Förutsägbart om förutsebarhet

Av docenten Elisabeth Ahlinder, jur.dr Axel Holmgren, jur.dr Marie Jarnesand, jur.dr Caroline Nordklint, professor Frantzeska Papadopoulou, professor emeritus Christina Ramberg, jur.dr Michaela Ribbing, docenten Erik Sinander och jur.dr Alexander Unnersjö[1]

I juridisk argumentation ses ofta referenser till intresset av förutsebarhet (eller förutsägbarhet). Några kolleger på Juridicum i Stockholm har diskuterat förutsebarhet. De slogs av hur intresset av förutsebarhet visar sig på olika sätt i olika rättsområden; hur det i vissa rättsområden sker ständiga hänvisningar till förutsebarhetsintresset och hur det i andra knappt nämns. Det visade sig också att vad de menar med förutsebarhet varierar, liksom hur de använder det som argument. I följande text bidrar de sex författarna med fristående avsnitt på temat förutsebarhet, som tillsammans sammanfattar diskussionerna. Förutsebarheten är skuren på olika ledder för att identifiera i vilka rättsområden den är särskilt viktig och av vilken anledning. Syftet är att skapa bättre medvetenhet om hur man kan argumentera med stöd av förutsebarhetsintresset.

1 Christina Ramberg: Introduktion till temat om förutsebarhet

Förutsebarhet är ett honnörsord i juridiken i allmänhet. Förenklat handlar förutsebarhet om att rättssubjekten i en rättsstat har ett legitimt intresse att kunna planera och på förhand avgöra vilka rättsliga konsekvenser ett visst potentiellt agerande har. Förutsebarhet är viktig för att personer med säkerhet ska kunna avgöra om, när och på vilka villkor de ska agera eller inte agera.

Det är viktigt att klargöra i vems intresse förutsebarheten värnas; för den juridiska rådgivaren eller för den enskilda person som agerar? För den juridiska rådgivaren är det av stort intresse att kunna fästa tillit till att rådgivningen ges på solid grund. Det intresset tillgodoses bäst genom tydliga rättsregler som upprätthålls tämligen ”blint”. Icke-jurister ser annorlunda på förutsebarhet. Personer som beslutar sig för att agera eller inte utan att först ta hjälp av juridisk expertis har intresse av att de materiella rättsreglernas innehåll är förutsebart på så sätt att det är normalt och inte överraskande. Vi ser med andra ord en spänning mellan formell och materiell rättvisa, vilket Axel Holmgren och Alexander Unnersjö utvecklar i sitt avsnitt (avsnitt 3).

Ofta hävdas att rättslig förutsebarhet är en chimär. Det är sant att det är omöjligt att åstadkomma total förutsebarhet eftersom rätten är genomsyrad av osäkerhet. Detta belyser samtliga bidrag till denna samlingsartikel. Den amerikanska domaren Benjamin Cardozos

[1] Samtliga verksamma vid Stockholms universitet utom Alexander Unnersjö som är verksam vid Uppsala universitet.

berömda uttalande om sina unga år som domare illustrerar att fullkomlig förutsebarhet är ett ouppnåeligt ideal:[2]

> I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience [...] As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest is not discovery but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of deaths and the pangs of birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born.

Jag konstaterar att förutsebarhet känns bra och är viktigt. Men när man synar begreppet framträder en tomhet. Förutsebarhet är ibland endast ett vackert kärl som man kan fylla med vad som helst, men tyvärr rinner innehållet genast ut genom hål i kärlets botten. Trots detta har vi velat få en större förståelse för förutsebarheten och därigenom kanske täppa till några av hålen.

I avsnittet av Elisabeth Ahlinder och Michaela Ribbing (avsnitt 2) analyseras vilken tidshorisont vi har när vi tänker på förutsebarhet: Under hur lång tid kan vi förvänta oss att allt är oförändrat? Kan vi ange tidsspann för förutsebarheten?

Axel Holmgren och Alexander Unnersjö (avsnitt 3) utvecklar hur rättsregelns form förhåller sig till förutsebarhet: Är förutsebarhet ett formkrav som vi ställer på rätten eller en faktisk egenskap hos rätten?

Marie Jarnesand (avsnitt 4) analyserar om behovet av förutsebarhet är större beträffande tillämpningen av materiella rättsregler än beträffande processuella rättsregler.

Caroline Nordklint och Erik Sinander (avsnitt 5) analyserar förutsebarheten i rummet med fokus på problemen att skapa förutsebarhet i olika jurisdiktioner när regelverket har internationellt ursprung.

Frantzeska Papadopoulou (avsnitt 6) pekar på att förutsebarhetsintresset sällan framhålls i immaterialrättslig litteratur och analyserar orsakerna till det.

Samtliga avsnitt uppmärksammar att intresset av förutsebarhet ofta står i motsats till intresset av flexibilitet. För att främja förutsebarhet behövs ibland detaljerade regelverk, vilket för med sig nackdelen att de snabbt blir omoderna samt svårigheter att bedöma vad som gäller om de frågor som inte är reglerade (”luckor”).

[2] B. Cardozo, *The nature of the judicial process*, 2005 s. 161 f.

I svensk rätt framhålls ofta intressena av materiell rättvisa och flexibilitet (möjligheten att kunna anpassa rättsregler till nya samhällsförhållanden) under det att intresset av förutsebarhet betraktats som mindre viktigt. En förklaring till att intresset av förutsebarhet har getts mindre betydelse kan vara att Sverige under lång tid har kunnat njuta av intern och extern fred, en hög grad av tillit i samhället, ekonomisk tillväxt och trygga sociala förhållanden. Om dessa lyckliga förhållanden ändras, är det möjligt att intresset av förutsebarhet vinner mark på bekostnad av andra intressen. En annan förklaring till att intresse av förutsebarhet inte betonats kan vara att rättsstatlighet, rättighetstänkande och maktdelning traditionellt har haft en svag ställning i Sverige och att kollektiva intressen har haft företräde framför individuella intressen. Vi kan konstatera att denna tradition har försvagats på senare tid, vilket sannolikt medför att förutsebarhetsintresset kommer att vinna mark.

Vi har valt att konsekvent hänvisa till förutsebarhet, och inte till förut*säg*barhet. Orden är synonyma och vi har inte varit eniga om vilket ord som är bäst, men jag fick bestämma.

Det finns mycket mer att säga om förutsebarhet. Vi ser denna text med dess olika avsnitt som en inledning till en fördjupad diskussion.

2 Elisabeth Ahlinder och Michaela Ribbing: Aspekter på tid och förutsebarhet

2.1 Inledning

Den grundläggande juridiska utgångspunkten om förutsebarhet är av fundamental betydelse för rättsstatens funktion och legitimitet. I en ideal verklighet ska fysiska och juridiska personer som omfattas av och anser sig bundna att följa normer som är antagna och formellt bindande i Sverige vid var tidpunkt bland annat kunna förutse de framtida konsekvenserna av en viss handling. I den ideala verkligheten är det till exempel möjligt för individer att på förhand veta om en förvaltningsmyndighet kommer bifalla en ansökan om tillstånd, bistånd eller ersättning.

Ideal förutsebarhet kan dock av förklarliga skäl aldrig uppnås. Anledningen till det kan variera. Det kan till exempel bero på att de normer som antagits inte i tillräcklig grad förmår ge den vägledning som krävs för att förutsebarhet ska uppnås. En annan anledning skulle kunna vara att den person som ska tillämpa en viss författning inte har tillräcklig kompetens för att kunna tillämpa den korrekt och att resultatet av tillämpningen därmed blir oförutsebar.[3] Dessutom sker samhällsförändringar och teknisk utveckling samt etiska åskådningar eller värderingar ändras över tid. Det innebär också att ideal förutsebarhet är svårt att uppnå. Ett annat sätt att beskriva detta är genom de filoso-

[3] Jfr dessa exempel med t.ex. Fullers kriterier för rättens inre och yttre moral i Fuller The Morality of Law. New Haven & London: Yale University Press, 1964, omarbetad upplaga 1969.

fiska uttryck som yttrats av Herakleitos ”Allt flyter” eller ”Man kan inte stiga ner två gånger i samma flod”. I detta avsnitt diskuterar vi den ideala idén och målsättningen om förutsebarhet i relation till och som en funktion av tid.

2.2 Förutsebarhet tillsvidare

Förutsebarhet uppställs inte sällan med en odefinierad tidsgräns. Inom kontraktsrätten kan ett sådant odefinierat förhållningssätt till hur länge en viss situation kan förutses och förväntas bestå formuleras med termen tillsvidare. Innebörden av tillsvidare är att avtalet består till dess endera eller båda parter säger upp avtalet, eller att avtalet på annan grund upphör att gälla, som exempelvis allvarliga kontraktsbrott som leder till hävning eller förverkande. Den huvudsakliga förutsebarhet som föreligger, och eftersträvas, i dessa sammanhang är att båda parter kan förvänta sig att det som man kommit överens om genom ömsesidigt avtal kommer att upprätthållas så länge båda parter upprätthåller de skyldigheter de har enligt avtalet. Det längst till den dag då någon av parterna säger upp avtalet i enlighet med den uppsägningstid som gäller för avtalet enligt villkor eller lag. Denna sorts förutsebarhet är bland annat viktig för att parterna ska kunna planera verksamhet, vidta eventuella åtgärder och investeringar, i förhållande till hur länge avtalsförhållandet kan förväntas fortgå enligt en viss ordning.

Ett exempel på ett förvaltningsrättsligt beslut som bygger på principen om förutsebarhet tillsvidare är när en kommun genom beslut antar en detaljplan. Om inget annat anges i planen är detaljplanen bindande tillsvidare.[4] Förutsebarheten för de som berörs av detaljplanen gäller i dessa fall till dess kommunen beslutar att upphäva den gamla detaljplanen och genom ett nytt beslut anta en ny detaljplan.

En annan term som kan användas för att beskriva samma odefinierade tillsvidaretillstånd i förhållande till saker och tings rättsliga förutsebarhet är författning. Lagar antas och gäller oftast utan tidsgräns — tillsvidare — och längst till den dag då riksdagen beslutar att den ska upphävas.[5] För ordningens skull kan dock nämnas att lagar och förordningar även kan antas med tidsbegränsning. Som exempel kan nämnas förordningen (2021:865) om fortsatt giltighet av förordningen (2020:527) om tillfälliga smittskyddsåtgärder på serveringsställen som gällde under pandemin.

I förvaltningsrätten är legalitetsprincipen enligt 1 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen och 5 § förvaltningslagen (2017:900) central. Legalitetsprincipen är ett kriterium för en rättsstat.[6] Legalitetsprinci-

[4] Det finns ingen generell tidsbegränsning för hur länge en detaljplan kan gälla, även om det finns möjlighet för kommunen att besluta om en tidsbegränsning genom att ange genomförandebestämmelser. Mer om detta nedan under rubrik: Tidsbegränsad förutsebarhet.

[5] Den formella lagkraftens princip kommer till uttryck i 8 kap. 18 § regeringsformen och innebär att en lag endast kan ändras eller upphävas på samma sätt som den har kommit till.

[6] Se vidare t.ex. SOU 2023:12 s. 117.

pen bidrar till förutsebarhet genom kravet på att all offentlig maktutövning måste ha stöd i lag eller rättsordningen. Principen som sådan har på så sätt ingen tidsgräns. Medborgarna ska i förväg kunna veta vad som är tillåtet och vad som är förbjudet. Utan ett sådant krav skulle rättssystemet vara oförutsebart och godtyckligt. Det finns dock viss lagstiftning som kan ge förvaltningsmyndigheter ett bedömningsutrymme vid beslutsfattandet. Det gäller föreskrifter om att något är till exempel skäligt, lämpligt eller nödvändigt.[7] Sådana typer av föreskrifter begränsar enskildas förutsebarhet om beslutsfattandet. Samtidigt begränsas bedömningsutrymmet på olika sätt, till exempel av myndighetens verksamhetsområde och principerna om god förvaltning. Det vill säga krav på legalitet, objektivitet och likabehandling samt proportionalitet.[8] Ramarna skapar förutsebarhet för enskilda vid en prövning. Mot detta krav på förutsebarhet finns ett behov av flexibilitet på förvaltningsrättens område. Förvaltningen behöver kunna anpassas till exempelvis samhällsförändringar, teknisk utveckling och nya uppgifter kopplade till europeiska åtaganden. Trots vikten av flexibilitet och att förvaltningen ska kunna göra anpassningar är förutsebarheten avgörande för att upprätthålla allmänhetens förtroende för förvaltningen och rättssäkerheten för enskilda.[9] I detta ligger ett krav på förutsebarhet tillsvidare. Att använda tillsvidareformen som utgångspunkt för olika besluts grad av förutsebarhet är dock inte någon huvudregel. Ofta är den förutsebarhet som följer av ett beslut tidsbegränsad.

2.3 Tidsbegränsad förutsebarhet

Att tidsbegränsa ett beslut, eller ett avtal för den delen, är ett sätt att rättsligen förhålla sig till vad som ofrånkomligen och alltid kan förväntas; att allting ändrar sig och ingenting förblir på samma sätt för evigt. I grunden kan behovet av och användningen av tidsbegränsad förutsebarhet förklaras av att graden av förutsebarhet vid en viss given tidpunkt är en funktion av tid. Ett kortare tidsperspektiv innebär i allmänhet en högre grad av förutsebarhet för enskilda, beslutsfattare, organisationer med flera. Med högre grad av visshet om vad som kan förväntas inom en viss period blir det lättare att binda sig till att exempelvis hålla en överenskommelse om att inte sälja till någon annan, eller dela ut bidrag till samhällsnyttig verksamhet. Den högre graden av förutsebarhet följer helt enkelt av att färre händelser kan hinna påverka en aktuell situation. Ju längre tidsperspektivet är desto fler faktorer kan påverka situationen, vilket gör det svårare att förutse framtida effekter och konsekvenser av ett visst beslut, villkor eller annat åtagande.

Eftersom osäkerheten kan sägas öka över tid begränsas graden av förutsebarhet ofta till en tidsrymd som anses överskådlig och lämplig i

[7] Se t.ex. 2 kap. 1 § fängelselagen (2010:610) om placering i anstalt.
[8] 5 § förvaltningslagen.
[9] Jfr prop. 2016/17:180 s. 21.

det enskilda fallet. Hur lång tid som kan anses vara en rimligt överskådlig och lämplig tid går inte att fastslå som en generell förutsebarhetstidsregel. På förvaltningsrättens område meddelas många olika typer av tidsbegränsade beslut, alltifrån korta nödbistånd till en behövande för dagen, till tillstånd att bedriva skolverksamhet på lång sikt. Inom den till viss del indispositiva allmänna fastighetsrätten har en gräns för hur långa nyttjanderättsupplåtelser får vara bestämts i 7 kap. 5 § jordabalken, max 25 år inom detaljplanelagt område och max 50 år utanför detaljplan. Längre tid än så anses det av lagstiftaren helt enkelt inte rimligt att binda upp markanvändningen genom avtal. Vad som är en rimlig tid för enskilda och företag att kunna förvänta sig någon högre grad av förutsebarhet beror helt enkelt, som det så ofta gör, på omständigheterna i det enskilda fallet.

En anknytande aspekt till varför beslut inte sällan formuleras med tidsbegränsad förutsebarhet är att beslut där en enskild får något ses som gynnande beslut. Huvudregeln i förvaltningsrätten är att sådana beslut inte kan ändras till enskilds nackdel.[10] Skälet är värnet om den enskildes trygghet och att enskilda som beviljats till exempel ett tillstånd ska kunna agera utifrån beslutet och vidta rättshandlingar.[11] Men vad har huvudregeln om att gynnande beslut inte får ändras till den enskildes nackdel att göra med förutsebarhet och tid? Även om denna huvudregel i sig knappast kan sägas innebära krav på tidsbegränsning för förutsebarhet kan den ändå anses tillföra ytterligare en dimension genom vilken tidsramen för förutsebarheten måste förstås. Gemensamt för förvaltningsrättsliga beslut om olika typer av förmåner och tillstånd, oavsett längd, är till exempel att de är villkorade av att den enskilda under den tid som ett visst tillstånd eller beslut om bistånd gäller, måste uppfylla de krav som den sektorspecifika lagstiftningen anger för att till exempel en ersättning ska utgå eller ett tillstånd ska få behållas och inte återkallas. Ett tillstånd att servera alkohol kan dras tillbaka om alkohol serveras till minderåriga.[12]

En fråga som diskuterats i förhållande till huvudregeln om att gynnande beslut inte kan ändras och att tillstånd och exempelvis olika former av statligt ersättningsstöd alltid erhålls med motkravet att vissa villkor ska vara uppfyllda, eller att en viss situation ska föreligga, är rimligheten i att vissa typer av rättighetsbaserade förmåner, som till exempel rättigheter enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, ska kunna gälla för evigt. Om den enskilde inte längre uppfyller förutsättningarna för att kunna få en förmån — ska inte sådana beslut kunna ändras? Mot bakgrund av huvudregeln är svaret i allmänhet nej, om ingen undantagssituation föreligger

[10] 37 § andra stycket förvaltningslagen. Det finns dock tre etablerade undantag kodifierade i paragrafen. Ett gynnande beslut får bara ändras vid återkallelseförbehåll i författning eller beslut (se t.ex. HFD 2023 ref. 3), tvingande säkerhetsskäl (JO 1987/88 s. 258) och vilseledande från den enskilde (RÅ 1968 ref. 78).
[11] Se t.ex. HFD 2021 ref. 12.
[12] 8 och 9 kap. alkohollagen (2010:1622).

och/eller det saknas bestämmelser i den aktuella speciallagstiftningen som medger undantag från huvudregeln.

En effekt av detta är att det inom förvaltningsrätten numera ofta meddelas tidsbegränsade tillstånd eller beslut om bistånd av olika slag. Lösningen, det tidsbegränsade beslutet, medför dock inte sällan uppkomst av andra oönskade effekter. Om det till exempel finns anledning att anta att personen eller företaget som fått ett positivt och tidsbegränsat beslut, med stor sannolikhet kommer uppfylla kraven för att få nytt beslut beviljat efter det att det första beslutet upphört att gälla, kan det av inte minst ekonomiska effektivitetsskäl finnas behov av att både ha ett tidsbegränsat beslut och samtidigt ha möjlighet att enkelt fatta ett nytt beslut. Målet får antas vara ett beslut som till sin effekt är i princip ett tillsvidarebeslut, men som i förhållande till rätten att ta del av det som det gynnande beslutet medför är klart tidsbegränsat. Ett exempel på ett sådant tidsbegränsat beslut med möjlighet till förlängning är tidsbegränsade uppehållstillstånd enligt utlänningslagen (2005:716). Beslutet kan ofta förlängas om kraven för att få bo kvar i Sverige är uppfyllda.

Ett annat exempel på när det föreligger behov av att införa en tidsbegränsning för förutsebarhet, med möjlighet till förlängning, är kommuners rätt att anta detaljplaner med genomförandetid enligt 4 kap. 21 § plan- och bygglagen (2010:900). Genomförandetiden, som kan vara mellan fem och femton år, ger kommunen och fastighetsägare en tydlig tidsram för planens genomförande, där rättigheter och skyldigheter är garanterade. Detta säkerställer att beslut enligt detaljplanen kan verkställas utan risk för ändringar under denna period. Under genomförandetiden kan detaljplanen liknas vid ett gynnande förvaltningsbeslut som i regel inte kan ändras, och fastighetsägare får genomföra åtgärder som planen anger. Rättigheten är kopplad till äganderätten och omfattas av egendomsskydd, vilket till exempel kan innebära att kommunen kan bli ersättningsskyldig om bygglov nekas. Efter genomförandetiden är planen fortfarande giltig, men rättigheterna kan ändras eller upphävas utan ersättning. En förlängning minskar risken för ett detaljplansvacuum, där området annars skulle sakna reglering tills en ny plan antas, vilket skulle leda till osäkerhet och oreglerad markanvändning.

2.4 Förutsebarhet under en livstid

Utöver de ovan behandlade aspekterna på förutsebarhet finns även anledning att betrakta förutsebarhet i förhållande till en obestämd, men samtidigt tidsbegränsad period som här benämns livstid. Med livstid avses i detta avsnitt — utan ambition att med någon grad av vetenskaplig noggrannhet definiera innebörden av termen — både enskilda personers livstid och olika föremåls livstid. När det kommer till hantering av rättslig förutsebarhet under en persons livstid är detta inte så vanligt idag. Om än inte en helt frånvarande funktion. Det är

till exempel alltjämt möjligt att upplåta en nyttjanderätt till en persons livstid,[13] och fideikommiss kvarstår till dess innehavaren avlider,[14] varefter regeringen kan pröva om fideikommisset ska förlängas.[15] Historiskt sett var dock förutsebarhet och säkerhet under en livstid vanligt. Åtminstone inom fastighetsrätten. Innan 1970-års jordabalk antogs, och antalet sakrätter kraftigt begränsades, fanns flera sakrättsligt bindande rättigheter som kunde gälla under en livstid, till exempel födoråd.[16]

Av mer relevans, eller i vart fall av klart tydligare aktualitet, är förutsebarhet som avser ett föremåls livstid. Exempel på hur organisationer och företag förhåller sig till detta är tioåriga byggarantier för entreprenad,[17] och den genom lag uppställda treåriga rätten att reklamera felaktig vara.[18] Oavsett om föremålet *de facto* kommer att ”leva” i tio respektive tre år, ska den som förvärvar föremålet åtminstone kunna förvänta sig att föremålet ”lever” under den garanterade eller reklamationsberättigade (livs)tiden.

Andra former av livstidsbaserade förutsebarhetsaspekter är mer lösligt formulerade, kanske kan man till och med säga att de huvudsakligen existerar på idéplanet, eller som det ibland beskrivs, som en del av det allmänna rättsmedvetandet. Det vi syftar på här är förväntan om att ett föremål som lagligen får förvärvas, och som lagligen har förvärvats, ska kunna användas tills det inte ”lever” längre. En förväntan om att exempelvis den bil jag köper idag ska kunna användas utan statliga inskränkningar, restriktioner eller användningsförbud, till den dag den ska skrotas. I denna förväntan ligger också grundläggande äganderättsliga dimensioner. Om jag inte kan förvänta mig att den bil jag köper idag också kommer att få användas imorgon försätts jag som potentiell köpare i en ohållbart riskfylld situation ur ekonomiskt perspektiv. Det anses av de flesta inte vara ett rimligt risktagande att uppta lån och köpa en bil vars värde kan utsläckas från en dag till en annan genom myndighetsbeslut.

Förväntan om att bilen ska kunna användas sträcker sig även bortom den första köparen, och omfattar därmed även efterkommande ägare av föremålet. I denna livstidsförutsebarhet är det alltså inte enskilda personers förväntan som styr, utan förutsebarheten är sammankopplad med föremålet och följer med vid eventuella överlåtelser.

[13] NJA 1993 s. 228.
[14] 3 § lagen (1963:583) om avveckling av fideikommiss.
[15] 6 § lagen om avveckling av fideikommiss.
[16] Om de så kallade reallasternas juridiska inordning, se Wikander, H, Om rätt till undantag af fast egendom med särskild hänsyn till frågan om dess natur af s.k. reallast, ak.avh., 1909. Det så kallade födorådet var inte begränsat till viss tid utan skulle alltid upphöra vid födorådstagarens död, se SOU 1947:38 s. 256.
[17] Bestämmelserna följer av Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 04, och Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten ABT 06, kap. 4 § 7 samt kap. 5 § 5.
[18] 23 § konsumentköplagen (1990:932).

För de flesta lösa föremål, som bilen i exemplet ovan, är uppnående av en rimlig grad av förväntad förutsebarhet en hanterbar uppgift. För andra föremål är graden av förutsebarhet under en livscykel allt annat än lätt att hantera. När till exempel svenska flottan under tidigt 1800-tal planterade ek på Visingsö, var det för att för framtiden säkra tillgång till virke för skeppsbyggen. När ekarna nästan 200 år senare bedömdes uppvuxna och redo för leverans fanns dock sedan länge inte något behov av skeppsvirke.[19] Detta kuriosum till exempel kan kanske inte användas som någon allmänt relevant illustration av frågan om behov av förutsebarhet över en lång tidsperiod. Exemplet visar dock på komplexiteten i att hantera långsiktiga investeringar där den tänkta användningen kan ändras över tid. Om vi funderar en stund på det arbete och den kostnad som flottan lade ner på ekskogen där under 1800-talet, när den planterades, och rimligen fortsatt måste ha lagts ner under den tid som plantorna växte sig större och till slut blev ståtliga träd. De måste ha skyddats och tagits om hand, till exempel måste marken runt om ha röjts och hållits öppen för att de ljus- och utrymmeskrävande ekplantorna skulle få chans att växa sig stora och mäktiga. Hur ska ett sådant behov av långsiktigt medvetet underhåll och brukande hanteras i förhållande till förutsebarhet? För vem ska det vara förutsebart att värdet av det arbete som läggs ner idag till exempel inte kommer att utsläckas av myndighetsbeslut innan föremålets livstid kommit till sitt slut? Till exempel genom att de naturvärden som skapats av flottan anses så pass värdefulla att en myndighet beslutar att träden, när de är redo att användas för det ursprungliga syftet, och i enlighet med detta syfte ska avverkas, inte får avverkas?

Denna problematik är relevant även för dagens markanvändning. Planering av användning av skog och skogsmark kräver ett tidsperspektiv som sträcker sig längre än en mansålder. Om än mer sällan med det tvåhundraåriga perspektiv som ekplantering kräver, så i vart fall mellan 75–120 år för vanlig produktionsskog, eller så kallad bondskog, om det är en skog som tagits om hand om på ett sätt som är långsiktigt hållbart för gårdens behov.[20] Den som äger och tar hand om skog måste i korthet göra det med den framtida generationens nytta i beaktande. Och det är naturligen svårt att veta om de åtgärder som tillåts vidtas, och

[19] Var detta en misslyckad markplanering? Förvisso. Ur perspektivet att det inte behövdes skeppsvirke när ekarna var avverkningsklara. Men, plantering av ek, i sig, visade sig väldigt användbar ändå. Delar av den stora ekskog som blev resultatet av flottans initiativ har slutavverkats och använts till möbeltillverkning, kulturhistoriska skeppsbyggen, tillverkning av ekgolv med mera. Det finns nämligen, även efter 200 år, alltjämt en stor efterfrågan på ek som virke. Även om efterfrågan numer avser helt andra användningsområden. En annan positiv aspekt är att flottans ekplantage växte sig till att bli Sveriges största ekskog, en unik naturupplevelse. För den som vill läsa mer om ekskogen på Visingsö finns ytterligare information bland annat på Statens fastighetsverks hemsida.

[20] Till exempel hållits öppen genom skogsbete, plockhuggits för att ta tillvara på fina virkesträd till uppförande av byggnader och löpande underhåll, kontinuerliga mindre avverkningar för eldningshusbehov, tillskapande av slyfoder och kanske enbärsstolp för att kunna underhålla gårdens tunar.

vidtas, vid exempelvis en planteringstidpunkt, visar sig vara de rätta när trädet nått den ålder att den tänkta användningen av träden kan påbörjas. Det innebär i det absoluta normalfallet, att den som bekostar plantor och nedlägger arbetet med att plantera skogen, inte kommer vara samma person som sedan utför och bekostar skötsel av skogen under de kommande 75–120 år. Inte heller är det i normalfallet samma person som sedan tillgodogör sig avkastningen, det färdiga virket, vartefter träden blir avverkningsklara. Snarare är det så att en skogsägare som planterar skog förväntar sig det inte är han eller hon som kommer att ta hand om trädet efter att tillväxten avstannat och trädet påbörjar sin långsamma återgång till jord.

I vår förutsebarhetsdiskussion rör vi oss nu i så pass långvariga tidsperioder att förutsebarheten behöver formuleras med beaktande av fler syften, ändamål och intressen. För vem ska det vara förutsebart? I vems intresse och under vilka förutsättningar? Vad ska vara förutsebart? Från skogsägarens perspektiv, som till exempel enligt lag är skyldig både att återplantera skog efter avverkning och att ta hand om den under tillväxttiden, bör det kanske gå att förvänta sig att det kommer vara möjligt att tillgodogöra sig avkastning även på annans nedlagda arbete och kapital när träden vuxit klart, eller åtminstone att ersättning ska utgå om denna avkastning genom myndighetsbeslut inte får tillgodogöras?

Däremot kanske det inte finns ett lika starkt behov att skydda investeringar i fastigheter som skett utan lagstadgad skyldighet att göra investeringar?[21] Än mindre är kanske behovet av förutsebarhet för investering i mark eller byggnader om åtgärder inte ens vidtagits med lagstöd? Nja, riktigt så kategoriskt som i den sista frågan kan vi nog inte förhålla oss här. Med de långa tidsperioder som vi funderar över i detta avsnitt så är det till exempel inte så enkelt att det går att tänka att bara den som vidtagit en åtgärd med lagligt stöd, eller skyldighet för den delen, ska kunna förlita sig på att grundläggande normativ förutsebarhet kommer upprätthållas under föremålets livstid. Utifrån ett samhällsperspektiv så uppkommer efter en tid till exempel anledning att låta viss otillåten ändring av markanvändning och byggnader bli en om inte tillåten så i vart fall accepterad användning. Det vill säga, vid en viss tidpunkt infinner sig ett behov av att skapa förutsebarhet avseende den faktiska användningen och de ägar- och brukarförhållanden som samhället inrättat sig efter, oavsett om den från början var en helt lagenlig ändring av användning eller om ägar- och brukarförhållandena har tillkommit i rätt ordning från början.[22]

[21] Med skyldighet att göra investeringar kan nämnas skogsägarens positiva skyldigheter att vårda och skydda produktiv skogsmark, som precis beskrivits i exemplet ovan, men det gäller också till exempel hyresvärdar som genom myndighetsbeslut kan åläggas att bekosta och utföra förbättrings- och underhållsåtgärder i lägenheter och byggnaders gemensamma delar. Se t.ex. 2 kap. 16 § första stycket 2 jordabalken.
[22] Inom den speciella fastighetsrätten infaller denna tidpunkt som utgångspunkt efter tio år, se till exempel 11 kap. 20 § andra stycket plan- och bygglagen. Enligt

En viktig faktor avseende förutsebarheten i dessa sammanhang är att det inte är ett enskilt intresse som värnas. Av de exempel som getts ovan har staten i samtliga fall ett starkt intresse av normativ och tillförlitlig förutsebarhet upprätthålls för att säkerställa att långsiktiga investeringar i mark och byggnader fortsätter att göras. För det ligger i samhällets intresse att åtgärder vidtas och bekostas genom investeringar, långsiktiga investeringar, i mark och byggnader. Att jordar brukas hållbart och rationellt, att skogar planteras, röjs, gallras, skyddas mot skadeinsekter, att stormfällningar och stora ekskogar tas om hand och att skogsvägar och brandgator hålls öppna som åtgärd för att undvika okontrollerbara skogsbränder. Utöver samhällets intresse av att markanvändningen sker på ett så samhällsekonomiskt effektivt sätt som möjligt är förutsebarhet i detta avseende även grundläggande för en stabil och fungerande finansmarknad, eftersom den statliga hanteringen av fastighetsmarknaden spelar en avgörande roll för att skydda finansmarknaden från instabilitet och säkerställa långsiktig ekonomisk hållbarhet.[23]

Behovet av förutsebarhet för investeringar och verksamheter som utmärks av långa livstider föreligger dock naturligvits inte enbart för fastigheter och markanvändning. Ett annat intressant exempel på när förutsebarhet under ett föremåls livstid kan innebära många olika målkonflikter och svåra avvägningar är den skiftande samhälleliga synen på användningen av kärnkraft och hur det påverkat möjligheten att förutse verksamhetens drift och värdeutveckling under dess livstid.

Efter en folkomröstning i kärnkraftsfrågan år 1980 uttalade riksdagen att kärnkraften skulle avvecklas i den takt som var möjlig med hänsyn till behovet av elektrisk kraft för att upprätthålla sysselsättning och välfärd. Den sista reaktorn i Sverige skulle stängas senast år 2010. Efter en tid därefter utfärdades lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling, avvecklingslagen. Kort efter ikraftträdandet beslutade regeringen att ett tidigare tillståndsbeslut för ett bolag att driva kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1 för att utvinna kärnenergi skulle upphöra att gälla inom några månader. Genom två tidigare regeringsbeslut hade bolaget fått tillstånd att inneha och driva två kärnkraftsreaktorer i Barsebäck. Någon tidsbegränsning för tillstånden för Barsebäck 1 fanns inte. Regeringens aktuella beslut innefattade således ett kännbart ingrepp i bolagets näringsverksamhet. Bolaget ansökte om rättsröv-

jordabalkens sakrättsliga bestämmelser i 16 kap. får oriktiga äganderättsövergångar accepteras som giltiga efter 10 respektive 20 år, beroende på bland annat graden av ursprunglig ogiltighet och förvärvarens goda eller onda tro.

[23] Det finns starka kopplingar mellan fastighetsmarknader, ekonomin och det finansiella systemet, inklusive bankernas exponering mot fastigheter och hushållens ägande av fastigheter, se t.ex. Europeiska Centralbanken, Lang, J.H., Behn, M., Jarmulska, B., and Lo Duca, M. (2022) Real estate markets, financial stability and macroprudential policy, Macroprudential bulletin, tillgänglig på adressen https://www.ecb.europa.eu/press/financial-stability-publications/macroprudential-bulletin/html/index.en.html.

ning av regeringens beslut. I RÅ 1999 ref. 76 prövades regeringens nedstängningsbeslut i förhållande till principer om proportionalitet, återkallelse av tillstånd, retroaktivitet, konkurrensneutralitet, likabehandling och objektivitet, egendomsskydd m.m. Domstolen fann att regeringens beslut inte stred mot någon lag och skulle stå fast. Tidpunkten för verkställighet flyttades dock.

I detta rättsfall fanns starka politiska intressen. Det kan konstateras att härefter har skett en ändring i synen på användningen av kärnkraft i Sverige. Som vi alla vet stoppades inte kärnkraften i Sverige med mer än i Barsebäck och som ett led i den politiska uppgörelsen av detta upphävdes avvecklingslagen genom SFS 2010:949. Idag har synen på användningen av kärnkraft vänt igen och från politiskt håll har förts fram vikten av en utbyggnad av kärnkraft för att kunna minska utsläppen och klara klimatomställningen.

2.5 Förutsebarhet om det förflutna

Förutsebarhet har hittills beskrivits som en fråga om framtid. Vetskap om vilka konsekvenser som kommer följa imorgon av en handling jag vidtar idag. Denna förklaring och beskrivning är dock inte helt rättvisande. Ofrånkomligen måste förutsebarhet även omfatta förfluten tid. Förutsebarhet i framtiden om att det som gällde i dåtiden kommer fortsätta att gälla, om man så vill.

En aspekt på tid och förutsebarhet handlar alltså också om enskildas skydd mot framtida beslut som ändrar vad som gällde i dåtiden. Det tydligaste exemplet på hur rättsordningen hanterar detta är den grundläggande rättsstatliga utgångspunkten att lagstiftning inte ska gälla retroaktivt. Det saknas dock ett generellt förbud mot retroaktiv lagstiftning i svensk grundlag. Det rent inhemska svenska grundlagsförbudet mot retroaktiv lagstiftning i 2 kap. 10 § regeringsformen gäller endast för områdena för strafflagstiftning och skatte- och statlig avgiftslagstiftning. Utöver grundlagsskyddet framgår ett förbud mot retroaktivitet på straffrättens område av artikel 7 i Europakonventionen och artikel 49 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, rättighetsstadgan. Dessutom finns ett visst skydd mot retroaktiv lagstiftning genom egendomsskyddet enligt såväl svensk grundlag (2 kap. 15 § regeringsformen) som de europeiska åtaganden (artikel 1 första tilläggsprotokollet till Europakonventionen och artikel 17 i rättighetsstadgan).

Även om det saknas ett generellt förbud mot retroaktiv lagstiftning i svensk rätt finns dock en ”allmän utgångspunkt” att retroaktiv lagstiftning endast ska ske i undantagsfall.[24] Utgångspunkten finns inte kodifierad utan förefaller bygga på rättsstatsidén och att medborgare har ett befogat krav att kunna planera sitt handlande utifrån gällande rätt. Det grundläggande skälet till att retroaktiv lagstiftning endast är godtagbar i undantagsfall är att en lagstiftning med tillbakaverkande effekt

[24] Se t.ex. KU 1974:60 s. 4.

är svår att förena med den tidigare nämnda legalitetsprincipen. Om lagar mer generellt skulle kunna antas med tillbakaverkande effekt skulle den offentliga makten tillåtas vara godtycklig och därmed oförutsebar för enskilda.

Utöver denna allmänna utgångspunkt om att undvika retroaktiv lagstiftning finns olika grundsatser för olika rättsområden om retroaktivitet. På förmögenhetsrättens område är utgångspunkten att en ny lag inte bör göras tillämplig på rättsförhållanden som uppkommit före lagens ikraftträdande. Skälet är att ny lagstiftning får effekter i gällande avtal och när avtal ingås ska parterna kunna överblicka konsekvenserna. Exempelvis ska ett bolag kunna förutse en framtida händelseutveckling och fästa tillit vid att händelseutvecklingen kommer vara som det förväntade sig. Bolaget ska kunna anpassa sina handlingar och åtgärder i enlighet med den förväntade framtida händelseutvecklingen. Undantag från den förmögenhetsrättsliga grundsatsen är dock inte ovanlig, till exempel för hyreslagstiftning.[25] Vilket motiveras av att hyresavtal normalt gäller tillsvidare och med ett direkt respektive indirekt besittningsskydd för hyresgäster. Utan undantag från huvudregel skulle den ofta tvingande regleringen av hyra bli svårtillämpad då regelns genomslagskraft skulle kunna variera mycket och under en lång period.

På förvaltningsrättens område undviks i allmänhet att införa föreskrifter som gäller på redan inträffande förhållanden. Att helt undvika retroaktivitet är dock inte möjligt. Något absolut förbud mot retroaktivitet gäller således inte och är förmodligen inte ens rimligt att anta som ideal. Under vissa omständigheter är det viktigare att kunna få direkt genomslag av förändringar och förvaltningen behöver kunna användas flexibelt, än att fullständig förutsebarhet uppnås. Det kan till exempel behöva införas snabba insatser för att hantera en kris. Om en författningsändring skett under en pågående process följer av de så kallade förvaltningsrättsliga grundsatserna att nya föreskrifter, både förfaranderegler och materiella regler, gäller vid prövningstillfället. Det kan finnas undantag från huvudregeln i övergångsbestämmelser eller att det framgår av uttalanden i motiven till lagstiftningen eller av omständigheterna i övrigt att lagstiftaren avsett att nya föreskrifter inte ska tillämpas i ett övergångsskede.[26]

Grundsatserna sätter således retroaktivitet som utgångspunkt. Undantag finns dock och som ett belysande exempel där förutsebarheten hade betydelse kan nämnas rättsprövningsmålet RÅ 1996 ref. 57. Frågan i Högsta förvaltningsdomstolen var om nya föreskrifter om miljösanering kunde tillämpas på ett bolag som överlåtit sin verksamhet före ikraftträdandet. Kortfattat innebar bland annat kravet på förutsebarhet och proportionalitet att de nya föreskrifterna inte fick tillämpas så att

[25] Se till exempel övergångsbestämmelser i SOU 2023:57 s. 209, varvid det anges att föreslagen lagändring ska gälla även ifråga om hyresavtal som ingåtts före ikraftträdandet.

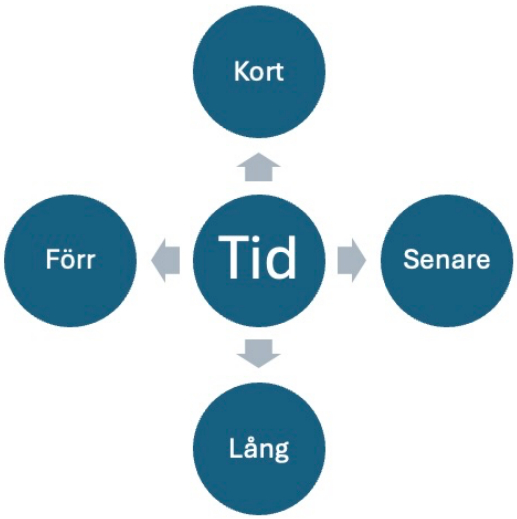
[26] Se t.ex. RÅ 1988 ref. 132 och det nämnda HFD 2021 ref. 12.

bolaget retroaktivt tvingades medverka i miljösaneringen. Det kan konstateras att efter detta avgörande infördes ett retroaktivt efterbehandlingsansvar för verksamhetsutövare i 10 kap. 4 § miljöbalken jämförd med 2 kap. 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken.

2.6 Avslutande reflektioner

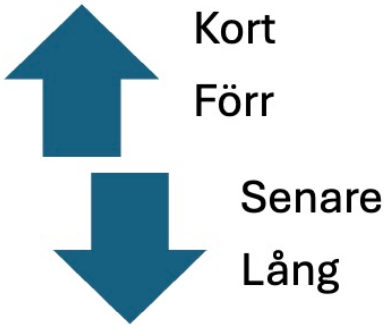
I denna text har det diskuterats hur förutsebarhet ofta formuleras som ett odefinierat tillstånd, exempelvis i avtal och förvaltningsbeslut som gäller tillsvidare utan en fastställd tidsgräns. Vi har också berört hur tidsbegränsningar i beslut och avtal används för att hantera förändringar över tid, där kortare tidsramar ger en högre grad av förutsebarhet men samtidigt tillåter en kontrollerad form av kontinuitet när besluten kan förlängas. Förutsebarhet har även diskuterats i relation till livstidsperspektiv för både människor och föremål, där det historiskt funnits rättigheter knutna till livstid och där förväntan om föremåls användning utan inskränkningar är centralt. Slutligen har vi undersökt hur förutsebarhet inte bara handlar om framtiden utan också om att skydda mot retroaktiva förändringar av vad som tidigare gällt.

Det var diskussionen i korthet. Men kom vi fram till något? Blev vi något uns klokare om hur den ideala idén och målsättningen om förutsebarhet bör betraktas i relation till och som en funktion av tid? Kanske. Vi kan till exempel rita upp en enkel figur som illustrerar vilka dimensioner av tid som påverkar förutsebarhet:



Vi kan också redovisa resultatet av diskussionen med en enkel illustration, som beskriver hur förutsebarhet varierar beroende på tidsramen; den är stark när tidsperioden är kort, nästan lika stark (men inte fullt lika säker) när det gäller dåtid, och ganska stark när det gäller nära framtid, men blir betydligt mer osäker när vi ser längre framåt i tiden. Ju längre tidsperspektivet är, desto skakigare blir förutsebarheten, vilket visar att graden av förutsebarhet minskar ju längre vi rör oss bort

från nuet. Om vi föreställer oss att den starka förutsebarheten är norrut och den svagare söderut, kan det se ut såhär, till exempel:



Vi tänker oss alltså att ju längre norr respektive söderut texten befinner sig, desto närmare stark respektive svag förutsebarhet kommer vi.

Utöver några enkla illustrationer kan vi också, åtminstone, konstatera att ideal förutsebarhet över tid inte kan, och heller inte bör, eftersträvas. Vi kan också konstatera att det inte går att säga att det finns någon generell förutsebarhetstidsregel att förhålla sig till. Vad som kan anses vara en rimligt överskådlig och lämplig tid ur förutsebarhetshänseende beror på omständigheter, person och sak, och om samhället genomgår snabba förändringar eller kriser. Grundregeln — om vi bortser från hur ovetenskapligt det är att formulera sig i termer om grundregler baserat på den översiktliga reflektionen som gjorts i detta avsnitt — kan i stället formuleras som en idé om stabilitet över tid som alltid är beredd att ge vika för det förväntade oväntade. Rättslig förutsebarhet över tid balanserar mellan trygghet och förändring. Vi kan med rimlig förutsebarhet anta att föreskrifter gäller tills de ändras, men vi kan inte och ska inte förlita oss på att de gäller för evigt. Att tro på en orubblig rättsordning vore inte bara naivt, utan också ett hinder för ett samhälle som strävar efter att vara både rättvist och effektivt.

Den förutsebarhet vi tillåts hoppas på är kanske helt enkelt inte så nära sammankopplad med tid som man skulle kunna tro och önska, utan främst kopplad till att rättsregler tillämpas konsekvent och i enlighet med rättsliga principer? Vi rör oss alltid framåt, mot en horisont som aldrig är fullt synlig. Det är just i denna rörelse som förutsebarhetens svårfångade natur blir tydlig. Författningar, rättigheter och beslut är tänkta att ge trygghet, men står alltid redo att böjas inför nya behov och krav. Förutsebarhet är inte en absolut norm, utan snarare ett löfte om ordning i en föränderlig värld. För i slutändan är det enda vi med full säkerhet kan förutse att ingenting varar för evigt — *Panta Rhei*.

3 Axel Holmgren och Alexander Unnersjö: Förutsebarhet och form

3.1 Inledning

Vad menas egentligen när vi ställer krav på förutsebarhet i rättsliga sammanhang? Är det fråga om ett formellt eller ett materiellt kriterium? Sanningen är nog den att förutsebarhet handlar *dels* om vissa krav på

hur rättsnormerna ska vara utformade, *dels* om en kvalitet hos rättsnormerna oavsett vilken form de har.

Texten i detta avsnitt närmar sig dessa frågor med utgångspunkt dels i straffrätten, dels i förmögenhetsrätten. Vi menar att intresset av förutsebarhet gör sig gällande på i stora drag samma sätt i dessa rättsområden. Naturligtvis finns det skillnader, men det är gradskillnader snarare än artskillnader. Både i straffrätten och förmögenhetsrätten grundar sig intresset av förutsebarhet i att individer ska ha friheten att kunna planera sina liv — vare sig planeringen handlar om att veta hur man kan undvika att bli straffad eller våga göra investeringar. Ett anspråk på förutsebarhet är också i allmänhet oskiljaktigt från (eller konstitutivt för) idén om gällande rätt. Skulle rättens innehåll — det vill säga utfallet av sådana bedömningar som vi kallar rättsliga — inte gå att förutse, skulle det vara svårt att tala om en rättsordning.

3.2 ”Formell” och ”informell” förutsebarhet

Förutsebarheten kan sägas yttra sig *formellt* och *informellt*. Det starkaste uttrycket för formell förutsebarhet är den för straffrätten centrala legalitetsprincipen. När någon döms för brott sägs det vara ett obligatoriskt formkrav att de normer som tillämpas är lagreglerade. Det går även att tänka sig mindre starka krav på formell förutsebarhet. När Högsta domstolen (HD) ser det som angeläget att yttra sig över en fråga som inte är tydligt reglerad men som har hanterats på visst sätt i underrätterna kan man säga att den formella förutsebarheten blir bättre tillgodosedd — vi får ett prejudikat där normen på ett mer formellt sätt än innan kommer till uttryck.

Att intresset av formell förutsebarhet anses tillgodosett säger dock lite om graden av *faktisk* förutsebarhet. Innehållet i lagstiftning, prejudikat och förarbetsuttalanden kan vara okänt både för de som har att följa rätten och för rättstillämpare (även om större formell förutsebarhet rimligen innebär bättre förutsättningar att informera sig om innehållet). Omvänt kan det brista i formell förutsebarhet samtidigt som den faktiska förutsebarheten är god. En norm kan ha en tydlig plats i det allmänna rättsmedvetandet (eller åtminstone i medvetandet hos de flesta rättstillämpare) utan att framträda särskilt tydligt i rättskällorna. I ett sådant läge kan man säga att det råder informell förutsebarhet.

Narkotikastrafflagen kan få tjäna som exempel på stark formell förutsebarhet, men bristande faktisk förutsebarhet. Vilka substanser som är klassade som narkotika enligt nämnda lag meddelas av bland andra regeringen.[27] Om man hittar fram till den aktuella förordningen, är förteckningen tydlig — antingen är ett ämne klassat som narkotika eller så är det inte det (och är ämnet inte klassat som narkotika, så är det uteslutet att döma någon som tar befattning med ämnet för narkotikabrott). De flesta samhällsmedborgare har nog kännedom om

[27] Se narkotikastrafflagen (1968:64) 8 § och Bilaga 1 till förordningen (1992:1554) om kontroll av narkotika.

några av de preparat som ingår i katalogen, men det är ganska få (för att inte säga knappt någon) som kan räkna upp den i dess helhet (de flesta är gissningsvis inte bekanta med ens en tiondel av de uppräknade substanserna).

För ett exempel (bland många) på det omvända förhållandet med begränsad formell förutsebarhet, men stark faktisk och informell förutsebarhet kan man gå till förmögenhetsrätten. Den fundamentala principen att *avtal ska hållas* är okodifierad, den följer endast underförstått av lag och rättspraxis. Samtidigt är normen så inarbetad i vårt samhällsliv — om man så vill: i det allmänna rättsmedvetandet — att vi redan som barn är bekanta med den.

När det gäller straffrätten är det okontroversiellt att *formen är viktig*. Legalitetsprincipens imperativ ”inget straff utan lag” tycks inte medge undantag till den tilltalades nackdel. Det finns gott om rättspraxis där intresset av legalitet får sista ordet på ett sätt som av lekmän säkert kan uppfattas som just överdrivet formalistiskt.[28] Vad däremot beträffar förmögenhetsrätten finns en omvänd förförståelse, nämligen att *formen är mindre viktig* — vilket är kopplat till dispositivitet och avtalsfrihet samt till att det förmögenhetsrättsliga regelbygget endast har fragmentariska orienteringspunkter i lag.[29]

Som utgångspunkt stämmer det naturligtvis att formen är viktig för straffrätten och mindre viktig för förmögenhetsrätten. I den fortsatta texten hade vi dock tänkt försöka utmana den bilden lite. Kan det vara så att straffrättstillämpningen ibland gör avkall på den formella förutsebarheten och nöjer sig med informell förutsebarhet? Och kan det vara så att intresset av formell förutsebarhet ibland letar sig in i förmögenhetsrätten på ställen där vi spontant inte trodde att vi skulle hitta den?[30]

3.3 Förutsebarhet och form i straffrätten

3.3.1 Straffrättslig legalitet

Legalitetsprincipen innebär att straffansvar inte ska komma i fråga om den gärning som prövas inte kan passas in under en språklig beskrivning i lag. Samtidigt är mycket av det som vid en språklig tolkning ryms inom lagtextens ordalydelse *inte* straffbart. Legalitetsprincipens krav gäller endast till den tilltalades nackdel; det heter ”inget *straff* utan lag”.

[28] Jfr till exempel rättsfallet *Det utbytta körkortet* NJA 2024 s. 208 som kan tyckas röra en tydligt straffvärd gärning både om man tänker i termer av handlingsdirigering (hotet om straff behövs för att avhålla från ett typiskt sett riskfyllt beteende) och i termer av klandervärdhet (den enskilde måste antas ha varit medveten om att hen gjorde något som var fel) — men där lagens bokstav helt enkelt inte medgav straffansvar. Den som inte funderat så mycket på betydelsen av legalitetsprincipen skulle nog kunna uppfatta HD:s tillämpning som onödigt stelbent, men om principen ska betyda något hade nog utgången inte kunnat vara någon annan.

[29] Lindskog, S., Betalning. Om kongruent infriande av penningskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 3 uppl., Stockholm 2022, s. 49.

[30] Inom det breda området förmögenhetsrätt finns naturligtvis explicita krav på vad vi här kallar formell förutsebarhet — framför allt när det handlar om situationer som regleras av tvingande lag, som är fallet med stora delar av konsumenträtten.

Straffrihet utan lag (eller *trots* lag som säger motsatsen) går alldeles utmärkt. En tolkning av lagtexten som sker i ljuset av andra rättskällor och tolkningsdata kan ofta medföra att en gärning som tycks svara mot lagens ordalydelse *inte* föranleder ansvar.[31]

Det är förstås alltid en bedömningsfråga, men intresset av legalitet och formell förutsebarhet kan nog ofta anses väl tillgodosett när det gäller straffrättens så kallade speciella del — det vill säga de lagrum som rymmer brottsbeskrivningar. När det gäller dessa bestämmelser finns sällan skäl att anmärka på att tillämpningen sker utanför eller i strid mot lagens ordalydelse. I de fall det finns anledning till kritik med hänvisning till legalitet riktar den sig framför allt till lagstiftaren och grundar sig i det så kallade obestämdhetsförbudet eller *lex certa*-kravet — det vill säga att lagtexten inte får vara alltför oprecis för att svara mot intresset av förutsebarhet. Det straffrättsliga regelkomplexet består emellertid av mer än de enskilda straffbuden. Frågan om någon ska dömas för ett brott är också beroende av vissa mer generella ansvarsförutsättningar: regler som hör till straffrättens så kallade allmänna del. Om man nagelfar dessa regler och deras tillämpning, kan man nog fråga sig om det inte på vissa håll brister en smula när det gäller intresset av legalitet och formell förutsebarhet. I det följande ges tre exempel.

Tre exempel på bristande formell förutsebarhet (men informell dito)

Uppsåt. Av 1 kap. 2 § första stycket brottsbalken följer det allmänna skuldkrav som är av grundläggande betydelse för straffrättstillämpningen. Enligt bestämmelsen ska, om inte något annat är föreskrivet (det vill säga oaktsamhetsansvar), en gärning ”anses som brott endast då den begås uppsåtligen”. Den kortfattade lagregeln har getts ett mer omfattande betydelseinnehåll genom vägledning från HD. Den minst kvalificerade uppsåtsformen — uppsåtets så kallade nedre gräns — definieras sedan två decennier tillbaka som ett likgiltighetsuppsåt.[32] För

[31] Av störst egentlig betydelse bland icke lagfästa normer som på detta sätt begränsar straffansvaret är nog reglerna om vilka gärningar och orsakanden som ska anses straffrättsligt relevanta. Avskiljandet av sådana gärningar från det straffbara området kan ske på olika sätt (delvis beroende på om den aktuella brottsbeskrivningen innefattar ett krav på orsakande): det kan bland annat göras med stöd av regler om så kallad gärningsculpa eller så kallad social adekvans. Se till exempel Asp, P., Ulväng, M. & Jareborg, N., Kriminalrättens grunder, 2 uppl., Uppsala 2013, s. 134 ff. och 254 ff. När det gäller normer som medför en inskränkning av det straffbara området i förhållande till vad som tycks följa av en språklig tolkning av lagen kan det dock — trots att tillämpningen av sådana normer innebär ett frikännande — anses finnas ett visst intresse av förutsebarhet (i såväl formell som informell mening). Om sådana inskränkande normer på ett oförutsebart sätt leder till att vissa gärningar lämnas utanför det straffbara området innebär det ju även att det blir oklart hur långt området sträcker sig. Annorlunda uttryckt: om det är mindre förutsebart när det ska göras undantag blir det definitionsmässigt mindre förutsebart när det *inte* ska göras det. Med en sådan utgångspunkt skulle man till exempel kunna argumentera för att den särskilda form av uppsåtsbrist som utgörs av putativ (inbilllad) ansvarsfrihet tydligare borde regleras i lag.

[32] Se *HIV-fallet* NJA 2004 s. 176. Se vidare Asp, P., Uppsåt, oaktsamhet och ursäktande omständigheter: en handbok, Uppsala 2024, s. 58 ff.

att uppsåt ska föreligga i förhållande till den gärning som passar in under brottsbeskrivningen i en straffbestämmelse är det ett minimikrav att gärningsmannen *dels* inser att det finns en risk för att en gärningsrelevant följd inträder (eller att en gärningsomständighet föreligger), *dels* måste befinnas vara likgiltig inför följdens inträde (eller omständighetens förhandenvaro). Om det till exempel handlar om likgilitighetsuppsåt i förhållande till mord ska gärningsmannen för det första ha handlat med insikt om risken att en egen handling kan leda till döden och för det andra inte ha betraktat riskens förverkligande — det vill säga att offret dör — som ett relevant skäl för att avstå från handlingen. Låt oss nu lägga denna definition av uppsåt bredvid lagtexten och ställa frågan vad som enligt allmänt språkbruk menas med att en gärning ”begås uppsåtligen” som det heter i 1 kap. 2 § brottsbalken. Det är svårt att komma till någon annan slutsats än att den allmänspråkliga betydelsen av begreppet innefattar varken mer eller mindre än den mest kvalificerade uppsåtsformen: så kallat avsiktsuppsåt. För en icke-jurist är ”uppsåt” synonymt med avsikt, syfte eller föresats.[33] Med definitionen av likgiltighetsuppsåt måste det nog anses att vi hamnar en bra bit utanför den språkliga betydelsen av lagtexten. Om man (utanför rättssalen) säger till någon: ”du gjorde det uppsåtligen!”, betyder det något annat än: ”du insåg risken och brydde dig inte hur det gick!”.[34]

Försök. Av 23 kap. 1 § första stycket brottsbalken följer att det är möjligt att dömas för försök till brott om försöksansvar är särskilt föreskrivet. Enligt lagrummet träffas den av ansvar som ”påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan”. Sist i samma mening anges att ansvar kan ådömas också då faran för brottets fullbordan varit utesluten, om de fareuteslutande omständigheterna endast varit tillfälliga. Med andra ord kan en gärning som aldrig hade kunnat resultera i ett självständigt brott bedömas som ett straffbart försök. Det kan till exempel vara ett försök till stöld att sticka handen i en ficka som visar sig vara tom. Som många har påpekat finns en motstridighet i lagtextens avfattning.[35] Det är inte semantiskt adekvat att beskriva ett handlande på det sättet att man ”påbörjar” något, om

[33] Se till exempel Svenska akademiens ordbok (SAOB) Uppsåt (tryckår 2011) som inleder sin definition just med dessa tre substantiv, https://www.saob.se.

[34] Det kan nog hävdas att den tredje uppsåtsform som i klandervärdhetshänseende brukar placeras mellan avsikts- och likgiltighetsuppsåtet, det vill säga insiktsuppsåtet (praktisk visshet om följd eller omständighet) även den faller utanför den språkliga innehållet i 1 kap. 2 § brottsbalken. Med andra ord: också uttalandet ”du eftersträvade inte det du gjorde men var säker på hur det skulle gå!” är något annat än ”du gjorde det uppsåtligen!”. Det ska sägas att det — för nu rätt länge sedan — har föreslagits att kravet på uppsåt tydligare ska definieras i lag; av många lagförslag som blev kvar på ritbordet. Se SOU 1996:185 s. 108 ff.

[35] Se till exempel Jareborg, N., Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 378, Wennberg, S., Försök till brott, 2 uppl., Stockholm 2010, s. 127 och Asp, P., De osjälvständiga brottsformerna: försök, förberedelse, stämpling, (gärningsmannaskap &) medverkan, underlåtenhet att avslöja och förhindra brott, Uppsala 2021, s. 96. Se även Holmgren, A., ”Till den gamla frågan om straffbarheten av otjänliga försök”. JT 2023–24 s. 695–733, s. 710 f.

handlandet aldrig skulle kunna resultera i detta något. När man sticker handen i en tom ficka kan man omöjligtvis ha påbörjat en stöld. Trots detta säger alltså det alternativa farerekvisitet och den rättstillämpning som sker med stöd av bestämmelsen att man kan hållas ansvarig i sådana fall. Det är förstås möjligt att formulera lagtexten så att den inte är motsägelsefull men lagstiftaren har hittills inte ansett det nödvändigt. I här relevanta delar har lagrummet varit oförändrat i drygt 80 år.[36]

Gärningsmannaskap. Ett sista exempel på bristande formell förutsebarhet gäller begreppsbildningen i anslutning till medgärningsmannaskap. Exemplet kan sägas befinna sig i gränslandet mellan den allmänna och speciella delen: det är fråga om en generell regel om tolkning av brottsbeskrivningar. Straffbestämmelser tar enligt sin ordalydelse sikte på gärningar som begås av en ensam person men det förekommer inte sällan att människor begår brott tillsammans. Därför har en vedertagen uppfattning om hur straffbestämmelser kan läsas vuxit fram. Den innebär att det inte krävs att en person — som handlar gemensamt och i samförstånd med en eller flera ytterligare medverkande — måste uppfylla alla rekvisit i ett straffbud på ett individuellt plan för att kunna hållas ansvarig som gärningsman, snarare än endast som anstiftare eller medhjälpare. Till exempel kan två personer dömas i gärningsmannaskap för rån när den ena hotar och den andra tillgriper något. När det i brottsbeskrivningen står ”den som gör si eller så” heter det att lagtexten ska tolkas som ”den som — eller de som tillsammans — gör si eller så”.[37] En sådan tolkning sker alltså helt öppet i strid med lagens ordalydelse.[38] I uttrycket ”den som gör si eller så” ryms helt enkelt inte ”de som tillsammans gör si eller så” (även om det omvända nog gäller) — det straffbara området förefaller vidgas mer än vad språkets gränser medger.[39]

Dessa tre exempel påvisar brister i formell förutsebarhet — tillämpningen måste sägas ske *praeter legem*, utanför lagen, till den tilltalades nackdel. Diskrepansen mellan lagens språkinnehåll och

[36] Se prop. 1942:4, s. 3. Det kan även noteras att den utredning med uppdraget att se över de osjälvständiga brottsformerna som hösten 2024 överlämnade ett betänkande med förslag på omfattande ändringar av brottsbalkens 23 kapitel, inte heller har sett det som angeläget att åtgärda nämnda motstridiga betydelseinnehåll i rekvisiten för försök till brott. Se SOU 2024:55.

[37] Se till exempel. Jareborg, N., 2001, s. 402, Asp, Ulväng & Jareborg, 2013, s. 432 f., Ågren, J., Straffansvar, 11 uppl., Stockholm 2023, s. 177 och Asp, 2021, s. 360.

[38] När straffbestämmelser tolkas på detta sätt ses det inte som nödvändigt att åberopa 23 kap. 4 första stycket brottsbalken som genom skrivningen ”att anse som gärningsman” anses kunna grunda vad som ibland har kallats ”utvidgat gärningsmannaskap”.

[39] Man skulle förvisso — likt Svensson — kunna argumentera för en lite friare tolkning som innebär att när flera på ett gemensamt plan kan anses utföra en gärning som beskrivs i ett straffbud, så kan man också beskriva det så att var och en individuellt gör allt det som följer av brottsbeskrivningen. Om man går den vägen skulle det dock vara obehövligt att läsa ”den som…” på något annat sätt än just som ”den som…”. Se Svensson, E. Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott, Uppsala 2016, s. 279 ff.

tillämpning skulle nog aldrig ha accepterats om det hade handlat om rekvisiten för brott i straffrättens speciella del. Samtidigt: när det gäller alla exempel kan intresset av förutsebarhet anses tillgodosett i en faktisk, informell mening. Även om lagtexten semantiskt talar ett annat språk, råder ingen tvekan om vad som gäller — det följer tydligt av andra rättskällor. Rättstillämpningen sker förvisso utanför lagen men den sker inom *rätten*. Vidare ligger tillämpningen sannolikt i linje med både rättstillämparens och allmänhetens rättsuppfattning. Många människor har knappt tittat i en lagbok, men har ändå en känsla för vad som gäller. Förmodligen har de flesta medborgare svårigheter att hitta fram till 1 kap. 2 § brottsbalken, men lika många skulle säkert gissa att man kan dömas för (det uppsåtliga brottet) mord om man hugger en kniv i någon och struntar i vad som blir följden, oavsett om döden var eftersträvad effekt. De flesta skulle nog inte kunna lokalisera 8 kap. 5 § brottsbalken, men är ändå på det klara med att två personer som tillsammans rånar en bank båda kan dömas för det självständiga brottet, trots att de delar på uppgifterna vapenhot och tillgrepp av sedlar.[40]

3.3.2 Förutsebarhet och form i förmögenhetsrätten

Informell, formellare, formellast

Det har sagts följa av den lagfästa legalitetsprincipen på straffrättens område att det är av särskild vikt att förutsebarheten är god inom straffrätten, liksom att ett krav på hög förutsebarhet kan härledas på även andra rättsområden där det följer av lag eller praxis att legalitetsprincipen ska styra rättstillämpningen.[41] Av ett sådant påstående får man emellertid inte dra slutsatsen att förutsebarhet är oviktigt vid rättstillämpningen inom ett rättsområde där legalitetsprincipen inte är styrande. Förmögenhetsrätten är ett sådant område. Ett direkt resultat av tillämpningen av en förmögenhetsrättslig regel kan aldrig vara att en enskild berövas sin frihet,[42] och på så sätt är rättsföljderna av förmögenhetsrättsliga regelöverträdelser mindre ingripande än straffrättsliga överträdelser. Därför kan intresset av förmögenhetsrättslig förutsebarhet verka svagare än intresset av straffrättslig förutsebarhet.

[40] För att ta ett sista relaterat exempel från gränslandet mellan den speciella och allmänna delen, känns det också mycket troligt att en genomsnittsperson skulle gissa att brott som förskingring (10 kap. 1 § brottsbalken) oredlighet mot borgenärer (11 kap. 1 § brottsbalken) och olovlig avlyssning (4 kap. 9 a § brottsbalken) kan begås av såväl kvinnor som män, trots att brottsbeskrivningarna i fråga (i skrivande stund) omnämner gärningsmannen endast i termer av en ”han”. Jfr Jareborg, 2001, s. 7 och 402, som både med avseende på detta (att lagtextens ”han” ska betyda ”hon eller han”) och tillämpningen av så kallat medgärningsmannaskap (att lagtextens ”den” ska betyda ”den — eller de som tillsammans — …”) talar om ”ett sedan länge vedertaget juridiskt-tekniskt språkbruk”.

[41] Heuman, L., Metoder för rättstillämpning och lagtolkning. Generaliseringar, logik och argumentation, Stockholm 2018, s. 363.

[42] Men sådana resultat kan nås på indirekt väg, om en förmögenhetsrättslig regel utgör en beståndsdel i en straffrättslig, jämför exempelvis bestämmelserna i 10 kap. brottsbalken.

Men det betyder inte att behovet av förutsebarhet är oviktigt. Tvärtom. Behovet av skydd från godtycklig maktutövning gäller även människors ekonomiska förhållanden och god förutsebarhet främjar omsättningen av varor och tjänster, det vill säga samhällsekonomin.[43] Däremot tar sig förutsebarhetsintresset ofta annan form i förmögenhetsrätt än straffrätt. Det finns andra förutsebarhetsfrämjande mekanismer än legalitetsprincpen, och det är i huvudsak sådana andra mekanismer som kommer i spel i förmögenhetsrätten.

Hittills har vi delat upp förutsebarhetsbegreppet i två delar; formell och informell förutsebarhet. Även den formella förutsebarheten kan delas upp eller åtminstone nyanseras; det finns olika grader av formalitet. Om legalitetsprincipen liknas vid en frack, så finns det andra klädkoder på formalitetsstegen — såsom mörk kostym, udda kavaj och Casual Friday — innan man kommer ner till mjukisbyxor. Här kan påminnas om att även om kraven på formell förutsebarhet är uppfyllda, så behöver inte rättstillämpningen vara faktiskt förutsebar, i meningen att allmänheten eller parterna på förhand vet vad utgången i ett givet fall kommer att bli. Men om det föreligger informell förutsebarhet föreligger också faktisk förutsebarhet. Strikt formell förutsebarhet har därför inget egenvärde, utan den formella förutsebarheten är endast ett medel i strävan mot ett idealiskt förhållande i vilket det föreligger faktisk förutsebarhet. Om förutsebarhetsintresset inte är fullständigt men till viss del tillgodosett på informell väg, så behöver rättsordningen inte sätta in det strikt formella artilleriet i syfte att nå hela vägen fram. Det kan räcka med mindre formella åtgärder än att förbjuda en rättstillämpning som inte är förenlig med ordalydelsen av lagtext, såsom att en regel ska uppfylla ett visst kvalitetskrav eller genom att systemargument tillerkänns höga relevansvärden.[44]

Nedan följer tre förmögenhetsrättsliga exempel som på olika sätt främjar förutsebarhet. De är hämtade från HD-praxis. Exemplen belyser att även förmögenhetsrätten laborerar med krav på formell förutsebarhet, även om det sker med hjälp av metoder som inte är av det mest formella slaget — men som ändå är mer formella än informella.

Tre exempel på andra former av formell förutsebarhet

Förhöjd avtalströskel vid införlivande av överraskande eller betungande avtalsvillkor. I avtalsrätten gäller formfrihet om inte annat följer av lag.[45] Det innebär att parterna själva kan komma överens om under vilka förutsättningar ett bindande avtal ska uppstå mellan dem, liksom vad som krävs för att ett visst villkor ska bli avtalsinnehåll. Avtalsparterna är så att säga sina egna normgivare. Rättsordningen lägger sig alltså inte i formfrågan utan förlitar sig på den informella förutsebarheten. Men

[43] Se till exempel Lindskog, Betalning, 2022, s. 49 f.
[44] Att systematiken har stor betydelse inom förmögenhetsrätten är nog så väl känt bland jurister att det knappt behöver sägas.
[45] Undantag gäller för vissa avtalstyper som omfattas av legala formkrav, bland annat fastighetsköp, 4 kap. 1 § jordabalken.

det finns undantag. Ett ligger i den så kallade förhöjda tröskel som gäller för införlivande av överraskande eller betungande avtalsvillkor. Dessa regler har utvecklats av HD genom prejudikat.[46] HD tonade visserligen ner den förhöjda tröskelns betydelse i *Den övertagna överlåtelsebesiktningen* NJA 2017 s. 113, men har senare, i *Husqvarnas skiljeavtal* NJA 2023 s. 437, gett uttryck för att den alltjämt gäller.[47] Den förhöjda tröskeln innebär att ett avtalsvillkor som läggs fram av den ena parten måste *tydliggöras* för motparten om villkoret är betungande eller överraskande.[48] Annars blir inte det aktuella villkoret avtalsinnehåll, även om ett avtal i övrigt har uppstått, innefattande alla andra villkor som har lagts fram (utan att ha tydliggjorts). Ett syfte med den förhöjda tröskeln är att motparten ska kunna förutse rättsverkningarna av sitt rättshandlande. Tröskeln är rättsordningens sätt att tillgodose intresset av faktiskt förutsebarhet när det finns risk att parterna saknar faktisk insikt om vad de avtalar om (bristande informell förutsebarhet). *Lastbilscentralen* NJA 1980 s. 46 illustrerar detta. I fallet hade en näringsidkare vid avtalsingåendet med en annan näringsidkare hänvisat till ett standardavtal med en skiljeklausul. Frågan var om skiljeklausulen utgjorde avtalsinnehåll. I två tidigare rättsfall hade HD ansett en skiljeklausul i avtal mellan näringsidkare vara så betungande eller överraskande att den omfattades av den förhöjda tröskeln.[49] Men i *Lastbilscentralen* ansåg HD att skiljeklausulen inte omfattades av den förhöjda tröskeln. Det berodde bland annat på att affärslivet hade utvecklats så att det blivit vanligt med användning av standardavtal och skiljeklausuler i kommersiella förhållande. HD behövde alltså inte längre kompensera med en formell förutsebarhetsregel (förhöjd tröskel) eftersom det numera kunde ställas högre krav på de kommersiella parternas informella förutsebarhet.

Avräkningsordningen vid odestinerade betalningar när betalaren har flera skulder mot mottagaren. När en gäldenär har flera skulder till samma borgenär och ska betala ett belopp gäller som huvudregel att gäldenären har rätt att välja vilken av skulderna som betalningen avser. Gäldenären har så kallad destinationsrätt.[50] Destinationsrätten ska utövas senast i samband med betalningen, annars kan valrätten övergå till borge-

[46] Se bland annat NJA 1979 s. 401, *Lastbilscentralen* NJA 1980 s. 46, NJA 2011 s. 600 och *Husqvarnas skiljeavtal* NJA 2023 s. 437.
[47] Se härom Munukka, J., Införlivande av skiljeklausuler, JT 2023–24 s. 951 ff.
[48] Se bland andra Adlercreutz, A., Gorton, L. & Svensson, O., Avtalsrätt II. Tolkning och utfyllning av avtal, 7 uppl., Lund 2024, s. 210 ff., Bernitz, U., Standardavtalsrätt, 9 uppl., Stockholm 2918, s. 70 ff., Lehrberg, B., Avtalstolkning, 10 uppl., Uppsala 2023, s. 106 f., Lundberg, K., Avtalets innebörd. Inkorporering, tolkning utfyllning, Stockholm 2019, s. 46 ff. och Ramberg, J. & Ramberg, C., Allmän avtalsrätt, 12 uppl., Stockholm 2022, s. 188.
[49] NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285.
[50] Denna dispositiva utgångspunkt framgår av 9 kap 5 § handelsbalken. Av bestämmelsen följer att valrätten är begränsad till förfallna fordringar — vilket genom NJA 2002 s. 577 har utsträckts till fordringar vars frigörelsetid har inträtt — samt att ränta ska avräknas före kapital. Se även de tvingande reglerna i 6 § lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. och 31 § konsumentkreditlagen (2010:1846).

näre; borgenären har så kallad subsidiär destinationsrätt.[51] I NJA 2013 s. 1190 var frågan om en borgenär fritt kan avräkna en odestinerad betalning eller om borgenärens subsidiära destinationsrätt är begränsad. HD uttalade att avräkningsordningen vid odestinerade betalningar bör främja omsättningsintresset och att det förutsätter ”att avräkning sker efter principer som inte bara beaktar gäldenärens avräkningsintresse utan som också skapar *förutsebarhet* och inte verkar konfliktdrivande”.[52] HD diskuterade två olika lösningsalternativ. Mot bakgrund av förutsebarhetsintresset valde HD att formulera en regel utifrån det alternativ som ansågs innebära den ur objektiv synpunkt tydligaste ordningen, och som därigenom kunde minska risken för tolkningsproblem och tvister om avräkningsordningen. Här kan vi alltså se hur förutsebarhetsintresset inte bara kan bejakas genom att rättstillämpningen knyts till ett visst källställe (legalitetsprincipen) utan att även utformningen av själva regelinnehållet har betydelse. Man skulle kunna tänka att förutsebarhetsintresset avseende en viss rättsfråga tillgodoses genom att rättsfrågan över huvud taget är reglerad. Men så är förstås inte fallet om regeln är svårtolkad. Förutsebarhetsintresset påverkar inte bara i vilka källor vi ska söka efter reglerna utan också vilka regler källorna ska innehålla.

Auktoritativa doktrinuttalanden. Det är en etablerad uppfattning att doktrinen endast är en rättskälla i kraft av den övertygelseförmåga hos de argument som en författare åberopat till stöd för en framförd rättsuppfattning.[53] Det brukar sägas att det är sakskälen som betyder något, inte den eventuella auktoritet som en enskild författare åtnjuter.[54] Det förekommer att denna syn på doktrin utmanas, vilket *Potatisetanolen* NJA 2016 s. 563 och avgörandet HR-2021-2248-A från norska Høyesterett är exempel på. I *Potatisetanolen* uttalade HD beträffande frågor om tolkning av en transportsrättslig konvention, att domstolarna kan låta sig vägledas av den juridiska litteraturen, varvid en allmän uppfattning i litteraturen typiskt sett bör följas och att det är relevant om en viss författare har en etablerad internationell auktoritet. I 2021 års Høyesterettsavgörande bedömde domstolen att det krävdes tradition för att köparen/leasegivaren i ett så kallat sale and leaseback-arrangemang skulle åtnjuta sakrättsligt skydd mot säljarens/leastagarens borgenärer. Som motivering angavs bland annat den allmänna uppfattningen i juridisk litteratur. Enligt domstolen hade ”den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur over tid her selvstendig betydning som rettskilde utover argumentasjonsverdien i kraft av at denne oppfatningen også i praksis synes å være akseptert som gjeldende rett”.[55] Dessa av-

[51] Se NJA 1958 s. 117, NJA 1973 s. 365, NJA 1989 s. 177, NJA 2009 s. 64 och NJA 2013 s. 1190.
[52] P. 11 HD:s domskäl. Vår kursivering.
[53] Se till exempel Kleineman, Rättsdogmatisk metod, Nääv, M. & Zamboni, M. (red.), Juridks metodlära, 2 uppl., Lund 2018, s. 28.
[54] Se till exempel Hellner, J., Rättsteori. En introduktion, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 115 f.
[55] P. 62 førstvoterendes votum.

göranden visar exempel på att det kan finnas ett slags auktoritetskraft i härskande doktrinära uppfattningar och, i fråga om *Potatisetanolen*, anseendet hos en enskild författare. På samma sätt som legalitetsprincipen handlar detta förhållningssätt på sätt och viss om ett slags bundenhet till regelinnehållet i ett visst källställe. Även om förhållningssättet med rätta kan kritiseras med hänvisning till bristande demokratisk förankring, är det ett sätt att främja intresset av förutsebarhet. Det kan antas att såväl rättstillämpare som ombud — och i förlängningen parterna själva — i större eller mindre utsträckning ofta inrättar sig efter en härskande rättsuppfattning i en viss fråga eller en väl ansedd författares ståndpunkt. Om dessa uppfattningar överensstämmer med innehållet i gällande rätt innebär det att det råder stark informell förutsebarhet, medan förutsebarheten är låg om gällande rätt ser annorlunda ut. En hanteringsregel som stadgar att rättstillämpningen bör vara förenlig med den härskande uppfattningen eller en som förespråkats av en väl ansedd författare, kan därmed ses som ett slags formalisering av det informella.

3.4 Avslutning

Vi har i detta avsnitt nyanserat begreppet förutsebarhet genom att betona dess formella och informella sidor. Annorlunda uttryckt har vi velat synliggöra hur förutsebarhet kan relatera till både form och innehåll. Även om de formkrav som ställs på rättsnormerna skiljer sig åt i offentlig rätt och civilrätt, relaterar intresset av förutsebarhet i formell och informell bemärkelse till rätten som helhet.

Med exempel från straffrätten har visats hur en tillämpning till den enskildes nackdel ibland sker utan uttryckligt lagstöd. Det är en rättstillämpning som tycks ske i strid med de krav på formell förutsebarhet som legalitetsprincipen uppställer, men det är också en tillämpning som *dels* är ordentligt förankrad i andra rättskällor, *dels* — vilket nog är ännu viktigare — framstår som både förväntad och rimlig. Till exempel skulle det nog uppfattas som både förvånande och stötande om det aldrig kunde dömas för försök till brott med mindre att det förelåg konkret fara, även om lagtexten är lite oklar på denna punkt. Tillämpningen är med andra ord faktiskt förutsebar på informell grund. Vore den inte det så skulle bristerna från legalitetssynpunkt inte tolereras.

I förmögenhetsrätten, där rättsordningen präglas av avtalsfrihet och dispositiva regler, är bilden av förutsebarheten annorlunda. Här finns en större flexibilitet där informella normer, som till exempel den allmänt vedertagna uppfattningen att avtal ska hållas, har stor betydelse. Samtidigt finns det exempel där formella krav kan stärkas, som vid införlivandet av överraskande eller betungande avtalsvillkor, vilket visar att formell förutsebarhet även här har sin plats.

Rätten bärs alltså upp av ett samspel mellan formell och informell förutsebarhet. Båda dessa sidor är oumbärliga. Om det formella kravet helt eftergavs skulle gränserna för rätten upplösas; rättskällebegreppet

skulle förlora sin betydelse och det skulle bli omöjligt att skilja rättsnormer från andra normer. Samtidigt kan (eller bör) inte allt regleras och rättstillämpning förutsätter dessutom tolkning. Det innebär att rätten ofrånkomligen måste förstås mot bakgrund av informell förutsebarhet — vare sig vi vill eller inte.

4 Marie Jarnesand: Förutsebarhet i relationen mellan materiell och processuell rätt

Det har hävdats att behovet av förutsebarhet är större vid tillämpningen av materiella regler än av processuella regler.[56] Argumentet bygger på tanken att det kan anses mer angeläget att på förhand kunna bedöma om en viss handling kommer kunna leda till straffansvar eller hur en domstol kommer bedöma giltigheten av ett avtal, än att kunna förutse tillämpningen av exempelvis en processuell preklusionsregel. Att det finns ett intresse av förutsebarhet även i processrätten tycks de flesta processualister vara eniga om. Hur förutsebarhet i rättstillämpningen ska åstadkommas är dock en mer intrikat fråga. Problemet grundar sig i att förutsebarheten är beroende av relationen mellan materiell rätt och processrätt.

Det är inte ovanligt att stöta på uppfattningen om processrätten som mest i vägen vid tillämpningen av den materiella rätten. Bengtsson hävdar att en majoritetsuppfattning hos landets domare är att materiella regler har en högre betydelsegrad än processuella regler. Han konstaterar att ”de processuella reglerna är medel, eller någon gång hinder, för att uppnå den materiellt riktiga lösningen”.[57] Processrätten ses som instrumentell i förhållande till den materiella rätten.[58] I Bengtssons syn på begreppet materiell riktighet ryms alltså uppfattningen att den materiella riktigheten ligger i lösningens överensstämmelse med de materiella, exempelvis straff- eller civilrättsliga, reglerna oberoende av de processrättsliga bestämmelserna, även om han erkänner att de processuella reglerna antingen kan bidra till en materiellt riktig lösning eller motverka en sådan.[59] En sådan syn på materiell riktighet har problematiserats från processrättsligt håll.[60]

[56] Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael, Rättegång I, 2016, s. 60.
[57] Bengtsson, Bertil, Ändringsdispens och prejudikatdispens, Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 1, 1990, s. 269.
[58] Ett uttryck för den distinktion som ofta görs mellan processuella och materiella regler är benämningen av de förra som formell rätt (i motsats till materiell rätt). Se exempelvis Lindblom, Per Henrik, Processhinder: om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt, Diss. Uppsala, 1972.
[59] Jarnesand, Marie, Högsta domstolen och enhetligheten: Om enhetlighetsargumentets betydelse för prejudikatprocessen, Jure, Diss. Stockholm, 2023, s. 276 f.
[60] Se exempelvis Ekelöf, Per Olof, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran, 1956, s. 19; Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael, Rättegång I, 2016, s. 55; Olivecrona, Karl, Bevisskyldigheten och den materiella rätten, 1930, s. 158 och Lindell, Bengt, Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling, 2021, s. 58 f. Se även Björling, Erik, Tvistlösningens normativitet: Konsumentprocess i tre varianter, SvJT 2022 s. 231 som uttrycker det som att ”processrätten inte

Lindskog ger ett ännu mer explicit uttryck för tanken om processrätten som hinder:

> Det är med mitt synsätt så, att om man ser vattendelaren som en å så börjar man vid dömandet på den materiella sidan. På den andra sidan ån finns processrätten. Dit måste man ibland ta sig. Men ju mindre detta behövs, desto bättre är det.[61]

Hur är då läget på andra sidan ån? Jo tack, tillförsikt råder, men knappast stiltje. Uppfattningarna om hur processuella stadganden bör tolkas i relation till materiella sådana går isär. Ett tydligt exempel på en sådan meningsskiljaktighet är Ekelöfs respektive Heumans ståndpunkter i frågan, båda återgivna i det första bandet av sexbandsverket Rättegång. För att göra rättvisa åt författarnas argumentation behövs ett större utrymme än vad som här kan tillåtas. Med den reservationen vill jag ändå lyfta fram två illustrativa exempel på hur uppfattningarna om relationen mellan materiell rätt och processuell rätt går isär även bland processualisterna själva. Låt oss inleda med Ekelöfs uppfattning:

> Jag menar att de materiella reglerna måste tillämpas så att rättskipningen medverkar till att ändamålet med dessa regler blir förverkligat. Mot bakgrunden härav får man bedöma hur de processuella bestämmelserna i RB bör tillämpas.[62]

Ekelöfs uppfattning är som bekant sprungen ur en objektivt teleologisk metodsyn. I tydlig kontrast till det ekelöfska synsättet står det heumanska:

> När man skall tolka en processuell regel bör syftena med denna regel vara avgörande och inte de syften som ligger bakom den relevanta civilrättsliga regeln.[63]

I en konkret rättstillämpningssituation är det enkelt att se framför sig att olika syn på hur processuella stadganden ska tolkas i relation till materiellrättsliga regler kommer kunna ge upphov till olika lösningar på ett och samma fall. Adderas fler synsätt blir det tydligt att förutsebarheten utmanas av olika uppfattningar om relationen mellan materiell rätt och processrätt. Det kan samtidigt argumenteras för att dynamiken i rättstillämpningen inte bara är oundviklig utan även efter-

enbart utgör en neutral förverkligare av den materiella rätten. Processrätten adderar ett normativt lager". Svepande skulle motståndet kunna sammanfattas som en skepticism mot tanken på preprocessuella rättigheter.

[61] Lindskog, Stefan, Om att gå över ån — en replik, SvJT 2012 s. 589.

[62] Rättegång I s. 100. För ett annat synsätt på relationen mellan materiell rätt och processrätt jämför NJA 2014 s. 877 (Processbolaget) där ett upplägg med ett så kallat processbolag bedömdes uteslutande ha syftat till att kunna kringgå rättegångsbalkens reglering av rättegångskostnader. Processbolagets ägare ansågs skyldiga att svara personligen för motpartens kostnader. Här märks alltså ett exempel på hur en materiell rättsregel, om ansvarsgenombrott i aktiebolagsrätten, tolkas på ett sätt som motverkar att en processuell reglerings ändamål undergrävs.

[63] Rättegång I s. 95.

strävansvärd. Inom processrätten blir det särskilt uppenbart. Processrätten är ett stort rättsområde som sträcker ut sig över den materiella rätten och rymmer huvudinriktningar som, utöver förvaltningsprocessen, kan karaktäriseras som civilprocess och straffprocess, där det avseende den senare kan sägas finnas ett intresse av förutsebarhet som går i linje med det straffrättsliga och offentligrättsliga förutsebarhetsintresset i stort, inte minst vid användningen av straffprocessuella tvångsmedel. Förutsebarhet utgör heller ingen konstant utan kan skifta mellan olika instanser; att det är på det sättet sammanhänger med de olika instansernas inbördes roller.

5 Caroline Nordklint och Erik Sinander: Förutsebarhet i rummet

Förutsebarhet framhålls ofta som en grundläggande rättssäkerhetsgaranti.[64] Innebörden i begreppet förutsebarhet skiljer sig delvis åt beroende på inom vilket rättsområde och situation som frågan diskuteras. Gemensamt tycks vara att förutsebarhet handlar om att minska utrymmet för godtyckliga bedömningar och bidra till att olika aktörer ska kunna bedöma konsekvenserna av sitt handlande. I debatten lyfts förutsebarhet ofta fram i diskussioner om en rättsregel är tillräckligt tydlig och klar eller om lagstiftaren eller de högsta domstolsinstanserna måste öka förutsebarheten genom att precisera innehållet i bestämmelsen.[65]

När frågan om förutsebarhet sätts i en internationell kontext blir betydelsen av tydlighet och begränsat tolkningsutrymme än mer påtaglig. Förutsebarheten behöver sättas i relation dels till andra länders förutsättningar och uppfattningar om rätten, dels till det faktum att rättssubjekt kan röra sig över gränserna. Därför måste förutsebarhetsbegreppet tolkas och förstås i ljuset av utländska rättssystem och samhällsfunktioner. Det inbegriper hänsyn till bland annat utländsk rätt och andra rättssystem, men också beaktade av grundläggande frågor som rättvisa och moral där förståelsen ofta skiljer sig åt mellan länder. Förutsebarhetsfrågor uppstår oavsett om stater samarbetar eller ser på rätten utifrån ett nationellt intresse.

I detta avsnitt diskuteras förutsebarhet i ett internationellt perspektiv. Vi tar utgångspunkt i några exempel från den internationella privaträtten och skatterätten. Det väcker frågor om rummets relevans för förutsebarhet. Samarbeten mellan stater bidrar många gånger till ett harmoniserat rättssystem, men ställer krav på överenskommelser, kompromisser och anpassningar. Arbetet bedrivs vanligtvis i internationella organ som EU, OECD och FN. En konsekvens av denna

[64] Se t.ex. Bogdan, Private International Law as Component of the Law of the Forum, RCADI, vol. 348, 2011, s. 65 f., Melz, Peter m.fl., Inkomstskatt — En lärobok i skatterätt, 20 uppl., Studentlitteratur, 2025, s. 624 och Tjernberg, Mats, Skatterättslig tolkning, Iustus, 2018, s. 23 ff.

[65] Se t.ex. Hultqvist, Anders, Hur vag får en skattelag va?, rapport på uppdrag av Svenskt Näringsliv, 2015 och Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, 5 uppl., Norstedts Juridik, 1996, s. 249 ff.

arbetsmetod är att slutprodukten, till exempel ett direktiv, som ska vara så generell att den kan tillämpas i flera rättssystem, riskerar att bli komplex, ogenomtränglig och sällan anpassad till en enskild stats förutsättningar. För att de stater som omfattas av slutprodukten ska kunna tillämpa reglerna i sitt rättssystem är det därför nödvändigt att produkten medger ett visst tolkningsutrymme. Tolkningsutrymmet skapar å ena sidan flexibilitet, men leder å andra sidan till svårigheter för dem som träffas av reglerna att förutse konsekvenserna av regeltillämpningen.

I den internationella skatterätten pågår sedan flera år ett omfattande globalt projekt, det s.k. BEPS-projektet, med syfte att motverka skatteundandraganden och aggressiv skatteplanering.[66] Ett resultat av projektet är bl.a. minimibeskattningsdirektivet som innebär att multinationella koncerner blir föremål för en skatt om minst 15 procent oavsett var i världen de bedriver sin verksamhet.[67] Syftet att med gemensamma medel försöka minska globala skatteundandraganden är gott, men för att fånga in alla tänkbara inhemska och gränsöverskridande situationer har regelverket blivit mycket detaljerat, komplext och omfattande. I praktiken visar sig stora tolknings- och tillämpningsproblem där varken lagstiftare, skattemyndigheter eller skattskyldiga med säkerhet vet hur reglerna ska förstås.[68] Att staterna kommer att tolka och tillämpa reglerna olika är ett faktum och denna oreda leder till förutsebarhetsproblem.

På områden där staterna har större befogenhet att stifta lagar är det lättare att sätta den egna statens intresse i centrum, vilket resulterar i färre tolkningsproblem och därmed större förutsebarhet. Den frihet som staterna får i detta avseende kan emellertid dels leda till konkurrens dem emellan, dels nyttjas av enskilda och företag på ett sätt som inte är ändamålsenligt. Nationella särregleringar kan alltså resultera i rättsmissbruk, vilket staterna med olika medel behöver värja sig mot. Ett medel är generella regler som förbjuder rättsmissbruk. Generella bestämmelser medför emellertid tolkningsutrymme, vilket återigen ger begränsad förutsebarhet. Hur man än vänder sig, har man baken bak. Avvägningen mellan å ena sidan ett för de enskilda förutsebart rättssystem och å andra sidan risken för rättsmissbruk är en svår balansgång. Förutsebarhet ska eftersträvas, men ibland kan andra intressen och problem, t.ex. rättsmissbruk, motivera inskränkt förutsebarhet.

Den internationella privaträtten aktualiseras när ett rättsförhållande har koppling till två eller flera rättssystem. Det leder ofta till att två länders domstolar kan vara behöriga i samma fall. Om domstolarna i

[66] Arbetet sker inom The OECD/G20 Inclusive Framwork on Base Erosion and Profit Shifting där över 140 länder och jurisdiktioner deltar.
[67] Se Rådets direktiv (EU) 2022/2523 av den 14 december 2022 om säkerställande av en global minimiskattenivå för multinationella koncerner och storskaliga nationella koncerner i unionen.
[68] Se bl.a. Baran, Mahmut & Berggren, Hawser, Tilläggsskatt — den nya skatten för företag i stora koncerner (del 1), Skattenytt 2024 s. 89–127.

de olika jurisdiktionerna skulle döma olika ger det incitament till en kärandepart att ”forum-shoppa” genom att väcka talan där det är mest förmånligt. I en situation där två potentiellt behöriga domstolar kommer att döma olika är rättsläget oförutsebart eftersom det är beroende av vem som först väcker talan. I syfte att undvika sådan oförutsebarhet strävar internationell privaträtt efter att en tvist ska få samma utgång oavsett var talan väcks. I den internationella privaträtten kallas denna målsättning för internationell beslutsharmoni. Den motiveras av en syn på rättvis förutsebarhet som uppnås genom att en tvist avgörs av samma materiella regler, oavsett var talan väcks och alltså oavsett av vem som stämmer först.

I den internationella skatterätten är intresset av förutsebarhet annorlunda än i den internationella privaträtten. Ett huvudsyfte i skatterätten är att finansiera offentlig sektor och värna skattebasen. Förr var detta en fråga av främst nationellt intresse. Idag har utmaningen att värna skattebasen och säkerställa att rätt skatt kommer in till staten medfört behov av internationell samordning och konsensus. På ett sätt som liknar den internationella privaträttens strävan att undvika forum-shopping, strävar internationell skatterätt efter att undvika skatteflykt. Denna strävan har lett till flera globala initiativ där samsyn sökts över gränserna.

Lagar som syftar till att beivra missbruk, antingen genom forum-shopping eller genom skatteflykt, kan inte vara förutsebara i den bemärkelsen att varje situation är på förhand reglerad. Däremot måste lagstiftningens syfte ges en klar och framträdande roll vid rättstillämpningen. På så sätt måste en domstol som ska avgöra en internationellt privaträttslig tvist sätta tvistens internationella karaktär först och eftersträva internationell beslutsharmoni. I internationella skatterättsliga sammanhang måste på motsvarande sätt det gränsöverskridande målet om undvikande av skatteflykt sättas före nationella intressen. Förutsebarhet är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti, men ibland kräver internationella intressen att förutsebarheten begränsas. Rummet påverkar alltså styrkan i intresset av förutsebarhet.

6 Frantzeska Papadopoulou: Förutsebarhet kontra flexibilitet i immaterialrätten

Jag har svårt att minnas när jag senast diskuterade, lyssnade på ett föredrag om eller läste en publikation som avsåg frågan om förutsebarhet i immaterialrätt.[69] Som om principen inte är av relevans för immaterialrättens välfungerande.

Det trots att principerna om förutsebarhet och likformighet i rättstillämpningen utgör grunden för det vi kallar för ”formell rättssäker-

[69] Se Peter Sande, Förutsebarhet vid patenttolkning, Festskrift till Kaj Sandart — i anledning av femtioårsjubileet för Sandart & Partners Advokatbyrå, Glossator Förlag, 2003.

het".[70] Privata personer och organisationer likaså bör kunna ges möjligheten att förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande, själv eller med hjälp av juridisk rådgivning.[71] Förutsebarhet borde rimligtvis utgöra en viktig princip även i immaterialrätten. Den som investerar tid, kreativitet och resurser i en teknologisk uppfinning eller ett konstnärligt verk har intresse av att förutse om det hen har skapat får lagligt skydd. På motsvarande sätt har de som önskar utnyttja en redan befintlig idé eller utformning intresse av att förutse om utnyttjande medför skadeståndsansvar eller andra påföljder.

Trots det övergripande behovet av förutsebarhet, har immaterialrätt vissa särdrag som gör att principen är dels svår att uppnå, dels viktig att balansera med en annan princip: flexibilitet.

Immaterialrätt är ett diversifierat rättsområde som inbegriper olika kategorier av rättigheter, vissa registrerade och vissa oregistrerade: patent, mönster, varumärken, upphovsrätt.[72] När det gäller t.ex. patent blir den som använder sig av en uppfinning utan rättighetsinnehavarens tillstånd ansvarig, oavsett om personen varit faktiskt medveten om att uppfinningen var skyddad. Förutsebarhetsintresset anses i sådana fall tillgodosett på så sätt att ansökningar och beviljade patent offentliggörs och allmänheten kan ta del av dem.

Intresset av flexibilitet står i kontrast till intresset av förutsebarhet.[73] Flexibilitet är en *sine qua non* för en lagstiftning som skall skydda olika tekniska uppfinningar och kreativitetsuttryck. Ett välfungerade patentsystem förutsätter en hög nivå av flexibilitet för att kunna följa med den teknologiska utvecklingen, vilket gör det nödvändigt att lagtexten präglas av en hög abstraktionsnivå. Patentlagen syftar även till att kunna skydda uppfinningar inom tekniska områden som inte var tilltänkta när bestämmelserna författades. Patenträtten erbjuder inte någon definition av "uppfinning" eftersom en sådan skulle riskera att vara för begränsande och utesluta framtida tekniska innovationer. Men bristen på definition medför utan tvekan även brist på förutsebarhet.

En annan illustration av konflikten mellan förutsebarhet och flexibilitet som uppstår inom patenträtten, bygger på en grundprincip om teknikneutralitet. Patentreglerna är därför tillämpliga på alla tekniska

[70] Gräns, Minna, Om rättsstatens värdekonflikter, Fogelklou, Anders & Spaak Torben (red.), Festskrift till Åke Frändberg, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2003 [cit. Gräns, Om rättsstatens värdekonflikter].

[71] Se Sture Bergström, Förutsebarhet, Justus Förlag, 1987. Lebeck, Carl, Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten, 1 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018. Lebeck delar upp syftet med förutsebarhetprincipen i två delar: att de rättsregler som finns ska tillämpas förutsebart, samt att rättstillämpningen ska vara förutsebar. Lebeck gör inte en närmare analys av dessa två olika delar av Förutsebarhet, vilka verkar vara i princip identiska.

[72] Detta är de centrala immateriella rättigheterna.

[73] Mycket litet har skrivits om förutsebarhet inom immaterialrätt generellt och mer specifikt inom patenträtt, se Peter Sande, Förutsebarhet vid patenttolkning, Festskrift till Kaj Sandart — i anledning av femtioårsjubileet för Sandart & Partners Advokatbyrå, Glossator Förlag, 2003. Se även om amerikansk patenträtt Matthew J. Conigliaro, Andrew C. Greenberg and Mark A. Lemley, Foreseeability in patent law, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 16, No. 3 (Fall 2001), pp. 1045–1074.

områden. Det breda tillämpningsområdet bidrar på sätt och vis till ökad förutsebarhet (samma princip och krav tillämpas oavsett vilket tekniskt område uppfinningen tillhör i), men det kan få motsatta effekt eftersom patentreglerna i praktiken måste ”anpassas”, tolkas och tillämpas på sätt som tar hänsyn till det specifika tekniska områdets särskilda behov och särdrag.[74] Bedömning av nyhetskrav och uppfinningshöjd för en mekanisk uppfinning skiljer sig från bedömning en AI-relaterad uppfinning, trots att den tillämpliga lagtexten är likalydande för båda fallen.

Även om förutsebarhetsintresset är viktigt i patenträtten, är det i praktiken ofta svårt att förutse om en viss användning faller inom patentets skyddsomfång. Trots att det finns enkelt tillgängliga offentliga uppgifter är det i praktiken svårt att bedöma hur brett eller snävt skyddsomfång patentet kommer att tolkas i ett enskilt fall. Det beror på att beskrivningen i en patentskrift inte tolkas ordagrant, vilket är motiverat bl.a. av att en olycklig formulering inte bör vara avgörande för fastställande av skyddsomfånget (ekvivalenslära).[75] Tolkningen av patentkraven sker i relation till intrångsgörarens produkt eller metod, och det är svårt att förutse hur en sådan prövning skulle se ut eller resultera till innan ett aktuellt intrång uppstår. En sådan extensiv tolkning begränsar emellertid förutsebarheten för en tredje part (en intrångsgörare) som agerat i god tro på basis av en semantisk tolkning av patentskriften.

Även beträffande patents giltighetstid finns brister i förutsebarheten. Patentet har beviljats på grundval av den information som var tillgänglig för patentverket vid tiden för granskningen och patentets giltighet kan ifrågasättas på grund av ny information, antingen under en tidsperiod av 9 månader inom ramen för patentverkets process, eller under hela patenttiden i en allmän domstol.[76] En patenträttsinnehavare måste alltså räkna med att ensamrätten kan upphöra i förtid. Det är därmed inte förutsebart vare sig för rättighetsinnehavaren eller

[74] Greenberg, Brad A., Rethinking Technology Neutrality (March 16, 2016). Minnesota Law Review, Vol. 100, p. 1495, 2016. See also, Lee, N., Revisiting the Principle of Technological Neutrality in Patent Protection in the Age of 3D Printing Technology and Cloud Computing. In: Ullrich, H., Hilty, R., Lamping, M., Drexl, J. (eds) *TRIPS plus 20*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol 25. Springer, Berlin, Heidelberg, 2016.

[75] Se Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll. Akad. avh. Helsingfors 1950. Akad. Bokh. 282 s. Fmk 500.00. — Jurid. Fören:s i Finland publikationsserie N:o 20. Se Niklas Bruun, Teori och praktik i patenträtten — ekvivalensläran i fokus | NIR 2/1990. Smyth, Darren, and Azadeh Vahdat, The Doctrine of Equivalents in the UK Following Actavis v Lilly, in Hayleigh Bosher, and Eleonora Rosati (eds), Developments and Directions in Intellectual Property Law: 20 Years of The IPKat (Oxford, 2023; online edn, Oxford Academic, 22 June 2023. Se även De Hert, P., & Korenica, F. (2012). The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union’s Accession to the European Convention on Human Rights. German Law Journal, 13, pp. 874–895.

[76] Grubb, Philip W, and others, Invalidity and Amendment of Granted Patents, *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology* (New York, 2016; online edn, Oxford Academic).

för andra intressenter, ett beviljat patent är inte alltid och för alltid ett giltigt patent.

Inför framtiden finns förhoppningar om att AI-verktyg kan bidra till ökad förutsebarhet, dels genom att informationen som patent grundas på blir mer fullständig och pålitlig, dels genom en mer homogen tillämpning av regelverket. Det återstår att se om sådana verktyg i gengäld kommer att medföra bristande flexibilitet.[77]

[77] Om möjligheter och förväntningar när det gäller AI-verktyg, se, Alexander Klenner-Bajaja, Introducing AI-PreSearch: A Revolutionary AI-Driven Search Tool to support our Patent Examiners, August 23, 2023, https://www.linkedin.com/pulse/introducing-ai-presearch-revolutionary-ai-driven-tool-klenner-bajaja.