



LUND UNIVERSITY

Metaforerna, Rätten & det Digitala. Hur gamla begrepp styr förståelsen av nya fenomen.

Larsson, Stefan

2015

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Larsson, S. (2015). *Metaforerna, Rätten & det Digitala. Hur gamla begrepp styr förståelsen av nya fenomen.* Gleerups Utbildning AB.

Total number of authors:

1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Metaforerna, rätten och det digitala

Hur gamla begrepp styr
förståelsen av nya fenomen

Stefan Larsson

I din hand håller du en bok från Gleerups.
Vi har givit ut kurslitteratur sedan 1826.
Gleerups högskolelitteratur präglas av aktualitet
och forskningsanknytning. Våra böcker har tagits
fram i nära samarbete med framstående forskare.
Tillsammans med våra författare förvaltar, förädlar
och förnyar vi bokidéer. Har du som läsare frågor
eller synpunkter, kontakta oss gärna på telefon
040-20 98 00 eller via www.gleerups.se

gleerups

Gleerups Utbildning AB
Box 367, 201 23 Malmö
Kundservice tfn 040-20 98 10
Kundservice fax 040-12 71 05
e-post info@gleerups.se
www.gleerups.se

Metaforerna, rätten och det digitala

© 2015 Stefan Larsson och Gleerups Utbildning AB
Gleerups grundat 1826

Projektledare Carin Laurin
Omslag Johan Laserna
Sättning Team Media Sweden AB

Första upplagan, första tryckningen
ISBN-978-91-40-69027-2
ISBN e-bok 978-91-40-69028-9

 Kopieringsförbud. Detta verk är skyddat av upphovsrättslagen. Den som bryter mot lagen om upphovsrätt kan åtalas av allmän åklagare och dömas till böter eller fängelse i upp till två år samt bli skyldig att erlägga ersättning till upphovsman/rättsinnehavare.

PrePress Team Media Sweden AB 2015
Tryck Dimograf, Polen 2015

Innehåll

Förord	7
1. Hur vi förstår teknikutveckling och samhällsförändring	9
Neutral infrastruktur eller filtrerande förmedlare?	10
Kognition, juridik och den digitala tekniken	15
Introduktion till metaforer	18
2. Om metaforer och juridik	23
Juridik, kognition och retorik	24
Bakgrund	28
Metaforer och tankestrukturer	31
Den förtingligade rätten	35
Metaforkluster och rätten	41
Diskussion – metaforteori och rättslig analys	44
Slutsatser	47
3. Hur den abstrakta rätten förtingligas	49
Inledning och syfte	50
Utveckling och specificering	52
Värderande rumsliga relationer	57
Förtingligade mentala processer	58
Metaforer och juridik	59
Kontextens betydelse för rätten	62
Slutsatser	67

4. Den digitala upphovsrättens konceptuella inlåsning	69
Introduktion – det upphovsrättsliga stigberoendet	
kontra sociala normer i förändring	70
Del ett: Det rättsliga stigberoendet som teori	74
Del två: Den europeiska upphovsrätten i	
digitaliseringens tidsålder	76
Del tre: Analys och diskussion	87
Slutsatser	96
5. Branschskydd eller skapandestimulans?	
En historisk återblick för att förstå upphovsrättens	
digitala utmaning	99
Den rättsliga utmaningen med att kodifiera sociala normer	100
Från författarskap till kommodifiering	109
Upphovsrättens globala homogenitet	
och det ”ensamma geniet”	112
Det kontextuella beroendet som kritik	118
Det kollektiva och det digitala	125
Diskussion och slutsats	131
6. Stora data och rättslig analys:	
Mätbarhetens behov av teori	137
Det digitala som disciplinär katalysator	138
Digitalisering som samhällsförändring	142
Samhällets datafiering	145
Det digitala som disciplinär katalysator	148
Den digitala infrastrukturens normativa relevans	150
Summering: Digitaliseringens rättssociologi	157

7. Avslutning: Framtidens metaforer	163
Metaforerna, rätten och det digitala	163
Konceptuellt stigberoende (gamla begrepp, nya fenomen)	165
Upphovsrättens digitala utmaning	170
Metaforer och makt	173
Triptykens återkomst – teknik och social förändring	176
 Referenser	 179
 Sakregister	 197

Förord

Det finns fog för att ifrågasätta att jag ensam har skrivit den här boken, trots att bara mitt namn står på dess rygg. Ändå är det helt accepterat att bara sätta ett namn, det är i mycket så vi uppfattar författarskap. Och onekligen är jag viktig för dess färdigställande, men hur är det med övriga bidrag, hur ska vi förstå vad jag ingår i, vad jag hämtar inspiration från, tekniker och kulturer jag är beroende av? Jag poängterar i den här boken att den kreativa arbetsprocessen inte bör ses som en ensam människas kamp. Vi är alltid del av, och i samspel med, något omgivande – en kultur, ett språk, en kontext – när vi uttrycker och formulerar oss, även när vi ägnar oss åt att forma förståelse för saker och ting. Denna omgivning förser oss med de byggklossar, tankestrukturer och begrepp som vi bygger våra uttryck och vår förståelse med. I det mer detaljerade och processnära arbetet med att skriva texter, som den här boken, finns det alltid en rad bidrag till de texter som en författare skriver. I mitt fall vill jag nämna några av de mest betydelsefulla redan här. Eftersom den här boken i mycket har sitt ursprung i fem artiklar publicerade i så kallade peer review-granskade vetenskapliga tidskrifter, kan jag börja med att konstatera att många av de inspel som bidragit till att forma dessa ursprungstexter antingen har kommit från anonyma forskares granskning eller från redaktörer på tidskrifterna *Retfærd – Nordic Journal of Law and Justice*, *Nordisk Kulturpolitisk Tidskrift* eller *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. Detsamma kan även i någon mån sägas om andra, parallellt skrivna och publicerade engelskspråkiga artiklar i tidskrifter som *International Journal for the Semiotics of Law*, *Law & Society Review*, och *International Journal of Law and Information Technology*.

Man ska förstås inte glömma att själva den vetenskapliga referens-

hanteringskulturen vittnar om att väldigt mycket av författandet är påverkat, inspirerat eller i hög grad avhängigt av vad andra har publicerat på området före mig. Något liknande gäller även för den vetenskapliga kontext som jag själv är en del av vid Lunds universitet, inom forskargruppen Cybernormer, Digitrustprojektet (Per Runeson m.fl.), genom kollegorna vid Lunds universitets internetinstitut (LUii), den rättssociologiska institutionen som jag verkat vid som doktorand och postdok, och i någon mån den Statsvetenskapliga institutionen vid University of Hawai'i at Mānoa, där jag relativt nyligen installerat mig som gästforskare. Mycket tankegods följer även av det vi utvecklat ihop för den avhandling som var klar 2011, mina handledare Måns Svensson, Håkan Hydén och jag, och som sedan stötts och blötts i kollegialt samarbete och i artikelarbete. Måns Svensson har till exempel läst en manusversion av den här boken och med initierade inspel bidragit till att förbättra delar av den. Forskningsfinansiärer som Vetenskapsrådet¹, VINNOVA och Kronofogdemyndigheten och universitetsinstitutioner som nämnda LUii, Centre for Work, Technology & Social Change (WTS) och Pufendorfinstitutet vid Lunds universitet har direkt eller indirekt bidragit till att jag har haft möjlighet att hänga runt vid ett av Nordens bästa universitet och ha tid till forskning av det här slaget. Jag är tacksam för den kontext jag fått verka i, och som jag i någon mån filtrerar ut i de texter jag skriver. Jag får också tacka Gleerups och framför allt förläggare Carin Laurin för tålamodet med att höra en upphovsrättsmedveten digitaliseringsforskarens utläggningar om hur e-boksbranschen kunde och kanske borde se ut, och ändå uppmuntra till detta samarbete. Jag ser mycket fram emot hur vi tillsammans kan arbeta för tillgänglighet och framåtanda. Och, om någon vill kritisera boken kan vi naturligtvis utgå från att dess tillkortakommanden helt är avhängiga mina individuella insatser. I den meningen står mitt namn på bokens rygg helt ensamt.

Stefan Larsson

Honolulu, den 1 december 2014

¹ Diarienummer 437-2013-336.

1. Hur vi förstår teknikutveckling och samhällsförändring

Utgångspunkten för den här boken ligger i frågan hur och varför det är av fundamental betydelse att förstå metaforer och konceptuell förändring när man vill förstå rättsutveckling relaterad till ny teknik. Man ska komma ihåg att teknik aldrig bara *är*, den tolkas utifrån den kontext och det samhälle den finns i, och man blir därmed beroende av äldre teknik och redan befintliga begrepp som vi använder för att förstå det nya. Samtidigt kan nya tekniska lösningar – som många digitala fenomen – fullkomligt förändra förutsättningarna för saker som är viktiga för oss; hur vi kommunicerar, hur vi tar del av vårt omgivande samhälle, hur vi lär oss saker, hur vi konsumerar och hur marknaden fungerar. Och förändringarna kan komma snabbt, som digitaliseringen, och många av dess permutationer kan skölja över oss på kort tid, som smartphonens utbredning – dvs. internet i våra händer. Juridiken, däremot, är inte känd för sin snabbriklighet. Tvärtom. Och det finns många poänger med att ha en rättslig utveckling som ”laggar” – förutsägbarhet är en viktig del av rättssäkerheten – men det finns också nackdelar med att den rättsliga utvecklingen ofta är tillbakablickande, konservativ och stigberoende. Kanske speciellt i förhållande till teknik – när de reglerande begreppen har satts i en tid som sedan länge är överspelad, formade efter förutsättningar som en gång rådde men som nu inte längre råder – då kan det uppstå gnissel. Mycket av detta kan hänföras till hur vi förstår det nya och dess förändrade förutsättningar, med vilka begrepp vi erkänner och kommunicerar det.

Metaforer, för att snabbt summera den här triptyken av teknik,

juridik och kognition, är relevanta här för att de har visat sig vara av oerhört stor betydelse för hur vi förstår abstrakta ting, som rättsliga konstruktioner och digitala fenomen. Det är viktigt att komma ihåg – vilket är kärnan i den här boken – att även om metaforer förvisso ofta är medvetna omskrivningar, ibland färgstarka bilder, för att uppnå en effekt, så är de lika ofta uttryck för en för medvetandet tämligen dold process; en tankemodell som i det fördolda hindrar oss från att tänka på ett visst sätt, lika mycket som den tillåter oss att tänka på ett visst annat sätt. Och på så vis styr dessa tankemodeller vårt tänkande, utan att vi egentligen är medvetna om det. Genom att peka på *hur* vi förstår abstrakta fenomen metaforiskt, speciellt när det gäller uttryck för mönster eller en återkommande struktur, kan vi låsa upp några av de rättsliga och andra knutar som vi kan drabbas av vid en snabb teknikrelaterad förändring. Detta är den här bokens löfte.

Neutral infrastruktur eller filtrerande förmedlare?

Metaforer kan vara explicita och tydligt värderande, som när Turkiets premiärminister Tayyip Erdoğan på ett valmöte i mars 2014 uttryckte att ”Vi ska dra upp Twitter med rötterna och radera ut det!”, till följd av att demonstrationer koordinerats via sociala medier och att komprometterande ljudinspelningar med premiärministern spritts (Sveriges Radio, 21 mars 2014). De värderingar som därmed uttrycks är relativt tydliga. Men metaforerna kan också vara implicita och underförstådda, inte så medvetna och uttrycka ett tankemönster snarare än en retorisk effekt. De kan ändå vara värdebaserade eller leda tanken i en viss normativ riktning. Det är då, när vi styrs utan att se det, som det blir av än större vikt att kunna peka på hur sådana processer går till, vilka underliggande bilder och tankestrukturer som ligger och styr och hur just dessa har kommit att hamna där.

Men är metaforer verkligen relevanta för lagstiftning och domstolars arbete? Låt mig först visa på ett exempel som inte har med digitalisering att göra. I slutet av 2010 drev USA:s president Barack Obama igenom en skattesänkingsreform. Den försvarades med att den kommer att få fart på (”jump-start”) ekonomin och ge en bräcklig åter-

1. HUR VI FÖRSTÅR TEKNIKUTVECKLING...

hämtning mer tid att stärkas. När Paul Krugman, erkänd nationalekonom och mottagare av Riksbankens pris till Alfred Nobels minne 2008, i sin kolumn i *New York Times* reagerade på skattesänkingsreformen och dess försvar, kommenterade han det så här:²

Jag säger, blockera dessa metaforer. USA:s ekonomi är inte en avstannad bil, inte heller är den en invalid som snart kommer att återvända till hälsa om han får lite mer vila. Våra problem är mer långsiktiga än någon av metaforerna antyder.

Och dåliga metaforer leder till dålig policy. Föreställningen att den ekonomiska motorn kommer att ta fart eller att patienten kommer att resa sig från sin sjuksäng vilken dag som helst uppmuntrar beslutsfattarna att nöja sig med slarviga, kortsiktiga åtgärder när ekonomin verkligen behöver väl utformat och ihållande stöd.³

Krugmans kommentar pekar på länken mellan hur vi förstår något och hur lagstiftningsargument kan ramas in; han lyfter fram vikten av *hur* man ser på ekonomin, *hur* man förstår dess behov och möjliga åtgärder, vilket står i direkt samband med hur man kommer att stifta lagar på området.

Mycket av striderna som följer med de utmaningar som digitalisering medför – för att återvända till tekniken – handlar om ansvar, vem som kan anses ha ansvar för vad. Och detta ansvar formuleras ofta i termer av om den tjänst som används är aktiv eller passiv. Vissa koncept leder i ena riktningen medan andra leder i den andra. ”Infrastruktur”, till exempel, är ett oftast passiviserande koncept som brukar användas för tjänster där man menar att de som tillhandahåller tjäns-

2 Krugman (12.12.2010): Block Those Metaphors. *New York Times*, http://www.nytimes.com/2010/12/13/opinion/13krugman.html?_r=0 (senast besökt 7.11.2014).

3 ”I say, block those metaphors. America’s economy isn’t a stalled car, nor is it an invalid who will soon return to health if he gets a bit more rest. Our problems are longer-term than either metaphor implies.

And bad metaphors make for bad policy. The idea that the economic engine is going to catch or the patient rise from his sickbed any day now encourages policy makers to settle for sloppy, short-term measures when the economy really needs well-designed, sustained support.”

Exemplet är hämtat från Lee & Schwarz (2014), s. 85–108.

terna inte kan hållas ansvariga för vad som sker i, inom eller på tjänsten. Som en järnväg på vilken det rullar tåg eller som en brevbärare som bär ut post och till skillnad från en tull eller en grindvakt. Turkiets president, nämnd ovan, tycks till exempel anse att själva tjänsten Twitter bär ansvar för den kritik som uttrycks via den av dess användare. Han ser den uppenbarligen inte som en *passiv* infrastruktur.

Internetoperatörerna har under många år hamnat i skottlinjen för en kamp om huruvida de ska hållas ansvariga för upphovsrättsbrott som sker genom deras användares förehavanden på internet.⁴ Det har också debatterats länge i vilken mån de ska få göra prioriteringar i trafiken, vilket är väldigt fördelaktigt för tjänster som vill konkurrera med andra, som strömmad media osv. Föreställningarna om Internet Service Providers (ISP) *som en infrastruktur* talar dock för att inga prioriteringar får göras – all trafik ska behandlas lika – och ingen trafik får kontrolleras; abonnenterna har själva ansvaret för sina handlingar. Det finns med andra ord många som ställer krav på att förmedlande tjänster som Twitter och internetoperatörer ska åläggas att filtrera innehåll. Ett problem med filtrering är dock alltid att därmed uppkommer frågan om enligt vems standarder, vilka normer, som filtreringen ska utföras. Många auktoritära stater utövar exempelvis ett starkt filtrerande – censurerande – på internet, vilket ofta inte är förenligt med vare sig yttrandefrihet eller mänskliga rättigheter.

Om vi håller oss till Sverige och upphovsrättsexemplet kan vi konstatera att det i november 2014 lämnades en stämningsansökan in till Stockholms tingsrätt. Kravet var att operatören Bredbandsbolaget skulle blockera tillgång till streamingsajter som Swefilmer och Dreamfilm, men även The Pirate Bay. Bakom stämningsansökan står starka industriella aktörer som Universal Music, Warner Music och Sony Music, men även Nordisk Film och Svensk Filmindustri och tv-bolag som SVT, TV4-Gruppen, MTG TV, SBS Discovery och C More deltar i aktionen mot piratsajterna. Detta är det första blockeringsmålet i Sverige, och även om vi i skrivande stund ännu väntar på dom i målet så ger det ett

4 Operatörernas (Internet Service Providers) hantering av kundernas data blev också debatterad när datalagringsdirektivet blev underkänt av EU-domstolen (Ledendal & Larsson 2014).

tydligt uttryck för hur delar av den upphovsrättsberoende industrin ser på internetoperatörer – de vill *inte* att de ska kunna vara en neutral infrastruktur. De vill att de ska förstås som en tull eller grindvakt för internetaccess när det gäller upphovsrättsskyddat material.

”Plattform” är ett annat intressant och vanligt koncept i digitala sammanhang. Det är vad Tarleton Gillespie, kommunikationsforskare och informationsvetare, kallar en strukturell metafor som ”även om den kan passera obemärkt hos den vardagliga lyssnaren eller till och med talaren själv, ger termen en diskursiv resonans” (Gillespie 2010).⁵ När jag undervisar sociala innovationsstudenter på ett program vid Internetinstitutet i Lund så är det påfallande många som vill bygga *plattformar* av olika slag. De beskriver målet med sina projekt som något som möjliggör andras handlingar i en viss positiv riktning. De utgår därmed oftast från en värdegrund, dvs. de vill att något förhållande ska förändras, men de avser samtidigt inte att vara den explicita aktören i förändringsarbetet utan mer en facilitator eller katalysator. Man kan säga att hur delaktig en plattform är i dess konsekvenser beror på bland annat hur vi förstår och beskriver den.

Ett tidigare rättsfall som kan exemplifiera detta och som i mycket handlar om den här passivitet-/aktivitetdualiteten på det digitala området, är fallet med grundarna av fildelningstjänsten The Pirate Bay, TPB (Pirate Bay-fallet, mål nr B 13301-06). I målet uppkom just svårbestämbarheten av nya – i det här fallet i hög grad digitala – fenomen. Frågan som ställdes var ”vad *är* TPB” (eller, *var*, vid den tidpunkt som rättsfallet avhandlar)? Den 17 april 2009 dömdes fyra män till ett års fängelse och till solidariskt ansvar för 30 miljoner kronor i skadestånd. Brottet var medverkan till upphovsrättsbrott genom inblandning i TPB. Båda sidor överklagade och de tre män som var med under hovrättsförhandlingarna dömdes under hösten 2010 till något kortare fängelsestraff men ett förhöjt skadestånd på 46 miljoner kronor. Den fjärde mannen som var sjuk och befann sig utomlands fick sin tingsrättsdom fastslagen. Den 12 februari 2012 nekades de dömda männen prövningstillstånd till

5 ”[t]hough it may go unnoticed by the casual listener or even the speaker, gives the term discursive resonance”.

Högsta domstolen, vilket innebar att Svea hovrätts dom stod fast. Detta specifika fall innehåller ett antal oerhört viktiga frågor i skärningspunkten mellan social förändring, teknisk utveckling och den kognitiva förståelsen av digitala fenomen och rätten i sig (jfr Larsson 2013e).

I rättsfallet beskrev försvarsadvokaten Jonas Nilsson att ”allt Pirate Bay gör är att passivt tillhandahålla en tom plattform”.⁶ En av de amerikanska kärandebolagens advokater, Monique Wadsted, uttalade i hovrättsförhandlingarna att TPB inte är någon ”passiv sajt” och argumenterade att exempelvis de kategorier som fanns till hands på sajten var ett tecken på förenklingar för sajtens användare, vilket därmed skulle tala emot ”passivitet” i det här fallet (se SvD:s rapportering, 29 september 2010).⁷ Å andra sidan uttryckte en av de åtalade, Fredrik Neij, att ”The Pirate Bay är bara en överföringstjänst, inte en lagringstjänst”, vilket skulle tala för en passivitet i upplägget hos den som skötte sajten och dess funktioner på ett sätt som inte kränker upphovsrätten, som i mycket är formulerad kring exemplarframställning (Larsson 2010; 2013b). Beskrivningen skulle därmed motsvara en förmedlingstjänst, likt en infrastruktur, internetoperatör eller tjänsteleverantör, som *bara* förmedlar, oavsett vad dess brukare använder tjänsten till, vilket är en grundpelare i e-handelslagen (2002:562), som bygger på e-handelsdirektivet (2000/31/EG).

Försvarsadvokat Jonas Nilsson gör också den föreställningsmässiga kopplingen till infrastruktur när han några månader efter det att HD nekat prövningstillstånd skrev på DN debatt (14 maj 2012):

Enligt vår bedömning är det att likna vid att posten skulle fällas i domstol för att de levererat ett brev med olagligt innehåll. En annan, och kanske än mer relevant liknelse skulle vara om grundarna till köp- och säljsajten Blocket fälls för brott efter att någon sålt en stulen cykel efter att ha annonserat på nämnda sajt.⁸

6 Under dag 12 i tingsrätten. <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=2672385>

7 http://www.svd.se/naringsliv/digitalt/dag-2-svdse-rapporterade-direkt-fran-the-pirate-bay-rattegangen_5422679.svd

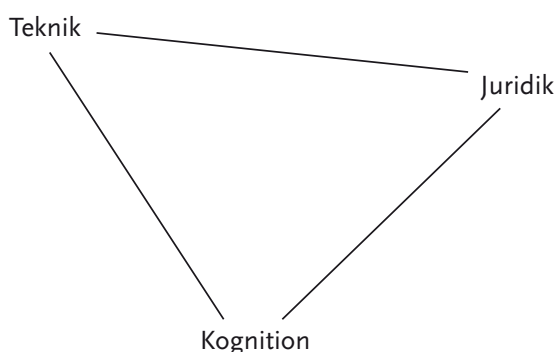
8 <http://www.dn.se/debatt/the-pirate-bay-grundare-gar-vidare-till-europa-domstolen/> (senast besökt 05.01.2015).

1. HUR VI FÖRSTÅR TEKNIKUTVECKLING...

Givetvis finns det en retorisk poäng här som Nilsson som försvarsadvokat vill åt – i linje med argumentationen ligger ju ett frikännande av hans klient. Oavsett detta är min poäng här i bokens inledning att visa på hur beroende juridiken är av *hur* vi förstår en händelse eller ett fenomen. Det är ingalunda något objektivt fastslaget, och jag vill lyfta tanken om att det just är i tider av förändring – som när digitala fenomen uppstår i former som vi inte har sett förut – som ett extra behov av förhandling uppkommer och den konceptuella kampen är som mest livaktig.

Kognition, juridik och den digitala tekniken

Denna bok handlar till stora delar om att analysera den teknikrelaterade samhällsförändringens relevans. Den förändring som behandlas här har med digitalisering att göra, dvs. det finns en tydlig teknisk komponent i teoretiserandet. Det är dock inte den digitala tekniken i sig som är mest central här, utan på vilket sätt den påverkar samhällets förutsättningar, vår förståelse av denna påverkan och hur detta utmanar relevant rättslig reglering. Det är med andra ord ett triangelförhållande mellan (digital) teknik, juridiken (rätten) och kognitionen (vårt sätt att förstå) som jag fördjupar och analyserar i denna bok. Boken utgår huvudsakligen från redan publicerade vetenskapliga artiklar som jag har bearbetat till denna framställning, vilket framför allt noteras i kapitlens inledning.



Figur 1: Bokens tre teman.

Området för *konceptuella* metaforer – som i mycket inspirerar mina analyser – och vad dessa betyder för vårt sätt att tänka börjar bli relativt väl beforskat vad gäller dess mer generella och teoretiska implikationer, men inte så mycket avseende konsekvenserna för andra discipliner, som de juridiska eller digitalteknologiska. Denna sida av kognitionsvetenskaplig forskning har dock i någon mån kommit att informera om rättsliga studier, och vad de innebär för juridik och rättspraxis, även om majoriteten av studierna utgår från en nordamerikansk kontext (för en nordisk kontext, se Graver 2007; 2008; 2010; Larsson 2012b; 2013f; Mattsson & Larsson 2015). Ett syfte med denna bok är att ta dessa ett steg vidare, in i vad det betyder för rättslig förståelse i en *digital* kontext. Mycket pekar på ett behov av detta. Digitaliseringen kan ses som ett slags ontologisk revolution, där alla möjliga företeelser och artefakter omdefinieras i ett skifte och samspel mellan analogt materiellt och digitalt immateriellt. För att kunna förstå mer av den konceptuella betydelsen och den rättsliga utmaningen som därmed följer har ett särdeles användbart, omtvistat och utmanat rättsområde valts ut som fallstudie: upphovsrätten.

Det bör påpekas att denna bok inte därmed befinner sig i centrum för en enhetlig vetenskaplig disciplin, utan den rör sig mellan ett flertal discipliner. De viktigaste bidragen och kopplingarna finns till rättsvetenskap i dess vidare mening – vilket kan sägas inkludera rättssociologi – och även nämnda kognitionsvetenskap samt ett nyare fält som behandlar digitalisering och dess samhällsrelevans, som vi (för enkelhetens skull) kan kalla för teknik och social förändring. Samtidigt kan redan här förtydligas, om vi ser till figur 1, att det metaforperspektiv jag använder mig av för att analysera hur vi förstår fenomen relaterade till juridiken och tekniken tjänstgör i vetenskapens namn. Den mer generella beskrivningen av den tredje delen jämte juridiken och tekniken i figuren vore att kalla den för ”vetenskap”, där jag framför allt använder mig av en något eklektisk variant av metaforteori – vilken inkluderar aspekter av förtingligande och kategorisering – influerad av rättssociologi och stigberoendeteori. Jag återkommer till och utvecklar detta nedan, framför allt i bokens avslutande kapitel.

Jag teoretiserar i boken både kring rätten som en kognitiv artefakt

1. HUR VI FÖRSTÅR TEKNIKUTVECKLING...

generellt, dvs. hur vi förstår juridiken, och använder mig av upphovsrätten specifikt som ett fall. Fokus på det sistnämnda är en följd av relationen till digitalisering; upphovsrätten är över huvud taget en reglering som så tydligt utmanas av de praktiker och sociala normer som uppkommit i digitaliseringens kölvatten att den därför utgör både ett särdeles viktigt men också tacksamt exempel för att studera konceptuell förändring i relation till teknik och samhällsförändring. En huvudfråga blir därmed: Finns det något i en förändring av hur vi förstår upphovsrättsligt relevanta fenomen nu, under digitala förutsättningar, än tidigare i en mer fysiskt/analogt medierad tillvaro som kan förklara varför just upphovsrätten och dess aktörer utmanas så i det digitala samhället? Denna fråga utvecklas i kapitel 5, men lyfts redan som exempel i det metafor-teoretiska kapitel 2. Sistnämnda kapitel leder även till en metafor-teoretisk fördjupning i kapitel 3, där jag visar hur abstraktioner i rätten ofta får sin mening från erfarenheter av fysiska ting och spatiala relationer – genom ett ”förtingligande”. Omvänt kan man också fråga sig: Om det är så att upphovsrätten är så fundamentalt utmanad i en digital kontext som många studier visar, hur kommer det sig då att dess reglering är så hårdnackat oförändrad i sina grundläggande koncept? Denna fråga behandlas i kapitel 4 i termer av stigberoende och konceptuell inlåsning, men även i kapitel 5 i termer av utvecklingen mot industriskydd parad med en starkt individualistisk bild av hur skapande egentligen fungerar. Jag kommer att förklara vad denna fallstudie kan lära oss om rättens beroende av metaforer och framför allt hur det digitala förändrar och utmanar vårt sätt att förstå saker och ting. Den bevarande kraften, den konceptuella bryggan så att säga, finns i hur vi tycks möta och förstå nya fenomen genom de befintliga begrepp och koncept som vi redan har. Vi använder alltså gamla ord för att beskriva nya saker. Detta skapar ett slags fördröjning som gör att vi också bedömer nya fenomen baserat på hur vi brukade förstå saker liknande. Jag vill i denna bok även lyfta fram en aspekt av digitalisering som är särdeles tydlig, som en inbyggd feature i det digitala: mätbarheten. Syftet är också att framhålla vad denna feature kan betyda för studiet av samhället, som ett slags vetenskaplig metodutveckling. Jag ägnar kapitel 6 åt detta tema. Det avslu-

tande kapitel 7 summerar i huvudsak och återkommer till de frågeställningar som väckts i detta inledande kapitel. Innan vi kommer till den diskussionen vill jag först utveckla synen på hur vi förstår abstrakta ting, dvs. metaforens plats i vårt tänkande, i syfte att relatera detta till förändring – samhällelig och teknisk.

Introduktion till metaforer

Metaforer är ett konceptuellt verktyg som förklarar eller erbjuder ett sätt att förstå ett fenomen, exempelvis en typ av händelse, ett beteendemönster eller en företeelse i världen, i termer av ett mer bekant koncept. Vi uppfattar livet som en resa (med start och mål) eller internet som ett nät (där vissa aspekter av olika slags nät passar för att i överförd bemärkelse beskriva aspekter av sammankopplade datorer och servrar osv.).

Ofta förstås metaforer som målande bilder som används för att komma till själva poängen, som ett retoriskt eller poetiskt redskap, och inte som ett uttryck för det nyktra språk man behöver använda sig av när man ska tala om Sanna och Objektiva saker (Larsson 2008b). Metaforerna tenderar att betraktas som något uteslutande knutet till språkliga snarare än till tankemässiga konstruktioner. Som kontrast till denna minimalistiska föreställning om metaforer har George Lakoff och Mark Johnson visat att metaforer är en ofrånkomlig del av vårt vardagliga sätt att tala och förstå. Våra vanliga begreppsmässiga system, hävdar de, är i grunden metaforiska till sin karaktär. Metaforer och de föreställningar de bygger på uppstår ur vår interaktion med vår fysiska och sociala omgivning. Lakoffs och Johnsons *Metaphors We Live By* från 1980 har kommit att påverka mycket av språk- och kognitionsforskningen. I boken hävdar de att metaforernas roll i vårt tänkande går mycket djupt. De exemplifierar med krigsmetaforer för argumentation, dvs. att argumentation är krig: ”dina påståenden är *oförsvarliga*, han *attackerade* alla mina argument, mitt inlägg *förstördes* helt av hans motargument, i debatten som följde gick hon *rakt på mål*”. Den underliggande konceptuella metaforen eller föreställningen styr vad som är ett rationellt användande av språket kring en viss företeelse, och den gör

1. HUR VI FÖRSTÅR TEKNIKUTVECKLING...

det via metaforen och dess länkade system av koncept. I relation till exempelvis den upphovsrättsliga konstruktionen sätter sådana underliggande föreställningar på så sätt ramarna för vad som förefaller vara de logiska följderna kring det debatterade fenomenet. Och den som lyckas styra detta ramverk kan också styra utvecklingen av debatter beträffande den upphovsrättsliga lagstiftningen. Det finns, för att förtydliga, inom kognitionsforskningen flera sätt att förstå eller teoretisera kring metaforer och deras betydelse i språk och tänkande. Den konceptuella metaforteorin (som kan förkortas KMT) introducerades av nämnda Lakoff och Johnson och har kommit att utvecklas och nyanseras, men även i viss mån ifrågasättas, under de senaste 20 åren. Språkforskaren och kognitionsvetaren Raymond Gibbs Jr utvärderade nyligen KMT och konstaterade att den i förhållande till i stort sett all annan teoribildning kring metaforer förser oss med ”viktiga insikter rörande interaktionen mellan förtingligande, språk, tanke och kultur vilka pekar mot en rikare integration av metaforstudier inom kognitionsvetenskap” (Gibbs Jr 2012, s. 556).

För att förstå hur metaforer fungerar i relation till underliggande tankestrukturer, dvs. hur metaforer fungerar som konceptualisering, och innan jag återkommer till deras rättsliga implikationer, behöver jag explicit presentera metaforbegreppets mer grundläggande struktur. I korthet kan man beskriva grunden som att en metafor uppstår i projektionen av en källdomän på en måldomän. Tänk på följande exempel:⁹

Källdomän		Måldomän
Lejon	>	Min far
Resa	>	Kärleksförhållande

Det finns en betydande skillnad mellan dessa två metaforer. De uppstår båda i projicerandet från en källdomän på en måldomän, men den första (”min far är ett lejon”) är en metafor som är lätt att upptäcka – vi uppfattar meningen snabbt som metaforisk – medan den andra

⁹ Exempelen är hämtade ur Larsson (2011b, s. 60–61) och Lakoff (1986).

(”kärleksförhållanden är en resa”) är en konceptuell metafor (se Lakoff 1986), från vilken ett antal metaforer blir meningsfulla i ett klusterliknande sammanhang. Båda visar att en källdomän projiceras på en måldomän i syfte att uppnå någon typ av effekt, omedvetet eller medvetet.

Det kulturellt konstruerade ligger dock inte bara i vilken källdomän som anses fungera för en måldomän utan också i vilka specifika aspekter som ska följa med i projiceringen på måldomänen. När det gäller ett lejon och den figurativt metaforiska användningen i ”min far är ett lejon”, är den automatiska tolkningen någonting i stil med styrka och ledaregenskaper. Lejonet beskrivs ofta som något av en ”kung” bland djuren, dvs. det visar ytterligare hur vi i vår kultur konceptualiserar lejonet. Vi kunde ju lika gärna konceptualisera ett lejon som en bestialisk mördare som tuggar på sina offer innan de ens hunnit förblöda. Styrkan, hårigheten och bestialiteten ryms i någon mening i lejonets faktiska existens, medan vi i någon kulturell och socialt reproducerad mening har valt ut vissa egenskaper som vi låter tala för lejonet i dess metaforiska mening. Och därmed betyder ”min far är ett lejon” något i stil med styrka och ledarskap och inte att min far är täckt av päls och äter antiloper i vår sociokulturella kontext.¹⁰ För att uppmärksamma vår kulturellt förankrade anknytning av egenskaper till olika djur kan man här fundera över vad andra djur betyder. Betydelseorna blir rimligen väldigt olika, men samtidigt är det bara vissa typer av djur som har fått någon typ av social betydelse som direkt fungerar i metaforisk bemärkelse.¹¹

När det gäller den andra metaforen, dvs. ”ett kärleksförhållande är en resa”, åtföljs denna konceptualisering av kärlek och relationer av

10 Förståelsen av en metafor som ”min far är ett lejon” kräver med andra ord att man inte bara vet vad ett lejon är utan också hur detta uppfattas i en specifik sociokulturell kontext. Det krävs därmed inte bara kunskap om grundbetydelsen av det metaforiskt använda ordet, utan även en kontextbunden förståelse (jfr Stålhammar 1997, s. 36 f.).

11 Organisationsteoretiker har ofta använt metaforiska jämförelser i stil med Gareth Morgans *Organisationsmetaforer* (1999) för att medvetandegöra förhärskande konceptualiseringar av en arbetsplats, ett företag eller en organisation i övrigt (som organism, som maskin eller som hjärna m.m.).

1. HUR VI FÖRSTÅR TEKNIKUTVECKLING...

flera möjliga metaforiska uttrycksformer som alla representerar samma underliggande tankestruktur. Det är därmed meningsfullt att tala om att ett förhållande tar slut, att man går skilda vägar, att man nått vägs ände eller att ett förhållande inte är på väg någonstans m.m. (Lakoff 1986; Lakoff & Johnson 1999, s. 123). Det finns alltså underliggande strukturer som ger konsekvenser för hur en rad metaforer blir meningsfulla. Ett metaforkluster kan inkludera metaforiska användningar som uppfattas mer eller mindre metaforiskt, dvs. det kan vara mer eller mindre tydligt för oss att en specifik metaforisk användning är en metafor, medan den likväl kan ingå i ett kluster av metaforer som styrker varandras mening för att de är baserade eller konstruerade utifrån samma underliggande tankestruktur (*conception*, se Larsson 2011b, s. 60–61, 65–67, 72–73; 2013a; 2014a). Jag återkommer nedan till vad effekten av metaforkluster kan bli i rättsliga sammanhang.

Ovan nämnde Gibbs Jr har pekat på de empiriska fördelar som den konceptuella metaforteorin (KMT) har:

... även om KMT inte nödvändigtvis hanterar alla aspekter av metaforiskt tänkande så har approachen en starkt förklarande kraft och måste betraktas vara grundläggande för alla övergripande metaforteorier, liksom för bredare teorier om mänsklig kognition. (Gibbs Jr 2012, s. 556)

Så långt kan vi här låta Gibbs Jr argumentera för den nytta som jag avser låta KMT ha för oss i denna framställning, både empiriskt gällande rättsliga och digitala företeelser men också som ett sätt att närma oss en förståelse för den konceptuellt relevanta delen av samhällsförändring, dvs. hur vi förstår nya fenomen och i vilken mån vi gör detta genom redan befintliga eller gamla begrepp.

2. Om metaforer och juridik

Detta kapitel visar hur kognitiv teori gällande metaforer och tankestrukturer kan justeras och sammanjämkas med valda delar av samhällsvetenskaplig teori i syfte att bidra till rättslig analys och en rätts-sociologisk förståelse av rätten.¹² Här betonas därmed vikten av en metaforanalys för att kartlägga de underliggande tankestrukturer som konstruerar en specifik rättslig norm. Detta betyder i sin tur att rättsliga imperativ kan studeras i extrem detalj och att exempelvis konflikter mellan sociala och rättsliga normer bättre kan förstås i ljuset av tankestrukturella underliggande konflikter.

Kapitlet betonar betydelsen av att se rätten som något förkroppsligat (*embodied*), dvs. beroende av begreppsliga lån från en ofta fysisk, kroppslig eller spatial förståelsegrund. Vidare lyfts begreppet ”metaforkluster” fram i syfte att poängtera hur vissa metaforer är del i samma konceptuellt förankrade kluster, som relaterar till samma underliggande tankestruktur. Konsekvensen av detta är att en metafor kan bidra till det sätt på vilket näraliggande metaforer ges mening, om de är del i samma kluster. Detta betyder också att rättsligt inkluderade metaforer kan få argumentationsmässigt, retoriskt och meningsbyggande bistånd även från utomrättsliga metaforer.

Nyckelord: Metaforer, tankestrukturer, rättsvetenskap, rättssociologi, förkroppsligande, förtingligande, metaforkluster, konceptuell metafor-teori.

12 Kapitlet bygger i mycket på artikeln Metaforerna och rätten, publicerad i *Retfærd* 2012 (Larsson 2012b).

Juridik, kognition och retorik

Metaforer har varit viktiga i rättslig argumentation sedan den klassiska retorikens dagar. Studiet av retoriken hängde då samman med den juridiska skolningen. Den klassiska retorikens Quintilianus hade till exempel Domitius Afer som förebild och läromästare och lyssnade ofta på honom när han förde talan i domstolar (Kennedy 1969). Den retoriska traditionens metaforperspektiv har till stor del handlat om de figurativa metaforerna eller andra troper och stilfigurer, vilket har ny-anserats i den moderna lingvistiska kognitionsvetenskapen. Den moderna metaforforskningen, framför allt i den nordamerikanska skolbildningen med centrala namn som George Lakoff och Mark Johnson, har under de senaste decennierna utvecklat den kognitiva teorin i en riktning som innebär att de metaforiska processerna ses som helt fundamentala för både språk och tankeprocesser. Det handlar alltså om mer än enkom det figurativa och tydligt metaforiska. Lakoff och Johnson har därmed, med början i *Metaphors We Live By* (1980), utvecklat en *konceptuell* metaforteori som jag använder mig av och knyter till en bredare samhällsvetenskaplig teoribildning i min avhandling *Metaphors and Norms – Understanding Copyright Law in a Digital Society* (Larsson 2011b). Jag gör det i syfte att analysera en rättslig utveckling, för att kunna närma mig en förståelse av varför den rättsliga utvecklingen på det upphovsrättsliga området har kommit att hamna så långt ifrån de sociala normer kring fildelning som har uppstått i ett digitalt samhälle.

Detta kapitel utgår följaktligen från nämnda kognitionsvetenskapliga och metaforteoretiska skolbildning – som visar på vilket sätt de metaforiska processerna är centrala och oundvikliga för (det abstrakta) tänkandet – för att utröna vad den innebär för rätten överlag.¹³ Mycket

13 Metaforperspektivet har en del gemensamt med semiotiken, dvs. studiet av tecken och teckensystem, och kan väl närmast beskrivas som en undergrupp. Ett skäl till att fokusera metaforernas rättsliga implikationer snarare än semiotikens ligger dock i det språkliga fokus som följer med de förstnämnda. Semiotiken kan betyda så mycket mer och exempelvis inkludera ”kroppsspråk, konstformer, retoriska diskurser, visuell kommunikation, media, myter, narrativ, språk, artefakter, gester, ögonkon-

av det som tas upp har utvecklats i nämnda avhandling, men fokuseras och utvecklas här i mer generell rättslig riktning. Jag pekar på två nyanseringar som kan göras i den teoretiska konstruktion som följer i spåret av Lakoff och Johnsons teoribildning. Exempelvis kan man här använda *metaforkluster* som begrepp för att lyfta fram konsekvenser av att olika uttryck kan hänga ihop och befinna sig i ett starkt beroendeförhållande till varandra, vilket leder till en ökad betydelse av att analytiskt särskilja ”tankestrukturen” som metaforerna – eller metaforklustren – konstrueras utifrån.¹⁴ Detta gör att den kognitiva lingvistiska teorin kan understödjas av en rad befintliga filosofiska och samhällsvetenskapliga teoribildningar kring just underliggande tankestrukturer (och -figurer). Dessutom åskådliggör detta hur mening kan skapas i en grupp av uttryck, där exempelvis inomrättsliga uttryck kan vara beroende av utomrättsliga uttryck för sin tolkning, vilket är viktigt inte minst för förståelsen av samband mellan en rättslig diskurs och dess plats i en social kontext. Kapitlet nyanserar med andra ord kognitiv metaforteori och kopplar den till och underbygger delar av den med annan, framför allt samhällsvetenskaplig, teori om tankestrukturer.

Utvecklingen inom den lingvistiska kognitionsvetenskapen har i förlängningen lett till en ökad medvetenhet om vad Lakoff och Johnson beskrivit i termer av att ”sinnet är till sin natur förkroppsligat”

takter, kläder, reklam, matkultur, ritualer – kort sagt allt som används, uppfinns eller antas av människor för att producera mening” (Danesi 2004, s. 4). Det finns en språkligt bunden dimension av rätten som jag fokuserar i denna framställning som inte hade förefallit lika lämpad för teoretisk utveckling utifrån det vidare semiotiska perspektivet. Därmed inte på något sätt sagt att semiotiken inte är fruktbar för rättsliga studier eller studier av rättsliga ting eller processer (jfr tidskrifter som *International Journal for the Semiotics of Law*). För en diskussion om semiotik och normer, se t.ex. Baier & Svensson 2009, s. 54 f. Se även diskussion om Hart och hans semantisk-analytiska filosofi samt dess betydelse för rätts-sociologiskt intressanta spörsmål i t.ex. Dahlstrands rättssociologiska avhandling *Kränkning och upprättelse. En rättssociologisk studie av kränkingsersättning till brottsoffer* (2012).

14 Vilket jag i den engelskspråkiga avhandlingen benämner ”conceptions”.

(Lakoff & Johnson 1980, s. 3; jfr kapitel 3 nedan). Utgångspunkten är att i den process som leder till att något blir bärare av en specifik mening spelar den mänskliga kroppen och det rumsligt spatiala en viktig roll (Johnson 1987; Lakoff 1987; Lakoff & Johnson 1999; Gibbs Jr 2007). Man har kommit fram till detta bland annat genom att visa på hur kategorisering av begrepp ser ut i praktiken, där vissa medlemmar i en begreppskategori ofta får ha en mer representerande roll för just den kategorin än andra representanter i samma kategori (prototypeffekter), något som framför allt Eleanor Rosch empiriskt visat (1978) och som bland annat George Lakoff utvecklat (1987). Detta omfattar även frågan om hur rättsliga kategoriseringar byggs upp, och tanken om förkroppsligande/förtingligande – dvs. ett beroende av begreppsliga lån från en fysisk kontext men även konceptuella tankemodeller med ursprung i en rumslig och spatial miljö – innebär att dessa konstruktioner följer vissa givna mönster (Larsson 2013f; 2014c; Winter 2001, s. 69–103; Winter 2012). Mönstren är dock ofta inte desamma som en mer förment objektiv eller rent av rationalistisk tolkning av begrepp ger vid handen (Johnson 2007a; Larsson 2011b; Winter 2001). Kort sagt tyder mycket på att rätten har ett behov av förtingligande, vilket gör att det blir av stor vikt att se vad detta förtingligande för med sig.¹⁵ Jag utvecklar detta i kapitel 3 nedan (jfr Larsson 2013d; 2013f).

Det övergripande syftet med kapitlets teoretiska justeringar och sammanjämkningar är att se hur kognitiv teori rörande metaforer och tankestrukturer bidrar till rättslig analys och vad som kan beskrivas som en rättssociologisk eller bredare rättsvetenskaplig förståelse av rätten. De frågeställningar som därmed blir viktiga att reda ut kan sammanfattas i följande tre punkter:

- 15 Min översättning kommer från engelskans *embodiment*, vilket skulle antyda att den mänskliga kroppen är central i begreppsskapandet. Det är den förvisso, om vi följer de främst amerikanska kognitionsforskare som ansluter sig till konceptuella metaforteorier, men valet vid en översättning är inte enkelt, eftersom det rör sig såväl om *mänskligt kroppsliga beroenden* som om *rumslig uppfattning* och vad man skulle kunna kalla våra konceptuella strukturers *spatialisering*. Det är orsaken till att jag inte alltid är konsekvent i valet mellan förkroppsligande och förtingligande.

2. OM METAFORER OCH JURIDIK

- På vilket sätt kan konceptuell metafor teori nyanseras i termer av ”metaforkluster” och ”tankestrukturer” och därigenom bidra till analys och förståelse av rätten?
- Hur låter sig dessa teorier sammankopplas med andra teorier som behandlar tankestrukturer?
- I vilken mån är rätten beroende av att ”förtingligas” eller ”förkroppsligas”, dvs. att uttryckas men även förstås i termer av något fysiskt?

Ovan sagda betyder att kapitlet till stor del är teoretiskt och hänvisar till litteraturen. Två exempel används dock i syfte att lyfta fram nödvändiga poänger för att svara på nämnda frågeställningar. Det ena exemplet kommer från Johanna Niemis artikel i *Retfærd* (nr 2 2011), där hon beskriver hur det kommersiella språket om sex har blivit en del i vårt vardagliga tal, dvs. i någon typ av metaforisk process som påverkar rättens tankestrukturella inramningar av prostitution. Det andra exemplet är i viss mån tudelat i det att det dels talar om den samhälleliga digitaliseringens behov av förtingligande, dvs. metaforiska begreppslån från en fysisk kontext när vi talar, tänker och förstår digitala fenomen – vilket ger direkta rättsliga konsekvenser – dels explicit talar om upphovsrättens problem som framkomna i en tid när lagen stiftades för att reglera fysiska exemplar, en lag som sedan har kommit att utvidgas till att reglera även digitala exemplar. Det sistnämnda har mycket med en rättslig metaforisk (som i det här fallet kan kallas *skeumorf*)¹⁶ process att göra, vilken har analyserats i min rättssociologiska avhandling (Larsson 2011b; se även Larsson 2010; 2013e; Larsson & Hydén 2010). Som nämnts ovan används det upphovsrättsliga fallet återkommande i den här boken.

¹⁶ Jfr Cass & Lauer (2004) och Larsson (2011b, s. 62–63, 101–103; 2013e). Jag återkommer i viss mån till detta i kapitel 4, men framför allt i det avslutande kapitel 7.

Bakgrund

En poäng som brukar framhävas inom rättssociologi är påvisandet av rättens samhälleliga beroende (Hydén 2002; Mathiesen 2005; Svensson 2008). Här demonstreras hur metaforernas grundläggande språkliga och tankestrukturella betydelse ytterligare manifesterar denna rättssociologiska poäng. Detta görs genom att konstatera att rätten är beroende av, och därför begränsad av, de sociala, språkliga och tankestrukturella praktiker och former av livsföring som ger rätten dess form och mening (Larsson 2013f). Den amerikanske juristen David Mellinkoff uttryckte att "rätten är en ordens profession" för att poängtera språkets absolut centrala roll för rätten (1963, s. vi).¹⁷ Därmed betonas också vikten av att förstå hur språk, mening och tanke byggs och hänger ihop även för det bredare studiet av lag, rätt och juridisk argumentation i relation till en samhällelig kontext.

Den stora poängen med den metafor-teoretiska kopplingen till rättslig analys ligger i förståelsen för hur de språkliga uttrycken, metaforerna, är sammanbundna med tanken; hur vårt tänkande ramas in och kontrolleras och begränsar men också möjliggör vissa tankebanor snarare än andra genom de metaforer som blivit förhärskande (jfr Johnson 2007a; Winter, 2001).

Detta gäller i det vardagliga såväl som i det rättsliga. Det handlar om metaforernas konceptuella bundenhet, hur de tankestrukturer som de emanerar från spelar i bakgrunden för såväl mediala debatter som rättslig utveckling. Detta synsätt möjliggör ett detaljerat studium av rättsliga ytstrukturer i de explicit språkliga uttrycksformerna som har potential att *avslöja* – i ordets medvetandegörande aspekt – vad det är för underliggande tankestrukturer som styr en viss rättslig konstruktion (Larsson 2011b, s.131–132).¹⁸

Detta åskådliggör att språket inte på något vis är "oskyldigt" eller "bara språk" utan ofta är uttryck för underliggande tankestrukturer

17 "The law is a profession of words."

18 För en populärvetenskaplig summering, se artikel "Kontroll över metaforerna skapar makt", *Svenska Dagbladet* (Larsson 3.11.2011, Under strecket).

med en viss typ av inramning och med en viss typ av konsekvenser för hur ett fenomen förstås. Ovan nämnda Johanna Niemi (2011) beskriver exempelvis hur det kommersiella språket om sex har blivit en del i vårt dagliga tal. Man kan säga att Niemi i sin artikel tecknar en tankestruktur som går ut på att "sex är handel", vilket i sin tur ramar in och ger mening åt en rad metaforiska uttryck konstruerade utefter samma konceptualisering, som att "köpa sex" och "klienter", men även "människohandel" osv. Dessa uttryck utgör därmed en del i ett metaforkluster konstruerat från en specifik tankestruktur, vilket jag återkommer till nedan. En negativ konsekvens av denna tankestrukturs etablering blir enligt Niemi att rättsliga revisioner tenderar att för mildra det klandervärda i sexköparnas handlingar eftersom de snarare tenderar att ses som marknadsaktörer än deltagare i sexuellt utnyttjande och sexuellt tvång (Niemi 2011). Det centrala med Niemis exempel blir då att det visar på hur även rättsligt förankrade metaforer är färgade av värderingar genom att de lyfter fram vissa aspekter och döljer andra, och samtidigt kontrollerar hur vi förstår ett fenomen. Detta blir till nackdel för andra förståelser av samma fenomen som man kan mena bättre skulle representera detta.

I en artikel i *Retfærd* (2011a, se kapitel 4 nedan) analyserade och konstaterade jag hur en specifik rättslig utveckling – den europeiska upphovsrätten – har blivit inlåst och stigberoende och oförmögen att möta många av de samhälleliga utmaningar som uppkommit i det digitala samhället (se även Larsson 2011c och kapitel 4 nedan). Jag konstaterade att detta stigberoende kan härledas ur framför allt tre huvudfaktorer relaterade till a) transaktionskostnader, b) makt och c) nyckelmetaforers relation till tankestrukturer. Nämnda *Retfærd*-artikel visar på rättens beroende av metaforiska begreppslån från en fysisk miljö och exemplifierar även detta med hur digitaliseringen i samhället har lett till ett massivt behov av metaforer, vilket även har medfört en rad rättsliga utmaningar och implikationer. En sådan, för upphovsrätten central, tankestruktur är *exemplarens* skyddsvärde, dvs. vikten av att knyta skyddet till reproduktion och distribution av ett visst antal exemplar (jfr Larsson 2013b). Det är ett exempel på hur en föreställning som uppkommit och i mycket varit rimlig i en analog,

pre-digital kontext möter stora problem när den rättsligt ska upprätthållas i en digital kontext utefter helt andra inneboende förutsättningar för reproduktion och distribution (Larsson 2010; 2011b, s. 101–104; 2013b).

E-boksbranschen, vilken den här boken är en del av, brottas med liknande konceptuella arv i några av de betalningsmodeller som bibliotek erbjuds av distributörerna. Enligt en modell betalar biblioteken för en viss mängd utlåningar, enligt en annan är antalet samtidiga utlåningar rent av begränsat. Detta leder till att exempelvis studenter vid landets universitet och högskolor i vissa fall tvingas ställa sig ”i kö” för att låna en specifik e-bok, som vore det en ändlig resurs. Detta är ett sätt att konstruera ett skydd för en affärsmodell formad enligt en analog föreställningsvärld, vilket passar förlagens kontrollbehov och styrningsförsök.

Rättens språkliga byggstenar och vikten av att analysera och bryta ner dessas betydelse är ett perspektiv som även styrks av nutida genusforskare, som Johanna Niemi-Kiesiläinen et al. (2007, s. 69; jfr Lundström 1999, Nousiainen 1995, Svensson 1997), men då stundtals från ett (än) mer socialkonstruktionistiskt perspektiv än det som presenteras här. Det finns naturligtvis en längre förhistoria till hur rätten har konceptualiserats – med ett språkligt fokus – och analyserats genom tiderna. Exempelvis var det H.L.A. Hart som under 1950- och 1960-talen gjorde en samlad insats att använda 1900-talets språkfilosofiska utveckling för att ”belysa” rättens natur. År 1962 kom Harts *The Concept of Law*, där han lånade J.L. Austins metod för att ”med hjälp av en skärpt medvetenhet om ord vässa vår uppfattning av fenomenen” (Hart 1994, s. 14).¹⁹ Dock ska här tilläggas att det har ifrågasatts varför Hart inte valde ett perspektiv som låg närmare Wittgensteins kontextuella begreppsbyggande (Lacey 2004, s. 218–219; se även Banakars recension i *Retfærd* av Lacey’s porträtt av Hart, 2006). Samtidigt ska vi inte glömma att den konceptuella metafor-teori som uppkom framför allt på 1980-talet skiljer sig från de ofta positivistiska rättsfilosofiska

19 ”... using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena”.

ståndpunkter som förs fram av sådana som Kelsen och Austin, vilket – om man följer den tankebanan – ger en väsensskild syn på hur det rättsliga språket bör tolkas. Man kan i stället möjligen blicka åt den skandinaviska rättsrealismens franka syn, där juridiska termer som ”rättigheter” hålls för att ”sakna semantisk referens” och ”betecknar ingenting”. Med denna hållning är det varken sant eller falskt att hävda förekomsten av rättigheter, skyldigheter och andra rättsliga relationer (Olivecrona 1971, s. 246, 255 och 261).

Man kan i enlighet med detta konstatera att användningen av språket är avgörande för alla rättssystem. Inte bara på sättet det är viktigt exempelvis i politiken i allmänhet, utan även i den meningen att lagstiftarna vanligtvis använder språket för att skapa lagen och att domstolar normalt använder språket för att ange sina skäl för beslut. Och de rättsliga begreppen är ofta i textform noga utvalda och ofta nogsamt definierade. Denna rationalistiska hållning kring hur språk och betydelse skapas är ifrågasatt av den del av kognitionsvetenskapen som Lakoff och Johnson företräder. Johnson hävdar exempelvis att det rättsliga angreppssättet ofta är ”objektivistisk” och bokstavstolkande till sin metod att förstå hur exempelvis kategorier byggs (Johnson 2007a), kanske som ett resultat av rättens otvivelaktiga institutionella styrka. Han menar därmed att denna föreställning missar hur språk och tanke i själva verket fungerar och hur språk får sin betydelse och mening i relation till kontext och omvärld.

Metaforer och tankestrukturer

Metaforer är viktiga för rätten och kanske speciellt i tider med så betydande samhälleliga förändringar som digitalisering och internet representerar. När de kognitiva lingvister George Lakoff och Mark Johnson på 1980-talet studerade och beskrev hur grundläggande metaforer är för vårt tänkande, revolutionerade de inte bara den kognitiva lingvistikens utan även en rad andra områden. Det finns en rad exempel på hur denna metafor-teoretiska skola har influerat även rättsliga studier (Berger 2004; 2007; 2009; Blavin & Cohen 2002; Bröchner et al. 2013; Herman 2008; Hunter 2003; Johnson 1987; 2007a; 2007b; Joo

2001; Lakoff 1987; Lakoff & Johnson 1999; Lakoff & Turner 1989; Patry 2009; Ritchie 2007; Tsai 2004; Winter 2001; 2007), även om det nästan uteslutande är i en nordamerikansk kontext.

Det är troligen fortfarande till stor del så, som Lakoff och Johnson uttryckte det 1980, att det är en allmänt spridd uppfattning att metaforer mest är målande bilder som används som "ett instrument för poetisk fantasi och retorik – som uttryck för extraordinärt, snarare än ordinärt, språk" (Lakoff & Johnson 1980, s. 3).²⁰ Utöver detta brukar metaforerna betraktas som något uteslutande knutet till språkliga konstruktioner snarare än till tankemässiga. Som kontrast till denna minimalistiska föreställning om metaforer så menar (och visar) Lakoff och Johnson att "metaforer finns överallt i vårt vardagsliv, inte bara i språket utan även i tanke och handling. Våra vanliga begreppsmässiga system, enligt vilka vi både tänker och agerar, är i grunden metaforiska till sin karaktär".²¹ Lakoff har även uttryckt det med den svåröversättbara åtskillnaden att metaforer inte bara är en "figure of speech" utan snarare en "figure of thought" (Lakoff 1986), med vilken han vill poängtera metaforers grundläggande konceptuella – hur vi förstår och delar in vår omvärld – betydelse snarare än att de bara skulle ha en betydelse på ordnivå.

Synsättet att metaforer endast är figurativa och tydligt retoriska verktyg som poeter och kanske rent av politiker använder, kan skönjas även i en modern rättslig tradition (till skillnad från i den klassiska retorikens dagar), där användningen av metaforer följaktligen ses med skepsis. En av de stora domarna i amerikansk rättstradition, Benjamin Cardozo (1870–1938), gav uttryck för detta när han i en dom skrev att "metaforer skall hållas kort, för även om de börjar som instrument för att befria tanken så slutar det ofta med att de förslavar densamma" (jfr Berger 2004; Herman 2008; Patry 2009; Winter 2008). Men, som några metaforforskare lite ironiskt påpekat, använder Cardozo själv

20 "... a device of the poetic imagination and the rhetorical flourish – a matter of extraordinary rather than ordinary language".

21 "... metaphor is pervasive in everyday life, not just in language but in thought and action. Our ordinary conceptual system, in terms of which we both think and act, is fundamentally metaphorical in nature."

åtminstone två tydliga metaforer för att beskriva sin poäng – *befrielse* och *slaveri* (Loughlan 2006, s. 215–216). Man kan här också lägga till ”instrument” och ”hålla kort” och konstatera att Cardozo även använder sig av vad som i den kognitionsteoretiska litteraturen kallas ett källa–stig–mål-schema när han refererar till användningen av metaforer som något som har en början och leder till ett slut (Lakoff & Johnson 1999, s. 33).

De studier som mest explicit använder sig av konceptuell metaforanalys för att analysera rätten, exempelvis rättsfall, hittar man framför allt i en nordamerikansk kontext. Linda Berger, som analyserat vårdnadstvister i den amerikanska högsta domstolen utifrån ett metafor- och narratologiskt perspektiv, menar att det finns ”inbäddade kunskapsstrukturer” som påverkar rättsligt beslutsfattande på ett negativt och omedvetet sätt.²² Detta är stundom till nackdel, enligt hennes studie, för individuella familjer som inte är uppbyggda efter en mer traditionellt förankrad bild av hur familjer ser ut. Berger gör vad hon kallar en retorisk analys, i syfte att ”avslöja de symboler och narrativ som påverkar rättsligt beslutsfattande för att sedan konstruera argument som kan övervinna djupt rotade begränsningar, hjälpa individuella klienter och övertyga lagstiftare” (Berger 2009, s. 260).²³ Hon utvecklar detta i relation till den rättsliga normen för ”barnets bästa”:

Den retoriska analysen indikerar att normen för barnets bästa misslyckas med att förklara utfallet av vårdnadstvister, och analysen föreslår att det kognitiva upplägget gällande vårdnadstvister – belamrad med

22 Notera här närheten till narrativ och hur vissa typberättelser ges företräde, vilket kan relateras till diskursanalys. Det impliceras därmed ett högre fokus på maktrelationer, dvs. vem eller vad som har företräde som uttolkare och kan styra uttolkandet. Se här exempelvis Agevalls (2012) användning av ”begripliggörande” (utvecklat från Goffman och Garfinkel) för att använda sig av detta perspektiv i en rättssociologisk kontext kring våldsutsatta kvinnor.

23 ”... uncover the symbols and stories that affect judicial decision-making and then to construct arguments that may overcome deeply rooted constraint, help individual clients, and persuade policy makers”.

omoderna metaforer, förenklade bilder, och ogranskade berättelser – stömdomares förmåga att sköta komplexa och radikala omvandlingar av förälder–barn-relationer. (Berger 2009, s. 260)²⁴

Berger vittnar om hur föråldrade konceptualiseringar av i det här fallet familjerelationer gör att rätten har svårt att på ett tillfredsställande sätt samspela med ett förändrat samhälle och att dessa konceptualiseringar påverkar i det fördolda, utan att uppmärksammas.

Begreppet ”tankestruktur” står i direkt samband med metaforerna och är ett uttryck som jag härleder ur en rad begrepp som jag anser vara på jakt efter liknande bakomliggande tankestrukturella fenomen (Larsson 2011b, s. 65–73). Det handlar i George Lakoffs fall om så kallade ”cognitive spaces” (Lakoff 1987), vilket jag ser som en renodling av den konceptuella delen av de konceptuella metaforerna som Lakoff utvecklat ihop med Mark Johnson (Lakoff & Johnson 1980; 1999). Dessa kopplas till vad Johan Asplund kallar ”tankefigurer”, exempelvis i läsvärda *Teorier om framtiden* (Asplund 1979), som ekar av vad Michel Foucault talar om i termer av ”figures of thought” (Foucault 2001).²⁵ Vidare har den tanketradition av kognitiv lingvistik som Lakoff och Johnson tillhör utvecklats i samspel med begrepp som återfinns hos den franska lingvisten Gilles Fauconnier, som ”mental spaces” (Fauconnier 1985) och konceptuell ”blending theory” (Fauconnier & Turner 2002; Hart 2007). Den betydelse som begreppet

24 ”The rhetorical analysis indicates that the best interests of the child standard fails to explain child custody outcomes, and the analysis suggests that the cognitive setting for custody disputes – cluttered with outmoded metaphors, simplistic images, and unexamined narratives – interferes with the ability of judges to attend to complex and radical transformations of parent-child relationships.”

25 Det finns med andra ord många möjliga inspirationskällor för Johan Asplund när han talar om tankefigurer, där Foucault troligen är den mest tongivande (jfr Asplund 1979). Den teoretiska möjligheten till sammankoppling mellan ”tankefigurer” och de amerikanska kognitionsvetenskapliga teorierna framgår dock på flera plan, så även i Lakoffs artikel ”A Figure of Thought” från 1986.

”tankestruktur” har är inte ny, även om ingångarna kommer från bitvis olika traditioner. Det finns exempelvis en diskussion inom den klassiska retoriken om skillnaden mellan tankefigurer (*figures of thought*) och språkliga uttryck (*figures of speech*) närvarande även hos ovan nämnda Quintilianus (Benson & Prosser 1988, s. 230 f.).

Jag justerar dock begreppet från ”-figur” till ”-struktur” för att poängtera inte bara den slutna enhet som ”-figur” kan leda tanken till, utan för att även påvisa den koppling som finns till de relaterade metaforerna genom vilka tankestrukturen uttrycks. Detta i enlighet med den konceptuella emfas som Lakoff och Johnsons skola av metafor-teori bygger på. Dessa ”tankestrukturer” fungerar som ramar, tankens arkitektur, principer eller föreställningar. De kan vara mer eller mindre medvetna, vara mer eller mindre tydligt uttalade, mer eller mindre explicit beskrivna. Dessa är i sin kommunikativa representation alltid beroende av sin uttrycksform, varför de kan bli mer eller mindre korrekt redogjorda för. De är rimligen, som en följd av sin abstraktion, ofta beroende av metaforer för att uttryckas. Och de kan i så måtto följaktligen härledas genom metaforanalys. Faktum är att ”tankestruktur” i hög grad är en förtingligad metafor. Det finns i en strikt mening ingen ”struktur” på en tanke, vilket leder oss till uppfattningen om metaforers beroende av det kroppsliga och spatiala inom konceptuell metafor-teori.

Den förtingligade rätten

Om vi först härleder vad det konceptuella metafor-teoretiska spåret har för språkfilosofisk förhistoria och utgångspunkt, kan vi diskutera vilken relevans detta har för analysen av rätten. När man läser kognitionslingvistiska texter om hur språk och tanke förhåller sig till varandra, ibland empiriskt belagda, ibland mer teoretiskt utvecklade, ser man ofta likheter i ursprung och ibland specifika referenser till den senare Wittgensteins filosofi, exempelvis gällande språkspel och familjelikheter.²⁶ Det gäller bland annat hur kognitionsvetarna påvisar hur språk-

26 Jfr även Dahlstrands användning av Wittgensteins terminologi i förhållande till rättens logik kontra kränkingsersättnings syfte (2012).

ket är kontextuellt betingat, ofta förtingligt och beroende av en metaforisk överföring av rumsliga och kroppsliga begrepp, och hur exempelvis kategorisering kan gå till (som i Gibbs Jr 2007; Lakoff & Johnson 1980; 1999; Winter 2001; 2008).

Det finns inom den specifika utveckling av lingvistik och kognitionsvetenskap som presenteras här klara länkar till filosofiska spår, inte bara hos nämnde Wittgenstein utan även hos Nietzsche (se exempelvis Kofmans *Nietzsche and Metaphor* 1993) och i den tidiga kunskapssociologi som Karl Mannheim utvecklade (även Nerlich & Clarke 2001, s. 54, ser tydliga kopplingar till tänkare som Nietzsche, Biese och Gerber, i Lakoffs och Johnsons arbete). Lakoff och Johnson poängterar exempelvis själva:

Det torde vara tydligt utifrån denna beskrivning att det inte finns något radikalt nytt i vår version av sanning. Den inkluderar några av de centrala insikterna i den fenomenologiska traditionen, exempelvis förkastandet av epistemologisk fundamentalism [foundationalism], emphasisen på hur kroppen är central i strukturerandet av erfarenheter och upplevelser, och vikten av denna struktur för förståelsen. Vårt synsätt överensstämmer också med några av nyckelelementen i Wittgensteins senare filosofi: familjelikhetens grunder för kategorisering ... och betoningen på mening som något relaterat till kontext och ens egna konceptuella system. (Lakoff & Johnson 1980, s. 182)²⁷

Med angivandet av en viss idéhistorisk förankring öppnar sig frågan hur den kognitiva lingvistikens konceptuella metafor-teori förvaltar och utvecklar denna, och – i linje med bokens syfte – vilken betydelse detta har för rättslig analys.

27 "It should be obvious from this description that there is nothing radically new in our account of truth. It includes some of the central insights of the phenomenological tradition, such as the rejection of epistemological foundationalism, the stress on the centrality of the body in the structuring of our experience, and the importance of that structure in understanding. Our view also accords with some of the key elements of Wittgenstein's later philosophy: the family-resemblance account of categorization ... and the emphasis on meaning as relative to context and to one's own conceptual system."

2. OM METAFORER OCH JURIDIK

Lakoff och Johnson öppnar sitt storverk *Philosophy in the Flesh* (1999) med vad de betecknar som kognitionsvetenskapens tre huvudsakliga fynd:

- 1) Sinnet är till sin natur förkroppsligat.
- 2) Tänkandet är oftast omedvetet.
- 3) Abstrakta begrepp är till stor del metaforiska. (Lakoff & Johnson 1999, s. 3)²⁸

Om man följer tanken vidare från det metaforbundna språket ser man att mycket är konstruktioner också när det gäller hur rättsliga kategoriseringar byggs, även om just tanken om förkroppsligandet innebär att dessa konstruktioner följer vissa mönster (Winter 2001; jfr Larsson 2013d; 2013f). Detta har troligen direkta implikationer även för hur sociala normer uppfattas, efterlevs och kan förstås (Larsson 2013a). Mönstren är dock ofta inte desamma som det Johnson (2007a) kallar en ”objektivistisk” tolkning av begrepp ger för handen (se även Winter 2001).²⁹ Utgångspunkten ligger i att i den process som leder till att något blir bärare av en specifik mening spelar den mänskliga kroppen, dess direkta kontext och det rumsligt spatiala en viktig roll (Johnson 1987; Lakoff 1987; Lakoff & Johnson 1999; Larsson 2011b; 2013d;

28 ”The mind is inherently embodied. Thought is mostly unconscious. Abstract concepts are largely metaphorical.”

29 Ett exempel kan hämtas från den svenska regleringen om kränkningersättning, som nyligen varit föremål för rättssociologisk analys (Dahlstrand 2012). När det gäller värderingen av det icke-ekonomiska skadevärdet som en kränkning utgör, ska denna enligt lagstiftaren vara baserad på de förhärskande etiska och sociala värderingarna i samhället och därmed bestämmas på objektiva grunder (Dahlstrand 2012, s. 155, not 716). Det finns, som Dahlstrand påpekar, något av en paradox i att bedömningen både ska vara skönsmässig och att den ska vara grundad i och spegla en ”objektiv” verklighet. Det sistnämnda är av extra relevans i förhållande till rättens ”förtingligande”, dvs. hur denna ”objektiva” verklighet uttrycks, kategoriseras och tolkas i ett rättsligt sammanhang, något som kan vara betydligt mer värdeladdat än vad som uttrycks.

2013f; Gibbs Jr 2007). Detta beroende kan beskrivas med den amerikanska rättsliga metaforforskaren och professorn Steven L. Winters ord:

Tänkandet är inte i första hand språkligt och propositionellt, utan förtingligt och föreställningsbaserat; språk är varken helt godtyckligt eller helt socialt beroende, utan baserat på förtingligandet och motiverat av våra interaktioner med den fysiska och den sociala omgivningen. (Winter 2001, s. 47)³⁰

Dessa kunskaper ifrågasätter den ofta förgivettagna kategorisering som uttrycks rättsligt, vilket går på tvärs med det Johnson uttrycker, nämligen att såväl enkla begrepp som ”abstrakta koncept inom moral, politik, vetenskap, religion och rätten har komplicerade interna radiella strukturer och uppvisar vad som är känt som ’prototypikalitetseffekter’” (Johnson 2007a, s. 848–849).³¹ Huvudpoängen för Johnson med att använda sig av kognitionsvetenskapens teoribildning i studiet av rätten ligger i att han anser att denna rättsliga ”objektivistiska” självbild baseras på en felaktig förståelse för hur tänkande och språk fungerar (Johnson 2007a, s. 847). Denna poäng, i förhållande till rättens förtingligande, har Winter utvecklat i *A Clearing in the Forest* (2001).

För ett så abstrakt samhällsfenomen som rätten är det snarare så att behovet av metaforer är större än någonsin. Vi måste ”förtingliga” och ”förkroppsliga” rätten för att kunna prata om den, förstå den. För att kunna tänka på den och om den. Winter menar till exempel att rätten ständigt befinner sig i en beroendeposition som kräver ett objektgörande, en reifiering där vi kommer att tala om rätten som något fysiskt (2001; 2008). Det märks inte minst i tydliga metaforer

30 ”Thought is not primarily linguistic and propositional, but embodied and imaginative; language is neither entirely arbitrary nor merely socially contingent, but grounded in our embodiment and motivated by our interactions with the physical and social world.”

31 ”... abstract concepts in morality, politics, science, religion, and law, have complicated internal radial structures and exhibit what are known as ’prototypicality effects’.”

som "lagens långa arm", men även i något mindre tydliga, som att vi "bryter mot" lagen, vi vill motverka "överträdelser" och rättsliga "klavertramp" och tar "lagen i egna händer" och skriver under "bindande" kontrakt. Vi lånar ideligen från den fysiska världen, från tingen och kroppen, för att beskriva och prata om det abstrakta (dvs. inte kontraktet i sig utan "bundenheten"). Och det är här en vaksamhet på hur vår egen förståelse byggs kan bidra till den rättsliga analysen och rättssociologiska eller "rättskognitivistiska" förståelsen av rätten. Många av byggstenarna för hur detta går till, även för än mindre uppenbart metaforiska begrepp, kan man finna i den kognitiva lingvistik, men också i symbol- och språkinriktad rättslig (kritisk) diskurs som nämnts ovan.

Ett något räddhåget motargument är tänkbart här. Om det är så att det objektiva definierandet inte är ett så definitivt instrument som man skulle kunna tro, betyder det att begrepp och metaforers betydelse kan konstrueras precis hur som helst? Med andra ord, om betydelser är konstruerade, vad är det då som hindrar att en total relativism lägger sig över allt begreppsligt meningsskapande? Enligt nämnda metafor-teoretiska skola är det just förtingligandet som hindrar den totala relativismen. Det borde betyda att extremare former av socialkonstruktionism inte innehåller samma ontologiska förutsättningar som den konceptuella metafor-teoretiska (Hart 2007). Å andra sidan betyder det också att en mer "objektivistisk" dogmatisk approach till rätten i så fall ersätts med andra typer av begränsningar än vad som oftast förutsätts. Steven L. Winter konstaterar att "faktiskt undersökande av rättsliga metaforer – hur de fungerar, uppstår, hur de blir meningsfulla och övertygande för oss som förtingligade (*embodied*), socialt situerade människor – visar att det motsatta är sant: metaforer är både följden av och förtingligandet av begränsningar" (Winter 2007, s. 897).³² Winter sammanfattar det hela:

32 "Actual examination of legal metaphors – how they work, how they come to be, how they come to be meaningful and persuasive to us as embodied, socially-situated human beings – shows that just the contrary is true: metaphor is both the product and embodiment of constraint."

- a. Metaforiskt tänkande är strukturerat och systematiskt.
- b. (Rättsliga) metaforiska begrepp är för sin koherens och för att vara övertygande beroende av motiverande sociala kontexter som bygger deras mening.
- c. Rättslig förändring (liksom stabilitet) beror på, och är därför begränsad av, de sociala praktiker och former av livsföring som ger rätten dess form och mening. (Winter 2007, s. 897)³³

Ovanstående försäkrar att rättsliga metaforer inte öppnar upp någon dörr för att vad som helst kan intolkas eller socialt konstrueras kring ett begrepp. Tvärtom, meningsskapandet är i allra högsta grad en konsekvens av begränsningar, men detta meningsskapande kan avslöja andra och dolda värden som följer med rättsliga imperativ än vad en strikt rättslig tolkning av gällande rätt skulle ge vid handen – i likhet med socialkonstruktionistiskt förankrad diskursanalys. Här kan andra mönster av strukturerade betydelser dyka upp, som nämnda Linda Berger visar i amerikanska vårdnadstvister (2009). Detta innebär även att det finns en viktig inneboende aspekt som har att göra med ett beroende av en social kontext när det gäller rättslig tolkning. Det blir också en förklaring till på vilket sätt social förändring utgör en oerhörd rättslig utmaning, eftersom tankestrukturella och språkligt bundna tolkningsramar kan förändras och rätten därmed framstå som alltmer apart i det specifika fallet. Winter använder med andra ord det lingvistiska och kognitionsvetenskapliga perspektivet för att stärka bandet mellan rätten, sociala praktiker och beteende genom att visa hur det rättsligt abstrakta språket i grunden är förtingligat.

Ur ett digitaliserings- och samhällsförändringsperspektiv blir det rimligen oerhört intressant att fundera över implikationen av att ”metaforen är både följderna av och förtingligandet av begränsningar”, som Winter påpekar. Vad händer med koncepten när begränsning-

33 ”a. Metaphorical thought is actually orderly and systematic in operation; b. Metaphorical (legal) concepts depend for their coherence and persuasiveness on the motivating social contexts that ground meaning; c. Legal change (no less than stability) is contingent on, and therefore constrained by, the social practices and forms of life that give law its shape and meaning.”

arna och förutsättningarna snabbt förändras? Finns det gränser för hur betydelser kan sträckas ut? Kan en specifik metafor komma att upplevas som falsk?

Även om det skulle betyda att det inte finns någon absolut relativism i hur begrepps mening skapas så finns det å andra sidan en enorm frihet för den som medvetet kan använda sig av olika metaforer för att i någon mån styra hur ett specifikt fenomen förstås (Graver 2008; Høedt-Rasmussen & Gabrielsen 2012).³⁴ Detta är en av retorikens huvudpoänger, och även här framgår det hur relevant det är inte bara för debatterande utan även i mindre uppenbara rättsliga sammanhang; till exempel i förhållande till hur lagstiftning utvecklas och ”läses in” (Larsson 2011a; 2011c; jfr kapitel 4 nedan), hur domare dömer baserat på en narrativ förförståelse (Berger 2009) och hur även rättsliga kategorier kan förleda och styra (Johnson 2007a; Winter 2001).

Metaforkluster och rätten

När man studerar en specifik metafor som är en del av ett större kluster, kan dess mönster även vara relevant över gränsen till den rättsliga domänen. Som exempel kan anges att även om några av medlemmarna i samma kluster är explicit uttryckta i rätten, kan de hänga samman med andra medlemmar i samma kluster som inte betecknas som rättsliga (om metaforkluster, jfr Larsson 2011b; Loughlan 2006). Dock, eftersom de ingår i samma konceptuella mönster spelar de en meningsbärande roll för varandra. Man kan uttrycka det som att de upprätthåller och bidrar till varandras meningsfullhet. I linje med detta gäller att om de

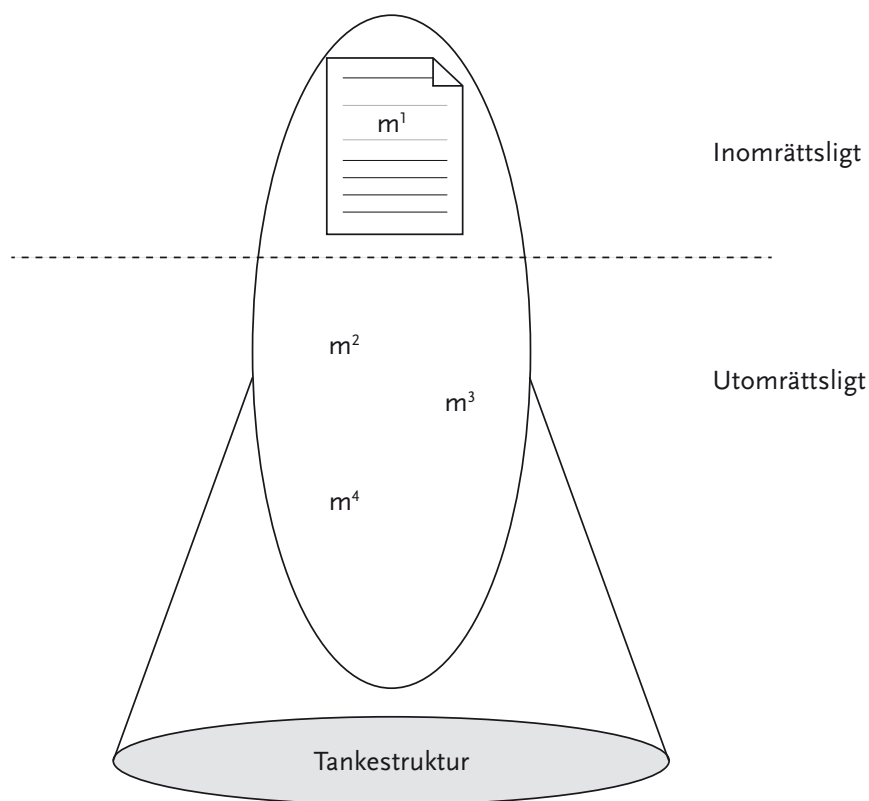
34 Ett konkret exempel är den svenska ”pigdebatten” vid mitten av 1990-talet, som Ellinor Platzer har gjort en rättssociologisk analys av (2004). Debatten och den politiska striden handlade om ”hushållsnära tjänster”, dvs. frågan om professionalisering av t.ex. städuppgifter i folks hem. När denna mer eller mindre neutrala benämning belades med det från förr välbekanta begreppet ”piga”, färgades fenomenet med konnotationer kring hierarkier och klass. Retoriskt sett var detta en oerhörd seger för den sida som var emot den typen av tjänster, vilket visar på hur starkt metaforer styr hur ett fenomen konceptualiseras.

medlemmar i klustret som finns utanför rätten är allmänt accepterade som rimliga och meningsfulla så kommer dessa troligen också att bidra till att de inomrättsliga också upplevs som rimliga och meningsfulla.

I min rättssociologiska avhandling studerar jag och gör en analys av upphovsrätten, där jag visar att termen ”exemplar” (”copy”, som i ”copyright”) i upphovsrätten har blivit metaforisk, dvs. den har förändrats i betydelse vid övergången till att reglera även de digitala fenomen som vi nu också kallar ”exemplar” (se Larsson 2011b, s. 101–104; Larsson 2013b). Samverkan av flera äganderättsknutna metaforer (exemplar, stöld, intrång) bidrar till att styrka föreställningen om att upphovsrättigheter kan likställas med äganderätten till exempelvis en fastighet (Larsson 2011b, s. 94–98; Herman 2008) och ingår i vad immaterialrättsforskaren Debora Halbert kallat för ”immaterialrättens språkspel” (Halbert 2014b, s. 13). Det är ett exempel på hur en metafor inom lagen kan stärkas i sin mening av andra metaforer som hänger ihop i samma kluster för att de är uttryck för samma föreställning eller tankestruktur (*conception*). En slutsats i avhandlingen blir därmed att föreställningar om verkligheten som dominerade när upphovsrätten växte fram inte stämmer överens med föreställningar som råder idag, vilket är ett sätt att förklara den svaga sociala normen för upphovsrättens efterlevnad (påvisad i Svensson & Larsson 2012). I korthet kan man uttrycka det som att språket styr vårt sätt att tänka och att digitala företeelser begränsas av analoga beskrivningar. Den som kan styra över språket kan även i någon mån styra över rätten, vilket även leder till att upphovsrätten – i vart fall i någon grad – blir en maktkamp med metaforer. Upphovsrättens konceptuella inlåsning och bakåtblickande är delvis en följd av vilka inneboende metaforer som är tongivande, något som på intet sätt är signifikativt enkom för upphovsrätten.

En generell formulering av klustermodellen kan vara följande: om en inomrättslig metafor (m^1 i figur 2) kan härledas ur en tankestruktur (tankestrukturen i botten av figur 2), leder detta troligen till att även andra – utomrättsliga – metaforer (m^2 , m^3 och m^4 i figur 2), konstruerade utifrån samma tankestruktur, blir meningsbärande i förhållande till den inomrättsliga metaforen. Dessa kan då användas i argumenterande syfte för att förstärka den inomrättsliga metaforens rimlighet

2. OM METAFORER OCH JURIDIK



Figur 2: Modell över metaforkluster i rättsliga sammanhang, som visar hur utomrättsliga metaforer kan bidra till att inomrättsliga metaforer uppfattas som meningsfulla.

och meningsfullhet. Här kan vi återkomma till det i inledningen nämnda exemplet med konceptualiseringen av prostitution som "sex är handel". Denna tankestruktur möjliggör därmed att en rad metaforer blir meningsfulla utifrån samma underliggande tankestruktur, som "köp", "säljare" och "handel", för att prata om och debattera prostitution. Johanna Niemi menar i anslutning till det här exemplet att det för med sig en negativ aspekt av att tona ner eller i viss mån dölja det klandervärda i handlingen, vilken Niemi hellre talar om i termer av "utnyttjande" och "tvång" (Niemi 2011). Hennes exempel visar hur tanke och språk tillsammans kan styra både debatt och rättstillämpning men också lagstiftande, som därmed blir baserat på en möjlig tankestruktur framför en annan möjlig tankestruktur.

Diskussion – metaforteori och rättslig analys

De kognitiva lingvisterna har visat att språk, och speciellt det som beskriver abstraktioner, i grunden är metaforiskt (Lakoff & Johnson 1980; 1999), och i detta kapitel visar jag att de tankestrukturellt inramande aspekterna av detta metaforiska språk är av oerhörd betydelse för den språkbundna rättsliga analysen om man vill förstå dessa underliggande tankestrukturer. Analys av metaforer kan med andra ord bidra till att dekonstruera de tankestrukturella ramverk som ryms bakom (de rättsliga) metaforerna. Genom att medvetandegöra oss om det abstrakta språkets metaforiska karaktär, framkommer också hur rättsliga statuter beskriver viktiga aspekter av vår sociala verklighet som inte kan reduceras till rent inomdogmatiska förhållningssätt till rättslig argumentation (Winter 2008; 2012). Detta är den kognitiva teorins rättssociologiska och rättsvetenskapliga relevans.

En poäng med den metaforteoretiskt förankrade analysen av rätten ligger därmed i att undvika att helt styras av den rättsliga institutionens egen styrka och förmåga att kunna styra tankestrukturer och konceptuella ramverk. En risk med att studera rätten överlag är att forskaren kan bli alltför påverkad av styrkan i den juridiska institutionens egna språk, begreppsbildning och – bruk av metaforer. Det är därmed viktigt att inte låta det dogmatiskt rättsliga fältet kontrollera de tankestrukturer som i sin tur bygger upp forskningsmetod och forskningsteori eftersom ett sådant förhållningssätt vore alltför okritiskt. Om så skulle vara fallet kommer forskningsresultatet aldrig att kunna bryta sig loss från hur verkligheten är uppbyggd inom det rättsliga området, med dess inneboende konceptualiseringar och metaforbildningar. Johanna Niemi-Kiesiläinen et al. beskriver behovet av att skapa avstånd från juristernas metoder för textläsning och från det faktum att den ”objektiva” och neutrala stil som juridiska texter ofta har också tenderar att maskera deras diskursiva och konstruktiva natur (Niemi-Kiesiläinen et al. 2007, s. 81; se även Larsson 2014d). Detta har med rättens institutionella styrka att göra. Denna institutionella styrka är, enligt Reza Banakar, ”manifesterad genom sin professionella förmåga att presentera sin fragmenterade kropp, som består av en mängd språkspel, i termer av en monolitisk diskurs kretsande runt

en esoterisk massa av materiell rätt” (Banakar 2003, s. 142).³⁵ De två citaten, som klingar av Foucault respektive senare Wittgenstein, visar på hur starkt autonoma institutioner kan låta sin självbild påverka aktörer som befinner sig utanför institutionen. Exempelvis visar rättssociologen Susanna Johansson hur den straffrättsliga domän som polis och åklagare representerar i fallet Barnahus med organisatorisk samverkan med andra discipliner tenderade att ta över och i viss mån kolonisera övriga discipliner (Johansson 2011a; 2011b). Banakar beskriver även hur rättens ”sanning”, som den förstås och presenteras av rättens ”inomrättsliga” aktörer, placeras framför ”utomrättsliga” aktörers beskrivning av rätten (Banakar 2003, s. 149). Konceptuell metaforanalys kan ses som ett detaljerat komplement – med annan teoretisk bakgrund – till diskursanalys. Även om båda framhäver ett visst mått av social konstruktion så leder teorin om förtingligande inom konceptuell metaforteori till en begränsning i graden av konstruktivism (Larsson 2013f). Johan Asplunds tankefigurer, som bidragit till det begrepp om tankestrukturer som förs fram här och i Larsson (2011b), refererar specifikt till Foucaults diskurser och placerar sig som entiteter som kan ingå i en diskurs och stödja den (Asplund 1979). Man kan därför uttrycka det som att tankestrukturer och metaforer kan bidra till upprätthållandet av en diskurs. Man bör inte i alltför starka ordalag påpeka skillnaderna, eftersom syftet med båda sidors teoretiska koncept i mycket är likvärdigt; att visa på konstruktioner, påvisa alternativa vägar, att språket spelar en avgörande roll för hur vi uppfattar förhållanden. Den stora skillnaden ligger troligen i att maktaspekten är mycket tydligare uttalad inom diskursanalys, även om påvisandet av maktrelationer inte på något sätt är oförenligt med konceptuell metaforanalys (Larsson 2011b, s. 27; 2013a; Lakoff & Johnson 1980, s. 159 f.).

Om vi anlägger ett perspektiv gällande rättslig förändring och relation till samhällets förändring är exemplet med digitalisering relevant för att visa på en tydlig och snabb samhällelig förändring som innebär en enorm rättslig utmaning. Detta kapitel konstaterar inledningsvis att metaforiska processer spelar en viktig roll i sammanhanget och är ett

35 ”Manifested by its professional ability to present its fragmented body, which consists of a variety of language games, in terms of a monolithic discourse centring around an esoteric body of substantive law.”

intressant fält för fortsatta rättsvetenskapliga och rättssociologiska studier.³⁶ Man kunde här förslagsvis tala om en *kognitiv rättssociologi* eller *kognitiv rättsvetenskap*, i syfte att närma sig inte bara betydelsen av konceptuell metafor-teori för rättssociologi utan även andra inriktningar, som den mer neurologiskt inriktade appellen för ”kognitiv jurisprudens” som Goodenough och Decker (2008) för fram, den socialpsykologiskt inspirerade ”situerade kognition” som Svensson för fram (2008; se även Svensson & Larsson 2012) eller konceptuell ”blending theory” som Fauconnier och Turner utvecklar (2002; se även Hart 2007).

Centralt för denna bok är övergången från ett analogt till ett digitalt förankrat samhällssystem. Med allt vad det innebär av förändring av sociala mönster, arbetets organisation, politik och demokrati, skapande och reproduktion – och inte minst rättens roll – kommer de mentala bilderna, metaforerna och deras bakomliggande föreställningar att ömsom ställas på ända, ömsom ligga kvar. För att även förstå sociala normer och beteendemässiga förändringar i vardande, och de rättsliga och politiska utmaningar det innebär, behöver vi bättre förstå hur språk, mening och rätt är relaterade. En del rättsliga metaforer fungerar bra i den nya kontexten, en del sämre, och man bör inte tillåta sig att vara så pass inkörd i tidigare tankemönster att man inte mår med att befria sig från autonomt starka rättsliga institutioners tolkning av samhällsfenomenen. Samtidigt handlar det alltså inte om att försöka uppnå ett mindre metaforbundet rättsligt språk, utan snarare om att omsorgsfullt välja metaforer som fungerar väl ihop med samhällets förändrade förutsättningar.

36 Exempelvis gällande ägandets representation. Johnson (2007a) framhåller ägandets (*property*) metaforiska karaktär utan att för den skull gå vidare till att analysera immaterialrättens (*intellectual property*) ofta äganderättsliga anspråk – som ytterligare utmanas och utsträcks i en digital värld. För att bara peka i en riktning som kunde sammanföra vikten av metaforanalys med traditionell rättssociologi kan paralleller här dras till Karl Renners klassiska studie om äganderättens oförändrade reglering i övergången mellan två vitt skilda samhällsformer i 1800-talets Västeuropa (1949) – en analys jag gjort i en annan framställning (Larsson 2014c).

Slutsatser

Det huvudsakliga syftet med detta kapitel är att visa hur kognitiv teori gällande metaforer och tankestrukturer kan justeras och sammanjämkas med valda delar av sociologisk och samhällsvetenskaplig teori, i syfte att bidra till rättslig analys och en bredare rättsvetenskaplig eller rättssociologisk förståelse av rätten. Kapitlet betonar därför vikten av en metaforanalys för att kartlägga de underliggande tankestrukturer som konstruerar en specifik rättslig norm. Detta betyder i sin tur att rättsliga imperativ kan studeras i extrem detalj, och troligen att exempelvis konflikter mellan sociala och rättsliga normer bättre kan förstås i ljuset av tankestrukturella underliggande konflikter. Utgångspunkten är att de explicita metaforerna kan avslöja vilka tankestrukturer dessa är grundade på (se även Larsson 2011b; Larsson & Hydén 2010). Tankestrukturer fungerar som kognitiva ramverk som kontrollerar gränsdragningarna för de uttryckta ytfenomen som metaforerna kan utgöra. Det är också därför tankestrukturen som analytiskt begrepp fokuseras vid sidan av metaforbegreppet som ett underliggande fenomen som kan avslöjas eller eftersökas i de metaforer som den konstruerar. Tankestrukturen är i det här fallet inte vad som syns explicit i en reglering, men den kan utgöra det konceptuella fundament som en reglering är konstruerad utifrån eller kring.

En viktig poäng med den fundamentala betydelsen av metaforernas plats i tanke och språk ligger i att vi oftast pratar och tänker utan att vara medvetna om metaforerna. Och en bokstavlig mening har inte något företräde framför en metaforisk. Det sker, med andra ord, automatiskt (Glucksberg 2008). När metaforer inte uppfattas som metaforer kommer också den underliggande tankestrukturen att upplevas som det enda meningsfulla alternativet rörande en specifik reglering. Detta leder rimligen till att efterföljande rättsliga revisioner också kommer att ramas in inom samma dominerande tankestruktur, oavsett vilka motargument som presenteras. En väg runt denna konceptuella inlåsning, som kan ha en rad negativa följder och rent av innehålla verklighetsfrånvända inneboende aspekter, är att analytiskt visa på inlåsningen genom att dekonstruera de metaforer som reproducerar

den, vilket jag visar i kapitel 4 och 5 nedan (jfr Larsson 2011b).

Detta kapitel lyfter fram betydelsen av att se rätten som något förkroppsligat och förtingligat, dvs. beroende av lån från en ofta fysisk, kroppslig eller spatial förståelsegrund. Den ontologiska konsekvensen blir därmed att en total relativism inte är vid handen, precis som att en mer ”objektivistisk” eller rationalistisk bestämning av kategorier inte heller tycks vara helt empiriskt korrekt, sett från den kognitionsvetenskapliga konceptuella metaforteorins presentation av hur kategorier och deras inneboende representanter bestäms. Det finns dock anledning att i nästkommande kapitel fördjupa sig än mer i de erfarenhetsbaserade konceptuella byggstenar med hjälp av vilka vi förstår och beskriver vår tillvaro. Ovan nämnda och utvecklade metaforklustermodell betyder att vissa metaforer är del i samma konceptuellt förankrade kluster, som relaterar till samma underliggande tankestruktur. Konsekvensen av detta är att en metafor kan bidra till meningsbygandet av andra metaforer, om de är del i samma kluster. Detta betyder också att rättsligt inkluderade metaforer kan få argumentationsmässigt, retoriskt och meningsbyggande bistånd även från utomrättsliga metaforer. Omedvetenhet om de rättsliga begreppens konceptuellt styrande karaktär kan bidra till inlåsningskonsekvenser i rättslig utveckling, dvs. att de inneboende begreppens etablerade och styrande form kan hindra lagstiftning att anpassa sig till ett föränderligt samhälle.³⁷

Innan vi explicit ägnar oss åt upphovsrättens utmaningar och inlåsningsningar i kapitel 4 och 5 behöver jag visa på rättens behov av ”förtingligande”. Det ligger, kort sagt, något styrande och betydande i det faktum att abstrakta fenomen som rätten och juridik är beroende av att förstås via lån från något annat, något som egentligen uppfattas som konkret eller rumsligt.

37 Se även om standardiseringsprocesser och rätten i Gillette (1998), vilket jag i en annan framställning har redogjort för rörande upphovsrätten (Larsson 2011a; 2011c).

3. Hur den abstrakta rätten förtingligas

Genom att beskriva rättens beroende av kontext och rumsliga och kroppsliga relationer i termer av förtingligande, uttrycker jag i detta kapitel en kognitionsvetenskaplig inriktning med relevans för ett bredare rättsvetenskapligt perspektiv på rättslig analys.³⁸ Jag har redan introducerat förtingligandets funktioner i föregående kapitel eftersom jag ser dessa som centrala för förståelsen av begreppens betydelseförskjutningar i tider av samhällelig förändring. Jag visar därmed, inte minst genom en rad exempel, på de begreppsliga lånens oundviklighet för rättsliga abstraktioner. Som nämnts har vi ett behov av att reifiera rätten för att tala om och tänka på den, men samtidigt kan man genom att bli mer medveten om dessa processer undvika vissa fallgropar och i någon mån påverka processen. Vi talar med andra ord om rätten som kropp, rumsliga relationer och kontext för att förstå den. Jag uppmärksammar därmed att det i rätten finns en "ontologisk politik" som inte bara föreskriver vilka handlingar som är rättsligt legitima utan även i någon mån innefattar föreställningar om hur världen är och bör ordnas. Därigenom blir frågan om makt i förhållande till rättsliga koncept en naturlig följd. Den aktör som kan påverka rättens förtingligande och val av vilka be-

38 Det här kapitlet bygger i mycket på en artikel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* som 2013 publicerades under titeln "Rätten som rum, kropp och kontext: Det konceptuella förtingligandets rättsvetenskapliga relevans". Ett liknande tema finns även i den engelskspråkiga artikeln "Justice 'Under' Law – The Bodily Incarnation of Legal Conceptions Over Time", som under 2013 publicerades i *International Journal for the Semiotics of Law*.

greppsliga lån som görs kommer även att kunna påverka hur ett specifikt fenomen förstås och därmed regleras. Slutligen diskuterar jag, som en följd av rättens kontextuella beroende, hur rättslig ”konceptuell inlåsning” kan förstås i termer av kontextuell eller samhällelig förändring.

Nyckelord: Förtingligande, förkroppsligande, konceptuella metaforer, ontologisk politik, rättsvetenskap, rättssociologi, kognitionsvetenskap, rätten, makt, samhällsförändring.

Inledning och syfte

Detta kapitel fortsätter att teckna en del av den kognitiva lingvistikens nytta för rättsvetenskapen i bred mening med ett specifikt fokus på kontexten, rummet och tingen som fundament för rättslig mening. Detta utgör en fördjupning av föregående kapitel, som något mer översiktligt behandlade (de konceptuella) metaforernas roll för rätten. Man kan konstatera att det inte är ett vanligt nordiskt rättsvetenskapligt tema, även om Hans Petter Gravers retoriska perspektiv på rätten är influerat av samma kognitionsvetenskapliga teorier, vilket jag återkommer till nedan (Graver 2007; 2008; 2010; se även Mattsson & Larsson 2015). Om man ser till den svenska civilrätten så har jag tillsammans med en kollega bland annat studerat hur dolda tankestrukturer påverkar domstolens dömande (Mattsson & Larsson 2015). Vi analyserar hur t.ex. djur förstås antingen i termer av individer med rättigheter eller i termer av varor som kan vara trasiga och betraktas som felaktiga i sig. Vi studerar även hur tid förstås, exempelvis i en rad domar som har att göra med hur fritid bedöms och värderas i Högsta domstolen.

I föregående kapitel föreslog jag en ”kognitiv rättssociologi” eller ”kognitiv rättsvetenskap”, bland annat i syfte att förklara vad jag där kallar rättens ”konceptuella inlåsnings” i tider av samhälleliga förändringar (Larsson 2011a; 2012c; kapitel 4 nedan). Jag gör detta i samma anda som den amerikanske rättsfilosofen Mark Johnson (2002; se även 2007a) när han talar om en ”rättens kognitionsvetenskap”.³⁹

39 ”Cognitive science of law”.

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

Han gör detta med anledning av en läsning av Steven L. Winters *A Clearing in the Forest*, där Winter anammar den del av kognitionsvetenskap som Lakoff och Johnson i mycket har satt agendan för, i syfte att utröna vad den betyder för studiet och förståelsen av rätten och det rättsliga (Winter 2001). Alldeles oavsett om man tycker att det föreslagna temat kunde breddas från "rättssociologi" till "rättsvetenskap", vilket jag gör här, så behandlar jag i nämnda artikel rättens behov av att objektifieras, dvs. talas om och tänkas på i termer av "ting" och spatiala relationer, alltså en typ av specifik kontextbundenhet som har att göra med vårt beroende av att använda oss av en rumsligt, kroppsligt/materiellt och socialt förankrad förståelseram för att förstå rättsliga abstraktioner. Detta som en del i det vidare fältet konceptuell metafor-teori och rättslig analys. Det finns här en del ytterligare att tillägga som inte utvecklades i kapitel 2 ovan.

Först ska sägas att det finns två huvudsakliga utvecklingslinjer inom kognitionsvetenskapen. Den ena, som Johnson kallar "den första generationens kognitionsvetenskap" (2007a, s. 846) för att visa på en utveckling till den kognitionsvetenskap han själv företräder, växte fram ur 1950-talets datorexperimentering och tankar om artificiell intelligens. Den föddes enligt Johnson ur föreställningar från en tidig informationsprocesspsykologi, analytisk filosofi som fokuserar språk och generativ lingvistik (2007a, s. 846). Litteraturvetaren N. Katherine Hayles (1999) vittnar om denna dualitet i synen på kroppen – köttet – i förhållande till informationen. Mycket av cyberpunklitteraturen följer denna "första generationens" kognitionsvetenskap i det att det kroppsliga är helt underordnat det dematerialiserade sinnet. Mentala kapaciteter ses där ofta som något kopierbart, vilket även leder till en transhumanistisk föreställningsvärld snarare än en posthumanistisk. Den senare argumenterar Hayles för, i linje med den "andra generationens" kognitionsvetenskap som Lakoff och Johnson företräder. Enligt denna andra generations kognitionsvetenskap är, enligt Johnson, sinnet och tänkandet avhängigt förtingligande och kontext (2007a, s. 846), och han redogör för att forskningen i denna andra skola visat att förståelse, resonering och konceptuella processer grundas i kroppsliga erfarenheter och mönster som är beroende av perception och rumslig

uppfattning. I detta kapitel fokuseras i linje med detta juridikens och rättens beroende av det kontextuella, det rumsligt spatiala och det materiella. Kort sagt, vad förtingligandet betyder för den rättsliga analysen.

Utveckling och specificering

Det finns några rättsvetare, framför allt i en nordamerikansk kontext, som är starkt inspirerade av den kognitiva lingvistik som George Lakoff och Mark Johnson banade väg för med *Metaphors We Live By* (1980). Debatten om den roll som språket spelar för rätten och rättsliga begreppsliga processer är inte ny, men den vinkel som relativt nya fynd inom kognitionsvetenskapen för med sig är långt ifrån färdigutredd. Anthony G. Amsterdam och Jerome Bruner (2002, s. 165 f.) tar upp vad detta betyder ur ett retoriskt perspektiv, på ett liknande sätt som nämnda Hans Petter Graver, bland annat genom att påvisa det dubbla i att, med Gravers ord, "[r]etorikk er både ensidig overtalelse og fornuftsøkende diskusjon" (2008, s. 43). Detta kan även jämföras med Lakoffs analys av politisk retorik (2004, s. 114), där han konstaterar att "frames trump facts", vilket möjligen inte är exakt översättningsbart men ger uttryck för att beroende på hur man lyckas rama in en debatt eller diskurs påverkar detta vilka argument som blir meningsfulla, gångbara och legitima. Det är emellertid det förståelseformande elementet jag fokuserar i denna framställning, dvs. att hur vi konceptuellt betecknar ett fenomen avgör hur vi förstår fenomenet, vilket inte på något vis behöver vara ett uttryck för en medveten process eller ingå i någons försök att enligt den klassiska retorikens devis "övertala" någon. Mark Johnson kommenterar Winters *A Clearing in the Forest* (2001) i termer av att den sistnämnde "utforskar hur ny empirisk forskning från kognitionsvetenskapen ger oss en ny förståelse av rättslig begreppslogik som förkroppsligad, situerad och imaginativ" (Johnson 2002, s. 951).⁴⁰ En central fråga i samband med förtingligandet av rätten blir då, enligt Johnson:

40 "... explores the way recent empirical research from the sciences of mind gives us a new understanding of legal reasoning as embodied, situated and imaginative".

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

[h]ur förkroppsligade organismer som vi, som ständigt interagerar med våra fysiska, sociala och kulturella miljöer, kan stifta lagar och instifta juridiska institutioner som samtidigt begränsas av vårt förkroppsligande och samtidigt är fantasifulla, kreativa och flexibla i sin tillämpning på våra ständigt föränderliga upplevelser. (2002, s. 951)⁴¹

Detta innebär att en utmaning ligger i att förstå hur en formellt fastställd entitet som rätten i sina språkliga uttryck och till sitt huvudsakliga innehåll, i sitt meningsskapande relaterar till en (delvis) fluktuerande kontext, bestående både av sociala relationer, mänskliga subjekt och fysisk infrastruktur, i dess vidaste bemärkelse. Winter är en av dem som hävdar att rätten är ett abstrakt socialt fenomen, som därigenom är i ett enormt behov av metaforer för att uttryckas. Winter hävdar att rätten ständigt befinner sig i ett beroendeläge som kräver objektifiering, ett förtingligande, där vi talar om rätten som något fysiskt (2001; 2008). Detta är särskilt märkbart i figurativa metaforer nämnda ovan, som ”lagens långa arm” (Berger 2009, s. 262–266) och att ”ta lagen i egna händer”, men kanske något mindre uppmärksammat metaforiskt i hur vi ”bryter mot lagen” (Winter 2001), ingår ett ”bindande” avtal (Larsson 2012c) eller gör ”intrång” när vi delar datafiler som vi inte har tillstånd att dela (Herman 2008). Vi talar ibland om en *corpus juris* – den rättsliga kroppen – och här någonstans är det dags att börja teckna vidden av detta metaforiska beroende som det rättsliga förtingligandet innebär (Larsson 2011b, s. 64–65; 2012b; Winter 2001, s. 334).

Om vi tittar på några rättsliga formuleringar för att exemplifiera, kan vi börja med en av de svenska grundlagarna, regeringsformen (1974:152; RF). När det i 1 § RF anges att ”[d]en offentliga makten utövas under lagarna” så görs detta med den rumsliga referensen ”under”, som kräver någon form av kontextuell förståelse för sin tolkning (jfr Larsson 2013d). Hela ”statsskickets grunder” (1 kap. RF) är över

41 ”... how embodied organisms like us, interacting continually with our physical, social, and cultural environments, come up with laws and legal institutions that are at once constrained by our embodiment and at the same time are imaginative, creative, and flexible in their application to our ever-changing experience”.

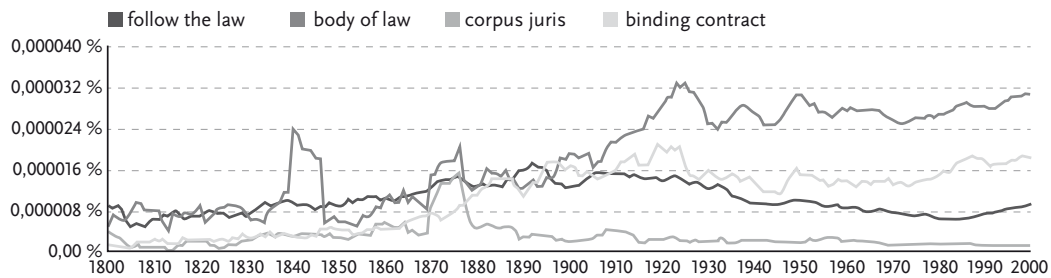
huvud taget ett starkt metaforiskt tecknande av en spatial byggnad, en i någon mån hierarkisk fysisk struktur som tornar upp sig, vilket även tydligt tecknas i hur den "svenska folkstyrelsen *bygger på* fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt" (1 § RF, min kursivering) såväl som i uttrycket "grundlag". Om vi fortsätter med avtalslagens (1915:218) första paragraf kan man där utläsa: "Anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare, efter ty här nedan i 2–9 §§ sägs, bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret."⁴² Både "slutande" och "bindande" är metaforer, och den första är beroende av en referens till en spatial relation, en åtskillnad mellan något innanför och något utanför, medan den senare ligger väldigt nära en källdomän som har med rep att göra och därmed är fysiskt betingad.

I en studie (Larsson 2013d) av hur rätten har förståtts och förtingligats i den engelskspråkiga delen av världen mellan 1800 och 2000, publicerad i *The International Journal for the Semiotics of Law*, argumenterar jag för att vi inte kan föreställa oss rättvisa utan ett förtingligande. Rätten är helt enkelt beroende av att vi förstår den i termer av något annat. Detta studerade jag över tid i nämnda studie genom att använda mig av att Google digitaliserat (och datafierat, se nedan kapitel 6) miljontals böcker genom fler hundra år och gjort ordbaserade sökningar möjliga i Google Ngram Viewer. Jag konstaterade åtminstone tre kategorier för hur rätten förstås/har förståtts, dvs. i termer av *en vertikalitet* (under/över), som *ett objekt* (och kropp) och som *ett fält eller areal*. Dessa sätt att conceptualisera har därmed också styrt vilka begrepp och grupper av begrepp som använts och varit meningsfulla när man skrivit om rätten och rättvisa. Jag undersökte bland annat begreppen "binding contract", "corpus juris", "body of law" och "follow the law", se figur 3.

Att förstå den abstrakta rätten i termer av kropp är troligen en väldigt gammal företeelse. Exempelvis beskrevs rätten i sådana begrepp i *Corpus Iuris Civilis* när den romerska rätten samlades ihop mellan år 529 och 534 på initiativ av kejsare Justinianus (Murrow & Murrow 2012, s. 276; Winter 2001, s. 335). "Body of law" är även idag ett van-

42 Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS



Figur 3: Användningen av specifika begrepp i engelskspråkiga böcker mellan 1800 och 2000 enligt Google Ngram Viewer (från Larsson 2013d).

ligt sätt att tala om rätten, på engelska, men man kan se en intressant skillnad i bruket av "corpus juris" och "body of law" som troligen har att göra med en mer övergripande trend där latinet minskar i användning överlag (se figur 3 och skillnaden mellan röd och gul linje).

Om vi åter vänder blicken mot det uppmärksammade svenska rättsfallet med The Pirate Bay (TPB), som jag tog upp i bokens introduktion, kan man konstatera att i de två rättegångarna mot de fyra männen bakom fildelningssajten är behovet av de förtingligade begreppslånen stort. En försvarsadvokat påpekar i tingsrätten att TPB bara är en "tom plattform",⁴³ sakkunnigvittnet beskrev TPB som en "sökmotor" och ett rättsligt ombud på kändandesidan argumenterade i hovrätten för att Google, till skillnad från TPB, var en "ren" sökmotor.⁴⁴ Vidare argumenterade åklagaren under hovrättsförhandlingarna för att TPB ska ses som en "elektronisk anslagstavla",⁴⁵ vilket i och för sig är en referens till en specifik lag (den s.k. BBS-lagen)⁴⁶ som anger ett ansvar åt moderatorsfunktionen, men förtingligandet är likväl tydligt (jfr Larsson 2013f).

Om vi blickar åt ett helt annat rättsligt håll kan vi läsa i de direktiv som den så kallade miljöprocessutredningen gavs för att göra lagänd-

43 Dag 12 i tingsrätten, B 13301-06: "Allt Pirate Bay gör är att passivt tillhandahålla en tom plattform". SR jfr Larsson (2013d).

44 I hovrätten i TPB-fallet, se *Svenska Dagbladet*, http://www.svd.se/naringsliv/digi-talt/slutpladeringar-i-pirate-bay-rattegangen_5493311.svd (senast besökt 05.01.2015).

45 Dag 7 i hovrättsförhandlingarna i TPB-fallet, B 4041-09.

46 Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlör.

ringar i prövningen av vindkraftstillstånd. Här redogörs för att det är ”en utgångspunkt att handläggningstiderna ska hållas så korta som möjligt utan att försvåra möjligheten att nå miljömålen eller åsidosätta allmänhetens rätt till insyn och deltagande” (Dir. 2007:184 Tilläggsdirektiv till miljöprocessutredningen, s. 3). Först kan konstateras att det finns en underliggande föreställning om en tidsbunden förflyttning längs en axel, som i den kognitionsvetenskapliga litteraturen brukar kallas ett *källa–stig–mål-schema* (”Source-Path-Goal Schema”), där ”utgångspunkten” finns som en början som sedan leder vidare i någon typ av utveckling (Lakoff & Johnson 1999, s. 33; Larsson 2012c, s. 76). Vidare är målmetaforen så inbäddad att man knappast reflekterar över det rumsliga förtingligandet om att ”nå” dessa mål, samtidigt som synmetaforen är så vanlig och viktig för oss att ”insyn” i dessa processer är samma sak som att ”veta”, vilket jag återkommer till nedan. Givetvis ska hela processen även göras ”överskådlig” (Dir. 2007:184, s. 7; se även Larsson 2009b, s. 20). Den metaforiska kopplingen brukar i den kognitionsvetenskapliga litteraturen i metaforsteoretiska termer beskrivas med ”att förstå är att se” (Reddy 1979; Johnson 2007b, s. 165; Lakoff & Johnson 1980; 1999). När vi konceptualiserar förståelse i termer av *att se*, vilket är en vanlig och helt vardaglig företeelse, följer även en rad tätt sammankopplade andra metaforer eller associationer med som har att göra med *förutsättningar för* ”att se” och som i överförd bemärkelse får verka för *förutsättningar för* ”att förstå”. Det kan exempelvis ha med ljus, sken, genomskinlighet och klarhet att göra (jfr Graver 2008, s. 180). Poänger kan vara *dunkla* och svårförståeliga – såsom uttrycks i Esaias Tegnér’s sentens om att ”det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta”⁴⁷ – eller att med *Upplysningstiden* följde en mer vetenskapligt förankrad syn på tillvaron, att vad en händelse kan få för konsekvenser kan vara högst *oklart*, att vi ibland behöver se på ett problem i ett annat *ljus* eller *sken*, och att plötsligt når man en stunds *klarsyn* – eller *insikt* – och förstår vad problemet har varit. I EU-rättsliga sammanhang är ljusmetaforen vanlig när man pratar om nationell rätts förhållande till EU-rätt, som

47 ”Vad du ej klart kan säga vet du ej: med tanken ordet föds på mannens läppar: det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta.” Ur Tegnér (1820): *Epilog vid magisterpromotionen*.

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

i Nelsons (2010) ”Utflyttning av aktiebolag – en analys *i ljuset av* den internationella skatterätten och EU-rätten” (min kursivering). Inom just skatterätten brukar exempelvis sägas att den svenska mervärdesskattelagen (1994:200) ska tolkas *i ljuset av* mervärdesskattedirektivet, t.ex. i Skatteverkets *Handledning för mervärdesskatt 2010*.

Värderande rumsliga relationer

Värderande rumsliga relationer är en typ av förtingligande av lagen som hänger samman med den konceptuella metafor-teori som Lakoff och Johnson är centrala arkitekter bakom (Lakoff & Johnson 1980; 1999) och som varit betydande för en rad rättsliga studier (Berger 2004; 2007; 2009; Blavin & Cohen 2002; Herman 2008; Hunter 2003; Johnson 2007a; 2007b; Joo 2001; Larsson 2011b; 2012b; 2012c; 2013d; 2013e; Morra 2010; Ritchie 2007; Tsai 2004; Winter 2001; 2007; 2008) men även funnit sin väg in i en mer statsvetenskaplig policydiskurs (Carver & Pikalo 2008). De metaforiska spatiala relationerna upp/ner studerades av Nagy (1974), vilket intresserade Lakoff och Johnson (1980). Ett centralt kapitel i *Metaphors We Live By* (1980) handlar om vad Lakoff och Johnson kallar orienterande metaforer (”orientational metaphors”). De argumenterar och visar på hur rumslig orientering metaforiskt kan fästas till värden: upp/ner, in/ut, fram/bak, på/av, djupt/grunt osv. (1980, s. 14 f.). De fokuserar särskilt upp/ner-orienteringen, vilken de exemplifierar med att ”lycklig/glad är uppåt” och som finns i uttryck som ”jag känner mig uppåt idag”. Lakoff och Johnson hävdar att sådana metaforer inte är godtyckliga och att de har en grund i våra fysiska och kulturella erfarenheter, och de radar upp och analyserar ett antal sådana orienterande metaforer: ”Att ha kontroll eller kraft är upp, att vara föremål för kontroll eller kraft är neråt”, ”mer är upp, mindre är neråt”, ”bra är upp, dåligt är ner”, ”rationellt är upp, emotionellt är ner” (1980, s. 14–17). Att ”lägga ner” ett åtal eller ”ta upp” ett fall är kanhända svårare att värdebestämma, men förtingligandet i den spatialt orienterande metaforen är tydlig.

Förtingligade mentala processer

De konceptuella metaforteorierna passade väl in i det konceptuella "ledningsmetaforsystem" ("conduit metaphor system") som först identifierades av Michael Reddy (1979; se även Winter 2007, s. 884; 2001, s. 52–56). Det är en systematiserad uppsättning avbildningar från en källdomän av fysiska objekt till en måldomän som betecknar mentala processer.⁴⁸

Källdomän		Måldomän
FYSISK		MENTAL
objekt	>	idéer
se	>	veta
behållare	>	ord
innehåll	>	idémassigt innehåll
skicka	>	kommunicera
gripa (mottaga)	>	förståelse
behållare	>	sinnet

Det innebär att vi använder fysiska förståelseramar och förebilder för att tala om och tänka på abstrakta mentala och kommunikativa processer. Bjerre (2005), till exempel, går ingående igenom det sista exemplet i tabellen, dvs. den konceptuella metaforen "mental kapacitet". En nyckel för förtingligande är att en metafor kan tjäna som ett verktyg för att förstå ett begrepp endast på grund av dess erfarenhetsmässiga bas (Lakoff & Johnson 1980, s. 18). Det måste finnas någon form av erfarenhet som kan vägleda abstraktionen, vilket innebär att förtingligandet helt naturligt kommer att fylla ett behov som vi har. Det är i detta erfarenhetsmässiga ("experiential") fokus som Lakoff och Johnson fortsatte mycket av sin strävan efter att förstå de begreppsliga och kognitiva processerna i förhållande till språket. Efter *Metaphors We Live By* (1980) skrev Lakoff artiklar om metaforen som något mer än talesätt ("figure of speech"), dvs. i termer av tankefigur

48 "Object/ideas, seeing/knowing, container (vehicle)/word, content/ideational content, sending/communicating, grasping (receiving)/understanding, container/mind."

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

(”figure of thought”) (1986), och fokuserade kategorisering och kategoriers uppbyggnad och avgörande betydelse (1987; jfr Rosch 1975; 1978; Winter 2001). Johnson fokuserade den kroppsliga grunden för meningsskapande i språk, vad detta betyder för förnuftet (1987) och vad det betyder att moraliska funktioner följer ett föreställningsmönster (1993), innan Lakoff och Johnson tillsammans behandlade vad förtingligandet betyder för mening och rationalitet i det ambitiösa verket *Philosophy in the Flesh. The Embodied Mind and its Challenge to Western Thought* (1999). Ett centralt påstående hos Lakoff och Johnson (1999) är att förnuftet egentligen är annorlunda uppbyggt än vad den traditionella västerländska tanketraditionen har antagit. Detta faktum har implikationer för rätten, juridiska resonemang och rättslig analys.

Metaforer och juridik

Det finns exempel på problematisering av metaforer och förtingligande från den nordamerikanska rättsliga doktrinen från ett sekel tillbaka, om än inte i denna specifika terminologi. Den amerikanska juristen Wesley Newcomb Hohfeld skrev en handfull tidskriftsartiklar varav två, från *Yale Law Journal*, delvis reviderades efter hans död och gavs ut som *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919). Hohfeld beklagade sig i termer av att ”[m]ycket av svårigheten när det gäller rättslig terminologi härrör från det faktum att många av våra ord ursprungligen var tillämpliga endast på fysiska saker; så att deras användning i samband med rättsliga förhållanden är, strängt taget, figurativa eller fiktiva” (Hohfeld 1913, s. 24).⁴⁹

Många av de nutida skribenter som är influerade av konceptuell metafor teori brukar referera till den skepsis som syns både i den filosofiska men även den rättsliga traditionen. Denna skepsis uttrycker i mycket en annan syn på språkets förhållande till värld och sinne, ofta

49 ”Much of the difficulty, as regards legal terminology, arises from the fact that many of our words were originally applicable only to physical things; so that their use in connection with legal relations is, strictly speaking, figurative or fictional.”

som ett exakt kategoriserbart lingvistiskt ytfenomen där metaforer blir besvärliga i förhållande till föreställningen om detta exakta.

Ibland refereras till domaren Benjamin Cardozo, det exempel jag nämnde i föregående kapitel, som ironiskt nog använde metaforer för att beskriva sin skepsis mot metaforer i rätten (se även Berger 2004; Graver 2008, s.178–179; Herman 2008; Larsson 2012c, s. 76; 2013d; Loughlan 2006; Patry 2009; Winter 2008).⁵⁰ Cardozos syn följer dock samma tradition som den berömda upplysningsfilosofen John Locke gav uttryck för, där han fördömde metaforer och andra figurativa uttryck som ”perfekt fusk” (*perfect cheat*) och insisterade på bokstavlig prosa så att vi ”talar om saker som de är” (Locke 1975). Den brittiske filosofen Jeremy Bentham ansåg till exempel att metaforer var antitesen till rättsligt resonerande (Bentham 1931). Detta synsätt förefaller fortfarande vara starkt i juridisk diskurs, och rätten och juridiska begrepp ger enligt Johnson ofta uttryck för ett ”objektivistiskt” perspektiv, med ”strikt, fasta gränser definierade av nödvändiga och tillräckliga villkor” (2007a, s. 847).⁵¹ Detta ”objektivistiska” perspektiv understryker det objektiva, linjära och litterära tänkandet, som av Winter beskrivs som ”en illusion av öppenhet” inom den rättsliga domänen (2011). Robert Tsai uttrycker detta tydligt:

Rättsliga forskare har traditionellt sett förstått metaforer som, i värsta fall, en pervertering av rätten, och i bästa fall som en nödvändig men tillfällig platshållare för mer färdigutvecklad argumentation. Mot denna bakgrund ses metaforer som vaga och manipulerbara, och vädjar till instinkterna, medan uttrycklig rättslig argumentation är den rigorösa, autentiska rättsliga kärnan. (Tsai 2004, s. 186)⁵²

50 ”Metaphors in law are to be narrowly watched, for though starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it.”

51 ”Strict, fixed boundaries defined by necessary and sufficient conditions”.

52 ”Legal scholars have traditionally understood metaphor as, at worst, a perversion of the law, and at best, as a necessary but temporary placeholder for more fully developed lines of argument. On this view, metaphors are vague and inherently manipulable, appealing to base instincts, whereas explicit legal argumentation represents the rigorous, authentic core of law.”

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

Den traditionella juridiska uppfattningen att metaforer har en oviktig och i viss mån förrädisk plats i rättslig argumentation och text går helt på tvärs med kognitionsvetenskapliga rön, i vart fall från 1980 och framåt. Som nämnts finns det en rad rättsvetare, framför allt i Nordamerika, som intresserat sig för den konceptuella metaforteorins betydelse för rättslig analys. Här kan en rättsretorisk parallell dras, där t.ex. Graver (2007) noterar att den rättsliga argumentationen var central i den klassiska retoriken, men kom att trängas ut under framväxten av den rationalistiska naturrätten på 1600-talet. Det rationalistiska projektet – som går i linje med vad Johnson kallar ett ”objektivistiskt” perspektiv – var ”i sig selv retorikkfiendtlig”, enligt Graver (2007, s. 531).

Exempelvis Linda Berger, en amerikansk professor i juridik, har framgångsrikt använt metaforteori för att analysera den rättsliga beslutsprocessen både i vårdnadstvister (2009) och gällande retoriska val i den amerikanska Högsta domstolen i beslut om kampanjfinansieringsreglering (2007). Hennes slutsats är att lagstiftarna inte kan undgå att påverkas i sitt beslutsfattande av både myter, metaforer och symboler. Berger hävdar att bättre förståelse av den kognitiva roll metaforer har kan påvisa på vad sätt lagen är beroende av symboler och metaforer, vilket är extra viktigt när rätten är ”omodern” eller kanske inte i linje med ett i övrigt föränderligt samhälle. Även Graver har uppmärksammat detta:

Metaforer er således ikke bare et språklig virkemiddel, men en viktig del av våre begreper og måter å oppfatte erfaringer og ideer på. Vi bruker dem hele tiden på forskjellige måter, og de er integrert i måten vi tenker på. (Graver 2008, s. 179)

Det betyder att det inte finns någon egentlig väg runt metaforerna, inget exakt metaforoberoende eller metaforbefriat språk. Det är tvärtom snarare så, som Lakoff och Johnson (1999, s. 3) uttrycker det, att sinnet till sin natur är förkroppsligat och att abstrakta begrepp till stor del är metaforiska, vilket är av fundamental betydelse för rättens metoder och verkan.

Kontextens betydelse för rätten

Som nämnts är förtingligandet av betydelse i processen att uttryck blir meningsfulla (Johnson 1987; 2007b; Kövecses 2008; Lakoff 1987; Lakoff & Johnson 1999; Gibbs Jr 2007). Detta innebär att det pågår ett konstant lånande och ömsesidigt beroende av den omgivande kontexten för att språket ska bli meningsfullt. Kort sagt är metaforer ofta baserade på vår interaktion med vår fysiska och sociala miljö. De härrör från kroppsliga förnimmelser som finns i t.ex. "bildscheman", såsom att "balansen håller dig *upprätt*" och "mer är *upp*", för att när du lägger saker till varandra så ökar högen uppåt (Lakoff 1993, s. 240). Enligt metaforforskaren Ning Yu (2008) finns det hos dessa metaforer en dubbel koppling till och ett beroende av både kropp och kultur. Yu visar i en analys att skillnaden mellan så kallat *primära* metaforer å ena sidan och *komplexa* metaforer å den andra kan avgöra vilka aspekter av metaforerna som är kroppsligt eller kulturellt baserade. Detta leder Yu till att ställa upp en hypotes om att primära metaforer, som härrör från kroppsliga erfarenheter ofta tidigt i en människas utveckling, sannolikt är kulturöverskridande och universella, medan komplexa metaforer, baserat på konceptuella kopplingar och kulturella övertygelser, sannolikt är mer kulturellt specifika (Yu 2008). Den kognitiva lingvisten Zoltan Kövecses utvecklar detta argument i termer av en kontrast mellan "det universella" och det "kulturspecifika":

Vissa konceptuella metaforer kan vara universella eftersom de kroppsliga erfarenheter som de bygger på är universella. Många likartade konceptuella metaforer kan återspegla vissa kulturspecifika funktioner på en mer specifik nivå av begreppsbildning. Andra konceptuella metaforer kan vara helt baserade på unika kulturella fenomen. (2006, s. 177)⁵³

53 "Some conceptual metaphors may be universal because the bodily experiences on which they are based are universal. Many of the same conceptual metaphors may reflect certain culture-specific features at a more specific level of conceptualization. Other conceptual metaphors may be entirely based on unique cultural phenomena".

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

Man kan här dra paralleller till sociologen Johan Asplunds (1991) transkulturella jämförelser av hur Ferdinand Tönnies begreppspar *Gemeinschaft* och *Gesellschaft* fungerar – eller inte fungerar – i olika språkliga kulturer. Kopplingen till det kulturella betyder att det även finns en delvis föränderlighet inbyggd i de meningsbyggande processerna, dvs. i stil med att en kontext, en miljö och en kultur kan förändras. Det innebär att om vår verklighet förändras i förhållande till de sammanhang vi tillbringar våra liv, umgås och arbetar i, är det troligt att även innebörden av några av våra viktiga begrepp kommer att förändras, expandera eller påverkas i liknande grad (jfr här Kövecses *Metaphors in Culture* 2005; även diskuterat i Larsson 2012b i förhållande till digitalisering och Larsson 2014a). Vi kommer i så fall att förstå verkligheten annorlunda än tidigare. Detta innebär att förtingligandet spelar en roll i en meningsskapande process där metaforer kommer att användas och betydelser variera på samma sätt som verkligheten varierar. Steven L. Winter uttrycker detta beroende av kontexten i termer av att "[t]änkandet är inte i första hand språkligt och propositionellt, utan förtingligt och föreställningsbaserat; språket är varken helt godtyckligt eller bara socialt beroende, utan grundat i förtingligande och motiveras av våra interaktioner med den fysiska och sociala omgivningen" (Winter 2001, s. 47). Vi lånar alltså ständigt begrepp från den fysiska världen, från föremål, kroppen och den rumsliga sfären, för att beskriva och tala om det abstrakta. Det är i detta en poäng gentemot rättslig analys ligger, dvs. att vi måste vara uppmärksamma på hur vår förståelse byggs upp och i viss mån förändras när kontexten förändras. När det gäller den ontologiska bild detta tecknar, bör förtingligandet dock troligen inte tas som bevis för att de värden som är knutna till specifika metaforer kan konstrueras helt ohämmat, även om det kan finnas valmöjligheter beroende på vilka metaforer som används. Det finns betydelsemönster, och de kan vara starka och uppfattas som "naturliga", men de är i viss mån förhandlade i någon typ av social, kulturell och kontextuell förankring. En poäng i förhållande till rättslig analys, som förs fram av inte minst Johnson (2007a), är här att det inte existerar någon allmän frihet för inblandade att styra dessa meningsprocesser, möjligen påverka, men att dessa möns-

ter förmodligen ofta skiljer sig från de rationalistiskt definierade och uttalade mönster och kategoriseringar som rätten visar upp. Detta argument har rimligen tämligen stora konsekvenser för juridisk tolkning och analys. I artikeln *What is the "Color" of Law?* (2008) betonar Winter sammanhang och kontext, den sociala inramningen och det kulturella för att förklara den plattform som rätten och lagstiftare spelar på och är beroende av:

Varje aspekt av rättslig argumentation sker mot bakgrund av en massiv kulturell tablå som ger de tysta antaganden eller sediment som gör dessa juridiska föreställningar begripliga. Eftersom dessa socialt konstruerade sammanhang alltid finns i förgrunden för oss som individer, är redan vår förmåga att ha en värld begränsad av de kulturella konstruktioner som vi befinner oss i. Eftersom även lagstiftare endast kan agera i termer av de inbäddade kulturella överenskommelser som möjliggör mening, är en betydande del av alla rättsliga stadgor inte skapad av lagstiftaren, utan snarare beroende av de befintliga praktiker som är vanliga för och konstituerar just den förevarande kulturen. (Winter 2008, s. 375)⁵⁴

Detta beroende av en "massiv kulturell tablå" är ett sätt att uttrycka behovet av att förstå sammanhang och kontext när man försöker förstå det rättsliga. Av detta skäl är den konceptuella metaforanalysen och ökad förståelse av förtingligande relevant även i rättssociologiska studier (Larsson 2012b; 2013g). Det är detta som Mark Johnson kallar en "rättens kognitionsvetenskap" (2002, s. 962), något jag, som nämnts ovan, har kallat *kognitiv rättssociologi* (Larsson 2012c, s. 89). Det skulle

54 "Every aspect of legal reasoning occurs against the backdrop of a massive cultural tableau which provides the tacit assumptions or sedimentations that render those legal conceptions intelligible. Because these socially constructed contexts are always anterior to any of us as individuals, our very ability to have a world is already constrained by the cultural constructs in which we find ourselves. Since legislators, too, can only act in terms of the embedded cultural understandings that enable meaning, an important part of any statute is not made by the legislator but is contingent on the pre-existing practices that are conventional for and constitutive of that culture."

3. HUR DEN ABSTRAKTA RÄTTEN FÖRTINGLIGAS

med fördel kunde vidgas till att benämnas kognitiv rättsvetenskap och kan relateras till vad Oliver R. Goodenough och Gregory J. Decker (2008) uttrycker i termer av en *kognitiv jurisprudence*. När det gäller föreställningar om rätt och fel, på vilket sätt förtingligandet relaterar till normativitet, tar Hans Petter Graver upp exemplet med fildelning och upphovsrätt i en digital kontext (Graver 2008, s. 188; jfr Halbert 1997). I en undersökning av detta ämne kategoriserar Jonas Andersson Schwarz och jag (2014) rättfärdigandet av piratkopiering i en stor studie på ett nära nog globalt fildelningscommunity (se även Svensson et al. 2015; Larsson et al. 2012a). Vi förklarar hur en del av olagligheten i beteendet rättfärdigas genom en analys av ett urval av de öppna svar som fanns i en enkätstudie som samlade över 75 000 respondenter i april 2011. Svaren visade på hur utvecklingen av samhället, tekniken och marknaden förstås och *konceptualiseras* av respondenterna via de specifika uttryck de använder i förhållande till rätten. Detta har jag även utvecklat i termer av en klyfta mellan sociala och rättsliga normer på upphovsrättsområdet (Larsson, 2011b; se även Svensson & Larsson 2012), där förtingligandeprocessen i relation till rätten – men även hur de sociala normerna uttrycks – är avgörande för hur den digitala verkligheten förstås på ett annorlunda sätt än vad den traditionella lagstiftningen om immateriella rättigheter föreskriver (Larsson 2010; 2012a; 2012b; 2013b). Kontexten, i dess vida kulturella men även i någon mån infrastrukturella och omgivningsbaserade bemärkelse, är därför av yttersta vikt också för den upplevda legitimiteten i rätten. Detta gäller även när rätten inte upplevs som legitim, vilket sannolikt visar sig i större utsträckning i tider av snabb eller omfattande samhällslig förändring.

Just det upphovsrättsliga exemplet pekar på en aspekt som också ryms i analysen av vilka begrepp och förståelseramar som är och kan vara förhärskande (Larsson 2011b; se även Lakoff 2004). Rättens ställning i samhället ger ju en direkt betydelse åt den eller de som lyckas påverka formuleringar och perspektiv bakom rättsutvecklingen, vilket jag visat gäller för det upphovsrättsliga internationella området i termer av *konceptuella inlåsnings effekter* och *stigberoende* (2011a; 2011b, se kapitel 4 nedan). Det innebär att det finns en viktig aspekt av ”onto-

logisk politik” i det rättsliga, en normativ beskrivning av hur världen är betingad, i den meningen att framgångsrik rättslig reglering inte bara reglerar beteenden utan även påverkar föreställningar om hur världen är och bör ordnas (Larsson 2013a). Även om många av de processer som rör metaforer och förkroppsligande går vårt medvetande obemärkt förbi, finns det en tydlig aspekt av att de som medvetet lyckas styra metaforer och föreställningar som råder på ett specifikt fält kommer att vinna fördelar av detta. Lakoff och Johnson uttryckte tidigt detta i generella termer med att ”de som har makten kan införa/påtvunga sina metaforer” (1980, s. 159).⁵⁵ I det specifika fallet med upphovsrätten finns det en starkt normativ föreställning om teknikens möjligheter och begränsningar som är uppkommen i en pre-digital tid. Regleringen runt denna föreställning är därmed starkt utmanad av följderna av digitalisering, vilka har lett till andra möjligheter och andra begränsningar, exempelvis gällande kopiering och distribution. Rätten blir därmed konservativ i förhållande till sin samhälleliga kontext, samtidigt som det finns en starkt upphovsrättsligt beroende industri som dels via lobbyverksamhet försöker bibehålla rätten som den är (Larsson 2011a; 2011b), dels retoriskt ”utbildar” ungdomar att föreställa sig mediekonsumtion på sätt som gagnar den traditionella industrins organisering (Yar 2008). Det finns därmed i debatten en hel del försök från upphovsrättslobbyns sida att belamra det upphovsrättsliga intrånget med förtingligade metaforer från en fysisk kontext i termer av ”intrång”, ”bryta sig in” och ”stöld” (Herman 2008; Larsson 2011b; Larsson och Hydén 2010), vilket syftar till att påverka hur vi ”ser på” upphovsrättsintrång i den digitala miljön. I den amerikanska kontexten talas det mycket i termer av ”ett krig” på upphovsrättsområdet (Lessig 2008; Patry 2009), vilket även har analyserats i termer av ”en kamp om föreställningar” (Larsson, 2011b; 2012a).

55 ”Those who are in power get to impose their metaphors.”

Slutsatser

Jag har i detta kapitel diskuterat ett antal frågor som är relevanta för hur förtingligandet påverkar rätten. Det innebär att jag har antagit ett kognitionsvetenskapligt perspektiv på rättslig analys som betonar rättens rumsliga, materiella och kontextuella beroende. Den bild som målas av hur rättslig mening är byggd av forskare som Berger, Johnson och Winter är till stor del motstridig i förhållande till den traditionella och ofta dogmatiska synen på hur rätten och dess språk fungerar. De huvudsakliga poängerna har berört

1. *Förtingligandets oundviklighet.* De metaforiska processerna med lån från en omgivande kontext eller spatial och materiell förståelseram för att uttrycka, förstå eller beskriva abstraktioner är uttryck för ett behov som troligen inte helt kan kringgås.
2. *Förtingligandet och medvetandegörandet.* Att uppmärksamma vilka explicita koncept eller förståelseramar som lånas in kan vara oerhört avgörande i rättsliga sammanhang för utkomsten av ett rättsfall eller konsekvenserna av en lagstiftning.
3. *Förtingligandet som ontologisk politik.* Det rättsligt formaliserade föreskriver mer än bara vilka handlingar som är rättsligt legitima, det beskriver även i någon mån hur världen bör betraktas och värderas.
4. *Förtingligandet och makt.* Vilka metaforer som ska få lånas in för att beskriva exempelvis ett nytt fenomen är långtifrån en neutral process. De som kan påverka denna process kan även styra hur det specifika fenomenet kommer att förstås. Detta kan i förekommande fall vara till vinning för den som försöker styra, vilket troligen ofta är fallet vid lobbyism.
5. *Förtingligandet och kontextuell förändring.* När samhället förändras i någon avgörande mån, som i exemplet med digitalisering och upphovsrätt, kommer också den ontologiskt politiska essensen i rätten att aktualiseras och tydliggöras. Om sättet vi ser på exempelvis spatiala relationer förändras i ett specifikt fall så kommer även den rättsliga regleringens "konceptuella inlåsning" att utmanas (se kapitel 4 nedan och Larsson 2011a, s. 127).

Den kognitionsvetenskapliga inriktning som i huvudsak refereras till i det här kapitlet fokuserar framför allt punkt 1 ovan, som både är empiriskt belagd och teoretiskt utvecklad, och som här är central för argumentationen. Punkt 2 hänger mycket ihop med punkt 3 och 4, dvs. vad denna typ av förnekande av språklig objektivism betyder i termer av meningsbyggandets förhandlande. Det blir därmed naturligt att tala i termer av makt, speciellt i förhållande till den oerhört maktbundna rätten i sig, men processerna är samtidigt troligen i så hög utsträckning omedvetna och fundamentalt inbäddade i språk och tanke att makt-aspekten och -utövandet inte behöver vara explicit uttryckt ”på ytan”. Den avslutande punkt 5 är inte lika utvecklad i den kognitionsvetenskapliga litteratur jag redogör för här, och får ses som en något mer spekulativ punkt som det finns goda belägg för att diskutera, men inte fullständig bevisning för att göra en övergripande generalisering kring, varför den utvecklas mer i detalj i nästa kapitel. Sammantaget uttrycker detta en kognitiv inriktning och relevans för rättslig analys.

4. Den digitala upphovsrättens konceptuella inlåsning

De två föregående kapitlen har behandlat kognitionsvetenskapligt anstruken teori och dess nytta för förståelse av rätten i en allmän mening, och det är nu dags för två kapitel med mer specifikt upphovsrättslig bäring. Som nämnts i introduktionskapitlet är upphovsrätten tänkt som en fallstudie som kan peka på några av de rättsliga utmaningar som uppkommer under teknikrelaterad samhällsförändring. Upphovsrätten utgör ett särdeles tacksamt exempel på konceptuella utmaningar som följer av digitalisering och internets utveckling. Detta kapitel⁵⁶ analyserar, mer specifikt, den europeiska upphovsrättens *stigberoende* (path dependence) i termer av en rättslig inlåsning, oförmögen att anpassa sig till nyare sociala praktiker i ett digitalt samhälle. Kapitlet härleder inlåsningsen till framför allt tre huvudskäl med anknytning till a) transaktionskostnader, b) makt och c) nyckelmetaforers relation till tankestrukturer. Genom att analysera den moderna europeiska upphovsrättsliga trenden konstateras att upphovsrätten sedan länge är etablerad via en rad internationella fördrag, vilka har förstärkts såväl i graden av strikt reglerade undantag och kriminalisering av vissa handlingar (Infosoc) som i verkställighet (IPRED) inom EU när de ställts inför den digitala utmaningen. Detta har även lett till att internetleverantörernas roll som neutrala förmedlare av datatrafik ifrågasätts av både upphovsrättslobby och politiska aktörer på europeisk nivå (data-

56 Kapitlet bygger framför allt på en artikel publicerad i *Retfærd, Nordic Journal of Law and Justice* 2011 med titeln ”Den stigberoende upphovsrätten. Om konsekvenserna av rättslig inlåsning i en digital tid” (Larsson 2011a).

lagringsdirektivet, telekompaketet), vilket även syntes i de läckta utkasterna till det internationella handelsavtalet ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Denna utveckling mot mer kriminalisering, de långa skyddstiderna och fler sanktioner blir intressant framför allt i relation till de delar av upphovsrätten som upplever bristande legitimitet och stöd i sociala normer som uppstått i den digitala teknologins kölvatten, delvis som en följd av regleringens icke-adaptiva rigiditet och retrospektiva inlåsning. Detta påverkar därför balanseringen av personlig integritet kontra generell övervakning online till fördel för vad som kan beskrivas som ett traditionellt förankrat upphovsrättsligt särintresse på bekostnad av ett mer allmänt intresse.

Nyckelord: Upphovsrätt, stigberoende, path dependence, inlåsning, IPRED, Infosoc, datalagring, telekompaketet, ACTA, transaktionskostnader, makt, metaforer, tankefigurer.

Introduktion – det upphovsrättsliga stigberoendet kontra sociala normer i förändring

Rättslig utveckling betraktas ofta som tämligen konservativ och tillbakablickande. De inbäddade värdena är varaktiga och en huvudprincip är förutsägbarhet (jfr Larsson 2008a). Förutsägbarheten är, enligt rättsvetaren och rättsfilosofen Alexander Peczenik, ett av de grundläggande värdena i en rättsstat (Peczenik 1995, s. 89–90). Den norska rättssociologen Vilhelm Aubert talar om lagen som något som tjänar till att skydda förväntningar, något som är en av rättens fem huvuduppgifter (1989, s. 62), och som Niklas Luhmann hävdar är dess viktigaste (1972, s. 31 f.). Denna förutsägbarhet kan också stå för den ofta inkrementella utvecklingen av lagstiftning och styra mot en retrospektiv verksamhet där förändringar sker evolutionärt snarare än revolutionärt. Denna retrospektivitet, detta rättsliga ”past-dependence”, med den amerikanske domaren Richard Posners ord (2000), är förmodligen inte ett problem när samhället förändras utefter mer stabila och homogena förändringskurvor (jfr Hydén 2002; Larsson & Hydén 2010). Det problem som behandlas här är inte främst att rättslig utveckling

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

kan vara låst vid en viss ”stig” (path), utan snarare att denna låsning i förhållande till relativt plötsliga förändringar i samhället blir *för* stark och rigid. Rätten blir därmed inlåst och problematiskt retrospektiv i det att den misslyckas med att integrera de sociala förändringar som uppkommit, kanske som en följd av att transaktionskostnaderna blivit för höga (Larsson, 2011a; 2011b; Larsson & Hydén, 2010). Lagen har ofta en benägenhet att hamna på efterkälken vid social förändring, och detta glapp orsakar en konflikt mellan det sociala och det rättsliga (Christensen 1997; jfr kapitel 5 nedan). Jag argumenterar här för att så är fallet med den upphovsrättsliga konstruktionen idag, vilket leder till några oroväckande konsekvenser.

Det övergripande rättssociologiska kunskapsintresse som det här kapitlet är sprunget ur är inriktat mot frågor som rör samspelet mellan rättsliga regler å ena sidan och övriga samhällsstrukturer å den andra (Aubert 1972, s. 13; Hydén & Wickenberg 2008; Mathiesen 1973, s. 10; Svensson 2008, s. 33). Ett vanligt sätt att närma sig dessa samhällsstrukturer, i varje fall inom svensk rättssociologi, är genom studiet av olika typer av normer (Hydén 2002; Hydén & Svensson 2008; Svensson 2008, s. 36 ff.; jfr t.ex. Dahlstrand 2011, s. 363–366), bland annat sociala (Larsson 2011a; Larsson et al. 2012b; Svensson & Larsson 2012) och professionella (Leo 2010). Ett sätt att uttrycka det upphovsrättsliga dilemmat i en digital tid blir därmed att konstatera att det råder en tydlig disharmoni mellan sociala normer som uppkommit i den digitala teknikens kölvatten och den upphovsrättsliga regleringen, vilket även varit explicit föremål för studier (Larsson 2011a; Larsson & Svensson 2010; Larsson et al. 2014a; 2014b; Svensson & Larsson 2009; 2012; Svensson et al. 2013; 2015). Det finns vidare en relativt betydande mängd forskning som skildrar problemen med att tillämpa en oreviderad upphovsrätt i det digitaliserade samhället som har att göra med konsekvenserna för kreativitet, kulturella aspekter och privatlivet (Andersson Schwarz 2013; Boyle 1996; 2008; Larsson 2010; 2011a; Lessig 2004; 2008; Lewen 2008; Litman 2001 Morris 2009; Selg & Eriksson 2006; Vaidhyanathan 2001; Vincents 2008). Detta kapitel ska ses i ljuset av denna disharmoni mellan rättsliga och sociala normer i tecknandet av det rättsliga stigberoendet (path dependence).

Kapitlet berör frågan om varför EU:s rättsliga utveckling med avseende på upphovsrätt och närstående lagstiftning under tillväxten av internet har misslyckats med att omfatta förändringar i beteende och sociala normer som har följt med internets tillväxt.

För att vi ska kunna förstå den inlåsning (jfr nedan, David 1985; Gillette 1998; Peters 2005) som följer på upphovsrättens stigberoende måste här först redogöras för den globalt homogena konstruktionen. Upphovsrätten är anmärkningsvärt homogen på en global nivå. Detta är en följd av ett mer än hundraårigt internationellt arbete med fördrag som Bernkonventionen⁵⁷, Romkonventionen, Pariskonventionen⁵⁸, WIPO Copyright Treaty (WCT) från 1996 och TRIPS⁵⁹ – som har sin grund i Bernkonventionen och Romkonventionen men sträcker sig längre – vilket sammantaget förstärks genom USA:s internationella påtryckningar och den europarättsliga utvecklingen (Larsson 2011b). Det senare är det som visas i det här kapitlet.

Utrymmet för enskilda rättsordningar att själva avvika från regleringens konstruktion i syfte att försöka möta den digitala utmaningen på något annat sätt än genom ett utökat skydd med allt starkare verktyg för konstruktionens genomdrivande är minimal. Enskilda rättsordningars handlingsfrihet på det upphovsrättsliga området är alltså försvinnande liten, vilket i kombination med upphovsrättens globala homogenitet gör en analys av dess centrala problemställningar i mötet med digitala praktiker oerhört relevant.⁶⁰

57 Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk från 1886.

58 Pariskonventionen för industriellt rättsskydd från 1883.

59 TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

60 Följande presentation visar de mest centrala delarna av den upphovsrättsliga konstruktionen: 1) Skyddet varar upphovsrättsinnehavarens livstid + 70 år (ibland 50, se Bernkonventionen och TRIPS-avtalet); 2) Skyddet för de företag som äger inspelningar (närliggande rättigheter) är mestadels 50 år (se Romkonventionen). Dock röstades direktivet om förlängning av skyddstiden igenom den 12 september 2011 av EU:s ministerråd. Skyddstiden för fonogramframställare och utövande konstnärer – i praktiken producenter/skivbolag och medverkande artister och musiker – förlängs från 50 till 70 år. Se även nästa punkt; 3) Skyddet för artisters

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

För att beskriva den europeiska upphovsrättsliga inlåsningsen, och på vilket sätt detta sker, tillsammans med de konsekvenser som följer därav, görs i det följande en detaljerad analys av några av de senaste initiativen inom EU som förändrar upphovsrätten när den ställs mot den växande digitala utmaningen de senaste 10–15 åren. Initiativets genomförande i Sverige har valts som en fallstudie eftersom upphovsrättens dilemma i form av olaglig fildelning är mycket relevant i den svenska kontexten, ett faktum som även används för att illustrera skillnaden mellan ett EU-direktiv och dess genomförande.

Kapitlet är i det följande indelat i tre delar. I den första utvecklar jag en teoretisk ram för rättens stigberoende och inlåsningsen. I den andra går jag igenom ett flertal av de viktigaste regleringarna på europeisk överstatlig nivå, vilket inkluderar Infosoc, IPRED, datalagringsdirektivet, telekompaketet och i viss mån ACTA, samt deras implementering i Sverige i förekommande fall. Här lyfts även relevanta detaljerade bidragande orsaker fram gällande inlåsningsen och stigberoendet. I den tredje drar jag mer generella slutsatser och analyserar inlåsningsseffekter av den europeiska upphovsrättsliga utvecklingen i ett digitaliserat samhälle och visar upp de generellt sett viktigaste, mest allvarliga och mest oroande konsekvenserna av en sådan inlåsningsen.

rättigheter var inom EU 50 år från slutet av det år uppförandet gjordes, t.ex. på en musikinspelning (se Romkonventionen och TRIPS). Detta förlängdes inom EU till 70 år, se punkten ovan vilket i Sverige implementerades under 2013; 4) Ingen registrering krävs för att uppnå upphovsrätten när något skapas. I USA är dock rätten att utkräva skadestånd – gällande nivån på skadeståndet – beroende av om verket är registrerat eller ej; 5) Upphovsrätten innebär exklusiva rättigheter till upphovsrättsinnehavaren som både är ekonomiska – till exempel rörande kontroll över kopior och försäljningen av dem – och ideella – där upphovsmannen ska nämnas och slippa att exempelvis bli förlöjligad.

Undantag från dessa exklusiva rättigheter gäller i USA genom en inskränkingskatalog som är kombinerad med en "fair use"-regel, eller, som i svensk rätt, enligt en inskränkingskatalog i 2 kap. upphovsrättslagen som bl.a. innebär att var och en får för privat bruk framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk (12 § upphovsrättslagen).

Del ett: Det rättsliga stigberoendet som teori

Rättsutveckling har analyserats i termer av en normativ stig i en ganska lång och framför allt amerikansk tradition, ofta med hänvisning till den klassiska texten "The Path of The Law" av Oliver Wendell Holmes (1897; se även Burton 2000). Det rättsliga studiet genom path dependence-teori är starkt sammanbundet med ett teoretiskt utbyte med andra discipliners användning av begreppet, något som inte minst framgår av ovan nämnda Richard Posners artikel "Past-Dependency, Pragmatism, and a Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship" (2000; se även Hathaway 2001). En följd av detta är att för att möjliggöra ett användande av stigberoendekonceptet för en rättslig analys måste man blicka utanför de inomrättsliga diskurserna. Konceptet används både inom historisk institutionalism av forskare som Theda Skocpol och Paul Pierson (Pierson 2000; Pierson & Skocpol 2002) såväl som inom historisk sociologi (Mahoney 2000). Den mest explicita populariteten kring begreppet uppstod dock från 1980-talet och framåt i studiet av teknisk utveckling, där det användes för att förklara överlevnad av en mindre optimal teknik när det finns bättre lösningar i ett senare skede. Ju tidigare ett beslut fattas i en process, desto större är sannolikheten att valet kommer att vara standarden för senare lösningar i samma process. Det mest berömda exemplet är härvidlag när stigberoendeteori används för att förklara oönskade *inlåsnings effekter* och uppkomsten av standardiseringsprocesser, som med tangentbordslayouten QWERTY (David 1985). Även om just QWERTY-historien har kritiserats för att inte stämma så har det teoretiska upplägget levt vidare och används inom nationalekonomi och statsvetenskap (Falkemark 2006, s. 42; Liebowitz & Margolis 1996). Där används stigberoendeteori för att beskriva det faktum att de politiska val som görs när en institution bildas, eller när en policy inleds, kommer att ha ett fortsatt inflytande (Peters 2005, s. 71 f.). Även om mycket av litteraturen kring inlåsnings och stigberoende har gällt teknisk utveckling har den med andra ord också återkommande applicerats på andra processer, inklusive rättsliga (Gillette 1998; Hathaway 2001; Larsson 2011b; 2011c;

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

Wickenberg & LPO 2013). Regelverk kan ge uppenbara analogier till exempelvis teknisk standard (Adams 1996). Vidare är idén om stigberoende tätt knuten till *transaktionskostnader*, vilket syftar till att förklara inlåsnings effekterna i termer av att de innebär ett slags tröskel för avvikelser från ”stigen”. Falkemark använder stigberoendeteori för att visa hur ett ohållbart transportsystem idag har delvis historiska skäl för sin utveckling (2006). Falkemark talar i detta sammanhang om *politiska transaktionskostnader* (se även Larsson 2008c, s. 99–100).

När det gäller teknik konstaterar Clayton P. Gillette (1998) att det finns stora fördelar med standardisering. Dessa standarder löser samordningsproblem mellan användarna så att de kan utgöra ett nätverk av mottagare för dem som använder samma teknik. Gillette lägger till ett element av makt till den inom stigberoendeforskning traditionella ekvationen gällande transaktionskostnader (1998). Han menar att dominerande intressegrupper kan, med stöd av standarder, använda sina befogenheter att avvärja försök till regeländringar. Detta är anledningen till att man, om man försöker förstå helheten kring rättsutveckling, måste inkludera de aktörer som är beroende av regleringen i fråga för att förstå dess utveckling.

Gillette menar att inlåsnings effekter alltid är medvetna och därför är ett resultat av maktkamper och transaktionskostnader. Makt är troligen en del av stigberoendet, men det finns en del av språkets omedvetna byggstenar som också bidrar i det tysta, vilket jag visar i min rättssociologiska avhandling (Larsson 2011a) och som jag utvecklat vidare (Larsson 2013a; 2013b; 2013c).⁶¹ Det handlar då om metaforer, kategoriseringar och språkliga mönster som gör att vissa föreställningar eller tankefigurer vinner fördel i lagstiftningen framför andra (Larsson 2009a; 2011a; Larsson & Hydén 2010; Johnson 2007a; Winter 2001). Även om det inte är något som hindrar att dessa meta-

61 Rättens språkliga byggstenar och vikten av att analysera och bryta ner dessas betydelse är ett perspektiv som även styrks av genusforskare som Niemi-Kiesiläinen et al. (2007, s. 69; jfr Nousiainen 1995; Svensson 1997; Lundström 1999) men då från en något annan infallsvinkel än i min avhandling.

forer kan användas medvetet, är de troligen delvis en del av en omedveten praktik som fungerar inramande och retoriskt som en typ av tankestrukturernas standardisering.

Inläsningens bidragande faktorer ligger sammanfattningsvis i:

1. Transaktionskostnaderna (David 1985; Falkemark 1996; Liebowitz & Margolis 1996).
2. Maktkoncentrationers beroende av det rådande, men inte nödvändigtvis mest optimala eller effektiva systemet (Gillette 1998).
3. Konceptuellt stigberoende, dvs. att tankens språkberoende skapar en retorik eller konceptuell inläsning kring vissa lösningar, där de som kan styra över metaforerna kan bidra till inläsningen (Larsson 2011a; 2013a; 2013b; 2013e; 2014c; Larsson & Hydén 2010).

Dock är detta även beroende av uppkomsten av ”stigen”, dvs. den situation där en viss institution blivit rådande. James Mahoney, som analyserar användningen av stigberoende som ett analytiskt verktyg i historisk sociologi, delar in stigberoendet i självförstärkande sekvenser och reaktiva sekvenser (2000). Mahoney definierar i stort sett stigberoende som något som uppstår när en ”kontingent historisk händelse” utlöser en senare sekvens som följer ett relativt deterministisk mönster (s. 535). Som vi kommer att se är det självförstärkande stigberoendet mycket relevant för utvecklingen av den europeiska upphovsrätten.

Del två: Den europeiska upphovsrätten i digitaliseringens tidsålder

Utvecklingen av upphovsrätten är idag direkt kopplad till den samtida tekniska utvecklingen, till internet och den samhälleliga formeringen i digitala nätverk. En rad lagstiftningsinitiativ har tagits för att stärka den upphovsrättsliga efterlevnaden på internet. Här presenteras fem viktiga lagstiftningsinitiativ inom Europeiska unionen som antingen

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

har direkt fokus på upphovsrätt eller indirekt koppling, med viktiga konsekvenser för upphovsrätten:⁶²

- EG-direktivet om upphovsrätt i informationssamhället, det s.k. *Infosocdirektivet*, lades fram i december 1997 och antogs 2001. Det genomfördes i Sverige den 1 juli 2005.⁶³
- EU-direktivet om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, det s.k. *civilrättsliga sanktionsdirektivet*, eller *IPRED*, godkändes av Europaparlamentet den 9 mars 2004 och det implementerades i Sverige den 1 april 2009.⁶⁴
- Direktivet om datalagring, som syftar till att harmonisera regleringen av medlemsstaterna och kräver att teleoperatörer och internetleverantörer lagrar personuppgifter. Det s.k. *datalagringsdirektivet* kom att spela en roll i upphovsrättens praktiska efterlevnad, även om dess omfattning är oklar. Det har implementerats i medlemsstaterna, men har också befunnits vara ogiltigt av EU-domstolen i april 2014 på grunderna att det ansågs oproportionerligt inskränkande av respekten för både privatlivet och skyddet för personuppgifter (Ledendal & Larsson 2014).⁶⁵
- Den europeiska reformen av telekommarknaden var omdebatterad, inte minst i Sverige under 2009. Förslaget presenterades för Europaparlamentet i Strasbourg den 13 november 2007, men röstades inte igenom förrän den 25 november 2009 efter en rad förhandlingar och revideringar. Det s.k. *telekompaketet* är ett kluster av direktiv

62 Om än även latent och dysfunktionell (Larsson & Svensson 2010).

63 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, [2001] OJ L167/10-19.

64 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights.

65 Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the Retention of Data Generated or Processed in Connection with the Provision of Publicly Available Electronic Communications Services or of Public Communications Networks and Amending Directive 2002/58/EC, [2006] OJ L105/54-63.

(KOM [2007] 697), vilket inkluderar aspekter av den roll som internetoperatörer spelar.⁶⁶

- Det multilaterala handelsavtalet *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, ACTA, som skrevs under av alla parter i slutet av 2010, är ett exempel på hur upphovsrätten kan fortsatt utökas och även påverka internetleverantörernas roll.

Starkare och bredare upphovsrätt: Infosoc

Det ursprungliga förslaget till EU-direktivet om upphovsrätt i informationssamhället lades fram i december 1997 och direktivet (Infosoc) i sig antogs 2001.⁶⁷ Syftet med direktivet var att lagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter i EU skulle hamna i linje med WIPO-fördragen och att harmonisera vissa valda aspekter av den materiella upphovsrätten i hela Europeiska unionen. I direktivet anges eller argumenteras för vikten av rättsligt skydd för upphovsrätt och närstående rättigheter i fråga om "informationssamhället" i inledande artikel 1 (se t.ex. Brown 2003). Direktivet implementerades främst mellan 2003 och 2004 i medlemsstaterna – av Danmark, Tjeckien och Grekland i ett tidigt skede och av Sverige, Finland, Spanien och Frankrike i ett senare. Den ursprungliga sista tidsfristen för implementeringen var den 22 december 2002, men endast Danmark och Grekland hade genomfört implementeringen vid den tidpunkten.⁶⁸ I Sverige presenterades det första förslaget under 2003 (SOU 2003:35), och den följande propositionen godtogs av riksdagen och trädde i kraft den 1 juli 2005 (prop. 2004/05:110).

Direktivet har kritiserats för att fokusera på sammanställare av

66 European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2002/21/EC on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, 2002/19/EC on access to, and Interconnection of, Electronic Communications Networks and Services, and 2002/20/EC on the Authorisation of Electronic Communications Networks and Services {SEC(2007) 1472} {SEC(2007) 1473}, COM/2007/0697 final – COD 2007/0247.

67 Se den s.k. Bangemann-rapporten (Bangemann et al. 1994).

68 För t.ex. Storbritanniens implementering av Infosoc, se Cook (2004).

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

rättigheter snarare än skapare och att det främst är inriktat på att skydda rättigheter och intressen för huvudaktörerna i industrin (producenter, programföretag och institutionella användare) och inte skaparna eller de kreatörer som ger det ovärderliga ”innehåll” som driver branschen (Hugenholtz 2000; Hugenholtz et al. 2009). Infosoc innehåller skydd för s.k. ”tekniska åtgärder”, som delvis inkluderar vad som ofta kallas Digital Rights Management, DRM (artikel 6; se även Westman 2002 för diskussion om införandet och dess kritik, och Schollins utförliga avhandling om DRM i förhållande till upphovsrätt från 2008). Skyddet för tekniska åtgärder innebar, enligt Daniel Westman, att ”en ny och i stora delar fristående rättslig skyddsform skapas” (Westman 2002, s. 240). Av särskilt intresse blev därmed att undersöka hur detta skydd förhåller sig till den upphovsrättsliga ensamrätten, även om kriminaliseringen av kringgående av dessa tekniska åtgärder av kritiker har setts som ett sätt att förse upphovsrätten med mer kraftfulla privilegier än traditionellt ägande (Gillespie 2007). Ett exempel som då tas upp är att konsumenter som t.ex. köper musik samtidigt begränsas i vad de får göra med den köpta produkten (exempelvis konvertera till annat format). Skyddet av tekniska åtgärder är inte nytt för den svenska upphovsrättslagen, men den version som fanns före Infosocs genomförande tillämpades endast på datorprogram.⁶⁹

Infosocdirektivet har inneburit en större räckvidd för upphovsrätten och en kriminalisering av fler typer av beteende. För de juridiska begrepp som en gång beskrev reproduktion och skydd av bitar av vinyl och andra plastmaterial för lagring av t.ex. musik och rörlig bild, fick en utvidgning göras för att omfatta även den ökande användningen av digitala format. De rättsliga begrepp som beskriver och reglerar de analoga metoderna för lagring och distribution expanderade i den meningen att de hölls för att reglera nya lagringsmedia i en digital form, med väsentligen annorlunda begränsningar och möjligheter (Larsson 2011a). Infosocdirektivet har kritiserats för att det reglerar utefter en samhällsmodell som inte längre helt stämmer överens med verkligheten

69 57 a § upphovsrättslagen. Detta skydd följer art. 7.1c i direktiv 91/250/EEC från 14 maj 1991 om det rättsliga skyddet för datorprogram.

(Lundblad 2007). Inte minst Apples affärsmodell med iTunes sätter fingret på i vilken mån debatten om kodade inlåsningsar är relevant och levande för hur både internet, upphovsrätt och vårt sätt att bruka digital media kommer att definieras framöver (jfr bl.a. Zittrain 2008).

Upphovsrättens verkställighet: IPRED och dess genomförande i Sverige

När den s.k. IPRED-lagen implementerades den 1 april 2009 i Sverige skedde det under stark kritik från nättaktivister och bloggare, men också från politiker och akademiker. När det föregående direktivet godkändes av Europaparlamentet (den 9 mars 2004)⁷⁰ var det även då en del uppståndelse, främst knuten till medborgerliga rättighetsgrupper i USA och Europa (Kirkegaard 2005, s. 489; läs mer i Burkart 2014, s. 87 f.).

Även om IPRED:s tillämpningsområde omfattar hela det immaterialrättsliga spektrumet har direktivet generellt diskuterats i termer av just *upphovsrättens* verkställighet. Centralt i debatten är det faktum att direktivet ger upphovsrättsinnehavare rätt att, med stöd av ett domstolsbeslut, få ut identitetsinformation knuten till en IP-adress från en internetoperatör. Detta gäller vid en viss tidpunkt, när upphovsrättsinnehavaren har lagt fram skälig bevisning (artikel 6.1) för att det rör sig om ett intrång av viss omfattning. Detta var en av de mest omdebatterade frågorna i Sverige, eftersom upphovsrättsinnehavarnas företrädare, IFPI och Antipiratbyrån, därmed kunde vända sig till domstol för att få ut identitetsinformation från internetleverantörer genom ett s.k. föreläggande (53 c § upphovsrättslagen; jfr även Ds 2007:19, s. 170 f. och prop. 2008/09:67, s. 128 f.). För att kunna åberopa ett sådant informationsföreläggande gentemot en internetleverantör krävs att sannolika skäl föreligger för att en person har begått en överträdelse eller ett brott, enligt 53 c § upphovsrättslagen.

Lagstiftningen ledde, från ikraftträdandet den 1 april 2009 och under en utvärderingsperiod som pågick till juni 2012, endast till elva rättsfall

70 Corrigendum to Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights (OJ L157, 30.4.2004), [2004] OJ L195/16-25.

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

i Sverige (SOU 2012:51), varav framför allt två kan vara extra illustrativa här (se Larsson 2011b, s. 19). Detta ska ses i ljuset av de förväntningar som uttrycktes i förarbetena till lagen, där man förutsåg mellan 400 och 800 fall per år, vilket förvisso rörde alla immaterialrätter (prop. 2008/09:67, s. 255). Regeringen tillsatte redan den 23 juli 2009 en utredare som skulle utvärdera tillämpningen av IPRED-lagstiftningen och som lade fram sin rapport i augusti 2012 (SOU 2012:51). Utredaren tog bland annat del av studier som vi gjort vid Lunds universitet inom forskargruppen Cybern timer (se SOU 2012:51, s. 21). I syfte att kunna mäta IPRED-implementeringens påverkan på både beteende och sociala normer genomförde vi en enkätstudie i början av 2009, dvs. innan lagen implementerades den 1 april, och en under hösten 2009, dvs. några månader efter. Vi gjorde även en uppföljning under 2012 för att se hur eventuella förändringar hade stått sig över tid. Enkäten frågade t.ex. efter fildelningsfrekvens och mätte även styrkan hos den sociala norm som motsvarade den upphovsrättsliga normen, bland annat genom att ställa frågor om förväntanstryck från personer i respondentens omgivning. Urvalet var representativt för Sverige gällande unga mellan 15 och 25 år med jämn fördelning mellan män och kvinnor. Intressant nog visade resultaten att beteendet ändrades under månaderna efter det att IPRED implementerades, dvs. fildelningen minskade, medan den sociala normstyrkan som motsvarar lagen *inte* ökade, dvs. respondenterna tyckte inte att det var mera fel att fildela. Man kan beskriva det som att respondenterna inte kände moraliska betänkligheter inför olaglig fildelning, men de ville inte åka fast (Svensson & Larsson 2012; se även Larsson & Svensson 2010; Larsson et al. 2012a) – eller som den statliga utredaren uttryckte det:

Av undersökningar som genomförts framgår att det finns en diskrepans mellan det allmänna rättsmedvetandet hos delar av befolkningen och lagstiftningen på det immaterialrättsliga området när det gäller tillgängliggörande på internet. (SOU 2012:51, s. 8)

Ett förtydligande kan göras när det gäller lagstiftningen i sig: implementeringen av IPRED fokuserar internetoperatörernas roll i den upphovsrättsliga efterlevnaden. Dessa framställs från rättighetshåll i

allt högre grad som centrala för att uppnå högre efterlevnad av upphovsrätten i den digitala miljön. Internetoperatörerna sitter därmed i en klämd sits, med nyckeln till att identifiera information bakom IP-nummer å ena sidan, och som väktare av sina kunders privatliv å den andra, vilket många av dem finner besvärligt.⁷¹ Två av de mest intressanta svenska rättsfallen understryker detta.⁷² En intressant aspekt av båda fallen är att svarandena hävdar att det datalagringsdirektiv som (vid denna tidpunkt) ännu inte genomförts i Sverige är tillämpligt på ett sätt som skulle hindra IPRED-lagens verkan.

Högsta domstolen fick vänta på EU-domstolens förhandsavgörande i det ena fallet, i det s.k. Ephone-målet. Det gjorde att alla IPRED-relaterade fall som rörde IP-adresser var låsta i väntan på EU-domstolens avgörande, och det understryker den komplexa och osäkra roll som tillämpningen av det omtvistade datalagringsdirektivet har avseende den europeiska upphovsrätten. EU-domstolen bedömde dock i sitt utlåtande den 19 april 2012 i Ephone-målet att den svenska lagstiftningen gör en rimlig avvägning mellan upphovsrättsinnehavarnas skydd för sina rättigheter och internetanvändarnas skydd för sina personuppgifter. Det innebär att det inte fanns något EU-rättsligt hinder för att tvinga Ephone att lämna ut personuppgifterna till ljudboks förlagen, men också att det tog tre år innan det svenska rättssystemet kunde släppa igenom sådana fall.

71 Se bl.a. nio internetoperatörers protest i SvD Opinion från den 30 september 2009, "Nätoperatörernas roll görs omöjlig" http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/natoperatorernas-roll-gors-omojlig_3584645.svd (senast besökt 12.10.2014).

72 Fallet med Ephone – Högsta domstolen rådfrågade EU-domstolen om IPRED:s relation till det s.k. datalagringsdirektivet. Därmed fördröjdes processen även av övriga IPRED-fall, Ö 4817-09, Hovrätten ÖÄ 6091-09 – och fallet med Telia Sonera, Ä 9211-09.

Kampen mot "allvarliga brott": datalagringsdirektivet

Datalagringsdirektivet (2006/24/EG) ändrar det tidigare rådande s.k. dataskyddsdirektivet 2002/58/EG i syfte att tvinga operatörer av allmänna telefonitjänster och internetoperatörer att lagra trafikdata, dvs. vem som ringer vid vilken tidpunkt, geo-data och identitet för en användare av en IP-adress eller mobiltelefon, för en period på mellan sex månader och två år.⁷³ Syftet med datalagringsdirektivet är att säkerställa att uppgifterna är tillgängliga för utredning, avslöjande och åtal av *allvarliga brott* så som de definieras av varje medlemsstat i dess nationella lagstiftning (artikel 1). Även om omfattningen av statligt styrd lagring av uppgifter kan variera, ligger kärnan i att internetleverantörer ska samla in och lagra data som spårar internetaktivitet för deras kunder. Även detta direktiv siktar med andra ord in sig på den roll som internet- (och telefoni)leverantörer har och deras relation till kunden genom att försvaga den senares integritet. Det tidigare gällande dataskyddsdirektivet etablerade principen om att trafikuppgifter ska utplånas när lagring inte längre behövs för ändamål som rör själva kommunikationen (inklusive fakturering). Datalagringsdirektivet innebär ett betydande åsidosättande av denna princip. I december 2005 antog Europaparlamentet datalagringsdirektivet. Ursprunget till direktivet kommer ur kampen mot terrorism som svar på bombdåden i Madrid och London 2004 och 2005.

Sverige införde datalagringsdirektivet den 1 maj 2012, valde den kortaste perioden för lagring på sex månader och var sista land i EU att genomföra reglerna om datalagring. Direktivet skulle ha varit genomfört i medlemsländerna 2007, och Sverige fälldes av EU-domstolen i februari 2010 för att inte ha infört direktivet och fick betala böter till EU på 3 miljoner euro.

Intressant nog förklarade EU-domstolen i april 2014 att EU:s datalagringsdirektiv är *ogiltigt* (Ledendal & Larsson 2014). Direktivet hade också kritiserats från perspektivet att nyttan av det inte står i proportion

73 Dataskyddsdirektivet: Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

till ingreppen i människors privatliv och grundläggande rättigheter, vilket inte minst märks i bristen på definition av allvarliga brott.⁷⁴ Domstolen menade att direktivet inte innehöll tillräckliga regler om skydd för personuppgifter och att intrånget var opropor­tionerligt i relation till personlig integritet. Vad som händer med de nationella lagar som införts i medlemsländerna för att uppfylla kraven i EU-direktivet är ännu oklart.

Redan den 29 april 2014 gav dock justitieminister Beatrice Ask ordföranden i Högsta förvaltningsdomstolen, Sten Heckscher, i uppdrag att analysera konsekvenserna för svensk rätt. En professor i folk­rätt, Iain Cameron, förordnades som expert att biträda utredningen. Den 13 juni 2014 kom första promemorian (Ds 2014:23). I skrivande stund väntar vi på den slutgiltiga rapporten där utredaren fått mandat att ”föreslå ändringar som han finner lämpliga för att stärka skyddet för den personliga integriteten” (Justitiedepartementet 2014, s. 5).

Relaterad lagstiftning och internationella förhandlingar: telekompaketet och ACTA

Det finns både relaterad lagstiftning som har med marknaden för telekom i stort att göra och internationella handelsavtalsförhandlingar som är av relevans för upphovsrätten, speciellt i ljuset av dess stigberoende. Detta gäller telekompaketet och det s.k. *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA).

Reformen av telekommarknaden lades fram för Europaparlamentet i Strasbourg den 13 november 2007, röstades om den 6 maj 2009 och avslutades den 25 november 2009. Reformpaketet kom från en icke-lagstiftningsresolution om ”kulturella industrier i Europa”, allmänt kallad *Bono-rapporten* efter den franska socialdemokratiska gruppen inom EU som ansvarade för att utarbeta resolutionen. Reformpaketet är ett kluster av direktiv (KOM [2007] 697) som i stor utsträckning inriktas

⁷⁴ Se t.ex. det öppna brevet till EU-kommissionären Cecilia Malmström, undertecknat av flertalet stora nätintresseorganisationer, den 26 september 2011 (SR, 28 september, Hård kritik mot datalagringsdirektiv, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=1646&artikel=4719395>).

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

på den roll som internetoperatörer har. Det består av fem olika EU-direktiv, och dess totala räckvidd är stor och endast av begränsad betydelse här.⁷⁵ Kritikerna av telekompaketet hävdade att det skulle göra det möjligt för internetleverantörerna att avgöra vilka webbsidor användarna är tillåtna att besöka och därigenom påverka den s.k. nätneutraliteten och leverantörernas roll även för upphovsrättens tillämpning, dvs. de skulle bli mindre neutrala. Under parlamentets behandling av kommissionens föregående förslag producerades ett antal ändringsförslag som är av intresse för det här kapitlets perspektiv. Förslag 138 och förslag 166 debatterades kraftigt både i media, på bloggar och i EU-parlamentet. Förslagen rörde frågan huruvida begränsning av tillgång till internet kan kränka grundläggande rättigheter och proportionalitet i eventuella påföljder som kunde kräva ett domstolsbeslut. I maj 2009 ville Frankrikes företrädare dra tillbaka det ändringsförslag som garanterade att domstolsförfarande föregår en eventuell avstängning från internet. En kompromissversion av ändringsförslaget antogs slutligen av Europaparlamentet i november 2009 som ersatte kravet på en ”föregående dom från de rättsliga myndigheterna” med ett krav på ett ”föregående rättvist och opartiskt förfarande”. Reformen av telekommarknaden bekräftar hur det upphovsrättsliga stigberoendet kan kolonisera⁷⁶ eller influera många

75 Mycket av direktivens innehåll har redan genomförts i svensk lagstiftning genom förordning (2003:396) om elektronisk kommunikation och några avsnitt i lagen (1998:31) om standarder för sändning av radio- och tv-signaler.

76 ”Kolonisering” i förhållande till mer abstrakta företeelser som inte har med upprättandet av explicita kolonier att göra är förvisso en tydlig metafor, men ändå en etablerad sådan. Att använda begreppet i förhållande till upphovsrättslig utbredning är inte vanligt, och här görs det inte i syfte att visa hur rätten ”koloniserar” icke-rättsliga områden (som en juridifiering av livsvärlden exempelvis) utan snarare i syfte att visa hur det upphovsrättsliga området tillåts ”göra ingrepp i” eller ”ta mark av”, dvs. överordna sig, andra rättighetsbaserade områden (anteckning på metaforkontot: notera hur koloniseringsmetaforen möjliggör och ger mening åt andra relaterade metaforer i samma kluster, även om man fortfarande använder dessa till att uttrycka samma abstrakta företeelse) (för mer om metaforkluster och normer, se Larsson 2011a, s. 72–73, 103–104 och 131–132; 2012b).

olika typer av regleringar. Denna gång gällde det ånyo internetleverantörernas centrala position i striden om upphovsrättens verkställighet och försök som gjorts av starka krafter att plocka isär konsumentskyddet.

När det gäller den framtida utvecklingen av upphovsrätten inom EU, kan ACTA nämnas som ett exempel på hur de upphovsrättsprotektionistiska argumenten används för att idka påtryckningar inom ramen för ett mellanstatligt handelsavtal. ACTA är ett plurilateralt avtal som förhandlats fram i hemlighet med omkring ett dussin länder. Även om förhandlingarna gömdes från offentligheten, läckte några versioner av avtalet ut under förhandlingarnas gång. En sådan läckt ACTA-text är daterad den 18 januari 2010 (den läcktes i mars 2010). Denna följdes dock av en officiell EU-version som offentliggjordes den 21 april 2010 och den slutliga versionen från den 3 december 2010. En skillnad mellan det läckta dokumentet och de officiella är att parternas explicita inställningar inte anges i de senare. Den läckta versionen visar att USA, föga förvånande, är en stor förespråkare för ett starkt immaterialrättsskydd här och trycker på för bestämmelser för att öka digital övervakning och mellanhandsansvar. Frågan om skydd för privatlivet är av mycket stor betydelse när man analyserar ACTA, eftersom avtalet tycks öka utbytet av uppgifter både med andra länder och med rättighetsinnehavare.⁷⁷ Av det första officiella dokumentet att döma, från den 21 april, framgår en aktiv pro-rättighetshavarinställning gentemot internetleverantörer och andra mellanhänder. Internetleverantörerna var med andra ord i siktet ännu en gång. Men även om det första ACTA-utkastet i hög grad riktades mot internetleverantörernas ansvar begränsades de mest kontroversiella verkställighetsåtgärderna i den slutliga versionen.⁷⁸ Sammantaget visar dock ACTA på att det finns starka internationella krafter som vill

77 Se Margot Kaminskis bloggpost från den 25 mars 2010, "The Anti-Counterfeiting Trade Agreement", som är tillgänglig på <http://balkin.blogspot.com/2010/03/anti-counterfeiting-trade-agreement.html> (senast besökt 07.01.2015). Hon skrev även en artikel om ACTA även innan dokumentet läcktes (Kaminski 2009).

78 Se Opinion of European Academics gällande den slutliga versionen av ACTA, http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/pdf/ACTA_opinion_110211_DH2.pdf (senast besökt 07.01.2015).

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

förstärka de medel som finns för att upprätthålla upphovsrätten genom odemokratiska förhandlingar utan insyn, på bekostnad av internetoperatörernas neutralitet och med en retorik kring skydd och starkt ägande som en nödvändighet för innovation.

Del tre: Analys och diskussion

Det finns åtminstone fem viktiga analytiska punkter att lyfta fram som en konsekvens av den europeiska upphovsrättsliga regleringstrenden. De flesta har redan behandlats, men kommer här att sammanställas och utvecklas vidare. Dessa punkter presenteras i följande underavdelningar: *den första* frågan om upphovsrättens legitimitet handlar om den grundläggande konflikten mellan sociala och rättsliga normer, vilken utgör ett slags grundförutsättning för att stigberoendeanalysen blir viktig över huvud taget. Hade de sociala normerna och de rättsliga regleringarna fungerat i harmoni så hade spänningsfältet varit begränsat och tämligen ointressant. Så är dock inte fallet. *Den andra* punkten handlar om hur bevarandet av ”stigen” genomförs i praktiken, vilket leder till *den tredje* punkten, hur den upphovsrättsliga ”stigen” och dess inneboende föreställningar koloniserar eller i vart fall influerar andra rättsliga ”stigar”, dvs. får ett hierarkiskt företräde, exempelvis framför delar av konsumentskyddet och operatörernas neutrala roll som internetns infrastruktur. *Den fjärde* analytiska punkten belyser just detta, dvs. det ökade ansvar som internetleverantörerna beläggs med och därmed den nedmontering av deras neutrala roll som sker. *Den femte* och sista punkten utvecklar hur den ökade rättsliga användningen av spårbarhet i det digitala har konsekvenser för hur integriteten hanteras överlag.

1) Upphovsrättens bristande legitimitet

Som tidigare nämnts har klyftorna mellan reglering, sociala normer och beteende diskuterats extensivt i litteraturen. Den bristande legitimiteten härrör troligen delvis från det faktum att den globala upphovsrättsliga konstruktionen i allmänhet är baserad på tankestrukturer grundade på analoga premisser gällande fysisk reproduktion och distri-

bution (jfr t.ex. Lessig 2008; Larsson 2013e; 2014c). Runt denna rättsliga konstruktion finns en bransch som huvudsakligen uppstått under andra halvan av 1900-talet och som är beroende av regleringens efterlevnad. Detta beroende uttrycks i termer av exemplar- och distributionskontroll och innebär i ökad utsträckning påtryckningar om att rättens sanktioner och kriminaliseringsområde ska utökas och skyddstider förlängas m.m. Denna klyfta mellan det icke-digitala och det digitala spelar en viktig roll för upphovsrättslagens bristande legitimitet, vilket inte minst Lessig visar i sin omfattande analys av den upphovsrättsliga regleringens svårigheter med att omfamna nya kreativa praktiker (2004; 2008; se även Boyle 1996; 1997; 2008), något jag återkommer till i kapitel 5 nedan.

Det rättsliga svaret på framväxten av vad den amerikanske rättsprofessorn Lawrence Lessig kallar en *Read/Write*-kultur har varit en konstant ökning av rättsliga insatser för att upprätthålla de rådande begränsningarna som följer av 1900-talets *Read/Only*-kultur, dvs. en skrivskyddad uppfattning av upphovsrätt knuten till materiella lagringsmedia (Lessig 2008). I min avhandling argumenterar jag för att det är i denna övergång till en digital praktik som det rättsliga reglerandet blir än mer metaforiskt, dvs. försöker reglera en praktik vars nutida attribut väsentligen är annorlunda än den fysiska miljö som regleringens centrala tankestrukturer och metaforer uppstod i (Larsson 2011a, s. 99–112). När metaforer används för att överbrygga en teknologi till en annan är det också troligt att associationer och normativa värderingar följer med från beskrivningen av det första fenomenet till beskrivningen av det andra, oavsett om en mängd egenskaper egentligen skiljer de två fenomenen åt. Inom studiet av medieutveckling kallas detta för *skeumorfer* (Cass & Lauer 2004; Larsson 2013e). Det kan exempelvis gälla att fenomen formade utefter analoga förutsättningar, som post, fotografi, fysiska exemplar, stöld och musikalbum, får ge namn åt digitala fenomen med vissa liknande förutsättningar, som e-post och digitalt fotografi (Cass & Lauer 2004), digitala exemplar (Larsson 2010; 2013b), ”stöld” som egentligen är kopiering (Larsson 2011a, s. 96–97; 2013b) och digitala album som inte egentligen behöver ha den längd de har (i vart fall inte baserat på lagringsbegräns-

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

ningar som med vinyl eller cd, se Larsson 2011a, s. 101–102). Problemet med att göra en direkt analogi mellan de ursprungliga fysiska bärarna och de digitala formaten ligger i alla de egenskaper hos det senare fenomenet som inte sammanfaller med det första fenomenet. Begreppsöverföringen, skapandet av skeumorfen, förleder lätt vårt tänkande till villfarelsen att det inte är någon skillnad på definitionen av de analoga kontra de digitala företeelserna. Samtidigt är det viktigt att komma ihåg att metaforer inte är något ovanligt, tvärtom, de är en fundamental del av vårt vardagliga tänkande (Lakoff & Johnson 1980; 1999), vilket även hänger ihop med att begrepps litterära mening inte har något företräde i vårt tänkande framför den metaforiska användningen av desamma (Glucksberg 2008). Vi tänker och agerar vardagligt snabbt och omedvetet kring dessa processer. Dessa språkliga, metaforiska, skeumorfa och konceptuella processer inkluderar därmed även rättslig reglering, som därför ofta uttrycks som mer objektiv och fri från begreppsfröskjutningar än vad i själva verket är fallet (se även Johnson 2007a; Winter 2001; 2007; 2008). En viktig orsak till upphovsrättens felande praktik ligger i att de analoga tankestrukturer som tagit plats och så att säga frysts i lagstiftningen inte korrelerar särdeles väl med tankestrukturer som uppkommit enligt digitala premisser idag (Herman 2008; Larsson 2011b, s. 124–126; 2013b; 2013e; Loughlan 2006). Det finns anledning att återkomma till detta i det uppsamlade kapitel 7 nedan.

2) Den upphovsrättsliga stigens bevarande

Det upphovsrättsliga stigberoendet fungerar som ett starkt argument för dem som drar nytta av dess bevarande (jfr Gillette 1998; Larsson 2011b). Appellen till traditionen hindrar därigenom förändring genom att privilegiera status quo i form av ett större skydd. Anledningen till att dessa argument fortfarande är rådande är sannolikt att de är kopplade till en stark industri som skyddar och uttrycker dem. Den bidrar därigenom till stigberoendets självförstärkande sekvenser, som James Mahoney nämner som essentiella för stigberoendets upprätthållande (2000; jfr Palmås et al. 2014 gällande legitimitetsskapande kring utma-

nande innovationer och entreprenörskap). Som tidigare nämnts hade ”antagandet av en viss institutionell ordning” i upphovsrätten redan gjorts innan internet och de digitala praktikerna uppstod, och det deterministiska mönster som följer av denna ”självförstärkande sekvens” har under de senaste åren haft en stabil reproduktion. Man kan uttrycka det som att den upphovsrättsliga konstruktionens centralt förankrade föreställningar redan hade blivit självförstärkande reproducerade och legitimerade när de i grunden började bli utmanade av de digitala praktikerna och de sociala normer som följer av denna praktik.

Den rättsliga ”stigen”, när den blir starkt beroende, är relaterad till nationella rättsliga legitimeringsprocesser i så måtto att alla legitimerande processer utgörs av en positiv feedbackcykel, där ett första prejudikat om vad som är lämpligt utgör en grund för framtida beslut om vad som är lämpligt. Som ett resultat uppstår en välbekant självförstärkande cykel: den institution som först gynnas sätter en standard för den egna legitimiteten och denna institution reproduceras eftersom den ses som legitim i detta skede. Detta bör i perspektivet av social förändring som rör digitalisering och internet ses som en inomdogmatisk juridisk legitimitet, som ur ett rättspluralistiskt perspektiv inte nödvändigtvis är knuten eller förankrad i sociala normer och vanliga medborgares beteende i ett senare skede, exempelvis idag.⁷⁹ Enligt Clayton P. Gillette är en negativ konsekvens av denna ”standardisering” att incitamentet att producera ett förbättrat system motverkas, eftersom ingen enskild användare inom det befintliga nätverket kan förmås att flytta till det nya systemet utan försäkringar om att en kritisk massa av potentiella användare kommer att göra detsamma. Som en analogi hävdar Gillette att regelsystem som delar inlåsende egenskaper kan vara precis lika känsliga för stigberoende som tekniska standarder:

79 Man måste här skilja på det rättsliga systemet, som ett starkt och dogmatiskt institutionellt system, och det teoribygge som det här kapitlet representerar, exempelvis genom referenser till rättsrealister som Wendell Holmes och stigberoendeteori som även smittat Posners rättsliga karaktistika. Det senare bildar här verktyg för att analysera det förra.

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

Befintliga regelsystem kommer att gynna några individer och missgynna andra. Där de som gynnas av status quo med lätthet kan organisera sig i förhållande till de som är missgynnade (det vill säga där de som förespråkar status quo kan bilda en dominerande intressegrupp), är det också sannolikt att dessa kommer att utnyttja denna ställning så snart en förändring om förändring uppkommer. (Gillette 1998, s. 820)⁸⁰

Upphovsrättens revideringar de senaste tio åren visar på en intressant konservativ approach. I fråga om vilken grad av analys som anses behövas för upphovsrättslig utveckling låter man regleringen förstärka endast de värden som redan finns reglerade. Det finns inga tecken på avreglering eller minskad skyddstid, motsatsen är mycket tydligt fallet, vilket dels är ett uttryck för stigberoendets historiska normativitet, dels tycks visa på ett antagande att de begrepp och metaforer som används också kommer att fungera i en digital miljö under lämplig grad av kontroll (se även Larsson 2011a).⁸¹ Och eftersom det är så tydligt att efterlevnaden inte fungerar så blir det fortsatta antagandet att det framför allt är kontrollen som måste förstärkas.

Den globalt homogena konstruktionen av upphovsrätten genom fördrag som Bernkonventionen, Romkonventionen, Pariskonventionen, WCT och TRIPS förstärks genom USA:s internationella påtryckningar och den europarättsliga utvecklingen. Den senare har beskrivits i det här kapitlet. Det är i detta transaktionskostnaderna för en fundamental kursändring manifesteras, dvs. att även om den kontinuerliga förstärkningen av upphovsrättens skyddstider och täckningsområde inte är förankrad i någon tydligare empirisk data (jfr Boyle 2008, kapitel 10; Patry 2011) så upprepas retoriken om dess nytta för skapande

80 "Existing regulations will favor some individuals and disfavor others. Where those who are favored by the status quo can organize with ease relative to those who are disfavored (that is, where those who favor the status quo can form a dominant interest group), they are likely to take advantage of that position whenever an inkling of change arises."

81 Även om det finns en diskussion kring behovet av "fair use" enligt en amerikansk modell också i EU-rätten (jfr Senftleben 2010).

och kulturell marknad oavbrutet. Historien i sig tycks ha blivit starkt normativ. Nya upphovsrättsbaserade lagförslag innehåller ständigt formuleringar om nödvändigheten av en stark upphovsrätt med långa skyddstider och starka åtgärder för dess verkställighet. Det rör grundläggande påståenden om de upphovsrättsliga formuleringarna som kraftigt har kritiserats av framför allt amerikanska forskare (som Boyle 2008; Lessig 2008; Litman 2001; eller den svenske Lundblad 2007). Detta visar på det normativa arv som bidrar till det starka stigberoendet och den retrospektiva hållning som finns i upphovsrätten, och som därigenom skapar en motsägelsefull hållning i försöken att förstå vad som skapar en produktiv nätbaserad marknad utan att kunna avvika från den rättsligt inlåsta stigen.

3) *Upphovsrätten som koloniseratör*

Som nämnts finns maktstrukturer som bidrar till att denna rättsliga ”stig” koloniserar andra rättsliga ”stigar”. När berörda intressen strävar efter att upprätthålla sin position, riskerar andra skyddsvärden att blir sekundära. När stigberoendet leder till en utvidgad kriminalisering påverkar det också hur hierarkierna ser ut rättigheter emellan. Här kan kriminaliseringen av kringgående av tekniska skydd – som Infosoc introducerade – eller konsumentskyddets försvagande i och med IPRED, utgöra exempel.⁸² Dessutom, om datalagringsdirektivet beskriver hur upprätthållande av copyright kan bli indraget i rättsliga åtgärder mot terrorism visar reformen av telekommarknaden hur upphovsrätten kan komma att knytas till frågor som rör telemarknaden, vilket inte minst inkluderar internetoperatörernas roll, och ACTA hur upphovsrätten kan förstås i termer av handel och därmed vara en del av handelsavtal som kan kringgå mer demokratiskt lagstiftade processer på nationell eller överstatlig nivå.

Det finns även i ett amerikanskt perspektiv en typ av politisk reto

82 Se Infosocdirektivet och äganderätten till en cd-skiva i jämförelse med det tekniska skyddet av cd och dvd. Trots att man äger produkten är man begränsad i vad man får göra med den (Gillespie 2007, s. 181–185).

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

rik som utvecklats de senaste åren där immaterialrätten glider över i att även handla om "nationell säkerhet" (Halbert 2014b, s. 61 f.). Detta visar på hur ett utpekad skyddsvärde kan användas för att legitimeras införandet av relativt långtgående åtgärder som har med övervakning och statlig datainsamling att göra.

4) Internetleverantörernas tilltagande utsatthet

Från upphovsrättens starka stigberoende följer en tydlig tendens att rikta in sig på internetleverantörer och andra mellanhänder i ett försök att knyta dessa till ansvar för den trafik de förmedlar. IPRED är ett tydligt exempel på en sådan tendens, vilket även reformen av telekommarknaden och ACTA-förhandlingarna ytterligare visar. En rapport från 2010 från kommissionen konstaterar att nuvarande lagstiftning inte är tillräckligt kraftfull för att bekämpa internetbaserade intrång i immateriella rättigheter på ett "effektivt sätt". Detta leder i sin tur rapportörerna till slutsatsen att internetleverantörer kan bli ytterligare inblandade och sätta i fokus:

Med tanke på mellanhändernas gynnsamma läge för att bidra till att förebygga och avbryta internetbaserade överträdelser kan kommissionen undersöka hur man kan involvera dem djupare. (Application of Directive 2004/48/EC, december 2010, s. 7)⁸³

Jämför här med det fall jag tar upp i bokens inledning där Bredbandsbolaget i november 2014 stämts av stora mediebolag med krav på att blockera tillgång till streamingsajter som Swefilmer och Dreamfilm, och även The Pirate Bay.

83 "Given intermediaries' favourable position to contribute to the prevention and termination of online infringements, the Commission could explore how to involve them more closely." Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (December 2010) Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

Dessutom är de exakta följderna av datalagringsdirektivet (som helt inriktats på operatörers lagring av data) i relation till integritet och upphovsrätt inte säkerställda, men det kommer sannolikt att påverka upphovsrättens verkställighet, vilket beskrivits ovan. Enligt den brittiska Digital Economy Act 2010, för att nämna ett exempel, kan rättighetshavare meddela internetleverantörer om misstänkta överträdelser och ges anonymiserade rapporter för att få möjlighet att bedöma omfattningen av intrångsbeteende i samband med särskilda IP-adresser (Muir 2013). Det som kan kallas för "ISP policing" gällande upphovsrättsbrott är dock både ett intressant och oroande fenomen, där de mellanhänder som enligt vanligt förekommande argumentation bör vara neutrala, via starka påtryckningar blir ett slags polisiär bedömare av vilken typ av trafik som bör få förekomma i nätverken, med starka preferenser åt att just rättighetshavares intressen ska skyddas. Det ifrågasätts dessutom om det ens påverkar fildelningen i sig, utöver att addera en stark övervakningsdimension till att vara uppkopplad på internet (Giblin 2014b), exempelvis i förhållande till vad som ofta kallas "graduated response" i stil med HADOPI-lagen i Frankrike (Giblin 2014a; Yu 2010).

5) Framtiden: gränserna för effektiva rättsliga åtgärder vidgas i det digitala

Rätten är i många avseenden mycket beroende av sin historia, i den meningen att historien i någon mån är normativ. Begrepp och principer skapar stigar som också låser in framtida rättsliga riktningar. Problemet här är inte att den rättsliga utvecklingen förhåller sig till sitt förflutna, eller ens inlåsandet i standardiserade former för beteendekontroll. Tvärtom fungerar dessa element som delar av den starka rättsliga principen om förutsägbarhet (se Aubert 1989, s. 62; Luhmann 1972, s. 31 f.; Peczenik 1995, s. 89–90; Posner 2000). Men problem uppstår när den rättsliga utvecklingen knyts till det förflutna på ett sådant sätt att den inte klarar av att inkorporera eller att förstå fundamentala förändringar i samhället. Om inlåsningen är så rigid att lagstiftningsprocessen inte ens kan överväga alternativ som kan vara mer

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

effektiva i att uppfylla sitt grundsyfte, med samhällets nya villkor i åtanke, då blir stigberoendet ett stort problem. Och rättens tillbakablickande, "past-dependency", verkar ofta hindrande för den som söker anpassa rätten till förändringar i det sociala. Posner uttrycker det ingående och levande:

Den rättsliga är den mest historiskt orienterade, eller man kan också uttrycka det, den mest bakåtsträvande, den mest "historikberoende" av professioner. Den vördar tradition, stamtavla, ritual, sedvänja, forntida metoder, forntida texter, arkaisk terminologi, mognad, visdom, senioritet, åldershierarkier och tolkandet uppfattat som metod för att återställa historia. Den är misstänksam mot innovation, diskontinuiteter, "paradigmskiften" och den energi och framfusighet som finns hos ungdomen. Dessa invanda attityder innebär ett hinder för den som vill orientera rätten i en mer pragmatisk riktning. (Posner 2000, s. 573)⁸⁴

Samtidigt ska vi komma ihåg att de maktmedel som står till förfogande för "dessa invanda attityder" vuxit med internet, samhällets integrering med det digitaliserade nätverket och människors vardagliga bruk och nyfunna sammanvuxenhet med det. Aldrig tidigare har det lagrats så mycket spår som kan kartlägga vårt beteende, aldrig förr har så mycket information lagrats om vardagliga bestyr, språkbruk, sökningar, om vad vi i hemlighet åtrår, köper, säljer, frågar efter, tittar på, pratar om, vem vi pratar med, vilka böcker vi läser och filmer vi ser på. Mer data sparas och den sparas under allt längre tid. Och den som klarar av att aggregera och analysera denna data kan snart säga mer om vad vi vill och vill ha och vilka våra vanor är

84 "Law is the most historically oriented, or if you like the most backward-looking, the most 'past-dependent' of the professions. It venerates tradition, pedigree, ritual, custom, ancient practices, ancient texts, archaic terminology, maturity, wisdom, seniority, gerontocracy, and interpretation conceived of as method of recovering history. It is suspicious of innovation, discontinuities, 'paradigm shifts', and the energy and brashness of youth. These ingrained attitudes are obstacles to anyone who wants to reorient law in a more pragmatic direction."

än vad vi själva är medvetna om, vilket jag återkommer till i kapitel 6.⁸⁵

Det ställer nya frågor om vem som har rätt att göra vad med denna information. Det formar även upphovsrättsintressenas strategier, och det aktualiserar frågan om internetleverantörernas roll. Det betyder att "lagens långa arm" har förvärvat en omfattande räckvidd. De nya polisiära eller rättsligt sanktionerade möjligheterna att upptäcka och kontrollera vardagligt beteende tvingar fram frågan om hur vi vill att det ska se ut, vilket rimligen bör belysas i en politisk diskussion och inte bara betraktas som en konsekvens av en upphovsrättslig konstruktions starka och retrospektiva stigberoende.

Slutsatser

Upphovsrättens starka stigberoende har illustrerats genom att beskriva hur upphovsrätten konstrueras och harmoniseras genom internationella avtal samt nya europeiska rättsliga insatser, hur dess skydd breddas och förstärks i en digital tid genom direktiv som Infosoc och IPRED. Datalagringsdirektivet, telekompaketet och ACTA visar hur internetleverantörer alltmer hamnar i skottlinjen för att ta ansvar för den trafik de förmedlar, och IPRED hur deras position politiseras genom att vara klämda mellan kunders integritet och kränkta rättighetshavares jakt på identiteter. Detta alltmedan internetleverantörerna själva förespråkar neutralitet och principen om "mere conduit" som sin ledande princip. Dessutom visar ACTA-avtalet hur en starkare upphovsrätt kan förhandlas fram utan öppen insyn eller genom demokratiska metoder i termer av handelsavtal. Det är vidare tydligt, inte minst ur ett rättssociologiskt perspektiv, att delar av den upphovsrättsliga konstruktionen lider av legitimitetsproblem i förhållande till sociala normer, vilket är det som i första hand gör den här analysen viktig.

85 Detta är något som har fått vissa forskare att tala om *panspektrism* snarare än Bentham's *panoptikon*, som Foucault utvecklade, från ett övervakningsperspektiv (Kullenberg 2010, s. 53; se även Larsson 2011b, s. 115–116).

4. DEN DIGITALA UPPHOVSRÄTTENS KONCEPTUELLA INLÅSNING

Här härleds inlåsningsen i ett rättsligt stigberoende till att ha framför allt tre möjliga huvudskäl med anknytning till a) transaktionskostnader, b) makt och c) nyckelmetaforers relation till tankestrukturer. Det betyder att själva grunden till inlåsningsens rigiditet ligger i att den upphovsrättsliga konstruktionens centralt förankrade föreställningar redan hade blivit självförstärkande reproducerade och legitimerade när upphovsrätten började bli utmanad av de digitala praktikerna och de sociala normer som följer av denna praktik. Vad gäller inlåsningsens upprätthållande så finns därmed samverkande skäl till att den upphovsrättsliga inlåsningsen är så stark och står i så bjärt kontrast till de sociala normerna. Lagstiftningens globala homogenitet utgör ett exempel på en klassisk transaktionskostnad (a), dvs. det finns endast ett mycket litet manöverutrymme på nationell nivå, såvida inte en nation är beredd att lämna det internationella samfundet även i termer av handel och politiskt samarbete. Det finns vidare starka maktkoncentrationer som vuxit fram, framför allt under 1900-talets andra hälft (b), vilket andra författare visat, som är beroende av den upphovsrättsliga konstruktionen och inte har något intresse av att formulera om konstruktionen i någon riktning som skulle minska deras inflytande eller privilegierade position. Detta leder även till den konceptuella kampen som förs (c), framför allt i brytningen till en digital praktik. I stället för att analysera hur en kontrollbaserad kopierelaterad upphovsrätt kunde förändras och göras mer effektiv idag, beväpnas den upphovsrättsliga konstruktionen med mer försvars- och skyddsåtgärder för att bevara den konstruktion som växte fram innan den digitala utmaningen uppstod. Till viss del innebär detta en metaforisk expansion av begrepp och metaforer som en gång beskrev endast en icke-digital praktik men nu utgör ett standardiserat sätt att reproducera upphovsrättens grunder även i ny lagstiftning.

Den europeiska upphovsrättsliga trenden blir därmed protektionistisk genom utvidgande och stärkande av upphovsrättigheter och deras verkställighetsåtgärder. Den europeiska upphovsrättsliga utvecklingen, i dess vidare bemärkelse, riskerar inte bara att omforma internet i termer av spårbarhet utan även i termer av brottsbekämpning och massövervakning. Digitaliseringen av samhället kräver att nya frågor

ställs om hur polisiära eller verkställighetsinriktade åtgärder kan se ut i termer av generell övervakning. Detta innebär att det finns ett växande politiskt ansvar för att balansera integritetsfrågor och nya och extrema möjligheter till registrering av beteende med hjälp av trafikdataloggar och digital övervakning. Således leder det upphovsrättsliga stigberoendet till en obalans av principiell karaktär mellan de intressen som står på spel. Denna obalans ligger i att ett särintresse tillåts att modifiera metoderna för rättslig tillämpning från det reaktiva och partikulära till det förebyggande och generella. Detta är ett principiellt skifte som riskerar att leda till att det särskilda upphovsrättsintressets vinster sker på bekostnad av inte bara en effektiv stimulans av skapande utan även allas personliga integritet och rätt att inte övervakas i onödan.

5. Branschskydd eller skapande- stimulans? En historisk återblick för att förstå upphovsrättens digitala utmaning

Vi har nu ägnat oss åt upphovsrättens mer strukturella utveckling i det digitala tidevarvet, framför allt under 2000-talet. Det är i någon mån en kvantitativ utveckling. Detta kapitel behandlar den för upphovsrätten centrala frågan om hur kreativitet och innovation hanteras i sin kulturella och rättsliga kontext, vilket formar en mer kvalitativ analys. Kapitlet undersöker, med andra ord, underliggande tankestrukturer för hur skapande går till i den globala upphovsrättsliga konstruktionen, och konstaterar att det finns en rådande idealiserad bild uttryckt i termer av individuella och autonoma prestationer av "ensamma genier". Denna tankestruktur utgör en viktig del i vad som kan kallas för en upphovsrättsideologi som, trots den retoriska funktion som "det ensamma geniet" utgör, i allt högre grad de facto i lagstiftningen har kommit att handla om ett branschskydd snarare än en incitamentslagstiftning för skapande och innovation. I kapitlet kontrasteras denna underliggande tankestruktur med en i den kritiska litteraturen allt vanligare appell för det kollaborativa och kontextuellt beroende skapandet, inte minst i det digitala samhället. Här tecknas den globalt homogena upphovsrättsliga konstruktionen, som fokuserar mer och starkare upphovsrättsligt skydd med längre och längre skyddstider, mot en växande diskurs kring begrepp som *deltagarkultur*, *crowdsourcing*

och *Read/Write culture* och tecknar den utmaning detta innebär i termer av rättens samhälleliga behov av att kodifiera normativa praktiker och sociala normer.⁸⁶

Nyckelord: Det ensamma geniet, tankestruktur, kollaborativt skapande, stigberoende, remixkultur, upphovsrätt, normativ praktik, metaforer, digital kulturpolitik.

Den rättsliga utmaningen med att kodifiera sociala normer

Ett syfte med upphovsrätten som ofta förs fram är att stimulera kreativitet och innovation. I samma andetag nämns då ofta vikten av ett starkt och långtgående rättighetsbaserat skydd för verken. Det finns därmed något singulärt, dvs. individbaserat, förgivettaget i lagstiftningen, och, vilket många före mig har diskuterat, i någon mån en dold uppfattning om att dessa skapande individers beroende av sin omgivning, kultur och kontext är liten. Kultur tycks enligt denna föreställning inte vara något som flödar, inspirerar och utbyts mellan, runt och över kulturbärande melodier, språk och visuella medel, utan snarare något som emanerar från en viss typ av skapande individer. Därav det relativt enkla receptet: för att försäkra sig om mer skapande behövs mer skydd åt dessa utvalda. Verkligheten är naturligtvis mer nyanserad än så, och debatten kring skapande och upphovsrätt samt dess innebörande föreställningar har förändrats tämligen dramatiskt över århundradena.

När Högsta domstolen den 12 februari 2012 nekade prövningstillstånd för de män som dömts för medverkan till upphovsrättsbrott för

86 Detta kapitel bygger framför allt på en artikel i *Nordisk Kulturpolitisk Tidskrift* som publicerades 2013 med titeln "För individen, kollektivet eller industrin? – Om upphovsrättens digitala utmaning" (Larsson 2013c). Man kan här med fördel även läsa den lite kortare engelskspråkiga artikeln "No Man is an Island: Why the 'Solitary Genius' is too Narrow an Approach to Creativity in a Digital Context" som publicerades i *Linguaculture* under 2013, men fick 2012 som publikationsår (Larsson 2012c).

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

skapandet och förvaltandet av den ökända BitTorrent-fildelningstjänsten The Pirate Bay (TPB) markerade det – i relativ tysthet – en slutpunkt på en av upphovsrättens mest intressanta fall i modern tid (jfr Larsson 2012b; 2013b). När sedan dokumentärfilmaren, (juristen) och regissören Simon Klose, som hade följt de åtalade och dömda männen och det rättsfall som klättrat via tingsrätt och hovrätt, släppte sin uppmärksammade dokumentärfilm *TPB AFK* i februari 2013 valde han att både släppa den fritt enligt Creative Commons-licensen Erkännande-Ickekommersiell-Inga bearbetningar⁸⁷ och att samtidigt erbjuda den till försäljning. Men vad finns det egentligen för incitament för att släppa något fritt? Varför valde han därmed att inte utnyttja de privilegier och kontrollfunktioner som den flerhundraåriga upphovsrättsliga lagstiftningen erbjuder i Sverige, EU och globalt?

I korthet vill jag med detta kapitel belysa några aspekter av hur kreativitet spelas ut i praktiken, i ett försök att relatera detta till den uppfattning om kreativitet som tycks finnas inbäddad i upphovsrätten. Det blir i detta sammanhang därför av intresse att diskutera både kreativitetens relation till teknologi, men även bilden av vad kreativitet är och vem eller vilka som ofta betraktas vara den eller de kreativa (jfr Palmås et al. 2014). Här diskuteras därmed några aspekter av internets och digitaliseringens betydelse för att utmana några för upphovsrätten centrala föreställningar, exempelvis i termer av individualitet kontra kollektivism. Det hägrande problemet som jag vill lyfta fram är huruvida lagstiftningen kan ha någon annan egentlig funktion än den som ofta förs fram och om den på något sätt förfelar sitt stimulerande syfte.

När det gäller relationen mellan teknik, samhällsförändring och juridik kan man – i vart fall översiktligt – fundera över om digitaliseringen i någon mån visar på liknande strukturella utmaningar som industrialiseringen visade. Om vi ser till Sverige så visar rättsvetaren Anna Christensen (1997) i en artikel med namnet ”Rätten i ett samhälle under förändring” hur rätten har påverkats av det svenska samhällets föränd-

87 <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.sv> (senast besökt 18.10.2014).

ring från jordbrukssamhälle till en modern industriell marknadsekonomi och välfärdsstat, och på vilket sätt rätten själv har bidragit till denna utveckling. Hon berör bland andra områdena äktenskapslagstiftning, arbetsrätt och reglering kring fast egendom. I samband med att Christensen konstaterar att det dröjde långt in på 1900-talet innan den ålderstigna giftermålsbalken ersattes med en ny skriver hon:

Rättens viktigaste uppgift är här att *urskilja* de nya normativa praktiker och de nya normativa föreställningar som utvecklas i samhället och att ge dem en juridisk kropp i form av ny lagstiftning. Rätten kan ha större eller mindre beredskap att uppfatta och acceptera dessa normativa förändringar i samhället. (Christensen 1997, s. 110)

Jag vill först och främst med denna något anekdotiska anföring visa att ”normativa praktiker” är något föränderligt, vilket för den ofta mer konservativa rätten blir en utmaning att hantera. När det gäller industrialiseringen så uppstod med den en ny form för arbete i det moderna lönearbetet i industrin. Christensen konstaterar att juristerna och juridiken till en början spelade en begränsad roll i denna utveckling. De ledande principerna hade till en början inte formen av rättsprinciper utan ”överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter”. Lagstiftaren lät i stort sett händelserna ha sin gång och när man började lagstifta så handlade det i mycket om att kodifiera de ”normativa praktiker” och sociala normer som redan hade utvecklats (Christensen 1997, s. 112). För strax över hundra år sedan var exempelvis arbetskraftens strejker olagliga i större delen av Europa. Fackföreningarna hade inte rätt att representera sina medlemmar eller att förhandla med arbetsgivare. Kollektivavtal blev inte formellt accepterat förrän 1928 (Larsson & Hydén 2010, s. 188). Det betyder att dessa rättsliga instrument hade en tämligen dramatisk förhistoria innan de blev den accepterade och ledande varianten (i Sverige) för att reglera arbetskraftens situation. Det innebär att de tekniker som uppfanns, ihop med de nya organisationsformerna för arbete med en ny och växande typ av arbetskraft, existerade under en period innan dessa omvälvningar kunde finna sin väg in i en fungerande reglering.

Digitaliseringen av så många viktiga processer i samhället idag har lett till att liknande frågor ställs inom många rättsområden. Det är frågor kring hur vanliga människors privatliv påverkas av den spårbarhet som uppkommer i den digitala miljön (Kullenberg 2010; Larsson et al. 2012a; 2012b; Larsson & Runeson 2014; Lundblad 2007; Olsson et al. 2014), hur yttrandefrihet fungerar och påverkas av upphovsrätt i en digital tid (Netanel 2008) och, vilket denna artikel fokuserar på, hur kreativitetens och skapandets former och förutsättningar påverkas (Larsson 2013c; 2012c). Det finns ett flertal forskare som ser problem med det sätt som regleringen är uppbyggd på idag relaterat till digitaliserade ”sociala praktiker”, för att använda Christensens terminologi (jfr Boyle 2011; Larsson 2011a; 2011b; Lessig 2004; 2008; Litman 2001; Lundblad 2007; Patry 2009; 2011; Svensson & Larsson 2012; Vaidhyanathan 2001). Även i den senaste svenska kulturutredningen (SOU 2009:16) avhandlas samhällsförändring från agrarsamhälle till industrisamhälle och vidare till informationssamhälle. Om man ser den upphovsrättsliga regleringen som en stelnad kulturpolitik så finns det i denna upphovsrättsliga reglering tydliga och viktiga frågor kring hur rätten förstår och conceptualiserar skapande, vilket genomgripande tycks ha utmanat i en digital kontext. För att belysa den problematiska frågan kring att med rättslig reglering främja kulturell produktion och kreativitet kan man konstatera att den senaste kulturutredningen i viss mån duckar frågan – detta trots att utredningen konstaterar (i relation till 1970-talets präglade kulturpolitik) att ”[d]en grundläggande frågan för vårt uppdrag är därmed i vilken utsträckning den politik som i så hög grad brukar anses bygga på synsätt och handlingsmönster, som nu är mer än en mansålder gamla, också svarar mot de behov och livsmönster som människor har i dagens samhälle” (SOU 2009:16, del 1, s. 45). De livsmönster och behov som finns i dagens samhälle, speciellt i förhållande till kulturproduktion och konsumtion, vilket denna artikel lyfter fram, är ju starkt präglade av digitalisering och framväxten av internet.

Av specifikt intresse för den här artikeln blir det när kulturutredningen behandlar ”informationssamhället”, där man konstaterar, delvis genom referenser till Manuel Castells, att ”[t]eknologin har gjort

nya organisations- och arbetsformer möjliga” och att den har ”sociala och kulturella konsekvenser” (s. 56). Även om man diskuterar framväxandet av en kreativ klass, med Richard Floridas (2002) terminologi, fokuseras inte de förändringar som internet och informationsteknologins utbredning leder till för skapande och föreställningar om skapande. I motsats till den i andra sammanhang mycket omdebatterade relationen mellan digitalisering och upphovsrättslig reglering så tecknas ingen problembild för kulturproduktion i sådana termer.

Tobias Nielsén (2010) lyfter däremot fram en viktig kulturpolitisk poäng i att om 1970-talets kulturpolitik fokuserade på att förse medborgarna med kultur så är frågan idag mycket mer relaterad till att sortera i det massiva flöde och utbud som finns tillgängligt. Värderingsfrågan blir därmed central. I den ”digitala kulturpolitik” som Nielsén efterlyser lyfter han bland annat frågor kring metoder för skapande och vad det är som bör skyddas och erhålla stöd:

Andra möjligheter än att få hjälp av förlag eller produktionsbolag står dock numera till buds. Inte minst har nätet bidragit till en potential för att kollektivt arbeta vidare med idéer och spridning. När mängder av människor deltar i eller kompletterar en produktion, kan det totala verket ofta överträffa grundarens eller grundarnas möjligheter. Denna amatörvåg skapar delaktighet för ett stort antal människor, samt inte minst mångfald i de kulturella uttrycken. Ska kulturpolitiken omfamna denna utveckling och i så fall hur? (Nielsén 2010, s. 307)

Jag vill därmed betona vikten av att ta avstamp i den vidare kulturpolitiska diskussionen för att fokusera just den vinkel som har med upphovsrättslig reglering att göra, hur dess inneboende föreställningar om skapande ser ut och hur detta tydligt utmanas i en digital kontext i förhållande till ”amatörvågen” och det kollektiva och kontextuella beroendet. Det finns anledning att återkomma till den kulturpolitiska relevansen i artikelns summerande del. När det gäller att använda den upphovsrättsliga fallbeskrivningen för att berätta om en större teknikrelaterad samhällsutveckling konstaterar jag i en tidigare artikel (Larsson 2012b) att en analys av upphovsrätten i det digitala samhället kan användas för att visa på underliggande värderingar och förståelseramar

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

kring både kreativitet och samhällelig förändring (se även Lundblad 2007), vilket formar denna artikels kunskapsintresse:

[U]pphovsrätten utgör ett av de mest problematiska områdena i gränslandet mellan teknik och juridik. Detta är också anledningen till att den kan användas för att avslöja frågor om konceptuell och social förändring i ett digitalt samhälle, till exempel när det gäller hur vi förstår kreativitet och hur föreställningar om kreativitet kan dekonstrueras utifrån upphovsrätten och jämföras med digitala praktiker som utmanar dessa rättsligt inbäddade föreställningar om kreativitet. (Larsson 2012a, s. 1022)⁸⁸

Den moderna föreställningen om upphovsrätt har sitt ursprung i det tidiga 1700-talet (jfr Horten 2012, s. 14) då den var knuten till ägandet av tryckpressen och innebar en rätt att trycka och distribuera böcker och pamfletter m.m. Det var efter detta som den moderna idén om författaren som litteraturens individuella upphovsman växte fram (Fredriksson 2009, s. 31–46; Woodmansee 1994). Martha Woodmansee (1994) menar att det författarideal som växte fram kom att innebära att författaren således inte var så mycket av en arbetare utan ett ”inspirerat geni”, vars litterära kvaliteter var resultatet av dolda och mystiska inre processer. Även om den kreativa processen fortfarande kan förefalla ”mystisk”, är huvudargumentet här att det inte så mycket handlar om en socialt fristående inre process. De kulturella uttrycken är tvärtom i allra högsta grad både socialt och kontextuellt beroende och på intet sätt skilda från den kulturella sfär som skaparen är en del av (Larsson 2012a; 2012c). Den underliggande tankestruktur som Woodmansee uppmärksammar har kritiserats från flera håll, inte bara i en digital kontext (Arewa 2006; Jazri 1994; Patry 2009, s. 71–75; Vaidhyanathan 2001, s. 117–126). Exempelvis musik- och juridikforskaren Olufunmilayo Arewa konstaterar, gällande musikens kreatörer:

88 ”[C]opyright is one of the most problematic areas in the intersection of technology and law. This is also the reason why it can be used for unveiling issues of conceptual and social change in a digital society, for example, regarding how we conceptualise creativity and how conceptions of creativity can be deconstructed from copyright law and compared to digital practices that challenge these legally embedded conceptions of creativity.”

Denna individualistiska och autonoma vision av musikaliskt författarskap, vilken är central för upphovsrätten, har generellt tonat ner vikten av och kontinuiteten i det musikaliska lånandets praktik. (Arewa 2006, s. 547)⁸⁹

Arewa fokuserar därmed vikten av ”lålandet” för skapandeprocesser och betonar dess betydelse. Här tycks med andra ord upphovsrätten ha en snäv föreställning kring skapandet och utövaren som är inbäddad i en rad lagstiftningar såväl nationellt som internationellt.

Något förenklat kan man fråga sig i vilken utsträckning omgivningen bidrar till skapande och innovation. Här kan man både diskutera teknologier och lånepraktiker i en kulturell kontext. Jag fokuserar aspekter av hur kreativitet tar sig uttryck i praktiken i ett försök att relatera dessa metoder till uppfattningen om kreativitet som finns inbäddad i upphovsrättslagen. I detta sammanhang analyseras och diskuteras även vad (kollektiva) digitala sociala praktiker betyder för upphovsrätten. I detta ligger också ett behov av att karakterisera det skydd som lagen postulerar. Ett skäl till detta ligger i att se i vilken grad rätten i sig bidrar till ett upprätthållande av mediestrukturer som kan kallas *åhörarkulturella* eller vad Lawrence Lessig kallat ”Read/Only culture” (2008), dvs. där det finns en tydlig producent och en tydlig konsument, en tydlig avsändare och en tydlig mottagare och där mottagaren inte kan påverka det utsända budskapet/produkten. Detta till skillnad mot *deltagarkultur*, där fler är inkluderade i någon typ av skapelseprocess, som Lessig kallat ”Read/Write culture” (2008). Jag inkluderar här både det aktiva kollaborativa skapandet såväl som tankestrukturen om skapandets beroende av en social och kulturell kontext överlag. Motsatsvis finns det i den globala upphovsrättsliga strukturen drag av att luta åt att skapande utförs av ”ensamma genier”, näst intill helt befriade från en större kulturell kontext av uttrycksformer (Larsson 2011b, s. 105–112; Larsson 2012c).

Syftet är här inte att dra argumentationen för kollektivitet, öppen-

89 ”This individualistic and autonomous vision of musical authorship, which is central to copyright law, has deemphasized the importance and continuity of musical borrowing practices generally.”

het och flöden till sin spets. Man behöver inte hemfalla åt en extremt posthumanistisk bestämning av vad Kevin Kelly kallade internet som en "hive mind" (1994) för att kritiskt kunna granska vilken typ av skapandekonstruktion som den moderna upphovsrätten kommit att reproducera. När det gäller terminologin kring "upphovsrätt" finns det en viss anakronistisk behandling här. Benämningen, och så även konceptualiseringen, dvs. hur man förstått skapandet och dess utövare, har förändrats tämligen drastiskt över seklerna. Där exempelvis Rasmus Fleischer (2012, s. 120–130) väljer att tydliggöra distinktionerna, finns i den här framställningen inte något större behov av att tydligare åtskilja exempelvis föfarrätten från upphovsrätten. I stället låter jag här den moderna benämningen upphovsrätt, som i svensk rätt i vart fall gällt sedan 1960-talets upphovsrättslag, gälla för en längre tidsperiod, oaktat om detta därmed egentligen är en anakronism.⁹⁰ Samtidigt ska man heller inte tro att föreställningarna gäller allt skapande eller att alla sorters artister och föfattare har betraktats likadant. När sådana som Mark Rose (1993) och Martha Woodmansee (1984; 1994) gör sina analyser över längre historiska tidsperioder så rör detta först och främst föfattarskap, dvs. i relation till text och böcker, vilket under sent 1700-tal kom att inkludera kompositörens ensamrätt till nottryck i engelsk rätt (Fleischer 2012, s. 122), något som inte fick någon svensk rättslig motsvarighet förrän nära nog hundra år senare (Volgsten 2012). En annan konceptuell hopklumpning ligger i den rättsliga skillnaden mellan upphovsrättsligt skydd per se och så kallade närstående rättigheter. Det är kompositörer och föfattare som i lagens mening kan vara upphovsmän, medan även musiker (utövande konstnärer) och skivbolag (framställare av ljudupptagningar) erhåller rättigheter knutna till den specifika inspelningen. Den mer publika debatten i sig, och den argumentation som pågått under en lång tid, bland annat

90 Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk har reviderats ett antal gånger, exempelvis genom en större revision som infördes den 1 juli 2005 då den anpassades till det så kallade Infosoc-direktivet (2001/29/EG), men även en mindre men mycket kontroversiell ändring då IPRED, även känt som sanktionsdirektivet (2004/48/EG), infördes den 1 april 2009, se kapitel 4 ovan.

genom litteraturen, följer emellertid inte denna rättsliga distinktion särdeles slaviskt, varför en sammanblandning är tillåtlig i just denna analys.

Däremot kan sägas att även om det kan tyckas lockande att översätta den romantiserade bilden av författarskapet som ett "ensamt geni" som växte fram under sent 1700- och 1800-tal, till vad som idag enbart är känt som upphovsrättens ideella del så vore det i någon mån både en anakronism och en alltför stor förenkling. Kopplingen är relevant, vilket inte minst visas i den *droit d'auteurtradition* som ofta tillskrivs den europeiska kontinentens upphovsrättsliga utveckling, i en åtskillnad mellan vad Peter Jakobsson i sin avhandling från 2012 beskriver som en skillnad mellan liberala och romantiska föreställningar om upphovsrätt, vilket även varit föremål för en studie om fildelning i spåren av denna kulturella åtskillnad (Larsson 2014a). Detta syns även i hur den för tiden mycket inflytelserika franske författaren Victor Hugo (*Notre-Dame de Paris* 1831 och *Les Misérables* 1862) spelade en viktig roll i Bernkonventionens utveckling (jfr Hemmungs Wirténs intresseväckande analys av hans tal vid världsutställningen i Paris 1878, bara 8 år innan Bernkonventionen till slut undertecknades, i Hemmungs Wirtén 2004). Eva Hemmungs Wirtén har beskrivit den specifika Bernkonventionens tillkomst som en förhandling mellan rättsliga system, "between copyright and *droit d'auteur*, between civil law and common-law traditions" (2011, s. 11).⁹¹ Visst är det så att *droit d'auteur* och den ideella delen av upphovsrätten hänger ihop, men likväl vill jag visa på hur argument för ett starkare upphovsrättsligt skydd, oavsett under vilken tradition, i modern tid kommit att tjäna industriella behov, och – som en särdeles olycklig konsekvens – därmed riskerar att odla kontradiktoriska element som inte sätter nytt skapande i första rummet.

91 Jag har låtit citatet vara översatt eftersom det inte riktigt låter sig översättas utan att ändra betydelse. Hemmungs Wirtén skiljer på "copyright"-traditionen och *droit d'auteur*, varför "upphovsrätt", som innehåller båda, troligen skulle leda tanken fel. Samma är det med "civil law", som här inte betecknar "civilrätt", dvs. inte en del i vår rättstradition, utan en rättstradition i sig, vilken svensk rätt i mycket är en del av, och som är motstående t.ex. Common Law-traditionen.

Från författarskap till kommodifiering

När det gäller bestämmande över verk hämtades det i det brittiska 1700-talet, framför allt från förlagshåll, styrka från John Lockes teorier om rätten till ägande (Volgsten 2012, s. 77 f.). Detta förhållningssätt bidrog troligen till en individualiserad syn på skapande, vilket även Michel Foucault påminner om när han skriver om författarskap som ”ett privilegierat ögonblick av individualisering” (Foucault 1969). Innan denna ”individualisering” kring författarskapet, från slutet på 1700-talet, var det generellt sett tryckare och förlag som hade privilegiebaserad upphovsrätt.

I en studie av Martha Woodmansee (1984) konstateras att så sent som under tyskt 1750-tal sågs författaren enbart som en av den mängd av hantverkare som var inblandade i att framställa en bok (jfr Woodmansee 1994). Woodmansee (1994, s. 16 f.) för fram att föreställningen om att författaren är en speciell och exceptionell deltagare i produktionsprocessen, rent av den enda som är värdig att uppmärksammas, är en biprodukt av den romantiska föreställningen om att det skapande är traditionsbrytande, nytt och unikt. Denna föreställning som upphöjde författaren till en enskilt viktig nyskapande entitet fördes fram av en växande profession av författare från olika håll, som Herder, Goethe, Coleridge och Wordsworth. Woodmansee argumenterar därmed för att författarskapet från medeltiden och genom renässansen får sitt värde och sin auktoritet från sin samhörighet med de texter som föregick författarskapet, dess härledning snarare än avvikelse från tidigare texter (Woodmansee 1994, s. 17).

Foucault uppmanade oss att föreställa oss en kultur där diskursen skulle cirkulera utan behov av en författare, en värld där det inte spelade någon roll vem som talade. Roland Barthes gick ett steg längre och deklamerade författarens död (Bently 1994). Foucaults *What is an Author?* var ursprungligen en föreläsning han gav 1969, bara två år efter det att den franske litteraturkritikern Roland Barthes publicerade sin essä med namnet *The Death of the Author*. Både Barthes och Foucault är överens om att ”författaren” är ett konstruerat, historiskt fenomen som har fått en mytologisk och heroisk status. Här argumen-

teras ibland för en länk mellan den upphovsrättsliga utvecklingen och litterära föreställningar av författarskap och skapande. Konsekvensen av detta (enligt t.ex. Rose 1993), är att den litterära kritiken av författarskap också hotar de intellektuella grunderna för upphovsrätten (se även Bently 1994). Det betyder även att (den retoriska) tankefiguren om författarskapet och det individuella skapandet används för att motivera ett stärkt upphovsrättsligt skydd – alldeles oavsett om skyddet de facto kommer artister och de skapande till nytta eller om det är den innehållsberoende industrin som i praktiken skapar en rättsligt sanktionerad kontroll över sina produkter.

Enligt Peter Jazri (1994) är det romantiska författarskapet i allra högsta grad levande, i vart fall i den amerikanska rättskulturen, vilket han menar får konsekvenser för lagens engagemang (eller brist på därpå) i den nutida verklighetens månghövdade skrivande praktik, som han menar i ökande grad är kollektiv och kollaborativ (1994, s. 38). Detta leder, enligt Jazri, till att rätten också blir ogenerös gentemot icke-individualistiska kulturella produktioner, som folkloristiska verk, som inte kan förstås som produkter av ett enskilt, ursprungligt ”författarskap” hos en eller flera identifierbara ”författare” (Jazri 1994, s. 38). Om detta problem vittnar även upphovsrättsforskaren Peter Drahos och kriminologen John Braithwaite i *Information Feudalism* (2002). Först och främst visar de tydligt på hur den globala immaterialrätten fullständigt fått underordnas handelsintresset; framför allt TRIPS-avtalet (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) förefaller designat med en mindre grupp USA-anknutna näringslivsintresser vid rodret (Drahos & Braithwaite 2002, s. 10 f.). TRIPS-avtalet är här naturligtvis intressant även för upphovsrätten eftersom det sätter upp upphovsrättsliga minimistandarder för den majoritet av stater som är medlemmar i World Trade Organization (WTO). Detta leder till att upphovsrätten ”handelifieras”, dvs. kommer att handla mer om mellanstatliga maktförhållanden än om att stötta innovation. Dock har föreställningen om författarskapet som en individualiserad rättighet, vilket Drahos och Braithwaite påminner om, spelat in i de mångåriga förhandlingar som lett fram till denna uppmanande reglering, och det har då i mycket handlat om en uppdelning mellan de

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

utvecklade länderna, med USA och Storbritannien i spetsen, mot de mycket svagare utvecklingsländerna. Mycket har handlat om patent, men även upphovsrätten spelar en viktig roll. De standarder som Bernkonventionen hade lett till i termer av bättre villkor för upphovsrättsägare kritiserades under 1960-talet av en växande skara utvecklingsländer, inklusive gamla kolonier som i uppbrottet från sina forna styrande uppmärksammat att immaterialrättsliga konventionsregleringar var påfallande vinklade till de utvecklade ländernas nytta. Detta beskriver Drahos och Braithwaite (2002, s. 76) som att under en "förställande retorik om behovet av att skydda upphovsmännen och att skapa incitament ligger en hård global ekonomisk verklighet av kartelliserade förlag, prissättande och världsmarknadsavtal". När man i Stockholm 1967 anordnade en revisionskonferens för Bernkonventionen var 24 av de 57 deltagande utvecklingsländer, vilka deltog med målet att styra åt en bättre reglering för "upphovsrättsimportörer". Dessa representanter presenterade ett utkastprotokoll till Bernkonventionen, vilket i sin tur mötte starkt motstånd från förlagsindustrin. Det var Storbritanniens förlagsrepresentanter som ledde motståndet mot förslaget, och "[d]eras angrepp på utvecklingsländerna var beslöjade av en predikande diskurs om behovet av att skydda författarnas exklusiva rättigheter" (Drahos & Braithwaite 2002, s. 77).

Det betyder att även när upphovsrätten utvecklas mot att bli ett instrument för global handelsreglering så är argument, koncept och föreställningar verksamma som ekar från en svunnen tid om ensamma genier och autonoma författare. Orsaken, utifrån Drahos och Braithwaites perspektiv, är inte att det egentligen var hela industrier som kände sig hotade utan snarare vissa aktörer inom industrier som inte ville förlora sin dominerande position (Drahos & Braithwaite 2002, s. 169 f.). Dessa aktörer såg i den upphovsrättsliga regleringen ett verktyg för att undvika konkurrens och den osäkerhet som den teknologiska utvecklingen medförde. Utfallet av den ojämbördiga regleringsmässiga globala kampen blev, enligt Drahos och Braithwaite, en "upphovsrätt som troligen aldrig har varit längre ifrån sitt sanna mål att betjäna den offentliga välfärden" (2002, s. 169).

Upphovsrättens globala homogenitet och det ”ensamma geniet”

Den globala upphovsrättsliga homogeniteten är en följd av ett mer än hundraårigt internationellt arbete med fördrag som Bernkonventionen⁹², Romkonventionen, Pariskonventionen⁹³, WIPO Copyright Treaty (WCT) från 1996, TRIPS⁹⁴ – som har sin grund i Bernkonventionen och Romkonventionen men sträcker sig längre – vilket sammantaget förstärks genom USA:s internationella påtryckningar och den europarättsliga utvecklingen (Larsson 2011a; 2011c). Utrymmet för enskilda rättsordningar att själva avvika från regleringens konstruktion i syfte att försöka möta den digitala utmaningen på något annat sätt än genom ett utökat skydd, med allt starkare verktyg för konstruktionens genomdrivande, är minimal. Åtminstone fem centrala element är kännetecknande för den globala konstruktionen av upphovsrätt. Dessa handlar om:

1. Att skyddet varar upphovsrättsinnehavarens livstid + 70 år (ibland 50 år, se Bernkonventionen och TRIPS-avtalet).
2. Att skyddet för de företag som äger inspelningar (närliggande rättigheter) och artisters rättigheter är mestadels 50 år (se Romkonventionen och TRIPS), vilket inom EU förlängts till 70 år.
3. Att ingen registrering krävs för att uppnå upphovsrätten när något skapas.⁹⁵
4. Att upphovsrätten innebär exklusiva rättigheter för upphovsrättsinnehavaren som både är ekonomiska – till exempel rörande kontroll över kopior och försäljningen av dem, och ideella – där upphovsmannen ska nämnas och slippa bli förlöjligad m.m.
5. Att undantag från dessa exklusiva rättigheter gäller i USA genom

92 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works från 1886.

93 Paris Convention for the Protection of Industrial Property från 1883.

94 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

95 I USA är dock rätten att utkräva skadestånd – gällande nivån på skadeståndet – beroende av om verket är registrerat eller ej.

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

en inskränkingskatalog som är kombinerad med en ”fair use”-regel, eller, som i svensk rätt enligt en inskränkingskatalog i 2 kap. upphovsrättslagen som bl.a. innebär att var och en får för privat bruk framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk (12 § upphovsrättslagen).

Dessa uttryck i den upphovsrättsliga konstruktionen har också lett till EU-rättslig reglering som en konsekvens av de problem konstruktionen stötte på i mötet med en digital kontext. Det är här direktiv som Infosoc⁹⁶ och IPRED⁹⁷ har utökat graden av kriminalisering och hur man genomdriver verkställigheten av denna (som diskuterats i kapitel 4 ovan, se även Larsson 2011a; 2011c; Larsson & Svensson 2010; Svensson & Larsson 2012). Den senaste tiden har internetleverantörernas roll som neutrala trafikförmedlare även börjat ifrågasättas av både upphovsrättslobby och politiska aktörer på europeisk nivå (datalagringsdirektivet⁹⁸, telekompaketet⁹⁹), vilket även syns i hemlighållna internationella handelsavtal med upphovsrättslig prägel som *Anti-Counterfeit Trade Agreement* (ACTA). Denna utveckling mot mer

96 Infosoc: Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

97 IPRED: Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

98 Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

99 Det europeiska telekompaketet inkluderar flera direktiv, och här kan även nämnas ett förslag till direktiv (COD/2007/0247) som gör tillägg till och ändrar tre tidigare direktiv (2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC), ett annat förslag till direktiv (COD/2007/0248) som ändrar två tidigare direktiv (2002/22/EC, 2002/58/EC) och ett förslag till en reglering som skapar en ny ”European Electronic Communications Market Authority” (COD/2007/0249).

kriminalisering, längre skyddstider och ökad verkställighet blir intressant framför allt om man ser till upphovsrättens bristande legitimitet i relation till sociala normer som uppstår i den digitala teknologins kölvatten, delvis på grund av regleringens till synes icke-adaptiva rigiditet och retrospektiva inlåsning (se Larsson 2011a; 2011c).

Upphovsrätten är med andra ord i mycket en globalt sammanhängande konstruktion. Det finns en ständigt närvarande argumentation kring upphovsrätten som incitament för skapande. Innan jag går vidare till frågan om *vilket* skapande, ska vi titta på incitamentstanken i sig, för den är inte heller helt okontroversiell. Det finns en starkt rådande föreställning om upphovsrätten som ett viktigt incitament för skapande, där kreativitet ses som något som måste ha incitament för att uppstå (Lundblad 2007, s. 122; Larsson 2011b, s. 104–105). Denna föreställning har dock inte alltid varit den rådande, och den amerikanska immaterialrättsprofessorn Jessica Litman (2001, s. 79) argumenterar för att en ”metaforisk evolution” har skett gällande (den amerikanska) upphovsrättslagstiftningen under 1900-talet: Från början fanns en mindre expansiv uppfattning om vilka rättigheter författare och kreatörer ska ha, vilket övergick i föreställningen om att ett mer ömsesidigt och balanserat förhållande skulle råda mellan kreatörer och allmänheten. Karl-Erik Tallmo (2010) beskriver exempelvis den tanke om allmänhetens lärandeintresse som finns i engelska Statute of Anne i början av 1700-talet. På 1970-talet började upphovsrätten (i USA) att uppfattas som en konstruktion som var full av hål, och den kom att betraktas som ett ägarintresse där allmänhetens intresse var motsatt intresset hos dem som skapade verken. Litman menar att utvecklingen därmed kom att gå mot en ekonomiserad syn på rättighetsskyddet som kännetecknar upphovsrätten som ett system av incitament. En konsekvens av att förstå upphovsrätten som ett ”incitamentssystem” är att det leder till en positiv retorisk position för dem som argumenterar för mer skydd och starkare verkställighet av upphovsrätten, exempelvis på bekostnad av allmänhetens personliga integritet. Detta kan å andra sidan ifrågasättas utifrån att det inte riktigt speglar hur kreativitet bäst stimuleras (Boyle 2008, s. 236; Patry 2011), kanske i synnerhet i ett digitalt sammanhang som Lessig så starkt har argumenterat för (Lessig 2008). Beslutet i september

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

2011 inom EU om att förlänga skyddet för musikinspelning från 50 till 70 år motiveras exempelvis med att det nya direktivet ”har som intention att öka artisters produktivitetsnivå genom att erkänna deras kreativa och artistiska bidrag” (Europeiska unionens råd, 12 september 2011, 13972/11). De utvecklar denna ståndpunkt enligt följande:

Artister börjar generellt sett sina karriärer som unga, och dagens 50-åriga skyddstid skyddar oftast inte deras framföranden genom hela deras livstid. Därför har vissa artister ett inkomstbortfall i slutet av sin levnad. Dessa kan heller inte alltid förlita sig på sin rätt att undvika eller begränsa stötande användning av deras framförande under deras levnad. (Europeiska unionens råd, 12 september 2011)¹⁰⁰

Här tycks upphovsrätten ses som ett slags pensionssystem, där ett antagande verkar vara att musikers och producenters viktigaste och mest inkomstbringande tid infaller mycket tidigt i deras karriärer och att de även på ålderns höst har rätt att tjäna på vad de gjorde vid exempelvis en inspelning för 60 år sedan. Detta är problematiskt, dels för att antagandet är gjort på lösa grunder, det finns inget som hindrar att även äldre artister är aktiva och kreativa, dels för att påståendet om att en förlängning av skyddet från 50 till 70 år efter framförandet skulle ”öka artisters produktivitetsnivå” är helt evidensbefriat. Man kan med samma grad av trovärdighet föreslå en diametralt motsatt ståndpunkt, dvs. att en kortare skyddstid skulle stimulera även äldre artister att fortsätta spela och skapa i stället för att förlita sig på inkomster för något de gjort för mer än ett halvsekel sedan. Det nya direktivets argument kan ses som en återanvändning av argumentet för ”skapandets bästa”, oaktat det faktum att det snarare hindrar nytt skapande än

100 ”The new directive intends to increase the level of protection of performers by acknowledging their creative and artistic contributions.”

”Performers generally start their careers young and the current term of protection of 50 years often does not protect their performances for their entire lifetime. Therefore, some performers face an income gap at the end of their lifetimes. They are also often not able to rely on their rights to prevent or restrict objectionable uses of their performances that may occur during their lifetimes.”

stimulerar detta, dvs. väljer det gamla existerande framför det nya och kommande, till förmån för dem som äger de flesta inspelningar, dvs. skivbolagen.

I övrigt har i stort sett alla större lagstiftningsförändringar de senaste åren som på något sätt förstärkt upphovsrätten motiverats med behovet av ett starkt skydd som incitament för skapande. WIPO (World International Property Organization) genomförde WIPO Copyright Treaty med målet att understryka ”den utomordentliga betydelsen av upphovsrättsligt skydd som ett incitament för litterärt och konstnärligt skapande” (i preambeln).¹⁰¹ Exempelvis Infosocdirektivet föreskriver följande:

Upphovsrätt och närstående rättigheter är av stor betydelse i detta sammanhang, eftersom dessa rättigheter skyddar och stimulerar utveckling och marknadsföring av nya varor och tjänster samt skapandet och utnyttjandet av det kreativa innehållet i dessa. (Infosoc, punkt 2)

Det uppmärksammade och kritiserade sanktionsdirektivet (IPRED), som ledde till den så kallade IPRED-lagens införande i svensk rätt från den 1 april 2009, föreskriver att ”[o]m det saknas effektiva medel för att skydda immateriella rättigheter minskar intresset för innovation och nyskapande och investeringsviljan dämpas”, och att det därför är ”nödvändigt att se till att den materiella delen av immaterialrätten, som i dag till stor del utgör en del av gemenskapens regelverk, tillämpas effektivt i gemenskapen” (IPRED, punkt 3).

Peter Jakobsson (2012) beskriver en sådan utveckling i termer av en *upphovsrättsideologi*. I sin avhandling från 2012 relaterar han denna ideologi till en typ av modern ”öppenhetsindustri”, som även gett namn åt avhandlingen, vilken är beroende av flöden snarare än inlåsnings och kontroll av innehåll. Exempel på aktörer i en sådan industri är Google, YouTube och Facebook, för att nämna några stora. En fördel med denna terminologi ligger i tydliggörandet av att olika or-

¹⁰¹ ”Emphasizing the outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation.”

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

ganiserade marknadskrafter kan dra i olika riktningar, inte för att de är mindre kommersiella industriaktörer utan för att den moderna infrastrukturen och tekniska utvecklingen tillåter en annan typ av organisering att fungera och växa fram, vilket är oerhört intressant i relation till den upphovsrättsliga lagstiftningens relativa traditionalism. Den ideologiska framväxten är en nyckelfråga här, som tycks finnas kvar som just ideologi men avta i sin praktiska tillämpning i och med en utveckling av upphovsrätten som ett branschskydd:

Upphovsrätten har därmed blivit allt mer ideologisk, eftersom den upphovsrättsliga retoriken, både inom medieindustrierna och i den juridiska tillämpningen, ändå håller fast vid den idealiserade bilden av upphovsmannen. Att författare, TV-bolag och databaser samsas i samma lagstiftning gör det dock allt svårare att upprätthålla denna retoriska konstruktion. (Jakobsson 2012, s. 76–77)

Jakobsson (2012, kapitel 7) analyserar bland annat EU:s strategiska program *i2010 – det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning* (Com/2005/229), som är en del av den så kallade Lissabonagendan. Målet för Lissabonagendan är att skapa ekonomisk tillväxt inom Europa genom att satsa på innovation och lärande. År 2005 utvärderades och reviderades handlingsprogrammet, och en av de nya strategier detta resulterade i var i2010-initiativet. Jakobsson använder den diskussion som finns i detta om upphovsrättens roll i informations-samhället för att undersöka hur idéer om öppenhet tar form i den europeiska mediepolitiken. En lika intressant som problematisk uppdelning som Jakobsson identifierar handlar om uppdelningen mellan professionellt och amatörproducerat innehåll (2012, s. 156). Detta blir intressant framför allt i det att Jakobsson konstaterar att "[s]ynsättet att upphovsrätten är ett incitament för enskilt individuellt skapande är inte det perspektiv som dominerar i det analyserade materialet" (2012, s. 160), där det amatörproducerade inte problematiseras i termer av incitament. Jakobsson konstaterar att upphovsrätten främst behandlas "som ett branschskydd för de kreativa industrierna. Upphovsrätten framstår som en lagstiftning som är till för att bok-, skiv-, film- och spelindustrin ska kunna ta betalt för sina produkter" (2012, s. 160).

Det finns med andra ord å ena sidan en rättsligt förankrad retorik kring incitament för skapande och innovation, oaktat dess eventuella empiriska grund, som gör påståenden och argumenterar på ett sätt som återfinns i motiven för en rad fundamentala lagstiftningar på området. När det gäller det specifika arbetet med EU-policyer som analyserats av Jakobsson (2012) så tycks denna retorik omvandlas till ett rent branschskydd. Detta gör frågan om hur skapande verksamhet egentligen går till oerhört relevant. Finns det något med ett mer kontextuellt beroende i skapande verksamhet som den upphovsrättsliga lagstiftningen har svårt att hantera? Hur är det med kollaborativt skapande och det kontextuella beroendet kontra den upphovsrättsideologiska föreställningen om skapandet som en ensamseglats med ett geni vid rodret? Man kan fundera över varför det i lagstiftningen formuleras ett incitamentsskydd för skapande medan policydiskussionen tycks fokusera ett branschskydd.

Det kontextuella beroendet som kritik

Är då kreativitet mest en konsekvens av hårt och fokuserat arbete av ett ensamt geni eller är det snarare så att de som skapar står på axlarna av den redan befintliga kulturen? Man kan lite förenklat fråga sig hur nya de nya melodierna, filmerna och målningarna är och i vilken utsträckning dessa grundar sig på vad som redan gjorts. Svaret på kreativitetens förutsättningar är förmodligen lite av båda sidor, men viktiga delar i hur upphovsrätten globalt är konstruerad bygger, som nämnts, på föreställningen om det ensamma geniet (Arewa 2006; Larsson 2011b, s. 105–112; 2012c; Patry 2011). Det musikala författarskapet hänskrivs därmed ofta till att vara beroende av romantikens föreställningar om författare (Arewa 2006, s. 550; Jazri 1994; Patry 2011, s. 87–90; Tallmo 2010, s. 180–183; Woodmansee 1994, s. 15, 16–17), vilket även vidareutvecklades i den brittiska upphovsrättsdebatten under 1700-talet (Fredriksson 2009, s. 73–77). Karl-Erik Tallmo demonstrerar allmänhetens behov och den upphovsrättsliga balansgången mellan å ena sidan att monopolisera användandet till den som skapat och å andra sidan ”lärandet” som principiellt värde för

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

dem som kan nyttja ett verk. Tallmo spårar detta lärandesyfte redan tillbaks till den engelska Statute of Anne, dvs. världens första upphovsrättsliga lagstiftning, som trädde i kraft i april 1710 (Tallmo 2010, s. 174–176). Mycket talar därmed för att den traditionella synen på skapande som knutet till det ”ensamma geniet” har, som upphovsrättshistorikern Rose (1993) skriver, kommit att utforma en central underliggande föreställning i den moderna upphovsrätten:

Upphovsrätten bygger på föreställningen om den unike individ som skapar något originellt och har rätt att skörda en vinst från dessa arbeten. Tills nyligen har de dominerande formerna av estetiskt tänkande delat dessa romantiska och individualistiska antaganden inskrivna i upphovsrätten. Men dessa antaganden skymmer viktiga sanningar om den kulturella produktionens processer. (Rose 1993, s. 2)

Olufunmilayo Arewa visar hur de genier som vi ofta antagit skrivit helt självständiga verk i klassisk musik kommer från en improviserad tid när referenser korsades, lånades och byttes. Det är först efteråt som vi kommit att ”formalisera” vissa typer av klassiska uttryck som oantastliga och fixa. Arewa beskriver den formaliseringsprocessen som ett ”förhelgande”, som en *sakralisation* (sacralization), där den egentliga processen i vilken ett verk har uppstått ersätts med en idealiserad uppfattning av ”helig” som ger en bild av individuella kompositörers autonoma genialitet.¹⁰² Arewa konstaterar att denna idealiserade bild presenterar en ”i hög grad förvrängd och ofullständig bild av faktisk musikalisk praktik” (Arewa 2006, s. 589).¹⁰³ Denna förhelgade bild har även kommit att färga den upphovsrättsliga regleringen, vilket Lior Zemer kritiserar:

Varje upphovsrättsskyddad enhet är en social konstruktion. Den beror på konsumtionen av kulturella och sociala egenskaper som gör en författare kapabel att tolka och absorbera betydelsen av dessa egenskaper, för att sedan översätta sin kreativa förmåga till det upphovsrättsliga skapan-

102 Vilket Arewa hämtat från historikern Lawrence Levine (1988).

103 ”This idealized view presents a highly distorted and incomplete picture of actual musical practice.”

dets språk. Den uppsättning rättigheter upphovsrätten ger författare återspeglar inte det oundvikliga kausala förhållandet mellan författare och allmänheten. (Zemer 2007, s. 2)¹⁰⁴

Zemer är med andra ord kritisk mot den individfokuserade upphovsrätten som tillskriver författarskapet en så obunden roll i den sociala kontexten. Detta sätter naturligtvis fingret på ett slags gränsdragningsdilemma som har att göra med hur man i grunden ser på skapande i förhållande till individ och kontext. Detta dilemma har varit relevant under en betydligt längre tid än något så relativt nytt som förekomsten av internet, men den har ytterligare accentuerats av de möjligheter som digitala nätverk och remixkulturer har fört med sig (Lessig 2008). Om vi först koncentrerar oss på hur skapande äger rum, så som några amerikanska upphovsrättsanalytiker uppfattar det, ska jag därefter återvända till de digitala praktikernas relevans.

Denna typ av kritik har framförts under en tid nu och har fått förnyad kraft i en digital kontext (Boyle 2008, Larsson 2012c, Lessig 2008). James Boyle menar att under de senaste 50 åren har upphovsrätten utökat sitt skydd "nästan helt i avsaknad av empiriska bevis och utan empirisk omprövning för att se om våra policys fungerar" (Boyle 2008, s. 236). Denna evidensbefriade utveckling baseras enligt Boyle på "tro allena" (2008, s. 236). Juridikprofessorn William Patry delar Boyles perspektiv och betonar att det måste finnas en bra relation mellan vad en lag ska göra och vad den faktiskt gör:

För att rättslig reglering ska kunna vara verkningsfull måste man kunna kvantifierbart mäta dess framgång (eller brist därpå) i relation till de avsedda ändamålen. Det första att åtgärda när det gäller upphovsrätten ligger därmed i hur denna typ av reglering antas. Nuvarande lagstiftning

104 "Every copyrighted entity is a social construction. It depends on the consumption of cultural and social properties that make an author capable of interpreting and absorbing the significance of these properties, then translating his creative ability into the language of copyright creation. The set of rights copyright confers on authors does not reflect the inevitable causal relationship between authors and the public."

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

är baserad på retorik och tro, inte på evidens. Om inte våra lagar är baserade på empiriskt välgrundade bevis, skräddarsydda för att uppfylla de uppsatta målen, finns inte ens en avlägsen chans att uppnå dessa mål. (Patry 2011, s. 50)¹⁰⁵

Rose betonar teknikens roll i upphovsrättens ”moraliska idé” i termer av att dess utformning är sprungen ur ”tryckteknik, marknadsplats-ekonomi och det klassiska liberala ägandets individualism” (Rose 1993, s. 142). Denna punkt är viktig: det finns ett teknologiberoende i den rättsligt förankrade uppfattningen om skapandet. Det innebär att föreställningar om kreativitet sannolikt förhandlas i nära kombination med artefakter och infrastruktur även om rättens förändring är långsam. Rose konstaterar också att den upphovsrättsliga institutionen är en institution ”vars tekniska grund nyligen har kastats om” (1993, s. 142), vilket i någon mån ändrar själva förutsättningarna för skapandet i sig, liksom de normer och föreställningar som är anslutna till den. Internet och hur vi kommunicerar och interagerar i en digital kontext bidrar till hur upphovsrätten utmanas, inte bara i fråga om bristande kontroll över distributionen av innehåll, utan också när det gäller hur kulturen och dess uttryck samt kreativitet i sig konceptualiseras och förstås (Larsson 2012a, s. 1022). I *Copyrights and Copywrongs* visar Siva Vaidhyanathan på skapandets beroende av en kulturell kontext i termer av musikproduktion (2001). Han fokuserar på den amerikanska bluestraditionen, bland annat för att visa att det upphovsrättsliga skyddet som låtskrivare erhållit är beroende av under vilken del av det tjugonde århundradet låten skrevs och spelades in. Detta visade sig inte minst i hur rockens företrädare under århundradets andra hälft kunde låna oskyddade bluesriff från århundradets första hälft och erhålla rättighetsbaserat skydd för sina rocklåtar (något t.ex. Led Zeppelin

105 ”For regulations to be effective, we must be able to quantifiably measure our success (or lack thereof) in achieving the intended purposes. The first step in fixing copyright laws, then, is fixing the way we enact them. Our current laws are based on rhetoric and faith, not on evidence. Unless our laws are based on empirically sound evidence tailored to meet the stated objectives, they do not stand a remote chance of achieving those objectives.”

ofta beskyllts för). Vaidhyanathan vill även visa på hur den kreativa processen bör betraktas som en sammanflätad kultur av ”utlåning”, där var och en är en del av en större struktur som bygger och utgör grunderna för inspiration. Den kan ta formen av en mix med fokus på olika sätt på tradition, inspiration och improvisation, men det är framför allt en process som består av alla dessa faktorer. Det finns i upphovsrätten en starkt normativ pekpinne om hur skapande går till, och därigenom vilken typ av skapande som bör skyddas och premieras genom rättsliga medel. Dessa underliggande tankestrukturer påverkar i allra högsta grad såväl artisteri och skapande verksamheter som industrin runt och de kollektiva rättighetsorganisationer som konstruerats i enlighet med dessa tankestrukturer. På så vis har rättens gränsdragningar kommit att styra skapandet:

Upphovsrätten har således inte bara formats av underliggande föreställningar om författarskap utan utgör också samtidigt en stark kraft i att sammanfoga olika uppfattningar om författarskap och därmed i att dra gränsen mellan lämpliga och olämpliga metoder för konstnärlig produktion. Som en följd av detta spelar vad som kan karaktäriseras som oacceptabel kopiering inom upphovsrätten en avgörande roll för att bestämma vilka typer av kulturell produktion som får förekomma. (Arewa 2006, s. 583–584)¹⁰⁶

Enligt Arewa finns det, som nämnts, en grundläggande ”lånepraktik” inom skapandeprocesser som är fundamental för skapande i sig. En upphovsrättslig debatt, särskilt i förhållande till den amerikanska immaterialrättsliga diskursen, rör de aspekter av förlust för upphovsrättsinnehavaren som upphovsrättsintrång i form av piratkopiering innebär. Den amerikanska upphovsrätsindustrin talar ofta om ”stöld” (Loughlan 2007; se även Larsson & Hydén 2010), vilket är en inram-

106 ”Copyright is thus not only shaped by conceptions of authorship but is also a powerful force in melding notions of authorship and delineating appropriate and inappropriate methods of artistic production. As a consequence, what is characterized as unacceptable copying within copyright law can play a critical role in determining what types of cultural production may occur.”

ning av digitalt medierade handlingar som betonar ägandet (property) i förhållande till immaterialrätt. Detta gör det lättare att förstå medieinnehållet som något som ska "låsas in" och kontrolleras av de upphovsrättsliga "ägarna". Bland annat William Patry ser detta som mycket problematiskt och inte minst skadligt för kreativiteten i sig. Han spårar de aktuella föreställningarna som ett resultat av "mediebolags ansträngningar att omarbete det begränsade upphovsrättsliga privilegiet i termer av fast egendom och att därigenom jämställa all kopiering med stöld" (Patry 2011, s. 90; jfr Larsson 2014c).

Från ett mer empiriskt perspektiv på sociala normer kan man konstatera att gränsdragningen mellan legitima lån och illegitimt plagierande säkerligen ser olika ut i olika skapandekulturer och tider. Man kan ju även tänka sig att denna dikotomi inte ens är meningsfull för att beskriva skapandeprocesserna i vissa kulturer. Exempelvis är det, enligt Vaidhyanathan, inte viktigt att peka ut vem som gjort vad i bluestraditionen (Vaidhyanathan 2001, s. 117–126). Patry gör ett liknande påstående när det gäller författarskap, med argumentet att "ingen författare är en ö" genom att citera olika kända författare, målare och domare (2009, s. 71–75; jfr Larsson 2012c). Lessig berättar den viktiga historien om Disneys upplåning från redan existerande historier (2004). Arewa visar hur även den klassiska musikens skapande har romantiserats och bidragit till föreställningen om det ensamma geniet, som skapar oberoende av sin samtid och kontext. I denna – i mycket troligen överdrivna och vilseledande – föreställning förnekas det kulturella lånandets betydelse i skapandeprocessen.

Erkännande av vikten av lån [borrowing] har skymts av romantiska författares föreställningar [conceptions] om musikalisk komposition inbäddade i upphovsrättslig doktrin. Dessa föreställningar blev dominerande för vissa typer av finkulturella former av kulturell produktion, som med klassisk musik. Konsekvenserna av denna historiskt specifika syn på komposition är ganska betydande, både med avseende på klassisk musik i sig, liksom när det gäller andra former av kulturell produktion som också värderas i ljuset av samma modell. Aktuella föreställningar om författarskap förutsätter en dikotomi mellan kopiering och kreativitet och bygger på ett antagande om att lånandet är skadligt för kreativi-

tet och innovation. Genom att fokusera på en dikotomi mellan originalitet och lånande missar sådana föreställningar om musikaliskt författarskap att erkänna att användningen av befintliga verk för nya skapelser kan vara en viktig källa till innovation. Undersökning av den historiska utvecklingen av föreställningar om musikalisk komposition belyser karaktären av dessas konstruktion. (Arewa 2006, s. 583–584)¹⁰⁷

Det är alltså en romantiserad bild av att inspiration inte innebär att låna från andra, tvärtom, direkta lån är till och med skadliga för kreativiteten. Det är rimligen även denna överdrivna tro på det skapande subjektets genialitet som funnit sin väg in i den upphovsrättsliga regleringen. Och rättens roll är naturligtvis regulatorns och gränsdragarens. En essentiell del blir därmed att dra gränsen för hur långt det upphovsrättsliga bestämmandet ska sträcka sig. Detta aktualiseras inte minst gällande derivativa verk, dvs. verk som bygger vidare på ett befintligt verk. Ett dilemma ligger därmed i att den rättsligt förankrade tankestrukturen lutar överdrivet mycket åt en romantiserad och med praktiken icke överensstämmande modell, eftersom den då riskerar att ge överdrivet stort bestämmande åt upphovsrättsinnehavare av äldre verk, vilket inte minst har kommit att bli en betydande maktfaktor för den traditionella industrin att använda för att utöva inflytande på nya

107 "Recognition of the importance of borrowing has been obscured by Romantic author conceptions of musical composition embedded in copyright doctrine. These conceptions became predominant for certain high culture forms of cultural production such as classical music. The implications of this historically specific view of composition are quite significant, both with respect to classical music itself, as well as with regard to other forms of cultural production that are also evaluated in light of this same model. Current conceptions of authorship assume a dichotomy between copying and creativity and presume that borrowing is inimical to creativity and innovation. By focusing upon a dichotomy between originality and borrowing, such views of musical authorship fail to recognize that the use of existing works for new creations can be an important source of innovation. Examination of the historical development of conceptions of musical composition sheds light on the manner and nature of their construction."

initiativ på en ”digital marknad”. Här kan man nämna den världskända BitTorrenttjänsten The Pirate Bay (TPB), vars grundare ådömts dryga skadestånd och fängelsestraff i två rättsliga instanser för sin entreprenöriella upphovsrättsanarkism i byggandet och handhavandet av ett överföringsmässigt väldigt effektivt verktyg för delande av datafiler (Andersson & Snickars 2010; Larsson 2010; 2012b; Palmås 2010; Palmås et al. 2014). Kanske än mer intressant, eftersom initiativet hyllas av både bransch och politiker, ur ett makt- och styrningsperspektiv är musikstreamingtjänsten Spotify, som lanserades 2008. Eftersom Spotifys största behov är att försäkra sig om en stor katalog av tillgänglig musik så kunde de fyra jättarna Warner, Sony, EMI och Universal köpa en betydande andel av företaget och därigenom stärka sin dominans över både andra skivbolag och mindre artister utanför sina egna stall genom att styra över tilldelningen av royalties (Fleischer 2010, se även blogginlägg den 10 och 13 december 2010 samt DN Kultur den 9 december 2010). Upphovsrätten blir här en betydande konkurrensfördel som reproducerar gamla marknadsrelationer till nackdel för mindre, nyare aktörer och därmed också ett visst segment av artister och kompositörer. Här bistår med andra ord regleringen inte ens branschen som helhet, och än mindre idén om skapandestimulans.

Det kollektiva och det digitala

Det finns ett antal författare som fokuserar frågan om kreativitet, kollektivitet och det digitala mediet, såsom Don Tapscott och Anthony Williams (2008) och Jeff Howe (2008), vilket även Peter Jakobsson (2012) lyfter fram. Affärsstrategerna och IT-analytikerna Tapscott och Williams har rönt stor uppmärksamhet världen över med boken *Wikinomics: How Mass Collaboration Changes Everything*, där de söker efter effektiva affärsmodeller och därför har en pragmatisk och öppen relation till upphovsrätten och i detalj diskuterar hur olika affärsmodeller erbjuder varierade rättsliga utmaningar. De konstaterar exempelvis att ”[n]är folksamlingar samarbetar kan de kollektivt föra konsten, kulturen, vetenskapen, utbildningen, styret, och ekonomin framåt på

överraskande men i slutändan lönsamma vägar” (Tapscott & Williams 2008, s. 3). Kreativiteten på nätet kommer därmed till uttryck under mer flytande förhållanden, där de sociala relationerna inte avgörs av anställningskontrakt och arbetsplatsregler utan av de normer som massan själv skapar när den formas till en gemenskap (jfr Reagle Jr 2010, *Good Faith Collaboration. The Culture of Wikipedia*). Företagen måste därför vara ”noggranna så att de inte bryter mot gemenskapernas normer” (Tapscott & Williams 2008, s. 207). Howe (2008) vill fånga den kreativa kraften i det kollektiva som en ny potential i det digitala samhället. Han gör det i termer av *crowdsourcing* och har ett tydligt fokus på (framtida) affärsmöjligheter. Han diskuterar bland annat open-source-rörelsen, där operativsystemet Linux utgör ett framgångsrikt exempel, och konstaterar att den ”erbjuder en ritning för hur människor kan jobba tillsammans – med entusiasm, kompetens och utan lön” (Howe 2008, s. 70). Det speciella med Linux som mjukvaruprojekt är därmed att det är en extremt avancerad uppgift – operativsystem är en av de mest krävande programvarorna – som har lösts med hjälp av tusentals personer som arbetat på frivillig basis, och trots detta kan operativsystemet konkurrera med motsvarande produkter från världens största mjukvarutillverkare (Jakobsson 2012, s. 103). T-shirtföretaget Threadless förs ibland fram för att beskriva en typ av *crowdsourcing*, även kallad *crowdvoting* (Brabham 2008). Bolaget väljer de T-tröjor det säljer genom att användarna föreslår tryck och mönster och kollektivet röstar fram vilka som sedan trycks och finns att köpa. Detta gör att webbplatsens produkter verkligen skapas och väljs av det engagerade kollektivet snarare än företaget.

Tiziana Terranova – för att föra fram ett balanserande perspektiv gentemot den stundom något rusiga amerikanska öppenhetsslitteraturen – är kritisk till mycket av den öppenhetsdiskurs och posthumanistiska kollektivism som 1990-talets internetframväxt förde med sig. Terranova (2000) lyfter dock fram, i en tämligen marxistisk terminologi, en poäng gällande produktion i relation till kollektivism som är relevant här, när hon konstaterar att ”kunskapsarbete är till sin natur kollektivt, det är alltid resultatet av kollektiv och social produktion av kunskap” (s. 46). ”Kapitalets” problem ligger därmed i att extrahera

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

så mycket värde som möjligt ur denna rika men svåråtkomliga terräng. Här kan man med andra ord skönja det sammanvävda behov som ”industriskyddslagstiftningen” har av det ”ensamma geniet” som retorisk figur. Det är genom att bibehålla konstruktionen av upphovsrätten som ett skydd för autonomt skapande som dess industriföreträdande parter kan erhålla ett monopolistiskt skydd som sträcker sig längre än självaste äganderätten över de produkter de bygger sin framgång på.

I den antologi om *Digital Labor* (Scholz, red., 2013), där Terranovas millennieartikel finns i en uppdaterad variant, påvisas en del av de baksidor som den digitalt medierade produktionen bjuder på. Ett perspektiv som förs fram, som inte är främmande ur ett artistperspektiv i en digital kontext, rör svårigheten att dra monetär nytta av det arbete som skribenter och andra lägger ner även på de mer högt hållna journalistiska plattformarna, som i Ross ”In Search of the Lost Paycheck” (2013).

Man kan här reflektera över teknologins inneboende förutsättningar och relation till både lagstiftning, beteende och sociala normer (Larsson 2012a) och i linje med detta fundera inte bara över den som skapar, t.ex. vad som konstituerar en författare (Foucault 2002), utan även hur denna formatfetischism kräver allt större ansträngningar för att upprätthållas i en digitaliserad kontext. Hur relevant är exempelvis den upphovsrättsliga fokuseringen på exemplaret och dess kontroll (Larsson 2010; 2011b; 2013b)? Här kan det vara relevant att också reflektera över hur boken definieras – boken som artefakt – som Foucault diskuterar pre-internet (2002, s. 37–41). Detta gör t.ex. Rasmus Fleischer, i en digital kontext, vilket är betydelsefullt inte minst i förhållande till bibliotekens organisering (2011). Formatuppluckringen är här intressant för att den avslöjar hur underliggande tankestrukturer kring skapande ser ut och utmanas i en digital miljö. Det är anmärkningsvärt att även om Mark Rose (1993) ännu inte hade sett den kommande virtuella explosion av online-kreativitet, såg han byggandet av den upphovsrättsliga institutionen som i grunden ifrågasatt av den digitala tekniken:

Det är också en institution byggd på intellektuell kvicksand: det väsentligen religiösa originalitetsbegreppet, föreställningen att vissa extraordinära varelser som kallas författare trollar skapelser ur intet. Och det är en institution vars tekniska grund nyligen har förvandlats, liksom ett vitalt organ som blir cancerogent, till en fiende. Upphovsrätten utvecklas som en följd av tryckteknikens förmåga att producera stora mängder kopior av en text snabbt och billigt. Men dagens teknik gör det praktiskt taget omöjligt att hindra människor från att göra kopior av nästan all text – tryckt, musikalisk, filmisk, datoriserad – snabbt och till en försumbar kostnad. (Rose 1993, s. 142)¹⁰⁸

Lawrence Lessig gör, som nämnts, en åtskillnad i termer av en skrivskyddad RO-kultur (från Read Only) och en deltagarbaserad RW-kultur (från Read/Write). RO-kulturen är i denna mening mer grundad på allmänhetens konsumtion av det som professionella aktörer producerar, dvs. befäster dikotomin konsumtion/produktion. RW-kulturer innefattar däremot amatörkreativitet och deltagande. Med dessa distinktioner menar Lessig att RW-kulturen har varit den dominerande kulturen till dess att inspelningsmöjligheterna öppnade sig, till följd av en teknisk utveckling i början av 1900-talet. Detta kan jämföras med Vaidhyanathans exempel gällande bluestraditionen, som i allmänhet ägde rum i vad Lessig skulle kalla en RW-kultur. I en remixkultur där remixen i sig har ett betydande värde, menar Lessig att "the tokens of RO culture" är underordnat den kultur som dessa uttrycker. I Vaidhyanathans fall refererar bluesmusikerna till en kulturell gemenskap med begrepp som att melodierna kan komma "från

108 "It is also an institution built on intellectual quicksand: the essentially religious concept of originality, the notion that certain extraordinary beings called authors conjure works out of thin air. And it is an institution whose technological foundation has recently turned, like a vital organ grown cancerous, into an enemy. Copyright developed as a consequence of printing technology's ability to produce large numbers of copies of a text quickly and cheaply. But present-day technology makes it virtually impossible to prevent people from making copies of almost any text – printed, musical, cinematic, computerized – rapidly and at a negligible cost."

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

bomullsfälten”, som i Muddy Waters fall, eller ”från luften” och fäster därmed inte så stor vikt vid att fokusera en ursprunglig kreatör som vid att hylla talangfulla framföranden och bearbetningar av det som betraktas som allmängods (Vaidhyanathan 2001, s. 121). Fokus på den explicita sammansättningen, på själva lagringsmedia i sig, är något som har utvecklats tillsammans med inspelningsmöjligheterna, tätt följt av upphovsrättslagstiftningen. Lessig förklarar RO-kulturen i termer av dess lagringsteknik:

Det tjugonde århundradet var alltså en tid av glad konkurrens mellan RO-teknik. Varje cykel tog fram en bättre teknik, och varje bättre teknik överträffades snart av en annan. Vinylplattan mötte konkurrens från kassettband och cd-skivor, radio fick konkurrens från tv och videoband-spelare fick konkurrens från dvd och internet. (Lessig 2008, s. 30–31)

Lessig fokuserar på själva produkten som en fysisk enhet, och kring denna formas en kultur av exkluderat deltagande. De begränsningar ett visst objekt står för utesluter ett omformande och en inspirerad remix utförd av dem som deltar i RO-kulturen. Lessig ser dock vissa fördelar med mängden arbeten den skapat och att den ”har byggt superstjärnor som talade kraftfullt till miljoner. Och den har kommit att definiera vad de flesta av oss förstod som kultur eller åtminstone ’populärkultur’” (Lessig 2008, s. 30–31).

En av Lessigs poänger är att RW-kulturen, som omfattar en omarbetning av det faktiska innehållet mer fritt, har återupplivat sin styrka genom digital teknik. Samma ohämmade omformandekultur som fanns innan ”the tokens of RO culture” tilläts definiera kultur i sig, växer nu fram och utmanar det monopol som RO-kulturen kommit att förvalta och de föreställningar och tankestrukturer som finns stelnade i både rättsliga metaforer, verksamhetsstrukturer och exkluderande lagringsmedia (se även Larsson 2011b). Lessig uttrycker skillnaden i begränsningar mellan det analoga och det digitala, och dess relation till rätten, genom att konstatera att de ”naturliga begränsningar som finns i den analoga världen avskaffades genom födelsen av digital teknik. Vad som innan var både omöjligt och olagligt är nu bara olag-

ligt” (Lessig 2008, s. 38). Lessig har berört detta tidigare (till exempel i *Code v2.0*, 2006, s. 5–6), men den viktigaste poängen han för fram här är att nu finns det inget ”antingen/eller”, det behöver inte finnas någon konflikt mellan det förflutna och framtiden, inget val måste göras mellan RO- och RW-kulturer – de kan samexistera. Och ett av hindren för denna förhandling som föregår en sådan tänkt balans har sina explicita rötter i hur upphovsrätten är utformad. I tillväxten av den analoga RO-kulturen var rätten formulerad utefter samma förutsättningar och begränsningar som rådde för RO-kulturen. Under denna tid var det dock inte det rättsliga som var den viktigaste begränsningen eller censuren för remix av media, utan snarare att det inte var ekonomiskt möjligt att genomföra.

Men även om denna remix inte är ny, tystades den under större delen av vår historia. Inte av en censor eller av onda kapitalister, inte ens av goda kapitalister. Den tystades eftersom de ekonomiska förutsättningarna för att tala på detta annorlunda sätt gjorde detta tal omöjligt, åtminstone för de flesta. Om du 1968 ville ta det senaste nyhetsprogrammet med Walter Cronkite och remixa det med Beatles, och sedan dela detta med dina tiotusen bästa vänner så var det som hindrade dig inte lagen. Vad som hindrade dig var att enkom produktionskostnaderna skulle ha legat på tiotusentals dollar. (Lessig 2008, s. 83)

Lessig menar att det här innebär att lagen nu har tagit över rollen som censor. Och han betraktar den rättsliga utformningen som något som inte lätteligen kan anpassas till de nya omständigheterna:

Digital teknik har nu tagit bort den ekonomiskt hindrande faktorn. Möjligheterna för tal och dess räckvidd är nu större. Fler människor kan använda en bredare uppsättning verktyg för att uttrycka tankar och känslor på olika sätt. Fler kan, och fler kommer att så göra, åtminstone tills lagen effektivt blockerar det. (Lessig 2008, s. 83)

Detta innebär att lagen har blivit begränsningen, inte artefakterna eller ekonomin. De argument som Lessig följer innebär ett tungt slag mot den retorik som propagerar för att ett starkare upphovsrättsligt skydd av nödvändighet också leder till mer skapande och innovation.

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

William Patry visar, i linje med detta, att när tiden för det upphovsrättsliga skyddet i USA ökade från 50 till 70 år post mortem, resulterade detta i färre bearbetningar av verk än tidigare (Patry 2009, s. 62–63). Följaktligen kan denna typ av protektionism innebära en nackdel för såväl upphovsmän som allmänheten och en övervägande nytta för dem som äger upphovsrätt till redan befintliga verk.

Diskussion och slutsats

Jag har bland annat fört fram dilemmat med att se rättighetsregleringen som ett incitamentsskydd, speciellt i kontrast till att den så starkt har utvecklats i riktning åt att vara ett branschskydd. Till en början måste vi konstatera att den upphovsrättsliga konstruktionen inte gäller för en enskild nation, den är snarare av global karaktär (Larsson 2011a, s. 43–48; 2011b; 2011c). Det innebär att en enskild nation har förbundit sig att följa internationella traktat, men även i förekommande fall EU-rätten, och kan därmed inte med någon större frihet besluta om hur den vill att upphovsrätten ska utformas ens i det egna landet – inte utan efterföljande sanktioner. Det finns naturligtvis många fördelar med att ha liknande lagstiftning i många länder, speciellt när det gäller varor och tjänster som rör sig över nationsgränser, såsom musik, film, litteratur och många kulturella uttryck gör. Problemet i förhållande till nya sociala praktiker i form av kollaborativt skapande ligger dock inte i att den globala upphovsrätten är homogen utan snarare i att den är inlåst och stigberoende runt tankestrukturer som kunde ifrågasättas redan innan internet och digitalisering introducerades, och det är en kritik som blir alltmer relevant i en digital kontext. Man kan uttrycka det med Anna Christensens sobra konstaterande i inledningen att ”[r]ätten kan ha större eller mindre beredskap att uppfatta och acceptera dessa normativa förändringar i samhället” (Christensen 1997, s. 110).

Föreställningar om skapandet och dess utövare har svängt över århundradena. Om denna förändring vittnar även en nyligen utkommen litteraturvetenskaplig avhandling om den romerska 300-talspoeten Faltonia Betitia Proba (Schottenius Cullhed 2012), som skrev så kallade

”lapptäckesdikter”. Sigrid Schottenius Cullhed visar, i linje med de förändringar i föreställningen om författarskap som Martha Woodmansee tar upp, hur Proba har värderats olika genom tiderna. Från positiva gensvar som går att finna från 700-talet till 1600-talet byts perspektivet ut till att under 1800- och 1900-talen bli fördömanden där denna form av diktande inte längre betraktas som riktig litteratur utan mer som en respektlös stöld och förvrängning. I en understreckare (SvD, 19 mars 2013) gör poeten Lisa Schmidt den metaforiska kopplingen mellan lapptäckesdiktingen och allt författarskaps kontextuella och sociala beroende, och sätter därmed fingret på ett huvudintresse här:

Om vi i metaforisk mening alltid skriver genom andra, genom en delad historia *och* en delad begreppsvärld, blir steget inte långt till att arbeta utifrån denna övertygelse i materiell mening: genom att de facto återvinna tryckt material och göra orden till sina.

Även om Schmidt här fortsätter sin framställning med explicita verk som tydligt bearbetar redan befintliga verk, kunde hon – hur spännande och tankeväckande dessa än är – ha bäddat i linje med sin poäng genom att följa implikationerna av vad ”delad historia och delad begreppsvärld” egentligen betyder. Man behöver inte göra explicita collage för att det sociokulturella beroendet ska manifesteras. Min poäng blir här att man i en lagstiftning kan lägga sig olika extremt åt endera hållet på den skala man kan föreställa sig mellan komplett individualistisk kontroll å ena sidan och kollektivt samproducerande och kulturellt flytande å den andra. Den upphovsrättslagstiftning vi har nu befinner sig tämligen extremt åt den första polen, den individualiserat kontrollerade, av kulturella skäl sprungna ur ett författarromantiskt ideal, men framför allt påeldat av mer sentida medieindustriella behov av kontroll över sina produkter. Det är där som det romantiska idealet passat så väl som grogrund för framväxten av ett starkt och långtgående industriskydd.

En diskussion kring rättens konceptuellt inlåsandande roll verkar det heller inte finnas plats för i kulturutredningen från 2009 (2009:16),

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

vilket jag lyfte fram i kapitlets inledning. Bilden som målas upp i denna utredning är att det är politik, och i det här fallet rent av svensk politik, som kan styra hur kulturen utvecklas, framför allt genom att allokera medel till olika typer av kulturinstitutioner. Diskussionen handlar därmed mycket om bevekelsegrunderna för denna allokering. Att det sedan finns djupt konservativa element i den skyddslagstiftning som i mycket uttrycks i de skapandes namn men skördas av de industriella kontraktshavarna behandlas inte. Kulturutredningen från 2009 ägnar plats åt postmodernismens intåg och förändrande kraft, där de skapande individerna inte bara är de "medelålders, vita, heterosexuella" männen längre (Del 1, s. 193), utan även andra individer, andra kön med andra etniska och kulturella bakgrunder. Man kan säga att man därmed gör plats åt att konstnärerna får vara vem som helst – men inte så mycket en kollektiv kraft. Man kan uttrycka det som att det i den kulturpolitik som utredningen för fram finns plats för *postmodernism*, dvs. att kulturella värderingar inte kan förutbestämmas i en övergripande tolkningsram, men inte *posthumanism*, dvs. att det individuella subjektet fortfarande är starkt övervägande i relation till kollektiv eller distribuerad kognition. Kanske vore en mer empiriskt förankrad upphovsrätt, om vi accepterar dess betydelse som kulturellt styrmedel, mindre benägen att knyta långtgående skyddande rättigheter till individer och de organisationer de företräds av och mer benägen att erkänna den kulturella kontextens betydelse, inklusive den tekniska och sociala infrastrukturen, där internet och digitalisering spelar en betydande roll idag. Det sistnämna skulle tala för ett svagare individuellt skydd, i vart fall om man på allvar föredrar att främja skapande framför att prioritera industriell och institutionell trygghet. Man behöver inte gå så långt som att propagera för en posthumanistisk upphovsrättsreglering – det vore att ersätta en idealistisk hållning med en annan – men gärna en mer empirisk: vad tar sig skapande och innovation för uttryck och hur ser den socialt legitima distributionen ut? I förlängningen av detta kan man fråga sig hur vi kan uppnå ett system som även kan hantera och möjliggöra innovativa aktörer på den kulturella och mediala marknaden utan att de traditionella aktörerna i upphovsrätsindustrin stryper uppstickare genom att sitta på

kataloger över det senaste halvsekle? I en artikel från september 2014 analyserar Karl Palmås, Jonas Andersson Schwarz och jag (Palmås et al. 2014) tre innovationer på dataöverföringsområdet ur ett legitimitetsperspektiv. Alla tre har liknande teknologiska grunder och är kopplade till Sverige på ett eller annat sätt: Spotify, Skype och The Pirate Bay. Vi diskuterar olika strategier som dessa aktörer har haft för att legitimera sina satsningar, och de har tagit olika vägar och därmed också kommit att framstå som lika legitima både av de redan etablerade aktörerna men också rättsligt, vilket ofta kan hänga samman. Kort sagt, där Spotify sålde av ägandeandelar bytte Skype applikation (den underliggande mjukvaran användes till fildelningstjänsten Kazaa innan voice-over-ip-tjänsten Skype utvecklades). TPB har inte lyckats legitimera sig gentemot redan befintlig bransch, men tjänsten i sig har visat sig vara väldigt hållbar, framför allt genom sin distribuerade organisation, där de olika funktionerna har kunnat separeras men ändå samarbeta (se även Larsson 2013e). De långa skyddstiderna riskerar med andra ord att dämpa nya innovativa lösningar eftersom befintliga rättighetshavare får mandat att bestämma över mycket av den kultur som är populär.

Kulturutredningen, för att hålla oss kvar vid den för en stund, är dock öppen för att formaten på kulturell produktion kan förändras. Exempelvis konstateras, i samband med en analys av en rad undersökningar kring kulturvanor, att "[n]ya konstformer har tillkommit, utbud och distributionssätt har förändrats – allt detta påverkar de undersökningar som görs" (Del 1, s. 293). Man konstaterar därmed också att det är särskilt tydligt "bland unga människor. Det handlar såväl om nya kulturuttryck som nya sätt att sprida respektive konsumera kultur. Datorn i sig är ett redskap för kulturskapande hos stora grupper" (Del 1, s. 293). Men lagstiftningens styrande och inlåsandefunktion finns inte med i analysen. Detta trots det uttalade erkännandet att kultur skapas i kommunikation, dvs. som ett uttryck för en kultur (SOU 2009:16, del 2, s. 10). Därifrån kunde steget vara kort till att erkänna att alltför starkt skydd hämmar utbytet, dialogen och imiterandet. Även Nielsén ser luckan i den utredning som gjorts i förhållande till den "digitala kulturpolitiken":

5. BRANSCHSKYDD ELLER SKAPANDESTIMULANS?...

Det är på så sätt talande att Kulturutredningen från 2009 saknade en konsekvensanalys för en digital kulturpolitik. Ett ord som "fildelning" nämndes inte en enda gång – och då ska man komma ihåg att utredningen släpptes och arbetades fram mitt under den brinnande fildelningsdebatten med The Pirate Bay-rättegången som final. (Nielsen 2010, s. 311)

Med ett egentligt syfte att blicka framåt är kulturutredningens promemoria förvånansvärt tillbakablickande, vilket även sätter fingret på dilemmat i de senare upphovsrättsrevisionerna som gjorts. En central del i de historiskt förankrade upphovsrättsliga tankestrukturerna kring skapande är, vilket jag visat via en rad skribenter, ett starkt fokus på *individent*s originalitet (Arewa 2006; Patry 2009; 2011) som vuxit fram under romantiken (Arewa 2006) och vidareutvecklats under 1700-talet (Fredriksson 2009; Rose 1993) och lagt grunden för den moderna upphovsrätten (Rose 1993, s. 91), vilken alltså ånyo utmanas av praktikerna i den digitala kontexten (Larsson 2011b; Lessig 2008). I det upphovsrättsliga mötet med den digitala utmaningen har dessa nyckeldelar och underliggande tankestrukturer kommit att driva på ett utökat skydd, en starkare efterlevnadskontroll och utökade maktmedel i syfte att bibehålla maktbalanserna så som de såg ut innan digitaliseringen (Larsson 2011b), vilket även lett till oförutsedda effekter, exempelvis i termer av mer privat anonymisering (Larsson & Svensson 2010; Larsson et al. 2012a).

Ett dilemma ligger i hur upphovsrätten förstås och konceptualiseras, vilket ramar in själva den upphovsrättsliga debatten exempelvis i termer av huruvida exemplarframställningen ska vara kontrollerad eller inte (Larsson 2012b; 2013b). Denna förståelseram är klart relaterad till vilka begrepp och metaforer som väljs för att definiera de normativa värden som är acceptabla för upphovsrätten. De intressen som är beroende av och förlitar sig på den upphovsrättsliga regleringen vinner på att betona egendomsförståelsen i immaterialrätten (Herman 2008; Larsson 2011b; 2012b).

Det blir ytterligare tydligt i en digital kontext hur kontextuellt beroende allt skapande är. Vi är i någon mån alla socialiserade till att i

gemenskap med andra dela språkliga uttryck och utbyta kulturella referenser i förhållande till gemensamma upplevelser, vilket också gör att vi tenderar att skapa nya verk i ett konstant samspel med denna sociokulturella kontext. Ibland ligger enskilda referenser tydligare inbakade i nya verk och ibland mindre tydligt, när en artist drar åt ett "eget uttryck". Det betyder att internet och digitaliseringen av samhället ifrågasätter föreställningen om det ensamma geniet som den mest skyddsvärda modellen för upphovsrätt, i vart fall i så långt gången form som nu argumenteras för i den upphovsrättsliga lagstiftningsdebatten. Det alldeles oerhörda experiment som internet innebär bevisar att vissa typer av kreativitet frodas, sprids och uppmuntras utan att incitamenten är starkt reglerade i en lag om upphovsrätt.

Ett annat inneboende problem är att trots den rättsligt formulerade retorik som tycks förhärskande så tycks lagstiftningen i hög utsträckning vara ett branschskydd mer än något annat, dvs. den används och leder till något annat än vad den sägs syfta till. För att debatten kring upphovsrätten i det digitala samhället ska kunna bli mer fruktsam behöver den därför tydligare kallas för just branschskydd. Då skulle även proportionaliteten lättare kunna bedömas i de maktmedel som diskuteras och ibland instiftas för att bekämpa illegal fildelning med rättslig verkställighet i termer av datatrafikövervakning, identitetskontroll, ISP-ansvar, sökmotorpåverkan och domännamnsblockering m.m. Om man sedan även de facto vill fundera över hur man bäst hjälper innovation och skapande så kunde man lite mer förutsättningslöst försöka bygga sådana strukturer, utan tyngd från traditionella ideologier. Då kan branschen sättas i den kontext den har att verka i, i stället för att blåsas upp och beskrivas som en kontext som skapande och kulturell produktion har att verka i, vilket är till nackdel för nya organisatoriska initiativ och även för nya uttryck och former för skapande.

6. Stora data och rättslig analys: Mätbarhetens behov av teori

Det digitala i bred mening – som kod, data och infrastruktur – har i tidigare kapitel till stor del varit med som en diskurs att *relatera* metaforer, koncept och juridik till. I detta kapitel hamnar det digitala, speciellt i termer av datainsamling och mätbarhet, i förgrunden. Detta i syfte att teckna hur rättsliga studier och analyser skulle kunna, eller rent av borde, utvecklas i mätbarhetens digitalinducerade skugga. Det här kapitlet för därmed fram digitaliseringen och konsekvenserna av internet som ett studieobjekt med inneboende möjligheter för metodutveckling inom rättssociologi och den bredare rättsvetenskapen – vilket i sin tur pekar på en teoretisk potential. Kapitlet lyfter fram tre aspekter som det argumenteras för är av särskild vikt att adressera: 1) de stora datamängdernas och mätbarhetens metodologiska löfte; 2) huruvida detta även medför ett behov av samhällsvetenskaplig teori, inklusive teoriutveckling; och 3) i så fall i vilken grad fokus därmed kan eller bör läggas på den digitala infrastrukturens styrande funktioner eller normativa relevans, dvs. när designen, ”koden” och protokollet – i någon mån – får rättsliga attribut. Dessa frågor kontrasteras i viss mån mot rättssociologiska klassikers teoribildning och vad det innebär att återtolka dessa i en ny kontext, i syfte att undersöka den rättsvetenskapliga utvecklingspotentialen av dessa fenomen. Jag konstaterar även avslutningsvis att den digitala samhällsutvecklingen rimligen också leder till ett ökat behov av tvärvetenskapliga samarbeten även för studier som syftar till att teckna rättsvetenskapliga och rättssociologiska frågeställningar, inte minst som en följd av

metodologiska överväganden i relation till de enorma och komplexa datamängder som livet i det digitala samhället genererar.¹⁰⁹

Nyckelord: digitalisering, code as law, samhällsförändring, Big Data, rättssociologi, rättsvetenskap.

Det digitala som disciplinär katalysator

I takt med att allt fler av våra handlingar både medieras av och loggas i digitala nätverk och alltmer av informationen om oss står att finna i databaser av olika slag så uppkommer frågor kring vad medieringen i sig betyder för rätten, normer och det sociala, men även vad själva loggningen och datan i sig leder till i termer av inomvetenskapliga utmaningar. För att närma sig den senare frågan först, ur ett disciplinärt rättssociologiskt perspektiv, kan man börja med att konstatera att denna oerhörda och snabbt växande källa till information, denna ”Big Data”, inte bara innebär delikata utmaningar för exempelvis myndigheter i termer av integritetsfrågor, utan även ställer frågor av stor relevans för vetenskapliga praktiker. Jag utvecklar terminologin vidare nedan med hjälp av litteratur på området, men kan för tydlighetens skull redan här poängtera att jag framför allt riktar mig mot den generering av data som har med digitalisering och internet att göra, och som leder till enorma mängder komplexa data om alla möjliga sorters mänskligt agerande och skeenden, som därtill ständigt matas på i realtid. Detta leder till övergripande frågeställningar, som vilken plats exempelvis samhällsvetenskapen överlag har eller kan ha i denna tämligen snabbt framvuxna mätbarhetens tid? Och på vilket sätt är digitaliseringen av speciellt intresse för rättsliga frågor i en samhällelig kontext och därmed för rättssociologiska studier och ana-

109 Det här kapitlet bygger på en artikel som publicerades i *Retfærd. Nordic Journal of Law and Justice* i juni 2014 under titeln ”Digitaliseringens rättssociologi. Om mätbarhetens behov av teori och den digitala arkitekturens normativa relevans” (Larsson 2014b). Se även en artikel i den Polska tidskriften *Societas/Communitas* med titeln ”Sociology of Law in a Digital Society. A Tweet from Global Bukowina” (Larsson 2013g).

lytiskt förankrade förståelser? Sociologen Sandra González-Bailón konstaterar i artikeln "Social Science in the Era of Big Data" (2013) exempelvis att

... samhällsvetare aldrig tidigare har befunnit sig i en bättre position vad gäller att tänka på dynamiken i mellanmänsklig kommunikation och den effekt dessa nätverk har på samhället – inte bara för att vi har bättre data, utan också för att det är fler som tänker på de här frågorna, vilka har varit i centrum för samhällsanalysen i decennier, om inte sekel. (González-Bailón 2013, s. 154)¹¹⁰

González-Bailón lyfter därmed också fram att empiriskt inriktad rättsvetenskap är ett fält där analys av stora datamängder kan ha betydande effekt (González-Bailón 2013, s. 156)¹¹¹, och hon bygger sin argumentation på att datamängderna i dagens digitaliserade samhälle "erbjuder en aldrig förr skådad rikedom, både i termer av skala och bredd, för att undersöka lagstiftning genom en annan lins – annan än den publika – och förhoppningsvis visualisera mönster som hittills varit dolda" (González-Bailón 2013, s. 158).¹¹² Och påståendet är oerhört intressant, inte minst utifrån ett rättsvetenskapligt perspektiv. Man kan fråga sig hur rättssociologi som disciplin kan anta den utmaning som "Big Data" innebär, dvs. att mänskligt beteende och kommunikation i hög och tilltagande grad är något väldigt mätbart och lagrat, att vardagen i den alltmer internetuppkopplade delen av världen genererar enorma datamängder kring snart sagt varje aspekt av tillvaron. David Lazer et al. (2009) talar i termer av *computational social*

110 "... social scientists have never been in a better position to think about the dynamics of interpersonal communication and the impact these networks have on society – not only because we have better data, but also because there are more people thinking about these issues, which have been at the core of social thinking for decades, if not centuries."

111 "evidence-based policymaking offers another area where the analysis of large data sets can have substantive effects."

112 "These data sets offer unprecedented richness, both in scale and breadth, to start examining policymaking through a different lens – that of the public – and hopefully to visualize patterns that were hitherto hidden."

science för den verksamhet som använder sig av den massiva, men även komplexa, data som i allt högre grad genereras i digitala nätverk och artefakter. Kvantitativa samhällsrelevanta studier är givetvis inget nytt, men komplexiteten, storleken och beräkningsbehovet är större än någonsin.¹¹³ Vetenskapsteoretikern Christopher Kullenberg (2012) har gjort en studie på hur de kvantitativa verktygen vuxit fram i svensk vetenskaplig kontext sedan 1940-talet, och med SOM-institutet som en tydlig företrädare sedan mitten av 1980-talet. Han visar på å ena sidan hur de vetenskapliga disciplinerna utvecklas med framväxten av en ny, eller i vart fall raffinerad, metod, och å andra sidan på det samhällsteoretiska behov som de kvantitativa metoderna ger upphov till för sin uttolkning och analys. Det kan uttryckas som att det finns en pragmatisk sida av metodologin där de kvantitativa verktygen får informera de teoretiska vetenskaperna i takt med att metoderna utvecklas, vilket också kan leda till en teoretisk utveckling.

Man kan därmed fråga sig i vilken grad digitalisering också medför inte bara ett teoretiskt behov av tolkning av en växande mängd empiriska data utan även i vilken mån denna teori kan utvecklas i specifik samklang med mediet som studieobjekt. I korthet kan man fråga sig i vilken mån den digitala designen, programmeringen, protokollen och infrastrukturen i sig är styrande eller rent av leder till en normativ påverkan på det sociala och det rättsliga. I så fall skulle detta innebära att man som rättssociolog och beteendeorienterad rättsvetare kan behöva en förhöjd förståelse för detaljerna i de kodbaserade processerna, algoritmernas politiska aspekter och hur strukturerna för de moderna informationsflödena ser ut.

Innan jag utförligare utvecklar syftet med detta kapitel och går in på datakällorna och medieringen mer i detalj vill jag kontrastera den

113 Det finns en del svårigheter med att översätta "computational social science". Att fokusera den kvantifierade empirin och kalla det för "data-driven samhällsvetenskap" vore möjligen att missa det faktum att det är storleken och kanske framför allt komplexiteten i empirin som är det nya. Strikt talat är ju dessutom kvantitativ samhällsvetenskap inte något nytt. Därför kunde man kanske hellre kalla det "beräkningsdriven samhällsvetenskap".

samhällsvetenskapliga potential i det digitala som González-Bailón tecknar – med en något dystrare diagnos över just disciplinen rätts-sociologi som ämne och praktik som den erkända rättsteoretikern Roger Cotterrell ställde häromåret. När Cotterrell beskrev den rätts-sociologiska disciplinens utveckling gjorde han det i termer av att det var en disciplin som har ”rutiniserats” (Cotterrell 2011; jfr. Larsson 2013g). Han menar samtidigt att det

... kanske skulle vara bra om rättssociologin, i de länder där den är institutionellt väletablerad och accepterad som del av den rättsligt styrda världen, på något sätt kunde förstärka mer av det som en gång sågs som dess subversiva, oppositionella potential; dess ”suspekta” natur; dess obekväma undvikande av konformitet och oförmåga att passa in i prydliga kategorier formade av juridisk eller samhällsvetenskaplig kunskap. (Cotterrell 2011, s. 19–20)¹¹⁴

Cotterrell efterlyser med andra ord disciplinens disruptiva, subversiva och utmanande potential, som han en gång sett men anser i ökad grad tycks dämpas och rutiniseras. Detta kapitel undersöker och diskuterar i förlängning av detta i vilken mån samhällets digitalisering och det faktum att det genererar enorma mängder beteendedata och delvis nya former för samvaro och kommunikation är något som kan utveckla den rättssociologiska disciplinen, för att undvika hämmande rutinisering i studiet och förståelsen av en föränderlig värld. Jag är intresserad av i vilken grad studiet och teoretiseringen av digitaliseringen i samhället, för att acceptera Cotterrells något dramatiska bildspråk, är en väg där rättssociologins ”subversiva” sidor skulle kunna göra nytta. Om vi då följer denna förmodade nydanande sida, försäkrar Cotterrell oss om att vi kan förvänta oss att bli ”i sanning förvånade av dess innovationer och radikala förståelse för rätten-i-samhällets natur”

114 ”... perhaps it would be good if sociology of law, in the countries where it is well-established institutionally and accepted as part of the world of law-government, could somehow reinforce more of what was once seen as its subversive, oppositional potential; its ’suspect’ nature; its uneasy non-conformity and inability to fit neat categories of juristic or social scientific knowledge.”

(2011, s. 20). Med det löftet som en fond för den fortsatta undersökningen kan tre huvudsakliga frågeställningar formuleras:

1. I vilken mån innebär den massiva datagenereringen som digitalisering innebär en metodologisk utvecklingspotential för rätts-sociologi och rättsvetenskap?
2. I vilken mån innebär den massiva datagenereringen som digitalisering innebär ett utökat behov av rättssociologisk teoretisk för-förståelse, som därigenom kan hjälpa oss att förstå förändringen och exempelvis rättsliga utmaningar däri?
3. I vilken mån behöver vi i studiet av rätt och samhälle specifikt ägna oss åt den digitala infrastrukturen, protokollen och nätverksarki-tekturen för att teoretisera och förstå vår samtid?

Det betyder att kapitlet redogör för vad den massiva datagenerering, som ibland kallas "Big Data", innebär som ett led i en redogörelse för vad digitaliseringen översiktligt betyder i en samhällsvetenskaplig kon-text. Därefter fokuseras det infrastrukturella perspektiv som de digitala plattformarna, sökverktygen och i förlängningen programkoden och de underliggande protokollen innebär. Detta för att kunna analysera rele-vansen av klassiska rättssociologiska frågor kring normbildning, staten som rättslig normgivare, "levande rätt" och sociala normer m.m.

Digitalisering som samhällsförändring

Även om internet är ungt har det snabbt kommit att få stor samhäl-lelig betydelse. Det är långt ifrån bara de mest teknikkunniga och "early adopters" som anammat dess funktioner; de digitala nätverken har kommit att utgöra en absolut nödvändig infrastruktur för en rad samhällsfunktioner, för sociala nätverk, nyhetsförmedling och handel m.m., och vi har naturligtvis ännu inte förstått alla dess rättsliga och rättssociologiska konsekvenser (Larsson 2013a; 2013g). Om vi ser till statistik gällande internet och graden av uppkoppling, kan vi lättare förstå dess enorma genomslagskraft. Av världens ca 7 miljarder invå-nare var i mitten av 2012 ca 2,4 miljarder eller 34 procent internetan-

vändare (Internet Usage Statistics 2012). Motsvarande siffror för Europa ger vid handen att av de 821 miljoner invånarna är ca 519 miljoner eller så hög andel som 63 procent internetanvändare. I Sverige är andelen 91 procent (Findahl 2014). Enligt vissa uppgifter har det sålts över en miljard s.k. smartphones världen över, vilket i Sverige bland annat betyder att över 60 procent av svenskarna använder en sådan telefon för att koppla upp sig mot internet (Findahl 2013), vilket innebär *en tredubbling* över de senaste två-tre åren. I åldern 12 till 15 år använder så hög andel som 78 procent en smartphone dagligen.¹¹⁵ Under september 2012 nådde den sociala nätverkstjänsten Facebook milstolpen att ha en miljard aktiva användare världen över,¹¹⁶ en siffra som enligt vissa uppgifter var uppe i 1,3 miljarder under 2014.¹¹⁷ Detta betyder för Sverige att ca hälften av medborgarna är medlemmar, och 66 procent av de som är internetanvändare (Findahl 2013). De i åldrarna 16–25 är mest aktiva, där 76 procent använder Facebook dagligen (Findahl 2013). Ett annat vittnesbörd om vårt beroende av digitala verktyg och tjänster är att konstatera att den absolut mest populära sökmotorn, Google, hade nästan 6 miljarder sökningar per dag under 2013.¹¹⁸

Man kan med fog konstatera att digitaliseringens rättssociologiska och rättsvetenskapliga konsekvenser är ur ett empiriskt, men även teoretiskt, perspektiv ett understuderat område, inte minst beroende på att det är ett så nutida och nytt fenomen. Man kan relatera det till både rättsliga och sociala normer; normativt styrda nätcommunities

115 Enligt researchfirman Strategy Analytics, <http://www.businesswire.com/news/home/20121017005479/en/Strategy-Analytics-Worldwide-Smartphone-Population-Tops-1> (senast besökt 19.10.2014).

116 Enligt Facebooks grundare Mark Zuckerberg, jfr *The Guardian*, "Facebook hits 1 billion users a month", 4 oktober, 2012. <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/oct/04/facebook-hits-billion-users-a-month> (senast besökt 19 oktober 2014).

117 <http://www.statisticbrain.com/facebook-statistics/> (senast besökt 19.10.2014).

118 <http://www.statisticbrain.com/google-searches/> (senast besökt 19.10.2014).

har uppstått och kommer att både växa och förändras framöver. Det återstår ännu att bättre förstå vilka premisser som formar den normativitet¹¹⁹ som uppstår, i vilken grad de infrastrukturella förutsättningarna spelar in, hur kopplingen mellan nätburna uttryck och "köttvärlden", dvs. händelser i det fysiska rummet, ser ut. Här har man i den svenska samhällsdebatten exempelvis diskuterat den relativt uppmärksammade s.k. Instagramhändelsen i Göteborg, där 13–14-åringar i december 2012 på den sociala bildtjänsten Instagram hängdes ut som "slampor" av ett anonymt användarkonto (dom föll i tingsrätten den 25 juni 2013, mål nr B 705-13). Detta ledde till att en större grupp uppretade ungdomar samlades vid en skola i Göteborg på jakt efter den som de ryktesvis hade hört var skyldig, tumult uppstod med skadegörelse och polisingripanden som följd (SvD, den 19 december 2012). En annan debatt som gett en hel del ringar på vattnet har gällt starkt nedsättande anonyma kommentarer online, dvs. det "näthat" som bland annat verkar drabba eller ofta adressera kvinnor i offentligheten (Cybern timer.se den 1 februari 2013; Schultz 2013; Svensson & Dahlstrand 2014). Dessa normer skapas under delvis andra förutsättningar än de som traditionellt sett studerats, i en icke-rumslig, icke-geografisk kontext, samtidigt som de inte går att separera från sociala strukturer och kulturella yttringar i övrigt. Det finns även relativt nya typer av aktörer som kommer att sträva efter makten att moderera nätmiljön och styra dess förutsättningar för social sammanlänkning och nyhetsförmedling samt skapa tjänster som bygger på aggregerad trafikdata m.m. Här kan megaaktörer som Google, Facebook och Twitter nämnas, vilkas design- och policybeslut också påverkar eller sätter upp vissa förutsättningar för användarnas beteende (jfr Larsson 2013g).

Nu handlar naturligtvis inte allt om kunskapsdistribuering och sociala uppdateringar. För att lyfta fram en annan företeelse som har med staters vara att göra och medias förändrade roll, kan man ta upp mobiltelefonin och sociala medias roll i mer revolutionära händelser,

119 För en antologi om rättssociologi, normer och normativitet, se Baier, red., (2013), där en grupp rättssociologiska forskare med nordisk bäring tolkar, uttolkar och omtolkar normfrågor. Dock ej med särskilt digitalt fokus.

i ordets fysiska bemärkelse. Sociala medier och internets betydelse har debatterats när det gäller den s.k. arabiska våren, där folkliga uppror och protester mot styret uppstod och störtade regeringar i länder som Egypten, Algeriet, Libyen och Tunisien, och där oroligheter slogs ner i Bahrain och där en revolution/ett inbördeskrig pågår i Syrien. Det har exempelvis fastslagits att ”det är ställt utom tvivel att sociala medier har spelat en betydande roll i de politiska rörelserna i Tunisien och Egypten” (Khondker 2011, s. 678)¹²⁰, och att ”den narrativa inramningen av upproren handlar genomgående om digitala medier (Howard & Hussain 2011, s. 46).¹²¹ I sammanhanget kan man konstatera att Egyptens dåvarande president Hosni Mubarak i slutet av januari 2011 stängde ner all internettrafik i ett desperat försök att hindra revolutionärernas kommunikation sinsemellan samt med omvärlden (Howard & Hussain 2011, s. 39). Regimerna i länder som Tunisien, Egypten och Bahrain har rapporterats öka sina övervakningsåtgärder också genom att köpa know-how och programvara från västerländska företag (NY Times, den 30 augusti 2012). Dessa händelser pekar på att såväl sociala medier och internet överlag som mobiltelefoni spelar en i vart fall inte obetydlig roll i nämnda samhällskonflikter.

Samhällets dataifiering

När Victor Mayer-Schönberger, professor i Internet Governance and Regulation vid Oxford Internet Institute, och Kenneth Cukier, data-redaktör på tidskriften *The Economist*, i *Big Data – A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (2013) beskriver vad det är som växer fram med digitalisering så fokuserar de framför allt ”dataifieringen”, dvs. det faktum att vi loggar och ordnar allt fler aspekter av tillvaron i en avläsningsbar och beräkningsbar digital form. De illustrerar sin poäng genom att lyfta fram Googles enorma bokskanningsprojekt och konstaterar att även om det är ett enormt användbart

120 ”[t]here is no question that social media played a significant role in the political movements in Tunisia and Egypt.”

121 ”the consistent narrative arc of the uprisings involves digital media.”

verktyg att enbart skanna in de miljontals böcker som skannats in – som ett digitaliserat alexandriskt bibliotek avsett för mänsklig läsning – så maximerades användbarheten genom att låta ”datafiera” böckerna. Genom att använda mjukvara som kunde känna igen bokstäver och andra tecken blev all denna språkbaserade information sökbar, beräkningsbar och möjlig att kvantitativt studera (Mayer-Schönberger & Cukier 2013, s. 83–86). Plötsligt kan litterär språklig utveckling studeras över tid genom ett enormt empirisk material. Och det är öppet för alla att söka i databasen – vilken jag använt för att jämföra hur rättsliga termer förstås och utvecklats över tid (Larsson 2013d). Inte minst, vilket Google så klart strävat efter, går det att kapitalisera på denna typ av information. Uppskattningsvis har 130 miljoner unika böcker publicerats sedan tryckpressen uppfanns i mitten av 1500-talet. År 2012, sju år efter det att Google påbörjade detta projekt, hade det skannats över 20 miljoner titlar, vilket är mer än 15 procent (Mayer-Schönberger & Cukier 2013, s. 84). Detta är en anmärkningsvärd andel som öppnar dörrarna för en rad intressanta möjliga studier och frågeställningar, även för hur rätten och dess roll uppfattats genom tiderna.

För att lättare kunna få en känsla för digitaliseringens och datafieringens genealogi och relevans för rättsliga och samhällsutvecklingsrelaterade frågor stannar vi kvar hos Mayer-Schönberger och Cukier (2013). De delar in datafieringen i olika typer, vilka kan kategoriseras enligt följande:

- *Språkberoende data*, som kanske enklast exemplifieras av Googles bokskanningsprojekt, nämnt ovan.
- *Platsrelaterad data*, som vi kanske älskar när vi letar efter platser med en smartphone i handen, eller när vi vill veta hur långt vi har sprungit, men skräms av när vi inser vilken potential till övervakning det finns avseende var individer befinner sig eller har befunnit sig.
- *Interaktionsrelaterad data*, vilket tjänster som Facebook, LinkedIn och Twitter bygger hela sin funktionalitet kring, och som vi från ett (rätts)vetenskapligt perspektiv än så länge bara skrapat på ytan på vad gäller att studera, analysera och förstå en rad samhällsrelevanta frågor. Jag återkommer till detta nedan.

- Och slutligen en framåtblickande kategori som de kallar ”*datafieringen av allt*”, där framför allt Internet of Things (IoT)-trenden kan diskuteras, dvs. när allt fler produkter – som bilar, tvättmaskiner, kylskåp osv. – internetuppkopplas och därmed tillåter såväl fjärrstyrning som loggning av användardata. Utöver en hela tiden närvarande integritetsutmaning finns naturligtvis en rad spännande funktionalitetsvinster här, vilket även borde kunna omsättas i studier kring en rad beteendemönster.

Trenden att se fördelarna med att logga människors beteende på nätet kommer också till uttryck i EU:s genomförande av datalagringsdirektivet (2006/24/EG),¹²² som kräver att internetleverantörer lagrar trafikdata mellan 6 till 24 månader. Det innebär totalt sett att polisiär verksamhet och rättslig verkställighet, såväl som uppror och politiska skeenden, mellanstatliga konflikter och inomstatliga konflikter, i allt större utsträckning förmedlas över internet och de digitaliserade medlen för kommunikation.¹²³ Om vi ska kunna förstå dessa typer av konflikter, måste vi också förstå de förutsättningar som finns inneboende i tekniken. I en värld som har över 2,4 miljarder internetanvändare, över en miljard Facebookanvändare och med länder som Sverige där internetanvändningen är omkring 90 procent (Findhjelm 2013), kan man med fog hävda att samhället förändras på ett grundläggande sätt som en följd av digitalisering och internetaccess. Även lagstiftaren har förstått användbarheten av att spåra och spara personbunden data. Den rättssociologiska eller bredare rättsveten-

122 Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG.

123 Även om just datalagringsdirektivet ogiltigförklarades av EU-domstolen i april 2014 på grunderna att det ansågs oproportionerligt inskränkande av respekten för både privatlivet och skyddet för personuppgifter. Intressant nog skedde detta *efter* det att direktivet implementerats av medlemsstaterna (Ledendal & Larsson 2014).

skapliga förståelsen kring vad detta betyder är dock ur flera perspektiv relativt outvecklad. Det finns mycket att göra här, inte minst eftersom det är en så betydande, omfattande och starkt växande trend i samhällsförändringen, vilket ansluter till den andra frågan i kapitlets inledning, som har att göra med de rättssociologiskt teoretiska implikationerna av digitalisering.

Det digitala som disciplinär katalysator

Om vi börjar med den metodologiska frågan, kan vi konstatera att den i inledningen nämnda sociologen Sandra González-Bailón (2013) beskriver ett behov av teori som vuxit fram ur det faktum att samhället i den digitaliserade delen av världen producerar oerhört rika samlingar av data. Den trend González-Bailón beskriver i termer av "Big Data" är en följd av en samhällsvid utveckling där spelare som Google, Facebook, Apple, Amazon och Twitter (och säkerhetstjänster som NSA) är mer eller mindre betydande element och intressenter, förvaltare och nyttjare av dessa data. Till detta hör även de mellanhänder som internetoperatörer och mobiltelefonoperatörer utgör, vilket inte minst öppnar för den svåra, oerhört viktiga och omdebatterade roll som dessa ska eller bör ha i relation till den information som de förmedlar. När David Lazer et al. (2009) i *Science* närmar sig frågan om metod i relation till massiva datamängder så gör de det i termer av en "computational social science", som de menar vuxit fram i kölvattnet av de enorma datamängder kring mänskligt beteende som nu finns och hela tiden genereras. De ser en rad potentiella utvecklingslinjer för samhällsvetenskapen här, via en kritik av traditionella men samtidigt relativt rådande synsätt:

Befintliga sätt att förstå mänskligt beteende har utvecklats utan tillgång till terabytes av data som beskriver kontinuerlig interaktion och geografiska rörelsemönster för hela populationer av individer. Vad berättar egentligen exempelvis sociologisk nätverksteori, som mestadels är formerad utifrån tillgång till data insamlad vid punktinsatser utifrån enbart ett dussintal individer, om longitudinella dataset baserade på miljontals individer, inklusive geo-data, finansiella transaktioner och kommunika-

tioner? Dessa vidsträckta och framväxande mängder av data om hur människor interagerar erbjuder säkerligen nya perspektiv på kollektivt beteende, medan det rådande paradigmet möjligen inte är mottagligt för dem. (Lazer et al. 2009, s. 722)

Lazer et al. menar att denna typ av "computational" samhällsvetenskaplig forskning framför allt görs av megabolag på den digitala marknaden, typ Google och Yahoo, men inte så mycket av samhällsvetare kopplade till akademiska institutioner. Det finns dock en del relativt nyligen gjorda studier som använder sig av "Big Data" för att förstå samhällsvetenskapligt relevanta aspekter. Det har gjorts studier som syftat till att teckna personlighetsdrag hos Facebookanvändare (Bachrach et al. 2012; Quercia et al. 2012) och Twitterbrukare (Quercia et al. 2011). Ett exempel är en studie av en stor mängd data över hur Facebookanvändare "lajkat" (från "likes") poster i sitt Facebookflöde (Kosinski et al. 2013). Genom att analysera 58 000 frivilligas "likes" kunde man med hög precision förutsäga en rad mycket känsliga personliga egenskaper, inklusive sexuell läggning, etnicitet, religiösa och politiska åsikter, personlighetsdrag, intelligens, användning av beroendeframkallande medel, ålder och kön. Problemet, eller snarare utvecklingspotentialen, som dessa studier pekar på är ett behov av att placera in dessa kvantitativt beräknade insikter i en djupare samhällsvetenskaplig kontext och förståelse.

Det finns även många exempel på etiska utmaningar. I juni 2014 publicerades exempelvis en studie (Kramer et al. 2014) av Facebookanvändare som gjordes av forskare anställda av Facebook där dessa hade manipulerat nyhetsflödet för över en halv miljon användare för att undersöka ifall dessa påverkades i positiv och negativ riktning beroende på vad de utsattes för. Världen över diskuterades etiska frågor med att laborera med användarnas flöde utan att dessa kände till det i syfte att studera känslolägen, och många var starkt kritiska mot Facebook.¹²⁴ Facebook tog till sig av kritiken och erkände sedan att de

124 Se exempelvis *Svenska Dagbladets* artikel från den 1 juli 2014, http://www.svd.se/nyheter/inrikes/forskare-facebooks-experiment-laskigt-men-intressant_3702178.svd (senast besökt 19.10.2014).

agerat fel, genom att låta Mike Schroepfer, bolagets Chief Technology Officer, publicera ett uttalande.¹²⁵

Den digitala infrastrukturens normativa relevans

För att lite mer försiktigt adressera rättssociologisk teori i denna kontext kan man börja med att konstatera att i någon mån spelar den digitala arkitekturen en viktig roll för normbildning i nätmiljön, vilket en rad studier om fildelning och immateriellt ägande i det digitala visat (Andersson 2010a; 2010b; Andersson Schwarz 2013; Andersson Schwarz & Larsson 2014; de Kaminski et al. 2013; Larsson 2013b; 2014a; 2014c; Svensson & Larsson 2012). Här finns det exempel på hur man kan tala om (program-)kod som lag, vilket rimligen fungerar bättre på engelska (Lessig 1999; 2006; se även Larsson 2013g). Uttrycket kommer från Lawrence Lessigs respons på den inställning som var rådande när internet var nytt, framför allt i en nordamerikansk kontext, nämligen att det var en oreglerbar "space" där nationers reglering inte kunde råda (jfr Barlow 1996) även om Joel Reidenberg var en av de första att lyfta fram den teknologiska arkitekturs funktion av att styra åtkomst och informationsanvändning (1998, s. 568; se även 1996). Lessig konstaterade i kontrast med denna hållning att själva arkitekturen, dvs. från hur de underliggande kommunikationsprotokollen TCP/IP var uppbyggda till de lager som designades ovanpå, medförde vissa förutsättningar för företeelser som identitetsbestämning, koppling till plats och kontroll osv. Detta innebär i förlängningen även att man kan diskutera det "lagstiftande" ansvar som därmed följer med systembyggandet och designprocesserna, vilket jag återkommer till nedan (jfr Larsson 2011b; 2012a; 2013g). Det finns forskare som gjort kopplingen från Eugen Ehrlichs levande rätt (se nedan) till Lessigs mer "sociologiska" syn på den digitala infrastrukturens normativitet (von Bernstorff 2001; Graber 2012, Larsson 2011b; Svensson & Larsson, 2012). Det finns även en växande rad exempel på (n)etno-

125 Som du hittar här: <http://newsroom.fb.com/news/2014/10/research-at-facebook/> (senast besökt 19.10.2014).

grafiska studier i en digital kontext (Berg 2012; 2015; Miller & Slater 2000). Rättsvetaren Jochen von Bernstorff drar i en recension av Lessigs *Code and other Laws of Cyberspace* (1999) en parallell till Ehrlich:

Liksom den österrikiska juristen Eugen Ehrlich, som upptäckte de reglerande krafterna i den "levande rätten" (Das lebende Recht) som samexisterade med den formella lagstiftningen i det österrikiska väldet i byarna i Bukovina före första världskriget, upptäcker Lessig också "koden" som cyberrymdens tekniska lagstiftning i Cyberspace i AOL och Yahoo-byarnas samexistens med formell nationsbunden lag. Även om vagheten i Lessigs definition av rätten kan kritiseras, är denna upptäckt av den djupaste betydelse för vår förståelse av rätten och styrning online. (von Bernstorff 2001, s. 2)¹²⁶

När det gäller den digitala arkitekturens normativitet finns det förvisso en betydande skillnad i dess exekution; relaterat till den vanliga rätten är digital arkitektur vad Christoph B. Graber kallar "självexekverande" (2012, s. 3), men att lyfta fram infrastrukturens styrande funktion är av oerhört rättssociologiskt och rättsvetenskapligt intresse. Graber konstaterar exempelvis att "koden i cyberspace fungerar även när personen som är påverkad av dess gränsdragningar och begränsningar inte förstår att så är fallet" (2012, s. 3; jfr Lessig 2006, s. 342–344).

Ett exempel på när "kod" fungerar som "lag", dvs. när en viss normativitet är inbyggd i dess arkitektur, är hur BitTorrentprotokollet för delning av filer brukar fungera, dvs. det underliggande dataöverföringsprotokollet för både The Pirate Bay och Spotify (jfr Andersson Schwarz 2013; Larsson 2013e; Palmås et al. 2014). När man laddar ner (eller hem, eller någon annan rumslig metafor som är meningsfull) så

¹²⁶ "Like the Austrian jurist Eugen Ehrlich, who discovered the regulatory forces of the 'living law' (Das lebende Recht) co-existing with the formal law of the Austrian Empire in the villages of the Bukovina before the First World War, Lessig also discovers 'Code' as the technological law of the Cyberspace in the AOL and Yahoo-Villages co-existing with formal state created law. Even though the vagueness of Lessig's definition of law can be criticized, this discovery is of the deepest importance for our understanding of law and governance in the Internet."

betyder det att man samtidigt laddar upp, dvs. delar med sig av de bitar man hunnit få ner även till andra fildelare i samma "svärm". Det är en grundförutsättning som är inbyggd i själva protokollet och som bidrar till dess effektivitet i termer av vilka mängder information som kan delas. Detta protokoll är också det som i mycket kom att ersätta äldre protokoll, där man hämtade hem en hel specifik fil från en specifik server, inte en massa små "bitar" från en mängd servrar eller användare. Man kan säga att protokollet rent av i någon mån bryter ner ner-/uppladdningsdikotomin, vilket är intressant eftersom det i upphovsrättsliga diskussioner har varit en relativt viktig dikotomi. Om man betraktar protokollets systemiska förutsättningar som handlingsanvisningar eller i någon mån normativa så faller dess "lagstiftande" attribut i samma mån på den som programmerat protokollet, och dess exekvering och efterlevnadskontroll på den som handhar det och modererar det.

Rättssociologen Reza Banakar, å sin sida, jämkar ihop Ehrlichs "levande rätt", Petrażyckis "intuitiva rätt" och Tönnies "sociala rätt" till den kollektiva benämningen "community law", som är något svåröversatt men syftar till att beskriva en icke-formell normativitet (2013, s. 22–30). Denna tankefigur om "community law" kan vara ett sätt att överbrygga klassisk rättssociologiskt relevant teori till analyser av digitalt medierade fenomen. Ett näraliggande, måhända för digitala fenomen mer empiriskt testat spår, är att i en tämligen durkheimsk mening studera och analysera normer (som "sociala fakta", jfr Svensson 2008; Hydén & Svensson 2008). Här gäller det i hög grad att förstå förhållandet mellan rättsliga och sociala normer, vilket man finner poängterat av en rad nordiska rättssociologer (jfr Aubert 1972, s. 13; Mathiesen 1973, s. 10; Hydén 1978, s. 26; Stjernquist & Widerberg 1989, s. 7). Mer explicita studier har exempelvis gjorts på upphovsrätts- och fildelningsområdet (Andersson 2010b; 2011; 2012; Andersson Schwarz 2013; Andersson Schwarz & Larsson 2014; Feldman & Nadler 2006; Halbert 2014b; Karaganis et al. 2012; Larsson 2013c; 2014a; Larsson et al. 2012b; Svensson et al. 2013; 2015).

I en studie som publicerades 2012 mätte vi i forskargruppen Cybernormer styrkan av sociala normer för att kunna konstatera att de

rättsliga normernas sociala representation är svag gällande upphovsrätten i digitala sammanhang (Svensson & Larsson 2012), vilket är en metod som Måns Svensson utvecklat (2008). Den durkheimska kopplingen kan skönjas även i hur Mertons terminologi används i liknande sammanhang (Larsson & Svensson 2010; Larsson et al. 2012a). Man kan här även tydligt adressera det rättsliga förändringsperspektivet, som Anna Christensen i den ovan nämnda artikeln "Rätten i ett samhälle under förändring" (1997), där hon talar om "normativa praktiker" som uppstått i det svenska samhällets förändring från jordbruks-samhälle till en modern industriell marknadsekonomi och välfärdsstat, och vikten av att rätten avvaktar för att sedan "kodifiera praxis" (jfr kapitel 5 ovan).

Även ur ett normperspektiv är det mycket som talar för nyttan i att även studera de grundförutsättningar som finns inneboende i den digitala arkitekturen. Exempelvis menar den amerikanske juristen och programmeraren Jonathan Zittrain att en viktig aspekt av den digitala miljön när det gäller dess reglerbarhet är att den är generativ, dvs. att den är ombyggbar av dem som kommer i kontakt med den. Det är ett skäl till att den är svår att kontrollera från ett centralistiskt perspektiv (Zittrain 2006; 2008). Medieforskaren Jonas Andersson (2010a) diskuterar i "Det dumma nätet" de förutsättningar som finns inbyggda i internets grundläggande kommunikationsprotokoll, varav de mest grundläggande är dataöverföringsprotokollet TCP/IP och domännamnssystemet DNS samt, för webben, HTTP. Han för därmed även fram den politiska aspekten av själva kategoriseringen av något så komplext som internet. Andersson visar på hur olika kommunikationsprotokoll, som nämnda BitTorrent (P2P) eller voice-over-ip (VOIP), innebär utveckling men samtidigt inlåsning som därmed sätter gränserna även för beteende och reglering i enlighet med protokollen. Samme Andersson (numera Andersson Schwarz) gör också i *Online File Sharing – Innovations in Media Consumption* (2013) en analys av "nätso-cialitet" (online sociality) och jämför fildelningens sociala strukturer huvudsakligen i termer av *Gesellschaft* (jfr t.ex. s. 170–171):

Vissa element av fildelningen tycks leda till ett förstärkande av gesellschaftliga egenskaper, medan den tendens som i vart fall retoriskt åkallar föreställningar om "community" i viss mån bagatelliserar de institutionaliserade, halvanonyma och avindividualiserade karaktärsdrag som också står att finna i mer sammansvetsade och slutna nätgemenskaper. (Andersson Schwarz 2013, s. 171)¹²⁷

Han visar därmed hur ett (rätts)sociologiskt välförankrat tankegods kan bidra till förståelsen av digitalt medierade fenomen. När det gäller värderingar och normativa förutsättningar inbyggda i, eller i vart fall starkt relaterade till, själva den digitala infrastrukturen eller arkitekturen kan man adressera och reflektera över det "lagstiftande" ansvar som därmed kan sägas följa med systembyggandet och designprocesserna. Det sätt på vilket exempelvis Google organiserar och bedömer relevans för det vi söker efter kommer i någon mån i förlängningen att påverka hur vi uppfattar vår tillvaro. Väljer Google dessutom att i någon mån lyssna på upphovsrättslobbyns starka röster även gällande hantering av material som kan finnas i en rättslig gråzon, där domstolen ännu inte har sagt något, poängteras den politiska sidan av nätarkitekturen – vilket i förlängningen påverkar vad vi kan finna online.

För att ta ett annat exempel, det sätt på vilket Facebook drar gränserna för vem som ska se vad av våra profiler, vad det innebär att trycka "like" under någons inlägg, kommer att vara av oerhörd betydelse för hur bildmaterial i praktiken publiceras online – oavsett vad lagen kräver. För att förtydliga: om en användare ser att en "vän" har lagt upp en bild på sitt konto och trycker "like" eller kommenterar under den bilden så kommer i normalfallet den användaren även att bli synlig i förhållande till den första användarens nätverk av "vänner". Om så någon av dessa också trycker "like" eller kommenterar under bilden så kommer den att bli synlig även för denna "vännens" nätverk. På så vis

127 "Certain elements of online file sharing suggest an amplification of *Gesellschaft-like* properties, while the tendency to rhetorically invoke the trope of community somewhat underplays the institutionalized, semi-anonymous, and depersonalized characteristics that can also be found in more close-knit, secretive communities."

kan populära och intresseväckande bilder eller inlägg surfa jorden runt och få miljoner "likes" och ses av alla de som ingår i nätverken av "vänner". Här kan man exempelvis fundera över hur de geografiska jurisdiktionerna ska förhålla sin lokala upphovsrätt till denna typ av bildpublicering. Policyfrågan och relevansen för rättslig styrning blir tydlig eftersom de olika gränserna för detaljerad och kodbaserad styrning är så många. Det betyder, vilket kan vara en empirisk fråga att reda ut, att som helhet ändras i någon mening den definierande auktoritet som nationalstaten haft, knuten till en geografisk jurisdiktion som också den nedgraderas i meningsfullhet vad gäller exempelvis lagstiftningsfrågor. Man kan anta att det lättare uppstår en normpluralism och nationell heterogenitet, eller i vart fall vissa "communities" som är bundna till helt andra organiserande entiteter. Man kan även, som i fallet med näthat och Instagramupploppet, anta att själva snabbheten i mediet kan bidra till vissa effekter där "drevet går", med ett visst mått av pöbelaktighet som får snabb resonans.

Detta innebär att i ett digitalt samhälle kan samspelet mellan rätten och sociala normer ur ett rättssociologiskt perspektiv i någon mån kompletteras med (åtminstone) frågan om i vilken grad den digitala arkitekturen, "koden", behöver fokuseras explicit. Det regleringsmässiga uttrycket, dvs. den form i vilken reglering tar sig uttryck i en digital kontext, är troligen delvis annorlunda än i en pre-internet bemärkelse. Tvärtemot vad de tidiga (enligt internets historiska axel) frihetsivrarna hävdade så är internet med andra ord reglerad *per se*, låt vara med ett stort mått av generativitet och föränderlighet (som vissa branscher jobbar/lobbar hårt för att få bort). Det är därmed en reglering "by design" snarare än en reglering "by policy", dvs. att de politiska uttrycken för hur man bör bete sig kan ta sig uttryck i hur en medial plattform fungerar, och rent av i hur en smartphone fungerar, snarare än mer verbala imperativ om hur man borde bete sig. Detta skapar även enorma utmaningar för integritetsskyddet eftersom dataansamlingen i mycket är en feature som följer av hur tjänster byggs, samtidigt som integritetsskydd tenderar att enbart vara en regleringsfråga och skyddas "by policy", vilket har kritiserats av bland annat immaterialrättsforskaren Halbert som anser att det även borde skyddas mer "by design" (Halbert 2014a).

Att den digitala världens infrastruktur och dess olika element, som exempelvis sökmotorsfunktionen, kommit att bli en nödvändig del i vår tillvaro är relevant även ur ett rättssociologiskt perspektiv, där vissa branscher kan använda rätten som ett påtryckningsmedel för att påverka den sökmotorsalgoritm som styr vad som bedöms som relevanta resultat i våra sökningar. Den tekniska infrastrukturen är därmed – för att göra samma poäng som ovan – långt ifrån neutral, den är i allra högsta grad politisk och värdebaserad. Exempelvis Googles framgång bygger i mycket på att de, i förhållande till rådande sökmotorer när Googles sökmotor först utvecklades, hittade en fungerande modell för att bedöma relevans, bland annat genom s.k. länkanalys, dvs. hur man bäst ska sortera i sökträffarna i förhållande till den som söker. De har utvecklat en komplicerad algoritm som styr denna process utifrån en rad variabler, där de viktigaste kan sägas ha att göra med en webbsidas popularitet i ett nätverk. Exempelvis, om många webbsidor länkar till en sida så antar sökmotorn att det är mer troligt att det är den man söker efter. Om de sidor som länkar till just denna webbsida dessutom är väldigt mycket länkade till så anses just denna sida än mer relevant. Om samma regler skulle gälla för alla så kunde man ju tycka att det var relativt neutralt. Dock, för att ta ett rättssociologiskt relevant exempel, när den så kallade innehållsindustrin och den amerikanska upphovsrättsorganisationen RIAA utövat påtryckningar på Google under längre tid så ändrade Google i sin sökmotors algoritm. I augusti 2012 berättade Google på sin officiella blogg att webbsidor som erhållit många krav på att sluta bryta mot upphovsrätten även skulle få sämre ”relevans” i sökmotorsresultaten.¹²⁸ Det betyder att sådana sidor, som inte är önskvärda av en rättighetsberoende bransch, blir svårare att hitta för alla som använder Google. Det betyder också att vissa delar av rättsväsendet automatiseras på ett sätt som är intressant att se närmare på. Vad händer om rättighetshavarna klagar på fel webbsida? Eller om de har fel när de klagar? Inte ens sökmotorsalgoritmen är värdeneutral eller apolitisk, vilket ånyo poängterar relevansen av rättssociologiska studier även i en digital kontext.

128 <http://insidesearch.blogspot.se/2012/08/an-update-to-our-search-algorithms.html> (senast besökt 20.3.2014).

Summering: Digitaliseringens rättssociologi

Rättssociologin har av nödvändighet alltid haft en empirisk sida, men de empiriska förutsättningarna har förändrats tämligen drastiskt i det digitaliserade samhället. Jag för i detta kapitel fram att det finns ett nutida behov av att förstå hur nätmedierade communities hänger ihop och sortera mellan de väldigt anonymiserade BitTorrent-fildelningsnätverken som Andersson Schwarz analyserar i termer av Gesellschaft (2013) å ena sidan och de mer lokalt, identitetsknutna och offline-relaterade Facebook- och Twitternätverken. Det tycks därmed finnas ett behov av att studera hur normbildningsprocesser pågår i en nätverksbaserad och avmaterialiserad miljö, hur kopplingen sedan i sin tur till det materiella, det geografiska, till jurisdiktioner och offline-identitet ser ut. Det finns ett behov av att förstå vilken roll den digitalt designade miljön i sig spelar i termer av handlingsanvisningar eller normativitet, hur arkitektur, infrastruktur och underliggande protokoll påverkar hur vi förstår valmöjligheter, hur spårbarhet och rättslig enforcement samt polisiärt arbete ter sig online.

I relationen till ett alltmer digitaliserat och "datafierat" samhälle har jag här lyft fram att ett språng i metodutveckling tycks ha tagits. Rikedom i datan, inte minst för den som kan aggregera den och kombinera olika datakällor, gör den till ett kraftfullt verktyg för en rad intressenter, framför allt utom akademien men även inom. Kan man kombinera exempelvis mobiltelefonkommunikation med geo-data så kan man också studera hur en människa har rört sig geografiskt och spatialt. Kan man samköra praktiker i sociala nätverk med identitets- och personuppgifter så kan man säga vem som är man, kvinna, vilka sexuella eller politiska preferenser dessa personer har etc. Med semantisk analys eller identifierbara konsumtionsvanor kan man se vem som är benägen att köpa semesterresa till Spanien, rent av vem som är gravid (som i ett uppmärksammat amerikanskt fall hos varuhuskedjan Target) osv. Man kan i vissa fall genom dataanalys möjligen veta saker om en individ innan individen själv blivit medveten därom. Datamängden är som sagt rik – men också komplex. Om man för en stund bortser från den oundvikliga integritetsproblematiken som tillgång till

dess data innebär på individnivå så kan man på den strukturella nivån tänka sig att använda den som ett starkt empiriskt verktyg även inom samhällsvetenskap och rättssociologi.

I korthet kan man säga att det görs mycket rättssociologiskt relevant forskning på det digitala området men av forskare i kontexter som är tämligen långt ifrån rättssociologiska. Dock tycks det finnas ett behov av att kontextualisera eller analytiskt kunna förstå vad den massiva mängd data som genereras i digitala nätverk betyder i termer av normer, sociala nätverk, rättens roll och legitimitet m.m. Genom en empiriskt förankrad rättssociologisk analys är det med andra ord möjligt att visa hur den nationella lagstiftaren i vissa fall, som har att göra med nätmiljön, *inte* är den egentliga lagstiftaren. Man kan även visa på hur viss lagstiftnings verkningsfullhet är beroende av ett samspel med hur privata megaaktörer på den digitala marknaden agerar – jag tänker på aktörer som Google (YouTube), Facebook, Microsoft och Apple – och hur deras policybeslut, inklusive designbeslut, kommer att teckna våra handlingsförutsättningar. Att det finns normstyrande maktfaktorer utanför rätten är förvisso inte något nytt, tvärtom kan man säga att det är en av nyckelpoängerna inom den rättssociologiska traditionen, men den infrastrukturella, systemiska eller arkitektoniska aspekten av den digitala infrastrukturens påverkan på exempelvis normer och normbildning finns det all anledning att ytterligare poängtera i relationen till en digital samhällsutveckling. I förhållande till digitalisering och dataifiering finns det med andra ord en roll att spela och utvecklas i för den rättssociologiska disciplinen.

Samtidigt ställer rimligen nätsamhällets digitaltekniska natur även krav på en rad kompetenser som kan behövas för att komma åt att göra den rättsvetenskapliga eller rättssociologiska analysen möjlig. Den i inledningen nämnda González-Bailón konstaterar exempelvis framt att

... samhällsvetare kan inte längre bedriva vetenskap ensamma: storleken på den data vi nu analyserar och de metoder som krävs för att analysera den kan bara utvecklas genom att samköra expertis med kollegor från olika discipliner. Samhällsvetenskapen har den teoretiska traditionen

6. STORA DATA OCH RÄTTSLIG ANALYS...

för att konstruera en kontext för datan, peka på de rätta mekanismerna av den dynamik som studeras och att bygga trovärdiga tolkningar – vilket är lika viktigt som att ha tillgång till stora mängder information och de mest avancerade metoderna. (González-Bailón 2013, s. 158)¹²⁹

Detta betyder att tvärvetenskaplighet är en möjlig väg fram, eller rent av en oerhört betydande väg fram, för att kunna studera och teoretiskt förstå den komplexa utmaning som det digitala samhället för med sig. Detta tvärvetenskapliga samarbete innebär, återigen enligt González-Bailón, ett arbete som måste baseras på ett gemensamt och liktydigt språk, vilket i sin tur kräver att samhällsvetenskapens ”analytiska verktygslåda” måste göras kompatibel med andra vetenskapliga discipliners ”analytiska verktygslådor” (2013).¹³⁰

Digitaliseringen innebär också en privatisering av rättsligt relevant exekvering (enforcement) som inte är utan baksidor. Gränsdragningen mot det privata och det integritetsfulla är här central. Men hur mäter man gränserna för det privata, dvs. det empiriska integritetsbehovet? Det är här en del av klassikerna kan peka i en användbar riktning. Genom att föra fram en syn på det socialt rättsliga, en levande rätt, som en grund för vad statlig rätt kan åstadkomma så kan man studera, diskutera och reflektera kring de rättsliga normernas

129 ”... social scientists can no longer do research on their own: the scale of the data that we can now analyze, and the methods required to analyze them, can only be developed by pooling expertise with colleagues from other disciplines. Social science has the theoretical tradition to build a context for these data, point to the right mechanisms of the dynamics analyzed, and build credible interpretations – which is as important as having access to vast amounts of information and cutting-edge methods.”

130 González-Bailóns argumentation – vad gäller behovet av samarbete över disciplingränserna – ligger helt i linje med mina erfarenheter inom forskargruppen Cybern timer och den tvärvetenskapliga grupp jag och Per Runeson, professor i mjukvaruteknik, samlade för ett projekt om tillitens roll i det digitala: DigiTrust. Det formar även mycket av visionen bakom arbetet med såväl *Lunds universitets internetinstitut* (LUii) som centrumbildningen *Work, Technology and Social Change* (WTS) vid Lunds universitet.

gränser (jfr Pounds "The Limits of Effective Legal Action", 1917) och därmed vad som kan betraktas som socialt gångbart avseende statens insyn. Man får studera "varat" för att utröna "börats" gränser, för att uttrycka det med Måns Svenssons terminologi (2013). Näringslivet styrs exempelvis normalt sett inte av rättsliga principer om rättssäkerhet och möjligheter till överprövning. Internet berättar många historier om individer som blivit avstängda från sitt Facebookkonto, eller annat konto, utan vidare förklaringar till varför och utan möjligheter till överprövning. Här behöver vi studera vad denna typ av privatiserad polisiär verksamhet betyder. Dataloggningens eventuella baksida ligger också i att den är en typ av privatiserad övervakningsform, vilket ställer tämligen brinnande viktiga frågor om vem som bör ha insyn gällande vad i denna data. Speciellt med tanke på dess ovan beskrivna styrka och också med nyligen gjorda avslöjanden i bakhuvudet om att den amerikanska säkerhetstjänsten NSA har berett eller rent av bereder sig tillträde till de stora amerikanska digitala tjänsteleverantörernas kunddata. Här finns en delikat fråga mellan privat och offentlighet som inte är tillfredsställande besvarad. Om vi kan kartläggas och semantiskt analyseras så till den grad att man rent av i realtid (som Google FluTrends, fast mer) i en "prediktiv analys" kan förutsäga vilka val vi är på väg att göra och hur vi är på väg att handla så har vi som mänsklighet lyckats bygga en maskin med enorma implikationer vad gäller ansvar – för vem som får använda den och till vad.

Sammantaget kan man här argumentera för att digitaliseringen bjuder på en rad möjligheter till att återbesöka de teoretiska grunder som finns formade runt begrepp som levande rätt, sociala fakta, intuitiv rätt och sociala normer och att ta dessa vidare i relationen till nya "associationer" som byggs i digitala nätverk, vilka är beroende av programkod och underliggande protokoll men även betyder en dematerialisering och abstraktion av många fysiskt beskrivande begrepp. I någon mån är den reglerande logiken i det digitala samhället nätverksbaserad och dematerialiserad. Normbildningen blir därmed delvis beroende av andra förutsättningar än vad den traditionellt sett har varit. Den explicita lagstiftningen är dock i hög grad bunden av de föreställningar och förutsättningar som var fallet innan internets ut-

veckling, innan uppluckringen av geografiska jurisdiktioner, innan musikalbum skildes från sin fysiska bärare av informationen, innan nyheter kunde förmedlas i digitala och individualiserade flöden, under den tiden då avlyssning innebar att ta sig in i ett låst skåp och koppla ihop fysiska kablar, då delar av arbetslivet måste befinna sig på en viss plats vid en viss tid för att fungera (Larsson & Runeson, red., 2014).

Slutligen, som respons på Cotterrells vädjan om att rättssociologi borde bygga teori om nya förståelser av rätten som ”behandlar den inte bara som ett allmänt dirigerande instrument för nationalstatens regeringar utan som en rad ofta konkurrerande regelsystem”,¹³¹ föreslår jag den digitala arkitekturen som en normerande kraft som behöver studeras mer inom den rättssociologiska och rättsvetenskapliga disciplinen. Här kan exempelvis den rättssociologiska disciplinen potentiellt greppa och förvalta de metodologiska möjligheter som följer av ”datafieringen av allt”, som Mayer-Schönberger och Cukier uttrycker det (2013). Idag är den teknikrelaterade samhällsliga förändringen mycket mindre rumslig och fysisk, och mycket mer kognitiv, dematerialiserad och digital, men kanske inte mindre revolutionär för den bredare rättsvetenskapliga förståelsen av rätt, normer och samhälle. Detta torde utlova en förstärkt subversiv potential och samhällslig relevans åt den disciplin som maktar med att uttolka och greppa den.

131 ”treat it not just as a general directive instrument of nation state governments but as a range of often competing regulatory systems”.

7. Avslutning: Framtidens metaforer

I den här boken har jag introducerat och utvecklat hur grundläggande det metaforiska tänkandet är för förståelsen, användningen och konstruerandet av abstrakta fenomen – och därmed hur beroende vi är av metaforer i allmänhet. Jag har framför allt ställt det i relation till juridik och digitalisering – två oerhört betydande fenomen beroende av abstraktioner – i syfte att komma åt några av de rättsliga utmaningar som har att göra med teknikrelaterad samhällsförändring. Det här kapitlet är indelat i fem delar, där jag först relativt kort summerar vad jag visat på i boken och sedan utvecklar något vad det betyder att vi bedömer nya fenomen som har att göra med teknik genom redan etablerade begrepp, exempelvis i termer av s.k. skeumorfer och i vad jag kallar ett konceptuellt stigberoende. Den tredje delen förvaltar och fokuserar upphovsrättsexemplet specifikt i relation till digitaliseringens bitvis utmanande och förändrade förutsättningar. Den fjärde delen tar upp bildernas styrande funktion, vilket även knyts an till makt i termer av att vissa aktörer är mer benägna att styra vilka bilder som blir rådande. I den femte och avslutande delen syntetiserar jag och försöker lyfta blicken något avseende vetenskapens uppgift i förhållande till teknikrelaterad samhällsförändring med normativa dimensioner.

Metaforerna, rätten och det digitala

Kognitionsforskare har som sagt visat att metaforer är nödvändiga för vårt tänkande och att det metaforiska tänkandet därmed ger oss bilder

som gör att vi kan tala om abstrakta ting; de är djupt rotade i vårt språk och sinne. Och vidare, de *konceptuella* metaforerna är i korthet själva byggklossarna för vårt referensbundna tänkande. Men samtidigt är dessa byggklossar inte värderingsfria; underliggande föreställningar ramar in tankestrukturer som både kan lyfta fram funktionella aspekter hos ett fenomen såväl som dölja eller vilseleda andra, dvs. påverka om vi förstår skapande som en genial eller social företeelse; musik lagrad i digital form som avgränsade paket eller ett flöde; relationer som en resa eller något annat; prostitution som ett kommersiellt utbyte eller ett våldsamt utnyttjande; otillåten kopiering som stöld eller en kulturgärning osv. Det vanskliga ligger i vår egen omedvetenhet om metaforernas och föreställningarnas makt, att de tenderar att inte göra något väsen av sig, att de blir förgivettagna delar i vårt språk och sätt att förstå världen, utan att de är klart uttalade i vårt vardagliga medvetande.

I relation till det rättsliga konstaterar jag att även juridiken i högsta grad är beroende av föreställningar och metaforer för att kommuniceras, förstås och användas. Juridiken är oerhört konceptberoende, och samtidigt konservativ och trögföränderlig. Denna kombination leder till, vilket jag visat, ett slags stigberoende. Det finns dock inget nödvändigtvis problematiskt i det historiserade sättet att ta sig an ny teknik, tvärtom, det kan i många lägen vara en av rättens styrkor att den just *inte* är en politikens vindflöjel och kan stå emot starka lobbyintressens försök att styra den efter sina intressen. Problemen uppstår dock när rätten är *för* konservativ, till den grad att den inte alls mäktar med att anamma nya sätt att organisera samhället på, nya sätt att sluta avtal på, nya sätt att arbeta på, nya sätt att äga på, nya sätt att skapa på och nya sätt att ta del av dessa kulturella uttryck på.

Jag fördjupar även det erfarenhetsmässiga beroendet som kognitionsvetarna talar om i termer av förtingligande eller förkroppsligande – *embodiment*. Detta delvis för att visa på en koppling till materialitet. Hur vi förstår saker är helt enkelt i hög grad beroende på våra erfarenheter av rum, spatiala relationer, kroppar och ytor. Jag argumenterar för att de konceptuella utmaningarna är påtagligt intressanta i förhållande till digitalisering och den rättsliga utmaning som digitalise-

ringen medför, eftersom våra förkroppsligade erfarenheter tycks styra vårt sätt att förstå även digitala processer. Förändringar i materialiteten – i hur kommunikation går till, hur vårt beteende lämnar massiva mängder av mätbara digitala spår på ett sätt som tidigare inte var fallet osv. – påverkar hur vi förstår vår verklighet och ger samtidigt nya förutsättningar för vetenskapen att förstå oss.

När Lakoff och Johnson skapade ursprunget till den typ av metafor-teori jag i hög grad har låtit färga analyserna i denna bok, föreställde de sig inte i första hand vad det betydde för lagar och rättssystemet. Och de såg säkerligen inte hur ett kommande digitalt nätverk skulle kräva en uppsjö av helt nya metaforer och att detta nätverk även skulle komma att utmana rättsliga koncept. Utan koncept och bilder kan vi inte prata om och förstå det nya, och utan metaforerna har vi inga begrepp för de nya fenomenen. Tänk bara på följande i termer av metaforer: molnet, nätverk, streaming, dataflöde, desktop, interface. Eller fenomen som liknar gamla: e-post, digitalt foto, digitala kopior och e-böcker. Vi förstår dem delvis som något redan etablerat, delvis som något nytt. Att ”förstå” ska inte här tolkas som att vi nödvändigtvis förstår tingen *så som de är*, utan mer som ett av troligen flera *sätt att förstå*.

Konceptuellt stigberoende (gamla begrepp, nya fenomen)

Om vi först lite mer generellt ägnar oss åt rätten och lagarna i tider av snabb teknikrelaterad förändring, kan man från ett kognitionsteoretiskt perspektiv argumentera för att de rättsliga normerna enbart *förefaller* stå oförändrade. Man kan därmed argumentera för att de i stället är i konstant flux, även om förändringarna är svåruppfattade och svåråmätbara. Deras uttolkning har ett direkt samband med den sociala och samhällseliga kontext de har att verka i, som är beroende av förändringar av sociala strukturer, kulturella uttryck och teknologiska möjligheter. Det är den förändrade kontexten som skapar en omtolkning av de rättsliga begrepp som till sin form står oförändrade men därmed till sin funktion kan ha en vitt skild verkan. I en artikel i *Law & Society Review* (Larsson 2014c) utvecklar jag just den poängen vi-

dare, speciellt i förhållande till ägande och kontroll. Jag använder i artikeln det inom rättssociologin tämligen klassiska exemplet med Karl Renners studie om äganderätt och kontraktsrätt under Västeuropas industrialisering på det sena 1800-talet (Renner 1949). Renners teoretiserande kretsar mycket kring skillnaden mellan form och innehåll, där han konstaterar att den äganderättsliga formen, formuleringarna, i mycket är oförändrad – trots att samhället, och därmed dess applikation, är fundamentalt förändrat som en konsekvens av industrialiseringen. Hur kan rätten därmed fungera, utan stora revideringar och anpassning till nya förhållanden? I min artikel använder jag Renners teoribildning i kombination med konceptuell metafor teori för att förstå mer av äganderättens förändring och utveckling i det digitala och immateriella sammanhanget.

Någonstans i processen kan lagstiftningen både nästan omärkligt förändras i det att tolkningen av dess begrepp kommit att inkludera nya fenomen, och samtidigt bli alltmer ansträngd och distanserad i relation till hur de fenomen den syftar till att reglera egentligen går till. Det ligger nära till hands, när man konstaterar att lagstiftning som framför allt uppkommit pre-digitalt har svårt att på ett tillfredsställande vis reglera främst digitalt förmedlade företeelser, att söka förklaringen i ett kronologiskt perspektiv, dvs. att de tankestrukturer som ligger bakom en specifik lag eller paragraf helt enkelt är anakronismer i en förändrad tillvaro. Dessa kan ha uppkommit som ett resultat av en inneboende rättslig och konceptuell inlåsning, som därigenom formar nämnda "stigberoende".¹³² Det finns olika typer av stigberoende, där den materiella typen i fysisk planering eller den teknologiska typen i design ägnats en hel del uppmärksamhet i litteraturen. Jag fokuserar här framför allt vad jag kallar ett konceptuellt stigberoende, dvs. där sätt att förstå ett visst fenomen, och de begrepp som därmed används för att tolka och reglera nya fenomen, är föremål för en "inlåsning". Å ena sidan är detta som nämnts en oundviklighet

¹³² "Path dependence", eller stigberoende, är ett vanligt begrepp när det gäller att förklara inlåsningseffekter i standardiseringsprocesser över tid gällande tekniska föremål (som QWERTY-skrivbordet), se kapitel 4 ovan.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

på så vis att en komplett ahistorisk tolkning av det nya vore referenslös, okommunicerbar och på något sätt helt meningslös. Vi behöver ha etablerade koncept för att förstå det nya. Vi är i någon mening alltid produkter av vår bakgrund, vårt språk och de sätt på vilka vi konventionellt tolkar fenomen, men det finns rimligen grader i den skalan. Därför, å andra sidan, problematiserar jag de fall då den konceptuella inlåsningen och stigberoendet blir *alltför* konservativt och tillbakablickande. När allt nytt bedöms och värderas som illegitimt, oförståeligt eller irrelevant; när till exempel arbetsmiljörätten inte förmår inkludera de nya – kanske gränsöverskridande och digitala – arbetsmiljöfaktorerna; när upphovsrätten inte förmår reglera och stimulera nya uttryck för skapande för att de sker med andra produktionsmedel än vad som fanns till buds när just det rättsområdet huvudsakligen formerades. Innovation och entreprenörskap, oavsett vad man tycker om just den terminologin – och för att ta ett tämligen generellt exempel från en nyligen publicerad studie om Skype, Spotify och TPB (Palmås et al. 2014) – hamnar rimligen alltid i en förhandlingssituation gällande legitimiteten i det nya i förhållande till den redan etablerade marknaden och dess redan etablerade aktörer. Det är en mekanism i stigberoendet som gör att i vart fall viss innovation måste bli disruptiv och i någon mån smärtsam, eftersom den utmanar tingens ordning och redan etablerade aktörer som inte drar nytta av att denna ordning utmanas.

Det finns en eftersläpning i hur nya fenomen definieras eftersom dessa tenderar att tolkas och ges mening utifrån redan befintliga och historiska ramar. Denna eftersläpning eller konceptuella sammanbundenhet mellan det nya och det gamla beskrivs ibland i termer av *skeumorfer* (jfr Larsson 2011b; 2013e) inom till exempel designforskning. En skeumorf förser oss med familjära element i en icke-familjär domän genom att lyfta fram delar som får nya okända fenomen att framstå som gamla och kända (Gessler 1998). Den här återanvändningen, eller breddade användningen, av en metafor framstår ofta som ”naturlig” eller rent av nödvändig. Informationsvetarna Kimberly Cass och Thomas Lauer har exempelvis studerat e-post och digitalt foto utifrån hur dessa fenomenens koncept är beroende av tämligen olika,

men ändå lika, andra delvis föregående fenomen. Det digitala fotograferandet och den digitala kameran är lik det analoga fotograferandet och den analoga kameran på många sätt. Fördelen med att göra en konceptuell brygga dem emellan är att man förstår det nya (digitaliserade) fenomenet snabbt, utifrån det gamla (analog), och det nya sätts in i en tolkningsram som för många redan är bekant. Det nya får en historia. En nackdel, dock, är att det nya fenomenets förutsättningar och möjliga användningsområden i realiteten kan se helt annorlunda ut, vilket man riskerar att inte anamma eller förstå eftersom man "ser" det, dvs. förstår det, som vore det en kamera enligt traditionella manér, funktionaliteter och normer.

När en artefakts teknologiska media förändras, kommer några karaktärsdrag från tidigare media att lämnas därhän, andra att lyftas fram intakta i den nya medieformen och ytterligare andra att lyftas fram i en modifierad variant. En lärandeprocess uppstår i övergången mellan icke-digital media och digital media, där användare begagnar sig av metaforer från den icke-digitala representationen och processen för att orientera sig i det nya hos den nya medieformen. (Cass & Lauer 2004, s. 225)¹³³

Detta är ett sätt att betona hur redan bekanta och icke-digitala bilder tar del i en konceptuell förändringsprocess som i vart fall delvis är bedräglig och delvis är upplysande. Skeumorfen kan som begrepp beskriva denna process (Larsson 2011b, s. 62–63, 101–102; 2013e). Skeumorfen betyder med andra ord ett slags återanvändning av information, men samtidigt en återanvändning med både för- och nackdelar. Litteraturkritikern och forskaren N. Katherine Hayles lyfter exempelvis fram den här dubbelheten hos skeumorfer:

133 "When the technological media of an artifact changes, some characteristics of the previous media are left behind, others are brought forward intact into the new media, while still others are brought forward in a modified form. In the transition between the non-digital and digital media, a learning process occurs where users employ metaphors from the non-digital representation and process to orient themselves to the novelty of the new media."

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

Det nya blir mer acceptabelt när det refererar tillbaks till den tidigare iteration som det ersätter, medan den tidigare iterationen blir mer värdefull när den placeras i en kontext som låter oss uppleva det nya. En skeumorf fokuserar simultant det förflutna och framtiden, medan den på samma gång stärker och underminerar båda. (Hayles 1999, s. 17)¹³⁴

I användningen av gamla begrepp skapas en igenkänning av det nya. Igenkänningen är möjlig just för att den samspelar med de kognitiva bilder och föreställningar vi har för att förstå vår verklighet. Skeumorfen används i litteraturen ofta i termer av objekt och beskrivs av någon som ”materiella metaforer” (Gessler 1998). Denna begreppsmässiga brygga har rimligen också normativa följder. Genom att konceptuellt binda samman nya och gamla fenomen följer rimligen normer knutna till det förra fenomenet med och länkas till det nya fenomenet. Cass och Lauer (2004, s. 252) beskriver det som att ”den nya artefakten förstås inledningsvis genom ett användande av de normer och tolkningsmönster som hört till den gamla artefakten”.

Det är här man kan analysera ”exemplar” och upphovsrättens fokus på just exemplarframställning, som jag gjort både i antologin *Efter The Pirate Bay* (Andersson & Snickars 2010) och i artikeln ”Copy Me Happy – The Metaphoric Expansion of Copyright in a Digital Society” (Larsson 2013b). Här konstaterar jag bland annat att kopior och exemplar av många uppfattas annorlunda än vad lagen föreskriver, och hänvisar till att lagens exemplarfokusering är uppkommen i en helt annan socioteknisk kontext än vad den digitala miljön erbjuder. De begränsningar som rådde råder inte längre, eller förutsättningarna ser annorlunda ut nu. Detta har också påverkan på de sociala normer som utvecklats kring digital mediehantering, dvs. att vad vi känner är rätt

134 ”The new becomes more acceptable when it refers back to the earlier iteration that it is displacing, while the earlier iteration becomes more valuable when it is placed in a context where we can experience the new. A skeumorph simultaneously focuses on the past and future, while reinforcing and undermining both.”

och fel är beroende av hur tingen är representerade, på vilket sätt filmer, musik, bilder och böcker är tillgängliga för oss. Förutsättningarna är med och definierar de *sociala normerna*, oavsett vad den mer trögrörliga rätten föreskriver (vilket vi empiriskt studerat styrkan hos på upphovsrättsområdet, i Svensson & Larsson 2012). Jag konstaterar i Copy me happy-artikeln att ”lagen inte reglerar verkligheten så som verkligheten upplevs. Avståndet mellan den sociala föreställningen och den rättsliga föreställningen är vid nog för att det sociala kontraktet skall brytas i det här fallet” (Larsson 2013b, s. 631).¹³⁵ Jag argumenterar för att de ”kulturbärande produkterna” i realiteten förstås som ett mer volatilt flöde än det reglerade kontroll-över-exemplar som upphovsrätten är byggd kring.

Upphovsrättens digitala utmaning

Upphovsrätten är en global reglering, förankrad i såväl internationella traktat som i europeisk och svensk rätt. Jag hävdar i nämnda artiklar att den till synes obetydliga del av upphovsrätten som fokuserar på exemplarskontroll är ett uttryck för en föreställning eller konceptuell metafor som täcker stora delar av det upphovsrättsliga systemet – och som för tillfället är i konflikt med verkligheten. Som kontrast, och för att erbjuda en duellerande kombattant till föreställningen om exemplar, kan man diskutera *flödet* som metaforisk beskrivning av digital distribution. Beroende på om man formulerar upphovsrätten kring en flödesmetafor, eller om man formulerar upphovsrätten kring föreställningen om att skydda exemplarsframställning, kommer man med andra ord att få väldigt olika utfall. När tingsrätten i The Pirate Bay-målet kom fram till att rätt belopp att kompensera de klagande skulle vara ungefär 30 miljoner kronor så hade man delvis begagnat sig av en beräkningsmodell baserad på antal nedladdningar och att var och en av dessa representerade ett fixt och samma värde. Detta oaktat att det

135 ”... the law is not regulating reality as reality is perceived. The distance between the social conceptualization and the legal conceptualization is wide enough for the social contract to be broken in this case.”

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

finns många orimliga antaganden som den modellen eller tankefiguren är beroende av. Exempelvis att nedladdningar kan likställas vid betald konsumtion, att kopieframställning går att likställa med stöld, trots att det senare brukar betyda en förlust av något, medan det förra inte gör det – i vart fall inte i samma mening. Genom att applicera de analogiskt hävdvunna föreställningarna för värdeberäkning på det digitala flödets kategorisering i termer av exemplar, uppstod samtidigt ett slags väsensskild praktik – vilken kan generera absurda belopp i monetära värden om man till fullo följer dess logik.

Det finns med andra ord något inlåsandande med metaforer och föreställningars sätt att verka under medvetandets nivå, något konservativt och svårkritiserbart. Bill D. Herman (2008) har övertygande visat att äganderättsmetaforen dominerar de allmänna mentala bilderna av upphovsrätten, och därmed mycket av debatten – även bland de tänkare som försöker omkonceptualisera den problematik som det digitala bjuder. Metaforer är övertygande verktyg för att förenkla komplicerade frågor, och de kan ge ett pedagogiskt och retoriskt övertag för dem som propagerar för konceptuella kopplingar till ägande av fysiska ting. Det konserverar i sin tur föreställningen om exemplar, men ger även en typ av argumentationsmässigt övertag för att rama in debatter i termer av ”stöld”, ”pirater”, ”parasiter”, ”inbrott” osv., det vill säga handlingar som har sin grund i en analog tillvaro med fysiska objekt, men som metaforiskt överförs i syfte att definiera den nya typen av handlingar som har med det digitala att göra.

Som jag utvecklat på annan plats (Larsson 2014c) betyder digitaliseringen av medierna en ontologisk förändring, dvs. förutsättningarna för hur saker och ting faktiskt existerar har förändrats på området, vilket man måste ha med i beräkningarna om man ska förstå de utmaningar som följer av upphovsrättens förändringar *i praktiken*. Begreppen har fått nya betydelser, eller kanske snarare, begreppen har koloniserat nya praktiker och betyder därför mer. Kulturhistorikern och medievetaren Siva Vaidhyanathan uttrycker det exempelvis så här:

Det digitala ögonblicket har också fått distinktionerna mellan tre tidigare åtskilda processer att falla samman: Att få tillträde till ett verk; använda ett verk (vi brukade kalla det "att läsa"); och att kopiera ett verk. I den digitala miljön kan man inte få tillträde till en ny berättelse utan att göra åtskilliga kopior av den. (Vaidhyanathan 2001, s. 152)¹³⁶

Det är också detta som upphovsrättsdebattören och juridikprofessorn Lawrence Lessig beskrivit som ett överdrivet fokus på exemplar:

Även om det kan vara uppenbart att i världen före internet så var exemplaren den självklara utgångspunkten för upphovsrätt, så borde det efter viss reflektion framstå som uppenbart att i världen med internet ska exemplaren inte vara utgångspunkten för upphovsrätten. (Lessig 2004, s. 140)¹³⁷

Vaidhyanathan förklarar att detta exemplarfokus har lett lagstiftaren till ett bekymmersamt val. "Nu när distinktionerna mellan tillgång, användande och kopierande har fallit samman så har upphovsrättslagstiftarna funnit att de står inför vad som verkar vara ett svårt val: antingen avstå viss kontroll över kopiering eller utöka upphovsrätten till att reglera tillgång och användning, oavsett den dämpande effekt detta kan ha på kreativitet, gemenskap och demokrati" (Vaidhyanathan 2001, s. 152–153).¹³⁸ Han skräder alltså inte orden. Vaidhyanathan och

136 "The digital moment has also collapsed the distinctions among three formerly distinct processes: gaining access to a work; using (we used to call it "reading") a work; and copying a work. In the digital environment, one cannot gain access to a new story without making several copies of it."

137 "[f]or while it may be obvious that in the world before the internet, copies were the obvious trigger for copyright law, upon reflection, it should be obvious that in the world with the internet, copies should not be the trigger for copyright law."

138 "Now that the distinctions among accessing, using, and copying have collapsed, copyright policy makers have found themselves faced with what seems to be a difficult choice: either relinquish some control over copying or expand copyright to regulate access and use, despite the chilling effect this might have on creativity, community, and democracy."

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

Lessig pekar härmed på något konceptuellt förändrat i betydelsen av det lagstiftningen är tänkt att reglera.

Upphovsrätten framstår ånyo som en extra tydlig fallstudie för problem i regleringen av fenomen och förutsättningar som är kraftigt förändrade på grund av teknologisk utveckling. Eftersom skillnaden är ontologisk – filmerna, musiken och böckerna lagras och förmedlas på ett annat sätt än förr – så blir regleringen också oerhört ansträngd eller rent av misslyckad till de delar där den är formatberoende.

Om vi accepterar att ett syfte med upphovsrätten är att stimulera kreativitet så väcker ovan sagda med all önskvärd tydlighet i sin tur frågan vilken kreativitet som är avsedd att stimuleras. Det digitala har visat dels att det skapas en oerhörd mängd kulturella uttryck utan något som helst rättsligt skydd, dels att en hel del av dessa uttryck tvärtom motarbetas av det redan befintliga och väldigt extensiva skydd som upphovsrätten ger. Därmed blir upphovsrätten ett slags kulturpolitiskt uttryck, som förmedlar att en viss typ av kultur (melodier, texter, filmer) är att föredra framför andra (kollage, derivativa verk, mashups m.m.), där stater, EU och internationella organ driver både kulturpolitik och fördelningspolitik (de traditionella aktörerna framför nya). Eftersom incitamentsföreställningen är så starkt rådande, leder den också till ett retoriskt övertag för dem som ivrar efter mer skydd, starkare skydd, längre skyddstider och enklare rättslig verkställighet. Detta i sin tur stympar eller hindrar en del kulturella uttryck, gynnar etablerade mellanhänder, motverkar dessas effektivisering, skapar sämre rättssäkerhet för alla och gör övervakare av internetleverantörer.

Metaforer och makt

Bilder och konceptuella ramverk styr i mångt och mycket hur vi kommunicerar och därmed i grunden argumenterar och debatterar. Det tycks även finnas en utbredd föreställning om att vårt tänkande är mer objektivt förankrat än vad det egentligen är. Här visar sig en process, eller ett slags kamp, vilken pekar på en maktsituation. Den intressent som lyckas etablera de metaforer och föreställningar som bäst passar intressentens sak, kommer att lyckas styra diskussionen till sin favör.

Som rättssociolog och forskare med intresse för teknik och social förändring är min poäng att det även tar sig uttryck i hur rätten formuleras, vilket naturligtvis sker i en dialektik med teknologisk utveckling, förändrade samhällsförhållanden osv. Rätten adderar dessutom en aspekt av formaliserad makt, helt i linje med sanktionerade metaforer och föreställningar. Verkligheten måste alltså alltid översättas till juridikens språk, kläs i dess dräkt och anpassas till dess uttryck för att den juridiska processen ska kunna fortlöpa. Och i den processen skapas en falsk trygghet och ett slags objektivitetskänsla. Man kan sträcka sig till att säga att även rättssystemets lagstiftning, förarbeten och domstolar formulerar en världsbild, antingen i sig eller som en del av någon typ av uppfattning om hur världen *är* beskaffad, och ofta – vilket är vanligt med rättsliga normer – i vart fall implicit om hur den *borde* vara beskaffad. Om vi håller oss till den skrivna lagen kan man konstatera att det finns portalparagrafer som vittnar om en humanistisk människosyn, vilket är en typ av övergripande föreställning, och det finns en obeskrivlig mängd detaljparagrafer som vittnar om föreställningar om mer specificerade sakförhållanden. Ibland berättar dock dessa till synes små och ibland obetydliga paragrafer om en hel världsbild som kan ligga som grund för en globalt spridd reglering som påverkar miljarder människor.

Metaforer är alltså inte oskyldiga. De föreställningar och konceptuella metaforer som det juridiska systemet nyttjar har alltid någon form av anknytning till makt. Lagen är ett allmänt förekommande instrument för statligt, överstatligt eller mellanstatligt sanktionerad kontroll. I en uppkopplad värld ifrågasätts emellertid i vissa avseenden den centraliserade makten som den legitima uttolkaren av vad som är rätt och fel. Sociala normer som har vuxit fram i relation till beteenden baserade i de förändringar som internet har burit med sig behöver naturligtvis inte stämma särskilt väl överens med hur analogierna fungerade före internet.

I övergången från ett analogt till ett digitalt förankrat samhällssystem, med allt vad det innebär av förändring av sociala mönster, arbetsorganisation, politik och demokrati, nationalstater och legitimitet, skapande och reproduktion – och inte minst rättens roll – kommer de mentala bilderna, metaforerna och deras bakomliggande före-

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

ställningar att ömsom ställas på ända, ömsom ligga kvar. För att förstå de sociala normer och beteendemässiga förändringar i vardande, och de rättsliga och politiska utmaningar det innebär, behöver vi bättre förstå hur språk och rätt – och teknik – är relaterade, vilket ställer krav även på vetenskapens processer och organisering. En del rättsliga element fungerar bra i den nya kontexten, en del sämre, och man bör inte tillåta sig att vara så pass inkörd i tidigare tankemönster att man inte klarar av att bejaka nya eller kritiskt granska och studera gamla. Allt i en strävan efter en delikat balans mellan att låta kultur hända, att få till en god korrespondens mellan sociala och rättsliga normer och att samtidigt ge plats för nya teknologiers utvecklingslinjer och deras sociala konsekvenser.

I någon mening kan vi ju som nämnts heller aldrig bli fria från vår traditionsbundna bedömning av det nya och abstrakta. Vi behöver koncept och vi behöver skapa förståelse för nya fenomen. Men vi behöver också vara medvetna om detta konceptuella stigberoende, kanske speciellt i förhållande till rättslig utveckling eftersom rätten är ett av de starkaste institutionaliserade maktmedel vårt samhälle bjuder på. Rättegången mot grundarna av TPB visar ju om inte annat att tolkningen av nya fenomen i relation till en traditionell lagstiftning är kraftfull nog att skicka folk i fängelse och döma dem till livslångt ekonomiskt obestånd.

Vi behöver vara medvetna om vad Katherine Hayles menar när hon förklarar att de igenkännande skeumorferna både stärker och underminerar på samma gång. Det finns ett narrspel i det familjära. Det finns något nytt i det nya som vi blir blinda för i den stund vi låter det redan bekanta överskugga vår tolkning av det. Eftersom normativitet är bunden till hur vi förstår fenomen så kommer vi också ha känslor, inövade handlingsmönster och tankar kring vad som är rätt och fel redan kopplade till det gamla konceptet. Risken är att vi därmed stänger in det nya, dämpar det, kväver det, inom de mönster som redan är satta, det konventionella och redan etablerade.

Triptykens återkomst – teknik och social förändring

Om vi avslutningsvis ska kategorisera utefter tre sidor som i någon mån kunde syntetisera den triptyk av metaforerna, rätten och det digitala som nämns i bokens titel och i bokens inledning, så bör man nog börja med den materiella sidan, för att fortsätta med den normativa och slutligen avsluta med den kognitiva sidan, där jag låtit metaforerna, kognitionsvetenskapen och varianter av rättsligt analyserande samhällsvetenskap ta mycket plats i denna framställning.

I föregående kapitel diskuterar jag vad digitaliseringen och alla dess artefakter är och betyder, inklusive genereringen av enorma mängder komplexa data om alla möjliga sorters mänskligt agerande och skeenden som numera sker, som därtill ständigt matas på i realtid. Man kan kalla detta för *digitaliseringens materiella sida*. Denna sida förekommer även något mer implicit i övriga kapitel, bland annat som den teknologiska krydda som förändrar förutsättningarna för skapande i kapitel 5, men även den materialitet som den europeiska lagstiftningen reagerar på i sitt stigberoende manér, beskrivet i kapitel 4.

Med digitaliseringens materialitet följer även en styrande funktion, en normativ sida där arkitekturen, designen och algoritmerna samspekar med och påverkar mänsklig interaktion och kultur, dvs. hur digitaliseringen påverkar och styr oss. Vi kunde kalla detta *digitaliseringens normativa sida*. Jag har lyft fram denna normativitet explicit i kapitel 6, exempelvis i termer av Googles sökmotorsalgoritm, men även i termer av en ontologisk förändring som Siva Vaidhyanathan beskriver gällande digitala böcker ovan. I avslutningen av föregående kapitel lyfter jag även fram att den vetenskap som ägnar sig åt att förstå juridikens samhälleliga roll och påverkan även behöver ägna sig åt digitaliseringens normativa sida, och vad det betyder för samhälle, reglering, sociala normer och beteende att vi nu är mätbara och även övervakningsbara i så oerhört hög grad. Jag har varit starkt influerad av kognitionsvetenskapens konceptuella metaforer och använt den för att visa hur våra abstrakta begrepp konstrueras samt hur både juridik och digitala fenomen formas i denna konstruktion.

En påfallande stor del av denna bok har ägnats åt vad som kan kallas

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

rättens konceptuella metaforberoende. Jag utvecklar rättens beroende av det materiella, kroppsliga och spatiala framför allt i kapitel 3 och något mer allmängiltigt och teoretiskt introducerande i kapitel 2. Hela tiden finns här en närhet till rätten och dess länk till samhälle och kultur, vilket från mitt perspektiv är en central fråga för rättssociologi, som är viktig i min akademiska bakgrund. I föregående kapitel påstår jag till exempel att rättssociologin kunde utvecklas mer som ett resultat av digitaliseringen, eftersom den senare kommer med en rad normativt och rättsligt centrala attribut som rättssociologin traditionellt sett studerat och teoretiserat. Jag anger även några möjliga vägar fram och diskuterar detta framför allt i termer av metodutveckling – potentialen är enorm – men lyfter även fram några mer teoretiska begrepp som kunde bistå i analyserna, såsom ”community law” eller levande rätt, ”code as law” och normbegreppet (jfr Larsson 2013g; Svensson 2013; Svensson & Larsson 2012), eller Karl Renners fokus på (ägende)rättens form och innehåll i kombination med modern kognitionsvetenskap för att förstå den digitala (immaterial)rätten (Larsson 2014c). Rätten beskrivs ofta som ett starkt autonomt fält, något jag utvecklar i diskussionen i kapitel 2 ovan, med stor institutionell styrka. Från ett vetenskapligt perspektiv blir det då av extra vikt att kunna förhålla sig kritiskt till de sätt som rätten i sig beskriver världen på, om vi ska ha någon chans att upptäcka problematiska delar av juridiken i relation till samhälle och teknik. I värsta fall ligger rätten och vetenskapen för nära varandra och förstärker varandras skenbara relevans och objektivitet, och glider så att säga hand i hand ifrån att kunna förstå, förklara och på ett väl fungerande och socialt legitimt sätt reglera verklighetens förändrade premisser. Eftersom det är så viktigt att kunna reglera den teknikrelaterade samhälleliga förändringen på ett fungerande sätt, i en balans mellan det stigberoende retrospektiva och potentialen i det framväxande, måste rimligen även vetenskapen utveckla sina metoder, teorier och sätt att se mönster, teckna förståelse och förklara sammanhang.

Referenser

- Adams, M. (1996): Norms, Standards, Rights. 12 *European Journal of Political Economy*, s. 363–375.
- Agevall, C. (2012): *Väldet och Kärleken. Väldsutsatta kvinnors begripliggörande av sina erfarenheter*. Avhandling. Lund: Lund studies in Sociology of Law 38, Lunds universitet.
- Amsterdam, A.G. & Bruner, J. (2002): *Minding The Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Andersson, J. (2010a): Det dumma nätet. I: Andersson, J. & Snickars, P. (red.): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Kungliga Biblioteket, s. 49–72.
- Andersson, J. (2010b): *Peer-to-peer-based file-sharing beyond the dichotomy of 'downloading is theft' vs. 'information wants to be free': How Swedish file-sharers motivate their action*. Ph.D. thesis. London: Goldsmiths University of London.
- Andersson, J. (2011): The Origins and Impacts of Swedish File-sharing: A Case Study. *Critical Studies in Peer Production*. RS 1-1.
- Andersson, J. (2012): The Quiet Agglomeration of Data. How Piracy is made Mundane. *International Journal of Communication*, Piracy Cultures Special Section.
- Andersson Schwarz, J. (2013): *Online File Sharing. Innovations in Media Consumption*. New York & London: Routledge.
- Andersson Schwarz, J. & Larsson, S. (2014): On the Justifications of Piracy: Differences in Conceptualization and Argumentation Between Active Uploaders and other file-sharers. I: Arvanitakis, J. & Fredriksson, M. (red.): *Piracy: Leakages from Modernity*. Los Angeles, CA: Litwin Books.
- Andersson, J. & Snickars, P., red. (2010): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.
- Arewa, O.B. (2006): From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context. *North Carolina Law Review* 84(2): 547–645.
- Asplund, J. (1979): *Teorier om framtiden*. Stockholm: Kontenta.
- Asplund, J. (1991): *En essä om Gemeinschaft och Gesellschaft*. Göteborg: Bokförlaget Korpen.
- Aubert, V. (1972): *Rättssociologi*. Stockholm: Bokförlaget Aldus/Bonniers.
- Aubert, V. (1989): *Continuity and Development in Law and Society*. Oslo: Norwegian University Press.

- Bachrach, Y., Kohli, P., Graepel, T., Stillwell, D.J. & Kosinski, M. (2012): Personality and Patterns of Facebook usage. *ACM Web Science Conference. Proceedings of the ACM Web Science Conference*, s. 36–44.
- Baier, M., red. (2013): *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*. Farnham, Surrey: Ashgate Publishing.
- Baier, M. & Svensson, M. (2009): *Om normer*. Malmö: Liber.
- Banakar, R. (2003): *Merging Law and Sociology. Beyond Dichotomies in Socio-legal Research*. Glienicke/Berlin: Galda und Wilch Verlag.
- Banakar, R. (2006): A Life of H.L.A. Hart, Review of Nicola Lacey's "A Life of H L A Hart. The Nightmare and the Noble Dream". *Retfærd* 29(4): 96–101.
- Banakar, R. (2013): Who Needs the Classics? – On the Relevance of Classical Legal Sociology for the Study of Current Social and Legal Problems. I: Hammerslev, O. & Madsen, M. (red.): *Retssociologi*. København: Hans Reitzels Forlag.
- Bangemann et al. (1994): Recommendations to the European Council Europe and the Global Information Society. The High-Level Group on the Information Society.
- Barlow, J.P. (1996): A Declaration of the Independence of Cyberspace. *John Perry Barlow Library*.
- Benson, T.W. & Prosser, M.H. (1988): *Readings in Classical Rhetoric*. Davis, CA: Hermagoras Press.
- Bentham, J. (1931): *The Theory of Legislation*, edited with an introduction and notes by C.K. Ogden. London: Routledge & Kegan Paul.
- Bently, L. (1994): Copyright and the Death of the Author in Literature and Law. *The Modern Law Review* 57(6): 973–986.
- Berg, M. (2012): Social Intermediaries and the Location of Agency. A Conceptual Reconfiguration of Social Network Sites. *Contemporary Social Science: Journal of the Academy of Social Sciences*, 7(3): 321–333.
- Berg, M. (2015): *Netnografi*. Lund: Studentlitteratur.
- Berger, L.L. (2004): What is the Sound of a Corporation Speaking? How the Cognitive Theory of Metaphor Can Help Lawyers Shape the Law. 2 J. *Ass'n Legal Writing Directors*, s. 169–208.
- Berger, L.L. (2007): Of Metaphor, Metonymy, and Corporate Money: Rhetorical Choices in Supreme Court Decisions on Campaign Finance Regulation. *Mercer Law Review* 58: 949.
- Berger, L.L. (2009): How Embedded Knowledge Structures Affect Judicial Decision Making. A Rhetorical Analysis of Metaphor, Narrative, and Imagination in Child Custody Disputes. 18 S. *Cal. Interdisc. L.J.* 259–308.
- von Bernstorff, J. (2001): The Discovery of Technological Law in the Digital Bukovina. Lawrence Lessig's Code and other Laws of Cyberspace. *German Law Journal* 2(17): 2.
- Bjerre, C.S. (2005): Mental Capacity as Metaphor. *International Journal for the Semiotics of Law* 18: 101–140.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Blavin, J.H. & Cohen, I.G. (2002): Gore, Gibson, and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors In Law and Commentary. *Harvard Journal of Law and Technology* 16(1): 265–285.
- Boyle, J. (1996): *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Boyle, J. (1997): A Politics of Intellectual Property: An Environmentalism for the Net. *Duke Law Journal* vol. 47:87.
- Boyle, J. (2008): *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven & London: Yale University Press.
- Brabham, D.C. (2008): Crowdsourcing as a Model for Problem Solving. An Introduction and Cases, Convergence. *The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1): 75–90.
- Brown, I., red. (2003): Implementing the EU Copyright Directive. The Foundation for Information Policy Research (FIPR).
- Bröchner, J., Åström, K. & Larsson, S. (2013): Intention in Hybrid Organizations: The Diffusion of the Business Metaphor in Swedish Laws. *International Journal for the Semiotics of Law*.
- Burkart, P. (2014): Pirate Politics: The New Information Policy Contests. Cambridge, MA: MIT Press.
- Burton, S.J., red. (2000): *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Carver, T. & Pikalo, J., red. (2008): *Political Language and Metaphor. Interpreting and Changing the World*. Abingdon & New York: Routledge.
- Cass, K. & Lauer, T.W. (2004): Media Transitions. The Cases of Digital Imagery and e-mail. *Information Technology & People* 17(3), s. 252–267.
- Castells, M. (2000): *End of Millennium – The Information Age*. London: Blackwell.
- Christensen, A. (1997): Rätten i ett samhälle under förändring. I: Strömholm, S. (red.): *Svensk rättsvetenskap 1947–1997*. Stockholm: Norstedts.
- Cook, T. (2004): UK Implementation of the Copyright in the Information Society Directive. 20 *Computer Law & Security Report* 17–21.
- Cotterrell, R. (2011): Golden Ages: Notes on the Future of Sociology of Law, with Some Comments on its Past, on Poland, and on Jazz. *Sociology of Law II, Societas/Communitas* 2(12).
- Council of European Union (12 Sep. 2011): New rules on term of protection of music recordings, 13972/11.
- Cybernormer.se, 1 februari 2013, "Näthat och -attacker med en tystande agenda", av Marcin de Kaminski, <http://cybernormer.se/2013/02/01/nathat-och-attacker-med-en-tystande-agenda/> (senast besökt 20.10.2014).
- Dahlstrand, K. (2011): Ersättning för kränkning ur ett rättssociologiskt perspektiv. "En särskild typ av omtanke och kärlek". I: Tham, H. & Lernerstedt, C. (red.): *Brottsoffret och kriminalpolitiken*. Stockholm: Norstedts Juridik.

- Dahlstrand, K. (2012): *Kränkning och upprättelse. En rättssociologisk studie av kränkningssättning till brottsoffer*. Rättssociologisk avhandling. Lund: Lund Studies in Sociology of Law 37, Lunds universitet.
- Danesi, M. (2004): *Messages, Signs, and Meanings: A Basic Textbook in Semiotics and Communication*. Toronto: Canadian Scholars' Press Inc.
- David, P.A. (1985): Clio and the Economics of QWERTY. *American Economic Review* 75, s. 332–337.
- Deflem, M. (2008): *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DN Kultur (9 december 2010): "Spotifys pengar fördelas ojämnt" <http://www.dn.se/kultur-noje/nyheter/spotifys-pengar-fordelas-ojamnt> (senast besökt 3.1.2013).
- Drahos, P. & Braithwaite, J. (2002): *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* London: Earthscan Publications Ltd.
- Ds 2007:19 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.
- Ds 2014:23 Datalagring, EU-rätten och svensk rätt.
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG.
- Falkemark, G. (2006): *Politik, mobilitet och miljö. Om den historiska framväxten av ett ohållbart transportsystem*. Möklinta: Gidlunds förlag.
- Fauconnier, G. (1985): *Mental Spaces*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Fauconnier, G. & Turner, M. (2002): *The Way We Think: Conceptual Blending and the Mind's Hidden Complexities*. New York: Basic Books.
- Feldman, Y. & Nadler, J. (2006): The Law and Norms of File Sharing. *The San Diego Law Review* 43(3): 577–618.
- Findahl, O. (2013): *Svenskarna och Internet 2013*. Stockholm: .se.
- Findahl, O. (2014): *Svenskarna och Internet 2014*. Stockholm: .se.
- Fleischer, R. (2011) *Boken och Biblioteket*. Stockholm: Ink bokförlag.
- Fleischer, R. (2010): Femton gäst på död mans kista – om framtidens nätpolitik. I: Andersson, J. & Snickars, P. (red.): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.
- Fleischer, R. (13 december 2010): PS om Spotify, Tidsam och monopolism. Blogginlägg på copyriot.se, <http://copyriot.se/2010/12/13/ps-om-spotify-och-monopolism/> (senast besökt 3.1.2013).
- Fleischer, R. (10 december 2010): Spotify: den stora lösningen som blev den stora

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- blåsningen. Blogginlägg på copyriot.se, <http://copyriot.se/2010/12/10/spotify-den-stora-losningen-som-blev-den-stora-blasningen/> (senast besökt 3.1.2013).
- Fleischer, R. (2012): *Musikens politiska ekonomi. Lagstiftningen, ljudmedierna och försvaret av den levande musiken, 1925–2000*. Stockholm: Ink Bokförlag.
- Florida, R. (2002): *The Rise of the Creative Class. And How It's Transforming Work, Leisure, Community and Everyday Life*. New York: Basic Books.
- Foucault, M. (1969): What is an author? Föreläsning vid Collège de France, Paris.
- Foucault, M. (2001): *Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason*. London: Routledge.
- Foucault, M. (2002): What is an Author? I: Finkelstein, D. & McCleery, A. (red.): *The Book History Reader*. London & New York: Routledge, s. 225–230.
- Fredriksson, M. (2009): *Skapandets rätt. Ett kulturvetenskapligt perspektiv på den svenska upphovsrättens historia*. Avhandling i filosofi, Linköpings universitet. Göteborg: Daidalos.
- Gessler, N. (1998): Skeumorphs and Cultural Algorithms. UCLA Anthropology, Computational Evolution and Ecology Group.
- Gibbs Jr., R.W. (2007): *Embodiment and Cognitive Science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gibbs Jr., R.W. (2012): Evaluating Conceptual Metaphor Theory. *Discourse Processes* 48(8): 529–562.
- Giblin, R. (2014a): Evaluating Graduated Response. *Columbia J. of Law & The Arts* 37(2): 147–210.
- Giblin, R. (2014b): When ISPs Become Copyright Police. *Internet computing, IEEE* 18(2): 84–87.
- Gillette, C.P. (1998): Lock-in Effects in Law and Norms. 78 *Boston University Law Review*.
- Gillespie T. (2007): *Wired Shut? Copyright and the Shape of Digital Culture*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Gillespie, T. (2010): The Politics of "Platforms". *New Media & Society* 12: 347–64.
- Glucksberg, S. (2008): How Metaphors Create Categories – Quickly. I: Gibbs Jr., R.W. (red.): *The Cambridge Handbook of Metaphor and Thought*. New York: Cambridge University Press.
- González-Bailón, S. (2013): Social Science in the Era of Big Data. *Policy & Internet* 5(2): 147–160.
- Goodenough, O.R. & Decker, G.J. (2008): Why Do Good People Steal Intellectual Property? I: Freeman, M. & Goodenough O.R. (red.): *Law, Mind and Brain*. Aldershot: Ashgate, Berkman Center Research Publication No. 2008-2, s. 345–372.
- Google's official search blog, 10 augusti 2012: <http://insidesearch.blogspot.se/2012/08/an-update-to-our-search-algorithms.html>
- Graber, C.B. (2012): Internet Creativity, Communicative Freedom and a Constitu-

- tional Rights Theory Response to "Code is Law". I: Pager, S. & Candeub, A. (red.): *Transnational Culture in the Internet Age*. Edward Elgar, s. 135–164.
- Graver, H.P. (2007): Fornuft og Følelser – Om klassisk retorikk som modell for moderne juridisk metode. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 120(4): 527–562.
- Graver, H.P. (2008): *Juridisk Overtalelseskunst*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Graver, H.P. (2010): *Rett, Retorikk og Juridisk Argumentasjon. Keiserens garderobe og andre essays*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Halbert, D. (1997): Intellectual Property Piracy. The Narrative Construction of Deviance. *International Journal for the Semiotics of Law* 10(1): 55–78.
- Halbert, D. (2014a): Privacy, Surveillance and Digital Trust in the American Case. I: Larsson, S. & Runeson, P. (red.): *DigiTrust: Tillit i det digitala. Tvärvetenskapliga perspektiv från ett forskningsprojekt*. Lund: Pufendorfinstitutet, Lunds universitet.
- Halbert, D. (2014b): *The State of Copyright: The Complex Relationship of Cultural Creation in a Globalized World*. London: Routledge.
- Hart, C. (2007): Critical Discourse Analysis and Metaphor: Toward a Theoretical Framework. *Critical Discourse Studies*.
- Hart, H.L.A. (1994): *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hathaway, O.A. (2001): Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System. 86 *Iowa Law Review* 601.
- Hayles, N.K. (1999): *How We Became Posthuman. Virtual Bodies in Cybernetics, Literature, and Informatics*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Hemmungs Wirtén, E. (2011): *Cosmopolitan Copyright: Law and Language in the Translation Zone*. Uppsala: Meddelanden från Institutionen för ABM vid Uppsala universitet nr 4, 2011.
- Hemmungs Wirtén, E. (2004): *No Trespassing: Authorship, Intellectual Property Rights and the Boundaries of Globalization*. Toronto: University of Toronto Press.
- Herman, B.D. (2008): Breaking and Entering My Own Computer: The Contest of Copyright Metaphors. *Communication Law and Policy* 13(2): 231–274.
- Hohfeld, W.N. (1913): Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. 23 *Yale Law Journal*, s. 16–59.
- Hohfeld, W.N. (1919/2010): *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*. Gale, The Making of Modern Law.
- Horten, M. (2012): *The Copyright Enforcement Enigma. Internet Politics and the "Telecoms Package"*. New York: Palgrave Macmillan.
- Howard, P.N. & Hussain, M.M. (2011): The Role of Digital Media. *Journal of Democracy* 22(3): 35–48.
- Howe, J. (2008): *Crowdsourcing. Why the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*. New York: Crown Business.
- Hughenoltz, B. (2000): Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. 22 *European Intellectual Property Review*, s. 501–502.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Hugenholtz, B., Eechoud, M. van, Gempel, S. van, Guibault, L. & Helberger, N. (2009): *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Hunter, D. (2003): Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons. *California Law Review* 91(2): 439–519.
- Hydén, H. (1978): *Rättens samhälleliga funktioner*. Avhandling. Lund: Lunds universitet.
- Hydén, H. (2002): *Normvetenskap*. Lund: Lund Studies in Sociology of Law.
- Hydén, H. & Svensson, M. (2008): The Concept of Norms in Sociology of Law. I: Wahlgren, P. (red.): *Scandinavian Studies in Law*. Stockholm: Law and Society.
- Hydén, H. & Wickenberg, P., red. (2008): *Contributions in Sociology of Law. Remarks from a Swedish Horizon*. Lund: Lund studies in Sociology of Law.
- Høedt-Rasmussen, I. & Gabrielsen, J. (2012): *Juridisk gennemslagskraft*. København: Jurist- og Økonomforbundet.
- i2010 – det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning (Com/2005/229).
- Internet Usage Statistics (2012): <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (senast besökt 27.5.2014).
- Jakobsson, P. (2012): *Öppenhetsindustrin*. Örebro: Örebro universitet, Studies in Media and Communication 13, Södertörn Doctoral Dissertations 65.
- Jazri, P. (1994): On the Author Effect. Contemporary Copyright and Collective Creativity. I: Woodmansee, M. & Jazri, P. (red.): *The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature*. Durham: Duke University Press.
- Johansson, S. (2011a): Juridifiering som institutionell förändring. Om mötet mellan straffrätt och socialrätt vid inter-organisatorisk samverkan. *Retfærd* 34:4/135: 38–59.
- Johansson, S. (2011b): *Samverkansprocesser i barnahus. Om organisering, makt och institutionalisering*. Rättssociologisk avhandling. Lund: Lund Studies in Sociology of Law, Lunds universitet.
- Johnson, M.L. (1987): *The Body of the Mind. The Bodily Basis of Meaning, Imagination, and Reason*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Johnson, M.L. (1993): *Moral Imagination: Implications of Cognitive Science for Ethics*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Johnson, M.L. (2002): Law Incarnate. 67 *Brooklyn Law Review*, s. 950–962.
- Johnson, M.L. (2007a): Mind, Metaphor, Law. 58 *Mercer Law Review*, s. 845–868.
- Johnson, M.L. (2007b): *The Meaning of the Body. Aesthetics of Human Understanding*. Chicago & London: Chicago University Press.
- Joo, T.W. (2001): Contract, Property and the Role of Metaphor in Corporations Law. *UC Davis, Daniel J. Dykstra Memorial Corporate Governance Symposium*.
- Justitiedepartementet (2014): Uppdrag med anledning av EU-domstolens dom om datalagringsdirektivet, 29 april 2014, Ju2014/3010/P.

- Kaminski, M. (2009): The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), 34 *Yale Journal of International Law*.
- de Kaminski, M., Svensson, M., Larsson, S., Alkan Olsson, J. & Rönkkö, K. (2013): Studying Norms and Social Change in a Digital Age. I: Baier, M. (red.): *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*. Farnham, Surrey: Ashgate Publishing.
- Karaganis, J., Grassmuck, V. & Renkema, L. (2012): *Copy Culture in the US and Germany*. New York: Columbia University, The American Assembly.
- Kelly, K. (1994): *Out of Control*. Reading, MA: Addison-Wesley.
- Kennedy, G. (1969): *Quintilian*. New York: Twayne Publishers.
- Khondker, H.H. (2011): Role of the New Media in the Arab Spring. *Globalizations* 8(5): 675–679.
- Kirkegaard, S.M. (2005): Taking a Sledgehammer to Crack the Nut: The EU Enforcement Directive. 21 *Computer Law & Security Report* 488–495.
- Kofman, S. (1993): *Nietzsche and Metaphor*. London: The Athlone Press.
- Kosinski, M., Stillwell, D. & Graepel, T. (2013): Private Traits and Attributes are Predictable From Digital Records of Human Behavior. *PNAS* 110(15): 5802–5805.
- Kramer, A.D.I, Guillory, J.E., & Hancock, J.T. (2014): Experimental Evidence of Massive-scale Emotional Contagion Through Social Networks. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 111(24): 8788–8790.
- Krugman, P. (12 december 2010): Block Those Metaphors. *NY Times*, http://www.nytimes.com/2010/12/13/opinion/13krugman.html?_r=0 (senast besökt 7.11.2014).
- Kullenberg, C. (2010): *Det nätpolitiska manifestet*. Stockholm: Ink bokförlag.
- Kullenberg, C. (2012): *The Quantification of Society. A Study of a Swedish Research Institute and Survey-based Social Science*. Göteborg: Institutionen för filosofi, lingvistik och vetenskapsteori, Göteborgs universitet.
- Kövecses, Z. (2005): *Metaphor in Culture. Universality and Variation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kövecses, Z. (2006): *Language, Mind, and Culture: A Practical Introduction*. New York: Oxford University Press.
- Kövecses, Z. (2008): Conceptual Metaphor Theory. Some Criticisms and Alternative Proposals. *Annual Review of Cognitive Linguistics* 6: 168–184.
- Lacey, N. (2004): *A Life of H L A Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Lakoff, G. (1986): A Figure of Thought. *Metaphor and symbol* 1(3): 215–225.
- Lakoff, G. (1987): *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About Mind*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Lakoff, G. (1993): The Contemporary Theory of Metaphor. I: Ortony, A. (red.): *Metaphor and Thought*, 2 uppl. Cambridge: Cambridge University Press.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Lakoff, G. (2004): *Don't Think of an Elephant. Know Your Values and Reframe the Debate*. White River Junction, VT: Chelsea Green Publishing.
- Lakoff, G. & Johnson, M. (1980): *Metaphors We Live By*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Lakoff, G. & Johnson, M. (1999): *Philosophy in the Flesh. The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought*. New York: Basic Books.
- Lakoff, G. & Turner, M. (1989): *More than Cool Reason: A Field Guide to Poetic Metaphor*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Larsson, S. (2008a): Non-legal Aspects of Legally Controlled Decision-making – The Failure of Predictability in Governing the 3G Infrastructure Development in Sweden. I: Hydén, H. & Wickenberg, P. (red.): *Contributions in Sociology of Law. Remarks from a Swedish Horizon*. Lund: Lund studies in Sociology of Law, Lunds universitet.
- Larsson, S. (2008b): Om Sanning och Rätt. I: Hydén, H. (red.): *FRAMTIDSBOKEN: Volym 1.0 "The Darling Conceptions of Your Time"*. Lund: Lunds universitet.
- Larsson, S. (2008c): *Between Daring and Deliberating – 3G as a sustainability issue in Swedish spatial planning*. Blekinge Institute of Technology, Licentiate Dissertation Series No. 2008:02, School of Technoculture, Humanities and Planning.
- Larsson, S. (2009a): The Darling Conceptions of Your Time, Or: Why Galileo Galilei Sings So Sadly in the Chorus. I: Eide, S.R. (red.): *Free Beer 1.0*, FSCONS.
- Larsson, S. (2009b): *Problematisering av vindkraftens regelverk. En pilotstudie*. Karlskrona: Forskningsrapport 2009:04, Rapport nr 7 från MiSt-programmet, Blekinge Tekniska Högskola.
- Larsson, S. (2010): 459 miljarder kronor – om metaforer, flöden & exemplar. I: Andersson, J. & Snickars, P. (red.): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.
- Larsson, S. (2011-11-03): Kontroll över metaforerna skapar makt. *Svenska Dagbladet Kultur*, Under strecket. http://www.svd.se/kultur/understrecket/kontroll-over-metaforerna-skapar-makt_6604158.svd
- Larsson, S. (2011a): Den stigberoende upphovsrätten. Om konsekvenserna av rättslig inlåsning i en digital tid. *Retfærd, Nordic Journal of Law and Justice* 4(135): 122–146.
- Larsson, S. (2011b): *Metaphors and Norms. Understanding Copyright Law in a Digital Society*. Avhandling. Lund: Rättssociologiska enheten, Lunds universitet.
- Larsson, S. (2011c): The Path Dependence of European Copyright. 8:1 *SCRIPT:ed. A Journal of Law, Technology & Society* 8: 8–31.
- Larsson, S. (2012a): Conceptions in the Code: What "the Copyright Wars" Tells about Creativity, Social Change and Normative Conflicts in the Digital Society. *Societal Studies* 4(3): 1009–1030.
- Larsson, S. (2012b): Metaforerna och Rätten. *Retfærd. Nordic Journal of Law and Justice* 2(137): 69–93.

- Larsson, S. (2012c): No Man is an Island: Why the "solitary genius" is too narrow an approach to creativity in a digital context. *Linguaculture* 2: 117-125.
- Larsson, S. (2013a): Conceptions, Categories, and Embodiment – Why metaphors are of fundamental importance for understanding norms. I: Baier, M. (red.): *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*. Farnham, Surrey: Ashgate Publishing.
- Larsson, S. (2013b): Copy Me Happy – The Metaphoric Expansion of Copyright in a Digital Society. *International Journal for the Semiotics of Law* 26(3): 615-634.
- Larsson, S. (2013c): För Individen, Kollektivet eller Industrin? – Om Upphovsrättens Digitala Utmaning. *Nordisk Kulturpolitisk Tidskrift* 16(2): 269-293.
- Larsson, S. (2013d): Justice "Under" Law – The Bodily Incarnation of Legal Conceptions Over Time. *International Journal for the Semiotics of Law*.
- Larsson, S. (2013e): Metaphors, Law and Digital Phenomena: The Swedish Pirate Bay Court Case. *International Journal of Law and Information Technology* 21(4): 329-353.
- Larsson, S. (2013f): Rätten som Rum, Kropp och Kontext: Det Konceptuella Förtingligandets Rättsvetenskapliga Relevans. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 126(3): 343-363.
- Larsson, S. (2013g): Sociology of Law in a Digital Society – A Tweet from Global Bukowina. *Societas/Communitas* 15(1): 281-295.
- Larsson, S. (2014a): Conceptions of Copyright in a Digital Context. A Comparison between French and American File-sharers. *Lexis – E-journal in English Lexicology* 8: 89-102.
- Larsson, S. (2014b): Digitaliseringens Rättssociologi. Om mätbarhetens behov av teori och den digitala arkitekturens normativa relevans. *Retfærd. Nordic Journal of Law and Justice* 37(2): 78-97.
- Larsson, S. (2014c): Karl Renner and (Intellectual) Property – How Cognitive Theory Can Enrich a Socio-legal Analysis of Contemporary Copyright. *Law & Society Review* 48(1): 3-33.
- Larsson, S. (2014d): *Law and Spatial Planning. Socio-legal Perspectives on the Development of Wind Power and 3G Mobile Infrastructures in Sweden*. Avhandling. Karlskrona: Blekinge Tekniska Högskola, Institutionen för fysisk planering.
- Larsson, S. & Hydén, H. (2010): Law, Deviation and Paradigmatic Change: Copyright and its metaphors. I: Vargas Martin, M, Garcia-Ruiz, M.A. & Edwards, A. (red.): *Technology for Facilitating Humanity and Combating Social Deviations. Interdisciplinary Perspectives*. Hershey, PA: IGI Global, s. 188-208.
- Larsson, S. & Runeson, P., red. (2014): *DigiTrust: Tillit i det Digitala. Tvärvetenskapliga perspektiv från ett forskningsprojekt*. Lund: Pufendorfinstitutet, Lunds universitet.
- Larsson S. & Svensson M. (2010): Compliance or Obscurity? Online Anonymity as a Consequence of Fighting Unauthorised File-sharing. *Policy and Internet* 2(4): 77-105.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Larsson, S., Svensson, M. & de Kaminski, M. (2012a): Online Piracy, Anonymity and Social Change – Innovation through Deviance. *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 19(1): 95–114.
- Larsson, S., Svensson, M., de Kaminski, M., Rönkkö, K. & Alkan Olsson, J. (2012b): Law, Norms, Piracy and Online Anonymity – Practices of De-identification in the Global File Sharing Community. *Journal of Research in Interactive Marketing* 6(4): 260–280.
- Larsson, S., Svensson, M., Mezei, P. & de Kaminski, M. (2014a): The Digital IP Challenge Revisited – File-sharing and Copyright Development in Hungary. *WIPO Journal* 5(2): 176–188.
- Larsson, S., Wnukowska-Mtonga, S., Svensson, M. & de Kaminski, M. (2014b): Parallel Norms: File-sharing and Contemporary Copyright Development in Australia. *Journal of World Intellectual Property* 17(1): 1–15.
- Lazer, D., Pentland, A., Adamic, L., Aral, S., Barabási, A-L., Brewer, D. & Christakis, N.A. (2009): Computational Social Science. *Science* 323: 721–23.
- Ledendal, J. & Larsson, S. (2014): Ett rättsligt perspektiv på övervakningstrenden: Datalagringsdirektivets underkännande. I: Larsson, S. & Runeson, P. (red.): *DigiTrust: Tillit i det Digitala. Tvärvetenskapliga perspektiv från ett forskningsprojekt*. Lund: Pufendorfinstitutet, Lunds universitet.
- Lee, S.W.S. & Schwarz, N. (2014): Metaphor in Judgment and Decision Making. I: Landau, M.J., Robinson, M.D. & Meier, B.P. (red.): *The Power of Metaphor: Examining Its Influence on Social Life*. Washington DC: American Psychological Association.
- Leo, U. (2010): *Rektorer bör och rektorer gör. En rättssociologisk studie om att identifiera, analysera och förstå professionella normer*. Lund: Lund Studies in Sociology of Law 34, Lunds universitet.
- Lessig, L. (1999): *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books.
- Lessig, L. (2004): *Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Books.
- Lessig, L. (2006): *Code version 2.0*. New York: Basic Books.
- Lessig, L. (2008): *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. New York: Penguin Press.
- Levine, L. (1988): *Highbrow/lowbrow. The Emergence of Cultural Hierarchy in America*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Lewen, U. (2008): Internet File Sharing: Swedish Pirates Challenge the U.S. 16 *Cardozo Journal of International & Comparative Law*.
- Liebowitz, S. & Margolis, S. (1996): Should Technology Choice Be a Concern of Antitrust Policy? *Harvard Journal of Law and Technology*, 9(2).
- Litman, J. (2001): *Digital Copyright*. New York: Prometheus Books.
- Locke, J. (1975): *Essay Concerning Human Understanding*. P.H. Nidditch (red.). Oxford: Clarendon Press.

- Loughlan, P. (2006): Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes ... The Metaphors of Intellectual Property. *Sydney Law Review* 28(2): 211–226.
- Loughlan, P. (2007): "You Wouldn't Steal a Car": Intellectual Property and the Language of Theft. *European Intellectual Property Review* 29(10): 401–405.
- Luhmann, N. (1972): *Rechtssoziologie*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Lundblad, N. (2007): *Law in the Noise Society. ICT-policy making and societal models*. PhD Thesis in Informatics, IT University, Gothenburg.
- Lundström, K. (1999): *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG- rätten, en feministisk analys*. Iustus förlag: Uppsala.
- Mahoney, J. (2000): Path Dependence in Historical Sociology. 29 *Theory and Society*, s. 507–548.
- Mathiesen, T. (1973): Introduktion. I: Edling, S. & Elwin, G. (red.): *Rättssociologi – om lag, konflikt och behov*. Stockholm: Wahlström & Widstrand.
- Mathiesen, T. (2005): *Rätten i samhället: En introduktion till rättssociologin* [Retten i samfunnet]. Lund: Studentlitteratur.
- Mattsson, J. & Larsson, S. (2015): Juridikens dolda tankestrukturer – Observationer av metaforbruk i den svenska civilrätten. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*.
- Mayer-Schönberger, V. & Cukier, K. (2013): *Big Data – A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*. Boston & New York: Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt.
- Mellinkoff, D. (1963): *The Language of the Law*. Boston, MA: Little, Brown & Co.
- Miller, D. & Slater, D. (2000): *The Internet: An Ethnographic Approach*. Oxford & New York: Berg.
- Morgan, G. (1999): *Organisationsmetaforer*. Lund: Studentlitteratur.
- Morra, L. (2010): New Models for Language Understanding and the Cognitive Approach to Legal Metaphors. *International Journal for the Semiotics of Law*.
- Morris, S. (2009): Pirates of the Internet, at Intellectual Property's End with Torrents and Challenges for Choice of Law. 17 *International Journal of Law and Information Technology*, s. 282–303.
- Muir, A. (2013): Online Copyright Enforcement by Internet Service Providers. *Journal of Information Science* 39(2): 256–269.
- Murrow, G.B. & Murrow, R.W. (2012): A Biosemiotic Body of Law: The Neurobiology of Justice. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 275–314.
- Mål nr B 705-13, "Instagramdomen", dom i Tingsrätt 25 juni, 2013.
- Nagy, W. (1974): *Figurative Patterns and Redundancy in the Lexicon*. Avhandling. San Diego, CA: University of California at San Diego.
- Nelson, M. (2010): *Utflyttning av aktiebolag – en analys i ljuset av den internationella skatterätten och EU-rätten*. Stockholm: MercurIUS Förlags AB.
- Nerlich, B. & Clarke, D.D. (2001): Mind, Meaning and Metaphor. The Philosophy and Psychology of Metaphor in 19th-century Germany. *History of the Human Sciences* 14: 39.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Netanel, N.W. (2008): *Copyright's Paradox. Property in Expression/Freedom of Expression*. New York: Oxford University Press.
- Nielsén, T. (2010): Digital kulturpolitik. I: Andersson, J. & Snickars, P. (red.): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.
- Niemi, J. (2011): Vad vi pratar om när vi pratar om att köpa sex. *Retfærd* 34(2): 58–73.
- Niemi-Kiesiläinen, J., Honkatukia, P. & Ruuskanen, M. (2007): Legal Texts as Discourses. I: Gunnarsson, Å., Svensson, E.-M. & Davies, M. (red.): *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited.
- Nousiainen, K. (1995): Rättens system och kvinnans vardag. I: Nordborg, G. (red.) 13 *kvinnoperspektiv på rätten*. Iustus förlag, Uppsala.
- NY Times (30 augusti 2012): Software Meant to Fight Crime Is Used to Spy on Dissidents, av N. Perlroth.
- Olivecrona, K. (1971): *Law as Fact*. London: Oxford University press.
- Olsson, T., Rosengren, C., Runeson, P., Bill, S. & Larsson, S. (2014): Tillit i det digitala samhället – en kartläggning. I: Larsson, S. & Runeson, P. (red.): *DigiTrust: Tillit i det Digitala. Tvärvetenskapliga perspektiv från ett forskningsprojekt*. Lund: Pufendorfinstitutet, Lunds universitet.
- Opinion of European Academics, http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/pdf/ACTA_opinion_110211_DH2.pdf
- Palmås, K. (2010): The Pirate Bay-bacillen – tre spekulationer. I: Andersson, J. & Snickars, P. (red.): *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.
- Palmås, K., Andersson Schwarz, J. & Larsson, S. (2014): The Liability of Politicalness. Legitimacy and Legality in Piracy-proximate Entrepreneurship. *International Journal of Entrepreneurship and Small Business* 22(4): 408–425.
- Patry, W. (2009): *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York: Oxford University Press.
- Patry, W. (2011): *How to Fix Copyright*. Oxford: Oxford University Press.
- Peczenik, A. (1995): *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes.
- Peters, G.B. (2005): *Institutional Theory in Political Science – The "New Institutionalism"*, 2 uppl. London: Continuum.
- Pierson, P. (2000): Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics. *The American Political Science Review*, 94(2).
- Pierson, P. & Skocpol, T. (2002): Historical Institutionalism in Contemporary Political Science. I: Katznelson, I. & Milner, H.V. (red.): *Political Science. The State of the Discipline*. New York: Norton, s. 693–721.
- Pirate Bay-målet, B 13301-06.
- Platzer, E. (2004): *En icke-lag i sökljuset. Exemplet hushållstjänster i Sverige*. Licentiatavhandling i rättssociologi. Lund: Lunds universitet.

- Posner, R.A. (2000): Past-Dependency, Pragmatism, and a Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship. 67 *University of Chicago Law Review* 573.
- Pound, R. (1917): The Limits of Effective Legal Action. 27 *International Journal of Ethics*, s. 150–167.
- Prop. 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, mm.).
- Prop. 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.
- Quercia, D., Kosinski, M., Stillwell, D.J. & Crowcroft, J. (2011): Our Twitter Profiles, Our Selves: Predicting Personality with Twitter. *Proceedings of the 2011 IEEE International Conference on Privacy, Security, Risk, and Trust, and IEEE International Conference on Social Computing*, s. 180–185.
- Quercia D., Lambiotte R., Kosinski M., Stillwell D. & Crowcroft, J. (2012): The Personality of Popular Facebook Users. *Proceedings of the ACM 2012 Conference on Computer Supported Cooperative Work*, s. 955–964.
- Reagle Jr., J.M. (2010): *Good Faith Collaboration: The Culture of Wikipedia*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Reidenberg, J.R. (1996): Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace. *Emory Law Journal* 45: 911–930.
- Reddy, M. (1979): The Conduit Metaphor. I: Ortony, A (red.): *Metaphor and Thought*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Reidenberg, J.R. (1998): Lex Informatica. The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. *Texas Law Review* 76: 553–584.
- Renner, K. (1949): *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. London: Routledge.
- Ritchie, D.T. (2007): Who is on the Outside Looking In and What Do They See? Metaphors of Exclusion in Legal Education. 58 *Mercer Law Review*.
- Rosch, E. (1975): Cognitive Representation of Semantic Categories. *J Experimental Psychology* 104: 192–233.
- Rosch, E. (1978): Principles of Categorisation. I: Rosch, E. & Lloyds, B.B. (red.): *Cognition and Categorization*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum, s. 27–48.
- Rose, M. (1993): *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Cambridge & London: Harvard University Press.
- Ross, A. (2013): In Search of the Lost Paycheck. I: Scholz, T. (red.): *Digital Labor. The Internet as Playground and Factory*. New York & Abingdon: Routledge.
- Schmidt, L. (19 mars, 2013) ”Diktandets historia är fylld av kopierad text”, Under strecket, SvD.
- Schollin, K. (2008): *Digital Rights Management – The New Copyright*. Stockholm: Jure.
- Scholz, T., red. (2013): *Digital Labor. The Internet as Playground and Factory*. New York och Abingdon: Routledge.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Schottenius Cullhed, S. (2012): *Proba the Prophet: Studies in the Christian Virgilian Cento of Faltonia Betitia Proba*. Göteborg: Göteborgs universitet.
- Schultz, M. (2013): *Näthat. Rättigheter & Möjligheter*. Stockholm: Karnov Group.
- Selg, H. & Eriksson, L-E. (2006): Broadband Technologies Transforming Business Models and Challenging Regulatory Frameworks: Lessons from the Music Industry. *Music Lessons - Deliverable 4*. Stockholm: Media technology and graphic arts, Computer Science and Communication, KTH.
- Senftleben, M. (2010): Bridging the Differences between Copyright's Legal Traditions. The Emerging EC Fair Use Doctrine. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 57(3), s. 521-552.
- Skatteverket (2010): *Handledning för mervärdesskatt 2010, Del 1*. SKV 553 utgåva 21.
- Smith, M.R. (2007): Levels of Metaphor in Persuasive Legal Writing. *Mercer Law Review* 58: 919-947.
- Snickars, P. (2011-09-22): Biblioteken sitter fast i en rävsax. *Svenska Dagbladet*, Under strecket.
- SOU 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.
- SOU 2009:1 En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen.
- SOU 2009:16 Betänkande av Kulturutredningen, Statens offentliga utredningar, Kulturdepartementet.
- SOU 2012:51 Utvärdering av IPRED-lagstiftningen.
- Stjernquist, P. & Widerberg, K. (1989): *Rätten i samhällsbyggandet*. Stockholm: Norstedts.
- Strategy Analytics Wireless Smartphone Strategies (WSS) (2012): *Global Smartphone Installed Base by Operating System for 88 Countries: 2007 to 2017*.
- Stållhammar, M. (1997): *Metaforernas mönster*. Stockholm: Carlssons.
- SvD Opinion (30 september 2009): Nätoperatörernas roll görs omöjlig, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/natoperatorernas-roll-gors-omojlig_3584645.svd (senast besökt 27.5.2014).
- SvD (19 december 2012): En gripen efter nytt gatubräk.
- Svensson, E-M. (1997): *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*. Uppsala: Iustus förlag.
- Svensson, M. (2008): *Sociala Normer och Regelefterlevnad. Trafiksäkerhetsfrågor ur ett rätts-sociologiskt perspektiv*. Lund: Lund Studies in Sociology of Law 28, Lunds universitet.
- Svensson, M. (2013): Norms in Law and Society. I: Baier, M. (red.): *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*. Farnham, Surrey: Ashgate Publishing.
- Svensson, M. & Dahlstrand, K. (2014): *Nätkränkningar. En studie av Svenska Ungdomars Normer och Beteende*. Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor och Lunds universitets internetinstitut.

- Svensson, M. & Larsson, S. (2009): *Social Norms and Intellectual Property. Online Norms and the European Legal Development*. Forskningsrapport i rättssociologi. Lund: Lunds universitet.
- Svensson, M. & Larsson, S. (2012): Intellectual Property Law Compliance in Europe. Illegal File sharing and the Role of Social Norms. *New Media & Society* 14(7): 1147–1163.
- Svensson, M., Larsson, S. & de Kaminski, M. (2013): Professionalization, Gender and Anonymity in the Global File Sharing Community. I: Braga, R. & Caruso, G. (red.): *Piracy Effect*. Mimesis Editore, online version.
- Svensson, M., Larsson, S. & de Kaminski, M. (2015): The Research Bay – Studying the Global File Sharing Community. I: Gallagher, W. & Halbert, D. (red.): *Intellectual Property in Context: Law and Society Perspectives on IP*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sveriges Radio (21 mars 2014): Twitter blockeras i Turkiet, av Katja Magnusson, Diyarbakir, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=5815765> (senast besökt 23.6.2014).
- Tallmo, K-E. (2010): Upphovsrätten står och faller med sina undantag. *HUMANIT* 10(3): 170–206.
- Tapscott, D. & Williams, A.D. (2008) *Wikinomics: How mass collaboration changes everything* (Utökad utgåva). London: Atlantic.
- Tegnér, E. (1820): *Epilog vid magisterpromotionen i Lund den 22 juni 1820*. Lund: Berlingska boktryckeriet.
- Terranova, T. (2000): Free Labor. Producing Culture for the Digital Economy. *Social Text* 18(2): 33–58.
- Tsai, R.L. (2004): Fire, Metaphor, and Constitutional Myth-Making. *Georgetown Law Journal* 93(1): 181–239.
- Vaidhyanathan, S. (2001): *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*. New York: New York University Press.
- Vincent, O. (2008): When Rights Clash Online: The Tracking of P2p Copyright Infringements vs. the EC Personal Data Directive. 16 *International Journal of Law & Information Technology*, s. 270–296.
- Volgsten, U. (2012): *Musiken, medierna och lagarna. Musikverkets historia och etablerande av en idealistisk upphovsrätt*. Möklinta: Gidlunds förlag.
- Wendell Holmes, O. (1897): The Path of the Law. 10 *Harvard Law Review* 457.
- Westman, D. (2002): Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik. *NIR*.
- Wickenberg, P. & Leo, U. (2013): *Ett steg fram och ett tillbaka – Statens styrning av miljö och hållbar utveckling genom skollag, läroplaner och kursplaner*. Lunds universitet: Sociolog of Law Research Report.
- Winter, S.L. (2001): *A clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*. Chicago och London: University of Chicago Press.
- Winter, S.L. (2007): Re-embodiment Law. 58 *Mercer Law Review*.

7. AVSLUTNING: FRAMTIDENS METAFORER

- Winter, S.L. (2012): Frame semantics and the "internal point of view". I: Freeman, M. & Smith, F. (red.): *Current Legal Issues Colloquium. Law and Language*. Oxford: Oxford University Press.
- Winter, S.L. (2008): What is the "Color" of Law? I: Gibbs Jr., R.W. (red.): *The Cambridge Handbook of Metaphor and Thought*. New York: Cambridge University Press.
- Woodmansee, M. (1984): The Genius and the Copyright. Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author". *Eighteenth-Century Studies* 17(4): 425-448.
- Woodmansee, M. (1994): On the Author Effect. Recovering Collectivity. I: Woodmansee, M. & Jaszi, P. (red.): *The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature*. Durham: Duke University Press.
- Yar, M. (2008): The Rhetorics and Myths of Anti-piracy Campaigns. Criminalization, Moral Pedagogy and Capitalist Property Relations in the Classroom. *New Media & Society* 10(4).
- Yu, N. (2008): Metaphor From Body and Culture. I: Gibbs Jr., R.W. (red.): *The Cambridge Handbook of Metaphor and Thought*. New York: Cambridge University Press.
- Yu, P.K. (2010): The Graduated Response. *Florida Law Rev.* 62: 1373-1430.
- Zemer, L. (2007): *The Idea of Authorship in Copyright*. Cornwall: Ashgate.
- Zittrain, J. (2006) The Generative Internet. *Harvard Law Review* 119: 1974-2040.
- Zittrain, J. (2008): *The Future of the Internet. And How to Stop It*. New Haven & London: Yale University Press.
- Öppet brev till EU-kommissionär Cecilia Malmström (26 september 2011), undertecknat av flertalet nätintresseorganisationer, Access m.fl. https://www.privacy-international.org/sites/privacyinternational.org/files/dr_final.pdf (senast besökt 20.10.2014).

Sakregister

- Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) 70, 78, 84, 92, 93, 96, 113
Apple 80, 148, 158
Big Data 138, 145, 148
BitTorrent 101, 125, 151, 157
code as law 138, 177
computational social science 140, 148
conception 21, 25, 64, 105, 123
copyright 24, 42, 72, 92, 108, 112, 116, 121, 128
crowdsourcing 100, 126
Cybernormer 81, 144, 152, 159
datafiering 54, 145, 146, 157
datalagring 12, 70, 73, 82, 83, 92, 96, 147
datalagringsdirektivet 12, 77, 83, 92, 94, 96, 113, 147
digitala fenomen 10, 27, 42, 88, 152, 176
digital kulturpolitik 100, 135
e-bok 30
embodied. Se förkroppsligande och förtingligande
Facebook 116, 143, 144, 146–149, 157
fildelning 13, 55, 73, 81, 94, 108, 150, 152, 153
förkroppsligande 23, 26, 37, 50, 53, 66, 164
förtingligande 16, 17, 23, 26, 27, 37–40, 45, 48, 49, 52–55, 57, 58, 62, 63, 65, 67, 164
Google 54, 55, 116, 143, 144, 146, 148, 149, 154, 156, 158, 160, 176
Graver, Hans Petter 16, 41, 50, 52, 56, 60, 61, 65
Hayles, N. Katherine 51, 168, 175
immaterialrätt 42, 46, 80, 81, 86, 93, 110, 111, 116, 123, 135
Infosoc 69, 70, 73, 77–79, 92, 96, 107, 113, 116
infrastruktur 10, 11, 13, 14, 53, 65, 87, 117, 121, 133, 137, 140, 142, 144, 150, 154, 156, 157, 158
innovation 13, 87, 90, 95, 99, 106, 110, 116–118, 124, 130, 133, 134, 136, 141, 167
internetoperatörer 12, 78, 82–85, 87, 92, 148
IPRED 69, 73, 77, 80–82, 92, 93, 96, 107, 113, 116

METAFORERNA, RÄTTEN OCH DET DIGITALA

- Johnson, Mark 18, 21, 24, 26, 28,
31–34, 36, 38, 50, 52, 57, 58, 60, 61,
63, 64, 66, 67, 165
- kategorisering 16, 26, 36, 37, 59, 64,
75, 153, 171
- kognition 10, 15, 21, 24, 35, 46, 133,
163, 165
- kognitionsvetenskap 16, 19, 24, 25,
31, 34, 36–38, 40, 48–52, 56, 61, 64,
67–69, 176
- kognitiv lingvistik 31, 34
- konceptuell förändring 9, 17, 168
- konceptuell inlåsning 17, 50, 76,
166
- Lakoff, George 18, 19, 20, 21, 24–26,
31, 32, 34, 36, 37, 51, 52, 57–59, 61,
66, 165
- legitimitet 65, 70, 87–90, 96, 114,
134, 158, 167, 174
- Lessig, Lawrence 88, 106, 114, 123,
128–130, 150, 151, 172
- levande rätt 142, 150, 152, 159, 160,
177
- makt 28, 29, 33, 42, 49, 53, 66–70,
75, 92, 95, 97, 110, 124, 125, 135,
136, 144, 158, 163, 164, 174
- medvetandegörande 67
- metaforer
konceptuella 16
- metaforkluster 21, 25, 41, 43
- mätbarhet 17, 137, 138
- normativ 10, 65, 66, 74, 88, 91, 94,
100, 102, 122, 131, 135, 137, 138,
140, 144, 150, 151, 154, 163, 169,
175, 176
- normativ praktik 102
- NSA 148, 160
- ontologisk politik 49, 66, 67
- path dependence. Se stigberoende
- Pirate Bay 12, 13, 55, 93, 101, 125,
134, 135, 151, 170
- plattform 13, 14, 55, 64, 127, 142, 155
- remix 100, 120, 128–130
- retorik 24, 111, 117, 118, 121, 130,
136
- rättsliga konstruktioner 10
- rättssociologi 8, 16, 23, 26, 28, 39,
44, 46, 47, 50, 51, 71, 96, 137–139,
141–144, 148, 150, 152, 156–158,
161, 166, 177
- rättssäkerhet 9, 160, 173
- rättsvetenskap 16, 23, 26, 44, 47,
49–51, 65, 138, 139, 142, 143, 148,
151, 158, 161
- samhällsförändring 9, 15, 17, 21, 40,
50, 69, 101, 103, 138, 142, 148, 163
- semiotik 24
- skapande 17, 46, 89, 91, 98–101, 103,
104, 107–110, 114, 115–124, 127,
130, 131, 133, 135, 136, 164, 167,
174, 176
- skeumorf 27, 88, 163, 167, 169
- Skype 134, 167
- smartphone 9, 143, 146, 155
- sociala normer 17, 24, 37, 46, 65,
70–72, 81, 87, 90, 96, 97, 100, 102,
114, 123, 127, 142, 143, 152, 155,
160, 169, 175, 176
- Spotify 125, 134, 151, 167
- standardisering 75, 76, 90, 166

REGISTER

- stigberoende 9, 16, 17, 29, 65, 69,
69–76, 84, 85, 90, 92, 93, 96, 97,
98, 100, 131, 163–167, 175–177
- stora data 137
- Svensson, Måns 46, 65, 160
- tankefigur 34, 35, 45, 58, 70, 75, 110,
152, 171
- tankestruktur 7, 10, 19, 21, 23,
25–29, 34, 35, 42–45, 47, 50, 69, 76,
87, 88, 97, 99, 100, 105, 122, 124,
127, 129, 131, 135, 164, 166
- teknik 9, 11, 15, 16, 65, 66, 69, 74,
75, 101, 105, 121, 127, 129, 161,
163, 164, 174–177
- teknik och social förändring 16, 176
- transaktionskostnader 29, 69–71,
75, 91, 97
- Twitter 10, 12, 144, 146, 148, 149,
157
- upphovsrätt 12, 13, 16, 17, 19, 24, 27,
29, 42, 48, 65, 65–67, 69–73,
76–82, 84–89, 91, 92, 94, 96, 99,
100, 103, 104, 106–109, 111, 112,
114, 117, 122, 124, 125, 129, 131,
133, 152, 153, 155, 156, 163, 167,
170, 172
- Vaidhyanathan, Siva 121–123, 128,
171, 172, 176
- Winter, Steven L. 38–40, 51–53, 60,
63, 64, 67
- YouTube 116, 158
- öppenhetsindustri 116

