Storthing</i> (1892)
Mestad(2021)	Mestad, Ola. «Tidlegare § 101». I <i>Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020</i> . Redigert av Ola Mestad og Dag Michalsen. Oslo: Universitetsforlaget, 2021, s. 1125–1137.
Meyer(1902)	Meyer, Ludvig. <i>Fremmedordbog</i> . 7. utg. ved F. C. B. Dahl, B. T. Dahl og J. P. F. D. Dahl. København: Det Schuboeske Forlag 1902.
Michalsen(2000)	Michalsen, Dag. «Romerrettsideologien i norsk rettsvitenskap.» <i>Nytt norsk tidsskrift</i> årg. 16 (2000), s. 414–426.
Michalsen(2008)	Michalsen, Dag. <i>Romerrettsideologi</i> . Oslo: Pax forlag A/S, 2008.
Michalsen(2013)	Michalsen, Dag. <i>Norsk rettstenkning etter 1800. Tolv studier</i> . Oslo: Pax forlag A/S, 2013.
Michalsen(2023)	Michalsen, Dag. <i>Rett. En internasjonal historie</i> . 2. utg. Oslo: Pax forlag A/S, 2023.
Morgenbladet(1908)	<i>Morgenbladet</i> . «For Frihed og Folkestyre. Professor Stangs Foredrag ved det konservative Centralstyrets Banket 14de November 1908.» Morgennummeret, 17. november 1908, s. 1.
Mossberg(2022)	Mossberg, Oscar. «Den konstruktiva riktningen och «begreppsjurisprudensen»». <i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> årg. 135 (2022), s. 289–355.
Motiver(1896)	«Motiver til Lov om Straffelovens Ikrafttræden». <i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 48, nr. 3 (1898–1899).
Myhre(2012)	Myhre, Jan Eivind. <i>Norsk Historie 1814–1905. Å Bygge ein stat og skape ein nasjon</i> . Opptrykk av 2. utg. fra 2012. Oslo: Det Norske Samlaget, 2018.
Ot.prp.nr.8(1890)	<i>Om Udfærdigelse af Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. v.</i>

Ot.prp.nr.26(1892)	<i>Ang. Udfærdigelse af en Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. v.</i>
Ot.prp.nr.26(1900–1901)	<i>Angaaende udfærdigelse af en lov om tilsyn med arbeide i fabriker m. v.</i>
Ot.prp.nr.15(1906–1907)	<i>Angaaende udfærdigelse af en lov om tilsyn med arbeide i fabriker m. v.</i>
Ot.prp.nr.21(1916)	<i>Om utfærdigelse av en lov om kommunal regulering av husleie.</i>
Ot.prp.nr.36(1916)	<i>Om utfærdigelse av en lov om kjøp paa avbetaling.</i>
Ot.prp.nr.42(1917)	<i>Om utfærdigelse av en lov om boligforholdene.</i>
Planiol(1908)	Planiol, Marcel. <i>Traité élémentaire de droit civil. Conforme au programme officiel des facultés de droit. I. 5. utg.</i> , Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1908.
Platou(1879)	Platou, Oscar. «Om Virkningen af Vildfarelse i Contractsforhold; om <i>condictio sine causa</i> o.s.v.». <i>Norsk Retstidende</i> årg. 44 (1879), s. 637–647.
Platou(1897)	«Bemærkninger til Skadeserstatningsreglerne i (Norsk) Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (1896).» <i>Tidsskrift for Retsvidenskab</i> årg. 10 (1897), s. 257–297.
Platou(1899)	Platou, Oscar. <i>Den norske Privatrets almindelige Del. Forelæsningerne holdte af dr. juris professor O. Platou ved det norske Universitet, October 1895 – April 1897.</i> Christiania, 1899.
Platou(1914)	Platou, Oscar. <i>Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del.</i> Kristiania: A. W. Brøggers Boktrykkeri A/S, 1914.
Platou(1915)	Platou, Oscar. <i>Forelæsninger over Retskildernes Theori.</i> Kristiania: A. W. Brøggers Boktrykkeri A/S, 1915.
Robbers (2019)	Robbers, Gerhard. <i>Einführung in das deutsche Recht.</i> 7. utg. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
Robberstad(1970)	Robberstad, Knut. <i>Retts saga I.</i> 1. utg. Oslo, Bergen og Tromsø: Universitetsforlaget, 1970.

- Sandmo(2005) Sandmo, Erling. *Siste ord. Høyesterett i norsk historie 1814-1965. Bind II, 1905–1965*. Oslo: J.W. Cappelens Forlag a.s, 2005.
- Sandvik(2018) Sandvik, Pål Thonstad. *Nasjonens velstand. Norges økonomiske historie 1800–1940*. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Savigny(1867) von Savigny, Friedrich Carl. *System of the Modern Roman Law. Vol. I*. Oversatt til engelsk av William Holloway. Opprinnelig utgitt 1840. Madras: J. Higginbotham, Publisher, 1867.
- Schjødt(1925) Schjødt, Annæus. «Nogen bemerkninger om conditio indebiti, specielt i skatteforhold.» *Norsk Retstidende* årg. 90 (1925), s. 1–10.
- Seip(1994) Seip, Anne-Lise. *Sosialhjelpstaten blir til. Norsk sosialpolitikk 1740–1920*. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 1994.
- Slagstad(2001) Slagstad, Rune. *De nasjonale strateger*. 2. utg. Oslo: Pax forlag, 2001.
- Stang(1896)a Stang, Fredrik. «Anmeldelse av Otto Gierke: Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personrecht.» *Norsk Retstidende* årg. 61 (1896), s. 13–16.
- Stang(1896)b Stang, Fredrik. «Det tyske Udkast til borgerlig lov». *Tidsskrift for Retsvidenskap* årg. 9 (1896), s. 241–312.
- Stang(1897) Stang, Fredrik. *Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatrete på en Retshandels Gyldighed*. Kristiania: A. W. Brøggers Bogtrykkeri, 1897.
- Stang(1905) Stang, Fredrik. «Viljesdogmet». *Tidsskrift for Retsvidenskap* årg. 17 (1905), s. 280–350.
- Stang(1911)a Stang, Fredrik. *Norsk formueret. I. Indledning til formueretten*. 1. utg. Kristiania: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1911.
- Stang(1911)b Stang, Fredrik. «Ord og hensigt». *Norsk Retstidende* årg. 76 (1911), s. 657–667.

- Stang(1915) Stang, Fredrik. *Forlöfte, gave, konventionalbot. Forelæsnings- ninger av Professor Fredrik Stang*. Kristiania: Kart- & Litograferingskontoret, 1915.
- Stang(1917) Stang, Fredrik. «Ret og kultur». *Samtiden* årg. 28 (1917), s. 429–449.
- Stang(1921) Stang, Fredrik. *Norsk formueret. I. Indledning til formueretten*. 2. utg. Kristiania: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1921.
- Stang(1922) Stang, Fredrik. «Francis Hagerup». *Tidsskrift for Retsvidenskap* årg. 35 (1922), s. 5–43.
- Stang(1930) Stang, Fredrik. «Avtalelovens § 33. Dens indhold og dens forhold til forutsætningslæren». *Tidsskrift for Retsvidenskap* årg. 43 (1930), s. 51–134.
- Stang(1935) Stang, Fredrik. *Innledning til formueretten*. 3. utg. Oslo: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1935.
- Stang(1942) Stang, Fredrik. «Mine juridiske arbeider». *Tidsskrift for rettsvitenskap* årg. 55 (1942), s. 17–45.
- Stang(1946) Stang, Fredrik. *Erindringer fra min politiske tid*. Oslo: Grøndahl & Sønns boktrykkeri, 1946.
- Stjernø(1995) Stjernø, Steinar. *Mellom kirke og kapital. Tysk velferds- politikk – med sideblikk til britisk, svensk og norsk*. Oslo: Universitetsforlaget, 1995.
- Stortingsforhandlinger*(1901–1902) *Stortingsforhandlinger* (ib. utg.), vol. 51 nr. 8 (1901–1902). Forhandlinger i Odelstinget.
- Stortingsforhandlinger*(1905–1906) *Stortingsforhandlinger* (ib. utg.), vol. 55, nr. 8 (1905–1906). Forhandlinger i Odelstinget.
- Stortingsforhandlinger*(1906–1907) *Stortingsforhandlinger* (ib. utg.), vol. 56, nr. 8 (1906–1907). Forhandlinger i Odelstinget.
- Stortingsforhandlinger*(1909) *Stortingsforhandlinger* (ib. utg.), vol. 58, nr. 8a (1909). Forhandlinger i Odelstinget.
- Stortingsforhandlinger*(1914) *Stortingsforhandlinger* (ib. utg.), vol. 63, nr. 7b (1914). Forhandlinger i Odelstinget.

<i>Stortingsforhandlinger</i> (1915)a	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 64, nr. 8, I (1915). Forhandlinger i Odelstinget.
<i>Stortingsforhandlinger</i> (1915)b	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 64, nr. 8, II (1915). Forhandlinger i Lagtinget.
<i>Stortingsforhandlinger</i> (1916)a	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 65, nr. 8 (1916). Forhandlinger i Odelstinget.
<i>Stortingsforhandlinger</i> (1916)b	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 65, nr. 8 (1916). Forhandlinger i Lagtinget.
<i>Stortingsforhandlinger</i> (1918)a	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 67, nr. 8 (1918). Forhandlinger i Odelstinget.
<i>Stortingsforhandlinger</i> (1918)b	<i>Stortingsforhandlinger</i> (ib. utg.), vol. 67, nr. 8 (1918). Forhandlinger i Lagtinget.
St.prp.nr.8(1885)	<i>Angaaende Bevilgning til en Kommission angaaende forskjellige Arbeiderne vedrørende Spørgsmaal.</i>
St.prp.nr.105(1916)	<i>Om bevilgning til en departemental komite til behandling av boligsaken.</i>
Stugu(2012)	Stugu, Ola Svein. <i>Norsk historie etter 1905. Vegne mot velstandslandet</i> . Opptrykk av 1. utg. fra 2012. Oslo: Det Norske Samlaget 2015.
Tamm(2015)	Tamm, Ditlev. «De nordiske aftalelove – mellom «megaloman chauvinisme» og nordisk pragmatisme». I <i>Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, utfordringer, fremtid</i> . Redigert av Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren og Johan Giertsen (2015), s. 17–35.
Thomle(1913)	Thomle, Carl Sophus. «Hovedpunkter i Læren om ugrundet berigelse efter norsk Ret». <i>Tidsskrift for Retsvidenskab</i> årg. 26 (1913), s. 285–368.
Unger(1891)	Unger, Joseph. <i>Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz</i> . Jena: Verlag vom Gustav Fischer, 1891.
Utkast(1914)a	<i>Utkast til lov om avtaler og andre retshandler formuerettens omraade. Avgit av de norske delegerte ved det skandinaviske obligationsretsarbeide</i> . Kristiania: Julius Thømtes Boktrykkeri, 1914.

- Utkast(1914)b *Utkast til lov om kjøp på avbetaling og i sammenhæng dermed til lov om forandring i lov om handelsnæring av 16de juli 1907 nr. 3. Avgit av de norske delegerte ved det skandinaviske obligationsretsarbeide. Kristiania: Julius Thømtes Boktrykkeri, 1914.*
- Wieacker(1995) *Wieacker, Franz. A history of private law in Europe. With particular reference to Germany. Oversatt av Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1995.*
- Windscheid(1850) *Windscheid, Bernhard. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1850.*
- Windscheid(1891) *Windscheid, Bernhard. Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band. 7. utg. Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1891 (1. utg. 1862).*
- Woxholth(2021) *Woxholth, Geir. Avtalerett. 11. utg. Oslo: Gyldendal, 2021.*
- Zimmermann(1996) *Zimmermann, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. New York: Oxford University Press, 1996.*
- Ørsted(1828) *Ørsted, Anders Sandøe. «Om Tilbagesøgelse af uretteligen erlagte Betalinger». Juridisk Tidsskrift årg. 14, bind 2 (1828), s. 225–293.*
- Østlid(1952) *Østlid, Henry. «Platou, Oscar Ludvig Stoud». I Norsk biografisk leksikon. Bind XI. Pedersen, Oscar–Ross. Oslo: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1952.*