

Kontekstualitet och en (post)modern rättskällelära – ett finskt utkast

JUHA KARHU, Lapplands universitet

Contextuality and a (post)modern doctrine of the sources of law – a Finnish proposal

The western contemporary conception of law is characterised by the idea of state law as something based on rational political choice taking the form of legislation. Legal positivism reflects this idea in its different legal theoretical variations. Legal positivism contains a strong argument that reality as such should be analysed by other fields of science than the legal one. Even so, it is the need of law and the criteria of legal thinking that are finally always decisive of which kind of knowledge is useful for legal analyses. Lawyers' strongest argument is that even if a certain type of analysis of the reality is true as such, it has no legal significance. Legal processes are not about the "true" truth but about that truth that can be shown according to the legal requirements. Lawyer's point of view takes precedence not only in these processes but also in questions concerning the content of law. A lawyer occupies the role of judging how situations are to be constructed, and thus understood in the eyes of law. This perspective equipped with legal positivism gives priority to legal norms. This priority leads often to ignore crucial features of the situation. In the article concrete examples like biobanks and privacy are used to show this.

The obvious alternative would be to start the legal analysis in the reality. Only after basic analysis the choice could be made, which legal norms find application and are appropriate to be used in deciding the case. There is, however, no innocent pure outlook in the reality. In order to be useful for law, also this kind of basic understanding should be done on the basis of law. The key to this dilemma is to see modern law consisting of many layers, not only the surface layer of legislation and cases like in some forms of legal positivism. If a contextual approach is to be functionally sustainable, it should be anchored in the deeper layers of law that is in the legal culture and in the legal deep structure. In the proposed contextual understanding and analysis the basis would not be a legal subject but anyone having a stake or interest in the situation at hand. Instead of fully developed and perfect legal rights, these stakeholders should be seen to have incomplete and imperfect legal positions, which make various constellations. It is precisely through the idea of being a part of something and being always in relation to others that the social interaction behind legal norms can be given a more prominent role.

Modern law has three main variants: state's law, market's law, and civil society's law. Contextual approach, as developed in the essay, is meant to be a part of the general doctrines of civil society's law. The interests of people who live in civil society (the so-called life world), and their social interaction taking place outside the realms of state and market, is undermined by the theories of legal positivism, justifying state's law, and by law and economics, justifying market's law. The doctrine of sources of law for civil society's law would contain a multiplicity and bricolage of different materials, depending on the situation, resembling therefore a post modern building shaped by parts rooted in different styles and epochs.

Keywords: legal positivism, law in context, postmodern law

1 Från färdigt givna matriser i rättsregler till en mera situationsorienterad juridik

Civilrättshistorikern Päivi Paasto har i sin kritik om den grundrättighetsorienterade förmögenhetsrätten lagt märke till, att

”ur den rättsliga regleringens styrningsfunktionens synvinkel är det väsentligt att ... reglerna stiftas på förhand och att beteendet värderas på grundval av sådana regler”.

Styrningsfunktionen är en väsentlig dimension av den moderna rätten. Styrningsfunktionen sammansmälter det moderna samhällets sätt att organisera sig och demokratin. Samtidigt sker en avvägning mellan olika värden och värdesystem bland gemenskaper i det pluralistiska samhället. Regler med ett sådant ursprung får en allmän legitimitet, d v s de är acceptabla av alla. Om man i stället för detta

”analyserar i varje enskild konfliktsituation det, vilken situation det är fråga om och vilka intressenter och riskpositioner och ansvar det handlar om, och vilken lösning kan i ljuset av alla omständigheter ses som skäligt, hamnar man i ett annorlunda system”.

Paasto har i sin kritik av ”det annorlunda systemet” skildrat begreppet kontekstualitet. Det handlar om att förstå varje situation på sina egna villkor. I stället för att använda på förhand givna färdiga och tvingande matriser börjar man med en viss *tabula rasa*. Man försöker få ett grepp av situationen såsom den har uppstått i samhällelig växelverkan. I den meningen liknar den juridiska kontekstualiteten mera en politisk analys än den traditionella juridiken.

Paasto har presenterat kritik mot sådan kontekstualitet. Paasto betonar, att rättsregler, som har blivit till i en demokratisk ordning, är den moderna rättens bärande idé. Samtidigt realiseras rättvisans krav på likbehandling och förutsebarhet. Rättsreglerna innehåller sådana färdiga matriser som kontekstualiteten tar avstånd från. Enligt Paasto skulle ett rättssystem med kontekstualitet som ledstjärna leda till att man inte tar lagstiftarens regler på allvar såsom man borde.

En kontekstuell och situationsorienterad juridik tar sin utgångspunkt i det rättsligt relevanta beteendet, inte i reglerna. Ändå påstår jag att kontekstualiteten och en regelorienterad juridik inte utesluter varandra. Det finns en viktig plats för metoder utvecklade i en regelorienterad juridik, både av den traditionella juridiken och av den analytiska rättsvetenskapen. Sådana metoder kan vara nyttiga i en juridisk analys, *men först efter att* man har konstruerat situationen och bekräftat (testat) användbarheten av reglerna. Man kan kalla detta juridiska tänkesätt som *en presumtiv kontekstualism*.

Kontekstualismen ger situationsorienteringen en väsentlig roll i juridiken. Man behöver mera situationsorientering just av densamma orsak som Paasto nämner när hon ger grunder för regelorientering: den moderna rättens styrningseffekter. Rättens styrningseffekter

har sina "logistiska" gränser, som kommer till synes i tendenser som kallas förrättsligande (Verrechtlichung) och normöversvämning. Nya områden för samhällelig växelverkan blir föremål för rättslig reglering, såsom familjen och parrelationer, skol- och studieverksamheten, olika fritidsaktiviteter (sport), osv. Normöversvämningen betyder att när lagstiftaren börjar rättsligt reglera ett nytt område, måste man fortsätta och hela tiden ge ny reglering. Orsaken till detta är att man är tvungen med ny reglering reagera på de sätt som människor och företag har förvandlat sitt tidigare beteendesätt.

Förrättsligandet och normöversvämningen är kännetecknande för de kvantitativa gränserna av den moderna rätten. Juridikens skräckbild, oförutsebarheten, kan vara ett resultat av att situationen inte alls regleras eller regleras bara av några enstaka specialstadganden. Men oförutsebarheten i den moderna rätten kan också vara en följd av att *det finns alliför många rättsregler*. Den moderna rätten karakteriseras av att *samma* situation regleras av många *olika* regler som har sitt ursprung i olika reglerings- och styrningsintressen. De formella rättslogiska principerna, såsom "lex specialis går före lex generalis" och "lex posterior går före lex priori", kan inte mera vara en hållbar grund i förhållanden där lagstiftaren har blivit mycket "pratsam".

Man kunde tänka sig att en deregulation eller upphävandet av hela regelverk skulle motverka det hotet som förrättsligandet och normöversvämningen förorsakar för den traditionella juridiska logiken. Helt enkelt: varför inte ha färre rättsregler. Denna romantiska idé hjälper inte. Det beror på att förrättsligandet och normöversvämningen är generella tendenser, inte bara på enstaka lagstiftningsåtgärder. Den moderna rätten innehåller en inre kolonialistisk tendens genom sitt starka krav för och sin tolkning om likbehandling. Normöversvämningen beror på idén om rättsstaten. Land skall med lag byggas. Därför kan man inte, åtminstone inte lätt, motverka förrättsligandet och normöversvämningen med sådana idéer som är anknutna till alternativa externa rättspolitiska beslut. Problem kring självstyre visar klart, hur svårt det är att avskaffa lagstiftning och ersätta den med parternas egna normer. Man behöver hellre en inre motpol och en inre motposition, som skulle återspegla juridikens inre förändringar. Denna artikel erbjuder situationsorientering och kontextualitet som ett sådant motgift.¹

Situationsorienteringens huvudfråga är, hur man får tag i olikheten mellan olika situationer. Jag tror att tre dimensioner i det rättsliga tänkandet står då i centrumet: juridikens narrativitet, juridikens hermeneutiska karaktär och juridikens normativitet.

Juridikens narrativitet innebär en idé om att lag och rätt alltid strukturerar sig och konstruerar sig i berättelseformen. Berättelseformen kommer best till synes om man återspeglar den till varje epoks kultur och till den kulturella självförståelsen som olika epoker har om sin tid. Ett fint exempel på en sådan undersökning, som kan läsas som en analys av juridikens berättelseforms tillkomst och rytm, är Ari Hirvonens "Oikeuden käynti" (Rät-

1 Hannu Tolonen (2003) har å sina sista arbeten om rättskällevärdet betonat rättsinstitutens och de samhällelige institutens betydelse på ett sätt, som kan utgöra en annan typ av motposition.

tens gång). Huvudrollen i Hirvonens forskning tas av växelverkan i grekiskt tänkande mellan å ena sidan lagens och rättens idé och å andra sidan tragedins form. En rättslig situation är alltid en del i någon berättelse, en fas av utvecklingen av personer med karaktär och deras interna relationer.

Juridikens hermeneutiska karaktär ger stöd åt kontekstualiteten. Kontekstualiteten behöver metoder utvecklade av den juridiska hermeneutiken just därför att viktiga och starka texter, som rätten består av, kan tillämpas i förändrande förhållanden. Den juridiska hermeneutiken öppnar också ett perspektiv i juridikens historia, den språkliga dimensionens och maktdimensionens historia. Detta perspektiv är mera fruktbart än den prägel av rättsreglernas ohistoriska karaktär som finns t ex i den analytiska traditionen. Samtidigt kan man problematisera frågan om rättvisa och samhällliga gemenskaper, som Jarkko Tontti har påvisat i sina undersökningar ("Right and Prejudice").

Också kontekstualiteten måste finna stöd i juridikens normativitet. Man kan rättsligt styra aktiviteter bara med påbud, förbud, tillåtelser och kompetenser. Normativiteten uttöms dock inte i regler som blivit till i lagstiftningsprocedur, såsom t ex Paasto tycks poängtera. Normativiteten hör hemma i hela processen där rättssystemet får sina styrningseffekter. Därför måste normativiteten hellre lockas med mjuka metoder ut ur regelverkets och normernas helhet än direkt läsas ut ur lagtexterna. I civilrätten är man van vid att ta en steg från fattande eller sporadiska regler till praktiska reella hänsyn och "bakgrunnretten". Ändå är detta steg inget totalt alternativ till lagstiftarens aktiviteter utan en fortsättning av lagstiftarens uppgift på basen av samma normativa idéer som styr lagstiftningssarbetet i en rättsstat. Ett alternativ skulle vara att i stället av direkta normativa norminnehåll lägga fokus i de dimensioner i människosamfundets växelverkan som ligger bakom allt normativitet.

Man kan kalla en sådan analys kritisk rättsfenomenologi. Utkast till en sådan kritisk rättsfenomenologi finns i vissa delar av Panu Minkkinens "Thinking Without Desire", Alexander Carnera Ljungströms "Rettens alkymi" och Håkan Gustafssons "Rättens polyvalens". Minkkinen utvecklar rättsliga tänkesätt som inte skulle betyda en användning av strukturell makt i form av prioriserandet av ett visst sätt att tänka. Till exempel den kritiska juridiken (CLS) innehåller som sådan en egen maktposition i utgångspunkter för sina kritiska analyser. Som titeln av Minkkinens bok anger, är der just begäret för kunskap som bygger upp sina strukturer också i rättslig kunskap. Alternativet kunde vara en starkare anknytning till fenomenologin i dess strikta vetenskapliga form om de logiska elementen i människornas beteende. Ljungstrom analyserar vänskapen som en form som används i rätten men som har sitt ursprung i människosamfundets interaktion. Man kan inte förstå t ex lojalitetsplikter utan att först ha en uppfattning om vad som en vän skulle känna som plikt för sin vän. Juridiken måste alltid förankra sig i sådana fenomenologiska grundläggande fenomen. Gustafsson ägnar sig åt en analys om rättens polyvalens. Det betyder att rätten tar alltid olika uttryck beroende på den sammansättning som den finner sin funktion. Polyvalens är en mera filosofiskt inriktad utveckling av rättens polycentri som hade som sin utgångspunkt kritiken av rättskälslära. Därför ger Gustafsson teser

mer material för den situationsorienterade kontekstualismen i juridiken är polycentrin som sådan.

2 En rättskällelära som ett hinder för kontekstualitet – och som en resurs

Denna artikel har egentligen tre referenspunkter. För det första, Hannu Tapani Klami och Kaarlo Tuori har poängterat rättens dualistiska karaktär. Klami menade, att rätten alltid är både regler och beteende. Tuori har betonat, att den moderna rätten består samtidigt i normer och i institutionellt beteende. Med tanke på denna idé om dualismen har man traditionellt härledat konsekvensen, att juristens professionella kunnande ligger i att behärska reglerna. För den delen rätten består av reglerna, har juridiken i den moderna rättens epok en nödvändig anknytning till de positiva rättsreglerna, d v s gällande rätten i form av givna lagar. Den särskilda normativiteten i juridiska tänkandet baserar sig på dessa regler. Normativiteten utvecklar sig av att reglerna har egenskapen att vara påbud, förbud, tillåtelser och kompetensgivande. Rättsvetenskapen har ett särskilt normativt perspektiv i rätten. Juridikens anknytning till verkligheten är normerande och klassificerande, inte beskrivande eller förklarande. Rättspositivismen, som Hans Kelsen utvecklade under namnet den rena rättsläran, är en av de mest kända former för ett sådant resonemang. Domaren behöver en rättskällelära för att ha en identitet som jurist. Det är egentligen självklart, att en sådan puristisk normativ utgångspunkt inte räcker till allt i rätten. Lagarna har ju innehåll och syften, och därför påpekade till och med Kelsen att lagarna alltid innehåller en slags tolkningsskema för verkligheten eller några anknytningspunkter för fakta som behövs i en rättslig avgörelse

Den dualistiska grundidén passar väl ihop med tanken om, att verkligheten som sådan borde analyseras av andra vetenskaper än den juridiska vetenskapen. Med psykologins eller sociologins metoder får man nödvändig kunskap om verkligheten genom att analysera människornas och organisationernas beteende. Juridiken borde ta nytta av denna kunskap för att överhuvudtaget få en tillräcklig relevans i sina argument och speciellt få ett grepp i det fall som bör avgöras. Men vad händer då med lagens auktoritet och lagreglernas styrande effekt? Om den kontextuella rättsliga argumentationen skulle ha en rättskällelära, kunde en sådan lära vara ett svar på kritiken att reglernas roll blir underutvecklad i kontekstualiteten. Jag skall återkomma till denna problematik vid slutet av artikeln.

Den andra referenspunkten för denna uppsats har att göra med arbetsfördelningen mellan olika perspektiv. Olika "law and ..." riktningar har redan länge försökt att förena juristens normativa synsätt med en stark växelverkan för verklighetsanalyser. Kanske kunde man karakterisera utvecklingen på samma sätt som man allmänt talar om relationer mellan olika vetenskap. I en tvärvetenskaplig forskning samma objekt, t ex människans genetik, granskas med metoder av två eller mera vetenskap, t ex med biologins och medicins metoder. Man försöker förena de partiella forskningsresultaten till en helhetsbild av saken. I en

multidisciplinär forskning syftet är att redan från början bygga *analysmedel* för materialet som härstammar från första början från många vetenskapsgrenar. Multidisciplinär forskning syftar till en ny typ av kunskap om verkligheten. Det händer ofta att genom lyckade multidisciplinära metoder föds en ny vetenskapsgren. T ex biomedicin har redan en relativ självständighet både från biologin och från de medicinska vetenskaperna.

På rättsforskningens område kan man se spår av multidisciplinär attityd t ex i de klassiska rättsociologiska teorierna (Henry Maine, Max Weber). De försökte utveckla sådana begrepp som å ena sidan skulle vara karakteristiska för juridiken och på så sätt hjälpa till att förstå de juridiska aktiviteterna ur en intern synvinkel men å andra sidan också vara typiska för samhällsutvecklingen generellt. Ett av de viktigaste begrepp var rationaliteten. På ett motsvarande sätt kan man se multidisciplinära drag i rättsekonomin metoder. De är ägnade åt att finna en växelverkan mellan den ekonomiska analysen av aktiviteter och juridiken. Rättsekonomin blir alltför ofta lätt kritiserad för att den skulle använda alldeles för snäva mikroekonomiska metoder. I en sådan generaliserande kritik har man inte lagt märke till de olika variationer i rättsekonomin, och speciellt inte den sk neoinstitutionella skolan som har en mera balanserad och riklig analys än sådana som bygger bara på teorin om det rationella valet. Därför böjer en ensidig kritik av rättsekonomin sig emot den som presenterar den.

Multidisciplinära idéer förverkligas bäst då man kan säga, att juridiken inte förvandlas till någon annan disciplin utan då man lyckas kväva in just "juristens juridik" tillsammans med andra perspektiv. Ett sätt att nå detta är att utveckla och förvandla juridikens egna grundidéer på ett sådant sätt, att de kan förenas med eller att de duger till att fungera tillsammans med andra vetenskapsgrenarnas grundval. Ett exempel på ett försök till ett sådant multidisciplinärt område är rättsteknologi, som tar impulser från rättsekonomin mera vidsträckt variationer. I rättsteknologin försöker man få analysmedel för den nya ekonomin genom att slå ihop de teknologiska, ekonomiska och rättsliga nivåer.² Sammanfattningsvis kan man konstatera, att multidisciplinära steg är en nyckel till kontekstualitet. En hållbar juridisk systematik kunde då, ganska överraskande, grunda sig just i multidisciplinär kontekstualitet och inte på den klassiska moderna juridikens kärnidé, d v s generaliserbarheten.

Den tredje referenspunkten har, i motsats till de två tidigare, också en stark personlig prägel. I Finland förde man i början av 1980-talet i civilrätten en diskussion om det bästa sättet för juridiken att uppfylla sin uppgift att förtjäna de praktiska kunskapsintressena. Då kom man med ett påstående att inom förmögenhetsrättens område vissa skribenter hade som mål precisa och entydiga svar som samtidigt byggde på konsekventa riktlinjer medan andra skribenter hoppade över alldeles för lätt till "reella överväganden in casu" - bedömningar anpassade till de kontekstuella särdragen av olika situationer. Diskussionen tillspetsades när man recenserade två nästan samtidigt publicerade forskningar som båda

2 Ulf Petrusson 2005.

hade som forskningsobjekt garantiuppfästelser vid lösöreköp. Då gjordes en värderande indelning i "den diskuterande finlandssvenska juridiken" och "den metodinriktade juridiken". Jag hade just en kritisk tidpunkt i min egen doktorsavhandling om jämkning av avtal, d v s avtalslagen 36 §.³ Det var problematiskt att göra ett enkelt var mellan de alternativ som presenterats i diskussionen. Jag försökte skriva en metodinriktad men samtidigt diskuterande juridik. Hur kunde man annars göra rätta till den allmänna general-klausulen? Detta ledde till slutsatsen, att i kritiken av den finlandssvenska juridiken placerades under rubriken "kvalitet" något som i själva verket vara djupare oenigheter om juridikens natur och utgångspunkter.

En idé om den metodinriktade juridiken avspeglar insikten, att juridiken är regelorienterad. Juridiken utgår från reglerna och dess syfte är att producera kunskap om reglerna. En metodinriktad diskussion och in casu argumentering behöver inte utesluta varandra. Också en kontextuell juridik kan vara metodinriktad. Med att utveckla en rättskälälära för en kontextuell juridik kan man samtidigt visa, var den traditionella juridiken har sina gränser och brytningsställen.

3 Den traditionella rättskälälärens brytningsställen och några försök till svar på utmaningar

I den nordiska rättstraditionen rättskäläläran har haft en central ställning. I "västskandinaviska" länder, Norge och Danmark, har denna ställning varit speciellt stark. En av de första rättsvetare som formulerat själva tanken om en rättskälälära var dansken Anders Sandoe Ørsted på 1800-talet. Ørsted var intresserad av rättens systematik. En av hans grundidéer var att få det juridiska tänkandet att fungera mera konsekvent med hjälp av en speciell rättskälälära. På så sätt kunde man visa, vilka olikheter som rättkälla fanns det mellan å ena sidan sedvanerätten och prejudikat och å andra sidan lagstiftningen. Ett av de mest betydelsefulla verk på 1900-talet var den norske Torstein Eckhoffs *Rettskildelære*. Eckhoff bearbetade teser presenterade av den skandinaviska realismen, och speciellt kravet på en öppen argumentation. Det rättsliga regelverket borde alltid förstås i samband med dess samhälleliga mål och syften, och en rättskälälära måste vara i samklang med detta. Den norska rättskäläläran har analyserats på ett intressant sätt i Tromsø av [not tilläggas]

I Sverige och i Finland har en speciell rättskälälära inte behandlats på ett lika framsynt sätt som i Norge och i Danmark. Den finska juridiken i början av 1900-talet härskades av en legalistisk anda. Enligt den då gällande rättegångsbalken måste ett rättsligt avgörande grundas "... på orsak och lag och inte på missbruk". En teori, som skulle innehålla analyser

3 Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu.

om mera utvidgade rättkällor än lagen, hade dåförtiden ingen "social-juridisk" beställning.⁴ I Sverige tycks det ha skett en delning i den mera teoretiska inriktade skandinaviska realismen och i den mera praktiskt inriktade traditionell juridiken. Inom den skandinaviska realismen använde man filosofi och inte en speciell rättskällevärdelse som ett metodiskt verktyg för analysen av juridiken. Det skulle ändå vara överdrivet att påstå, att rättskällevärdelsen inte skulle ha haft en stark ställning på hela det juridiska tänkandets område också i Östskandinavien. I Sverige var marken förberedd för en monocentrisk rättskällevärdelse därför att rättskällevärdelsen redan hade en stark ställning i praktisk juridik.⁵ Också i Finland kom man med tanken om en enda riktig lösning, och bakgrunden för den var idén om en enhetlig rättskällevärdelse. Marken var alltså beredd i Sverige och Finland för den teoretiska förståelsen av rättskällevärdelsens roll. Aulis Aarnio i Finland och Aleksander Peczenik i Sverige hör till rättsteoretiker som utvecklade intellektuellt verktyg för att förstå rättskällevärdelsen som en väsentlig del av den traditionella nordiska juridiken. Denna utveckling innebär också en nyhet. Aarnio och Peczenik var inspirerade av den europeiska argumentationsteorin, speciellt den s.k. nya retoriken. I den nya retoriken analyserade man talsituationens egenskaper i relation till något auditorium. Argument riktades alltid till ett auditorium, som man försökte att få övertygat om påståendets hållbarhet.

Den rättskällevärdelse som Aarnio och Peczenik har formulerat har en bredare lista av rättkällor än den traditionella "östskandinaviska" juridiska metodläran. Man godkänner som rättkälla inte bara lag och sedvana (landssed) utan också lagarnas förarbeten, prejudikat, rättsdogmatikens forskningsresultat, allmänna rättsprinciper, värden och värderingar (även om de har också en moralisk dimension) samt praktiska reella hänsyn, speciellt teleologiska argument (konsekvensargument). Som motvikt för denna vidsträckta lista preciseras rättkällornas interna relationer med att klassificera dem i starkt förpliktande (måste), vagt förpliktande (borde) och tillåtna (får) rättkällor. Här finns kanske den mest betydande olikheten mellan den eckhoffska rättskällevärdelsen, där man inte opererar med färdiga strukturella klassificeringar av rättkällorna.

En kontinuitet med den traditionella rättskällevärdelsen finns hos Aarnio och Peczenik där att just lagen får positionen av den starkt förpliktande rättskällan. En annan klassificering är distinktionen mellan auktoritetskällor och innehållsmässiga källor. De förstnämnda får sin förpliktande styrka på grund av den samhälleliga auktoritet bakom källans ursprung, de senare åter på grund av de sakliga skäl och praktiska hänsyn som övertyger. En sådan rättskällevärdelse försöker vara en realistisk beskrivning av de juridiska metoder som man redan använder i en bra rättsstillämpning. Aarnios och Peczeniks lära passar också bra för en sådan beskrivning därför att den återspeglar det mångsidiga materialet som används i den nordiska juridiken. Däremot klassificeringen på grund av olika grader för förpliktande karaktär tycks skapa problem.

4 Jmf. Otto Brusiins Tuomarin harkinta normin puuttuessa (1938) som blev nästan utan diskussion.

5 Se Gustafsson.

Globaliseringen är en viktig tendens också i rättens värld. Den syns speciellt tydligt i den allt starkare ställning som människorätter och de fri- och grundläggande rättigheterna har fått i den nationella rättens utveckling. Det rättsliga materialet som kommer in i den nationella rätten med globaliseringen har olika grader av förpliktande kraft, från olika soft law instrument till starkt förpliktande regler. Finlands medlemskap i den Europeiska Unionen har medfört nya eg-rättsliga instrument, eurolagar (författningar) och europaram-lagar (direktiv). De mest problematiska övernationella normer ur Aarnios och Peczeniks rättskällehära är sådana, som har en starkare ställning än vanliga (nationella) lagar. För dem borde man ha en ny klass av "supernormer" som skulle ta en överlägsen auktoritativ ställning bland rättskällorna. Om det finns en motsättning mellan nationell lag och sådana övernationella regler, skall den nationella lagen vika och avgörandet kan och skall baseras direkt på de övernationella reglerna. De grundrättigheterna som finns i den finska grundlagen opererar på samma sätt, d v s de tar företräde framom en vanlig lag som står i konflikt med en grundrättighet. Men samtidigt med en överlägsen auktoritetsställning karakteriseras dessa nya supernormer med att ha en stark anknytning till innehållsmässiga saker såsom till rättsprinciper, till moral och även till några praktiska hänsyn. Den överlägsna auktoritetsställningen behövs för att garantera att dessa innehållsmässiga hänsyn får en genomslagskraft i hela rätten. Därför har supernormerna också en viktig anknytning till innehållsmässiga rättskällor. Supernormerna ifrågasätter just den högsta auktoritativa ställningen som vanliga nationella lagar har i Aarnios och Peczeniks rättskällehära, i andan av rättspositivismen.

Det rättsliga tänkandets teori måste återspegla förändringar i rätten. Rättspositivismen betonar de positiva lagarnas betydelse i ett rättssystem. Man kan försöka modifiera rättspositivismen att ta bättre till hänsyn förändringarna i den moderna rätten. Jag tar upp två intressanta teorier. För det första har Matti Ilmari Niemi utvecklat en idé om en (bara) presumtiv positivism.⁶ Där får de kontekstuella dimensionerna mera betydelse, men alltid först efter att man har använt de "normala" rättskällorna, och framför allt den skrivna lagen. Man kan undantagsvis vika från det resultat som lagstiftningen normalt (prima facie) förutsätter, om ett helhetsresonemang (all things considered) nödvändigtvis förutsätter ett vikande för att nå ett acceptabelt innehåll i avgörandet.

Kaarlo Tuoris kritiska rättspositivism innehåller en viktig tanke om rättsprincipernas dualitet.⁷ Å ena sidan är rättsprinciper en annan typ eller en annan art av rättsnormer, vid sidan av rättsregler. Som rättsnormer måste också rättsprinciper ha ett institutionellt stöd i rättskällorna. Å andra sidan är rättsprinciper, på ett sätt som redan beskrivits ovan, en utvidgad del av en mera vidsträckt rättskällehära. Man kan använda rättsprinciper när man konstruerar rättsnormernas innehåll. Men hur är det då möjligt att rättsprinciper kan vara både rättsnormer och rättskällor? Tuori svarar med att förklara den dualistiska karaktären

6 Niemi (1996), Päämäärien valtakunta.

7 Tuori (2002), Critical Legal Positivism.

med rättsprincipernas olika funktioner. När man försöker konstruera eller härleda rättsnormer på basen av andra rättskällor finns rättsprinciperna med på rättens ytnivå som preliminära eller presumtiva rättsnormer som diskursivt blir mera bestämda. Å andra sidan har vi intresse för rättsprinciperna därför att rättsprinciperna innehåller ett normativt element som har utvecklats som en beståndsdel av rättens djupare nivåer. Rättsprinciperna fungerar på så sätt direkt som rättskällor, d v s rättsprinciper kan användas som en självständig argument i polemiken om rättsnormernas innehåll.

Den moderna rättens positivitets förblir i centrumet för både Niemis och Tuoris teorier. Lagstiftningen är för båda den moderna rättens tyngsta element. Kontekstualiteten får en roll på olika sätt. Niemi förutsätter att bestämmandet av situationer måste skes på grundval av rättsnormernas och framfört allt lagstiftningens villkor. Då frågar man, om det efter ett sådant bestämmande ännu finns utrymme för en verklig och äkta kontekstualitet. I de dimensioner som Tuori har analyserat i rättsprinciperna tycks de djupare dimensionerna vara mera betydelsefulla än rättsprinciper som rättsnormerna på ytnivån. Jag antar att dessa djupare dimensioner innehåller också en starkare orientering mot rättens kontekstualitet, t ex rättsprincipernas flexibilitet.

Att tala om en rättskällelära (också) när det är fråga om ett kontextuellt juridiskt tänkande betyder att man försöker utveckla en kärndimension i den polemiska motståndaren, d v s i den lagbaserade och lagtrogen ideologin, att vara till nytta för en opponerande uppfattning. Den klaraste polemiken mot rättskälleläran skulle vara att helt och hållet ge upp själva idén om en rättskällelära. Argument för en sådan radikal kritik finns i min artikel "Grundrättigheterna och rättskälleläran". Här utvecklas en annan typ av kritik. Huvudintresset riktas till frågan, om man ändå kunde ha någon slags pluralistisk och polycentrisk rättskällelära, men passa den in i kontekstualitetens utgångspunkter. Den "mogne" Aarnios tog som civilist i sin teori om lagtolkning en bärande idé utgångspunkten i den offentliga rätten, nämligen idén om rättsskyddet. För Aarnio är medborgarnas förväntningar för rättsskydd en del av triangeln med hjälp av vilken han analyserar domarens ställning. Domaren har makten att avgöra men samtidigt en plikt att avgöra. När man knyter dessa ihop med medborgarnas förväntningar för rättsskydd får man fram ett av de centrala krav för modern juridik, d v s att rättsliga avgöranden måste grundas med en öppen argumentation som innehåller alla relevanta argument. I denna artikel försöker jag för min del påvisa, hur man i en av kontekstualitet präglad analys ändå kunde behålla idén om en metodisk och stegvis strukturerad juridik, som egentligen hör hemma i den norm- och regelbaserade monocentriska rättskälleläran.

4 Rättsliga exempel på kontekstualitet – mera topik i stället för en strikt rättskällelära

Det rättsliga tänkandets tradition har hela tiden innehållit ett visst utrymme för en kontextuell juridik. I den moderna finska diskussionen har man börjat använda uttryck som

topik eller typfall för kontekstuella drag i juridiken.⁸ Idén med en topik eller ett typfall-tänkande är, att växelverkan mellan normerna och deras regleringsobjekt ger upphov till olika sammanslag eller grupperingar av problem. Dessa grupper kännetecknas av en sådan specificitet, som har en systematiserande styrka. Topiken kan anknytas till tanken, att juridiken har i bakgrunden olika verklighetsuppfattningar som man måste alltid omformuleras. Det mest naturliga sättet att analysera, hur olika typfall formuleras, är att ge exempel.

Exemplen har valts för att klargöra, att det inte handlar om specifikt finska problem. Pensionssystemet har förorsakat och kommer att förorsaka rättsliga problem i alla länder med föråldrande population. Biobanker är ett tema för diskussion med stark internationell prägel. Medias yttrandefrihet och skyddet av privatlivet har varit ofta ett klagomål för människorättsdomstolen. Dess avgöranden har en allmän påverkan på olika nationella rättssystem. Finland används här dock som ett specifikt exempel för att visa, hur just den finska rättskälleläran förorsakar problem för hållbara juridiska lösningar i de tre exemplen. Exempel behövs också för att tydliggöra, på vilket sätt en mera situationsbunden och kontekstuell juridik skulle vara olik den traditionella juridiken.

a Frivilliga pensionsförsäkringar

Människorna bekymrar sig över sin tillkomst under pensionsåren. Detta bekymmer är bakgrunden för populariteten av så kallade frivilliga pensionsförsäkringar. Försäkringstagaren och försäkringsbolaget gör ett frivilligt individuellt försäkringsavtal, som är den juridiska bakgrunden för försäkringen. Pensionsförsäkringen är ur försäkringsbolagets synvinkel ett sätt att erbjuda sina kunder finansieringstjänster. Den finska staten har på olika sätt gett stöd åt frivilliga pensionsförsäkringar. En stödform har varit skattelagstiftningen. Man har haft rätt att göra avdrag av arbetsinkomsten på de betalda försäkringsavgifter. Den senare försäkringsinkomsten beskattades som arbetsinkomst och inte som kapitalinkomst. Från och med början av året 2006 förändrades skattebehandlingen för frivilliga pensionsförsäkringar. Situationen, som måste rättsligt analyseras, skapades med den lagstiftning som innebar denna förändring. Speciellt är det fråga om retroaktivitet av denna lagstiftning.

Retroaktivitetsproblematiken kan på ett mest hållbart sätt analyseras ur grundrättigheternas perspektiv. Det är ändå inte möjligt att bara direkt tillämpa grundrättigheterna som rättsnormer. Det är alltid också mycket avgörande, hur man formulerar eller konstruerar situationen. Det är bara i ljuset av någon konstruktion eller analys av situationen, som man ger vikt för grundrättigheterna. När man tänker på frivilliga pensionsförsäkringar finns det åtminstone fyra olika sätt att juridiskt konstruera situationen. Dessa fyra sätt leder till olika mera konkreta frågeställningar.

8 Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus.

- (i) Situationen kan ses som ett rent fall av retroaktiv skattelagstiftning. Då skulle man betona förändringen i möjligheterna att göra skatteavdrag p g a försäkringsavgifter. Denna förändring tillämpas också när det gäller sådana försäkringsavtal som har ingåtts förrän början av 2006.
- (ii) Man kan betona pensionsdimensionen i situationen. Då skulle man göra analogier med den mera allmänna frågeställningen om grundlagsskyddet av pensioner, och speciellt om egendomsskyddet för pensionsförmåner. På detta sätt skulle en mera konkret frågeställning vara, vilken relation har en frivillig individuell pensionskydd med den rättspraxis som har graderat skyddet i frågor gällande offentliga pensionsförmåner i förhållande till deras senare förändringar.
- (iii) Om man utgår från den privaträttsliga grunden, försäkringsavtalet, kan man möjligtvis se ett retroaktivt ingrepp i avtalet mellan försäkringsbolaget och försäkringstagaren. Även om avtalsparterna inte kan avtala om skattesystemet, har en del av avtalsgrundval varit förväntningar om hållbarhet av vissa skattepolitiska riktlinjer.
- (iv) På finansmarknaden är frivilliga pensionsförsäkringar ett sätt att spara pengar för pensionsåren. Då skulle man se pensionsförsäkringar i ljuset av näringsfrihet, och speciellt i relation till andra näringsidkare som erbjuder tjänster för löntagare och arbetsgivare. Man kunde t ex betona att i princip borde staten behandla alla olika tjänster lika (equal playing field) och att skattelättnaderna alltid är ett undantag som inte borde finnas till.

Lagförslaget behandlades på våren 2005 vid riksdagens grundlagsutskott. Juridiska experter, som gav sina utlåtanden, hade mycket olika åsikter om hur man borde konstruera situationen. Den nyss avlidne professor Kari S. Tikka, som var sakkunnig för skattepolitiken och skatterätten, analyserade situationen ur skattelagstiftningens retroaktivitetens synvinkel. Han betonade kraftigt utrymmet för demokratiskt styre i skattepolitik, och såg inget grundlagsproblem med lagförslaget. Som alternativ för Tikkas perspektiv kunde man välja vilken som helts av de tre ytterligare möjligheter. Men om man väljer bara ett alternativ, utesluts de andra. Uteslutandet är ett resultat av en regelorientering. Om man däremot utgår från en situationsorientering, kan man ge utrymme för många olika perspektiv och försöka smälta tillsammans olika grundrättighetsargument. Man kan t ex gradera frivilliga försäkringsavtal med analogin till offentliga pensionsförmåner p g a hur bestämda förväntningar har redan skapats under avtalsförhållandet. Om en försäkringstagare har betalat för många år försäkringsavgifter och är nära pensionsåldern, är hennes förväntningar för status quo mera legitima än om man är i början av en mångårig försäkring. På så sätt ger en situationsorientering bättre möjligheter att ta hänsyn till olika synpunkter i relation till många grundrättigheter. Samtidigt respekteras de olika bakgrundsvärden för dessa grundrättigheter. Rättvisa i betydelse likbehandling blir starkare med en inklusiv än med en exklusiv betraktelsesätt.

b Biobanker

Biobanker innehåller information, som ger möjligheter att bestämma människans egenskaper som biologisk varelse. Typiska egenskaper har att göra med människans genetiska arv samt sjukdoms- och hälsohistoria. Kunskapen i biobanker har värde när man utvecklar folkhälsoriktlinjer och uppfinner nya mediciner.

Biobanker är ur en upphovsrättslig synvinkel databaser och kataloger. I biobanker har man samlat och organiserat en stor mängd av information. Därför kan man utgå från att sådana juridiska medel som man normalt använder med databas, dvs avtals- och licensarrangemang, kan också användas då biobankinformationen utnyttjas i näringsverksamhet. I upphovsrätten brukar man inte ta hänsyn till informationens innehåll när man gör juridisk analys. T ex när den sk verkshöjden bestäms, använder man kriterier som självständighet och originalitet utan hänsyn till verkets kvalitet som vetenskap eller konst. Samma idé syns berättiga konsekvensen att informationsinnehållet inte har någon effekt när man bestämmer det upphovsrättsliga skyddet som biobanken kan få som databas.

Man kan göra en genomgående regelorienterad analys om biobanker utan att man skulle behöva lägga märke till situationsspecifika särdrag, i detta fall att det handlar om en speciell typ av information. Frågor om upphovsrättskyddet för biobanker kan bestämmas på samma sätt som t ex ett lexikon, en ordbok eller ett kundregister. Dogmen om innehållsneutraliteten leder dock till en ohållbar juridisk slutsats. Enligt den regelorienterade juridiken tillåter man upphovsrättskyddet som något självständigt och oberoende om annan lagstiftning. Att sådan annan lagstiftning innehåller begränsningar för användning av det upphovsrättsligt skyddat verket påverkar inte den juridiska argumentationen. En regelorienterad analys bygger sitt eget specialområde, och skär sig av andra rättsområden. Detta är priset på att specialanalysen kan utföras med lika och klara kriterier.

Det finns ändå vissa generella rättsliga begränsningar också för en specialanalys. De härstammar ur regelverkets eget syfte, lagens ratio. Bara sådana saker, som uppfyller upphovsrättsliga lagstiftningens generella syften, ge positiv stöd åt innovationsverksamheten och kultur, kan få upphovsrättsligt skydd. I analog mening kan man här hänvisa till den finska högsta domstolens prejudikat HD 2005:64. I detta fall fattades ration av den tillämpade lagstiftningen, och därför kunde HD häva ett formellt helt korrekt avgörande:

HD 2005:64. En man hade adopterat sin sambos minderåriga dotter. Därav följde dock enligt lagstiftning, som gällde adoptionsförhållandet, att barnets moder förlorade sitt förmyndarskap. Adoptionen hade baserat sig på ett misstag om lagets innehåll. Då adoptionen inte var i barnets bästa intresse, upphävdes avgörandet som bekräftade den.

En specialanalys har också andra slags rättsliga gränser förutom lagens ratio. Här handlar det om de generella förutsättningarna för ett rättsligt system. Man kan tala om rättens ratio. När man analyserar rättsskyddet för informationen som ingår i biobanker, måste man ge juridisk betydelse för människovärdet och dess främjande. Människovärdet får sitt uttryck i hälsovård genom att man har satt höga krav för en informerad, på förhand given

och frivillig samtycke av patienten. Tillräckligt informerad är bara en sådan person som har fått kännedom om möjliga senare användningssätt av informationen och speciellt om kommersiella dimensioner. Därför vore det okohärent ur hela rättssystemets synvinkel att låta upphovsrättsliga skyddet bli fullständigt även om man har gränser för användningen av informationen på den grundläggande kravet på respekt och befrämjande för människovärdet. Hela juridiken, inte bara patienträtten, måste anpassas till den speciella situationen det handlar om i biobanker.

c Media och privatlivet

Människorna är intresserade av varandra. I modern media utvecklas på löpande band nya former och formater att tillfredställa den moderna nyfikenheten. Andra människors privata ärenden har nyhetsvärde därför att kunder i vis det allmänna auditoriet har intresse för dem. Då mediaföretag som näringsidkare försöker möta detta behov av sina kunder, förorsakas en spänning mellan offentliggörelsen av privata angelägenheter och skyddet för individernas privatliv. Denna spänning har blivit reglerad bl a i den finska strafflagens 24 kapitlet 8 §. Den gäller i situationer där man har spritt information som kränker privatlivets skydd.

Strafflagens bestämmelser har ett internt krav att bli analyserade ur ett regelorienterat perspektiv. Den straffrättsliga legalitetsprincipen måste respekteras. Man bör gå igenom rekvisitet i regeln för att kolla förutsättningarna för tillämpandet av ett straffstadgande. Därför måste den spridda informationen kränka personens privatliv, inte bara handla om privatlivet. Dessutom måste spridandet av informationen vara obefogat, t ex att offret inte har gett sitt samtycke, explicit eller tyst. Informationen måste orsaka skada eller lidande. Detta tämligen öppet kriterium har man formulerat med hjälp av den moderna straffrättens uttrycksätt "är ägnad åt att förorsaka ...". Också detta kriterium måste ges en objektiv tolkning. Straffbart är bara sådant spridande av information som kan antas vara ägnat åt att förorsaka lidande för en stor del av människor. Om informationen sätter privatpersonen under ett förakt av andra, blir tolkningen mera subjektiv, och man kan lägga märke till den kränkta personens position och den förlorade uppskattningens betydelse för offret.

Man har gjort vissa undantag av straffbarheten. I andra momentet stadgas det att det inte är fråga om kränkandet av privatlivet om den spridda informationen handlar om personen som verkar i politiken, affärlivet eller offentlig tjänst eller uppgift eller i någon ställning som kan likställas med dem och att informationen kan ha betydelse för evalueringen av personen i den sagda ställningen.

Ett kontextorienterat perspektiv har klara skillnader med den ovan beskrivna normala straffrättsliga analysen. Olika kontext får sina särdrag på de praktiska kutymer som växer ut i mediapraxis. Då får journalisternas egna etiska direktiv en central ställning när man argumenterar mera konkret i typsituationer. Typsituationerna kan utan problem igenkännas i ljuset av sådan professionell självreglering, även om man inte direkt stöder straffbarheten av gärningar på dem. Etiska riktlinjer är viktiga när man försöker karakteri-

sera normala och praktiska sätt att reagera i vissa situationer. Här får man också fram praktiska hänsyn för en mera vidsträckt ostraffbart område för vissa personer än andra. Man har i Finland i Journalistförbundets etiska råd gjort en tredelning: personer som har en maktposition, kända personer som är ofta i offentligheten och vanliga privata medborgare. Sådan tredelning kan användas i tolkningsfrågor om straffbarheten men alltid i samband med att tillämpligheten redan har bedömts med normala straffrättsliga metoder.

En rättsnorm kan aldrig reglera sina egna tillämpningsvillkor. Tillämpningen beror på hela normsystemet – och med tanke på tematiken i denna artikel, situationen in casu. Man kan igen hänvisa till rättsfallet HD 2005:64. Häradsrättens avgörande hade inga fel eller försummelser, men ändå var det som helhet sådant, att man kunde upphäva det.

5 Sammanfattning

Vår tids västerländska uppfattning om rätten genomsyras av den statliga rättens idé om rätten som ett medvetet politiskt val i form av lagstiftningen. Rättspositivismen återspeglar denna bakgrund i sina olika rättsteoretiska varianter. Rättspositivismen innehåller ett starkt antagande att verkligheten som sådan borde analyseras av andra vetenskaper än den juridiska. Juridiken har alltid att slutligen bestämma, om kunskap producerade av sådana hjälpvetenskaperna har något nytta för rättsliga analyser. Juristens starkaste argument är att, även om någon realitetsanalys skulle som sådan vara sann, den har ingen juridisk relevans. I rättegångar handlar det inte om sanningen som sådan utan om sanningen som kan bevisas i en rättslig process. Det finns samma attityd också inom de materiella rättsområdena såsom visats ovan med exempel. Juristen tar företräde när det gäller att rättsligt konstruera situationer, och konstruktionen sker på basen av gällande rättsnormer.

Ett annat alternativ skulle vara att börja den juridiska analysen i verkligheten. Då skulle man först ta ett grepp i situationen, helt enkelt förstå vad det handlar om. Därefter kan man bestämma, vilka rättsregler som har relevans för det rättsliga avgörandet i situationen. Utmaningen är då att förstå den rättsliga regleringen på ett annorlunda sätt än i den regelorienterade juridiken men ändå ha en rättslig synvinkel. Kontekstualiteten måste förankras i rättens djupare nivåer för att bli fruktbart och funktionellt i en juridisk analys.

Enligt Tuori består den moderna rättens djupstruktur av idéer om rättssubjektivitet och subjektiva rättigheter. De kan väl vara en del av den normativa strukturen: en rättighet behöver alltid någon som rättigheten kan riktas. Den moderna rättens kontextuella "struktur" förutsätter olika grundläggande element. I stället för rättssubjektets begrepp som en nödvändig förankring för (subjektiva) rättigheter borde man ur samhällets ("civil society") perspektiv betona delaktigheten. Var och en som har en roll och delar attityden gentemot en aktivitet har också rättslig relevans i en kontextuell analys av situationen. I stället för färdiga och fullständiga rättigheter har kontekstualiteten betoning i olika positioner och deras varierande konstellationer. Delaktigheten och konstellationer bestäms inte av juridiska regler utan av den sociala växelverkan som finns i gemenskaper. I denna vä-

xelverkan har tillit för andra en allt starkare ställning. Skyddet för befogade förväntningar måste analyseras på grund av förståelsen av olika situationer för att kunna säga, vilka förväntningar faktisk blev skapade för olika aktörer.

Om den kontekstuella rättsliga argumentationen skulle ha en rättskällelära, kunde en sådan lära vara ett svar på kritiken att reglernas roll blir underutvecklad i kontekstualiteten. Slutsatsen kunde vara likadant som i den postmoderna arkitekturen. Det handlar inte om att slavigt följa en enda stil utan använda olika stilar. Alla stilar som använts behåller sina egna egenskaper. Hur lyckad en byggnad som helheten är, bestäms om den interaktionen olika stilar har med varandra.

Litteratur

- Brusiin, Otto, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. SLY 1938.
- Gustafsson, Håkan, Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av social rättigheter och rättssäkerhet. Sociologiska institutionen. Lund 2000.
- Hirvonen, Ari, Oikeuden käynti. Antigonon laki ja oikea oikeus. Loki-kirjat, 2000.
- Karhu, Juha, De grundläggande fri- och rättigheterna och rättskälleläran. JFT 2005, 24-42.
- Klami, Hannu Tapani, Finalistinen oikeusteoria. University of Turku Publications A:19:1979, Turku.
- Ljungstrom, Alexander Carnera, Rettens alkymi - om venskab, retfærdighed og pathos, Samleren 1998.
- Minkkinen Panu: Thinking without Desire. A First Philosophy of Law. Hart Publishing, 1999
- Nesland, Erik M., Norsk rettskildelære 1884-1939 : rettssyn hos Platou,
- Hagerup, Stang, Knoph, Astrup Hoel og Castberg. Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2006.
- Niemi, Matti Ilmari, Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. SLY 1996.
- Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus 1996.
- Paasto, Päivi, Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuus oikeuden perustana?, Oikeus 2001:3.
- Petrusson, Ulf, Intellectual Property & Entrepreneurship. Creating Wealth in an Intellectual Value Chain. CTHB 2004.
- Pöyhönen, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. SLY 1988.
- Tolonen, Hannu, Oikeuslähdeoppi, WSOY, 2003.
- Tontti, Jarkko, Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. Ashgate 2004.
- Tuori, Kaarlo, Critical Legal Positivism. Ashgate 2002.