

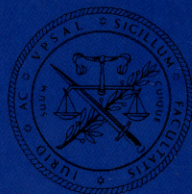
III

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

KERSTIN BERGLUND

Straffrätt och kön

IUSTUS FÖRLAG



Umeå
Universitetsbibliotek

oeb
0075

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

111

Redaktör: Petter Asp

Straffrätt och kön

Kerstin Berglund

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Berglund, K., 2007. Straffrätt och kön. Criminal law and Gender. Iustus Förlag AB. 407 pp. Uppsala 2007. ISSN 0282-2040, ISBN 978-91-7678-673-4.

This thesis starts in feminist theory and the debate on sex/gender and knowledge. There are two lines of inquiry, one in criminal law and one in feminist theory that interconnect throughout the book. Their common grounds are the depiction of the individual. In criminal law "man" is found first of all on the theoretical level as part of legal theory. Criminal law is based on the traditional liberal ideal of the autonomous individual. When criminal law is applied, legal reasoning also demands an idea of what a human being is. Legal reasoning is therefore always dependent on descriptions of both "man" and "reality". Feminist theory, in turn, deals primarily with sex/gender issues. In an attempt to structure this field of research and to highlight important differences in feminist theory, three positions are presented. The three positions are defined in terms of ideological aspects of the sex/gender debate, and the epistemological theories that can be related to these different ideological positions.

Different descriptions of "man" and "reality" can lead to profoundly different conditions for legal reasoning. In the book, it is the contradiction between the idea of sex as a role played by a neutral individual, and the idea of gender as a fundamental aspect of human life, that is used as a starting point for the analyses of legal arguments. One question that is raised is in what way the understanding of harm to the individual changes when the conditions for describing "man" are altered. In order to answer this question, selected committee reports on rape and physical abuse of women during the period 1958 to 2001, are analyzed. All of these are to various extents related to the question of harm to the individual. When judging harm in the given examples, the gendered individual is used as an alternative way of describing "man".

The study concludes that it is important for criminal law to recognize that women are sexually abused because they are women. This is fundamental to the way in which these crimes must be interpreted. But it is also important to stress that women are sexually abused in their capacity of being women. It is argued that this constitutes the very basis for understanding harm to the individual in these cases. Victims of sexual violence are always embodied, gendered, and socially situated. It is therefore important to find ways to define harm to the gendered individual. In brief, the conflicts surrounding criminal law today can be understood as the dichotomy between the liberal ideal of the autonomous individual and the feminist ideology of difference. It is therefore argued that there is a need for an ethical theory that includes the gendered individual.

Kerstin Berglund, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, S-751 20 Uppsala.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2007

ISSN 0282-2040

ISBN 978-91-7678-673-4

Omslag: John Persson

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Tryck: Edita, Västerås 2007

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

I antologin *Konsten att rättsvetenskap* skriver en nordisk kollega att det bästa sättet att skriva en avhandling är att göra en disposition och sedan troget följa denna. Men, skriver han, ibland stöter man på sådana som inte är nöjda med detta. *De läser och skriver vad de vill, och bryr sig inte om sina tidigare planer. På så sätt blir man aldrig färdig.*¹ Han konstaterar emellertid att han själv slutligen lyckades hitta en form där han kunde dra nytta av sina exkurser som lika gärna kunde varit onödiga.

Det här arbetet bygger på en liknande erfarenhet, i form av ett oavslutat projekt om våldtäktsbrottet. Jag blev helt enkelt alltför fascinerad av kvinnoforskningen. En stund var jag inne på tanken att kalla den här boken *Allt det jag tänkte på när jag egentligen skulle skriva avhandling*.

Kvinnoforskning är fascinerande. En förklaring kan vara att insikter på området förändrar förutsättningarna för den egna verksamheten. I värsta fall kan detta vara negativt: Man ser sitt eget forskningsområde i en skrattspegel och förstår inte längre vitsen med att skriva rättsvetenskap.

En annan sida som gör denna forskningsinriktning spännande är att den, till skillnad från rättsvetenskapen, förändras i ett rasande tempo. De analytiska premisser som var aktuella när jag formulerade det första arbetet är idag långt ifrån tillräckliga som utgångspunkt för ett forskningsprojekt. Å andra sidan hade de resonemang som förs i denna bok inte varit möjliga utan denna historiska barlast. De studier som idag kan framstå som exkurser visade sig slutligen vara nödvändiga.

Forskning är en ensam tillvaro. Det som varit allra viktigast för mig under denna långa tid har därför varit alla seminarier. Enbart i Uppsala har det handlat om kammarseminarier, högre seminarier, doktorandseminarier, nordiska seminarier och internationella seminarier. Ibland allt på en gång och i samma kammare. Dessa seminarier har inte enbart skapat inspirerande forskarkontakter utan framförallt bestående vänskapsband. I detta sammanhang har särskilt den finska gruppen varit betydelsefull. Att möta dem som brinner för det egna områdets möjligheter har varit både upplysande och upplyftande.

Det är även genom denna seminarieverksamhet som min handledare prof. em. Nils Jareborg har givit mig ett slags grundförståelse för vad det

¹ Nuotio (2004), s. 181.

innebär att forska. Genom hans sätt att närma sig olika rättsliga problem har ett par premisser för själva uppgiften kommit att framstå som särskilt viktiga. Det ena är att *du måste tänka själv*, det är i alla fall ingen som kommer att göra det åt dig. Det andra är att du kan utgå ifrån att alla som skriver har en agenda, ty *ingen har någonsin kunnat vara utan en ideologi*. För det här projektet har båda dessa varit avgörande för slutresultatet.

En annan person som tålmodigt försökt lära mig något är univ. lektor Lena Holmqvist. Resultatet blev inte alltid det läraren förväntade sig, men skälet till detta var nog att eleven var alltför splittrad. Att skriva om straffrätt och kvinnoforskning är inte alldeles enkelt, det är som att försöka stå på två ben samtidigt. Det låter kanske inte direkt komplicerat, problemet är dock att benen inte sitter på samma individ. Juristen och feministen är inte samma person och de har inte heller samma syn på världen.

Den stora utmaningen i arbetet har därför handlat om att få dessa två att samarbeta så pass att det i alla fall varit möjligt att åstadkomma ett möte. Strategin har varit att vädja till bådas empati och intellektuella intresse. Min förhoppning är därför att mina ansträngningar ska kunna vara till inspiration, och kanske även till tröst, för alla dem som arbetar med frågor som gäller kvinnor och straffrätt.

Det här arbetet har stött på många hinder. Ett problem har varit manligt i form av en ibland ganska påtaglig brist på intresse: Kvinnoforskning är trots allt något som bara tjejer håller på med. Ett annat motstånd har bestått i elakartade försök att förstöra min forskarkarriär. Det senare har dock varit ett kvinnligt problem varför det varit svårare att förstå och acceptera. När det var som värst var det forskningssekr. Maud Rosendal och prof. em. Alvar Nelson som motiverade mig att skriva färdigt.

Prof. Dan Frände visade mig att man kan landa mjukt även i den akademiska världen. På slutet har prof. Petter Asp och jur. dr Jussi Matikala läst var sitt kapitel. Den engelska sammanfattningen har granskats av fil. dr Anna-Lena Wiklund.

Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet har alltid visat stor välvilja mot mig, det jag har frågat efter har jag också fått. Under mina studier har jag dessutom erhållit stipendier ifrån Schaumanns fond, Eschelssons fond, Åbergssons fond, Iustus Förlag och Institutet för Rättsvetenskaplig forskning. Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har bidragit till tryckningen av boken. Den mest betydelsefulla, personliga och ekonomiska sponsorn av alla har dock varit maskinsjef Geir Ottar Brattli.

Boken tillägnas våra döttrar Sigrid och Selma.

Tromsö 28 juli 2007

Kerstin Berglund

Innehåll

Förord 5

Förkortningar, m.m. 13

1 Att sammanföra två teoretiska konstruktioner 15

- 1.1 Inledning 15
 - 1.1.1 Syfte 15
- 1.2 Kvinnoforskning och straffrätt 19
 - 1.2.1 "Kvinnoforskning" på straffrättens område 19
 - 1.2.2 En kvinnorrättslig ansats inom straffrätten 21
 - 1.2.3 Vissa metodfrågor 23
- 1.3 Att sammanföra två teoretiska konstruktioner 26
 - 1.3.1 Människan som gemensam nämnare 26
 - 1.3.2 Beskrivningar av verkligheten och människan i straffrätten 28
 - 1.3.3 Kön och kunskap 30
- 1.4 Människan i straffrätten 31
 - 1.4.1 Människa och individ 31
 - 1.4.2 Fokus på den kränkta parten 33
 - 1.4.3 Människa och kränkning 34
- 1.5 Framställningen 35
 - 1.5.1 Sammanfattning 35
 - 1.5.2 Disposition 36

2 Om straffrätt 39

- 2.1 Inledning 39
 - 2.1.1 Avgränsningar 39
 - 2.1.2 Varför ett straffsystem? 44
 - 2.1.3 Legalitet 46
 - 2.1.4 Straffbud och tolkning 48
- 2.2 Kriminalisering 49

- 2.2.1 Principer 49
- 2.2.2 Skyddsobjekt 50
- 2.2.3 Skada och kränkning 53
- 2.2.4 Skada och moral 57
- 2.2.5 Den fria individen 59
- 2.3 Den straffrättsliga systematiken: En otillåten gärning 63
 - 2.3.1 Brottsbegreppet 63
 - 2.3.2 En otillåten gärning 64
 - 2.3.3 Undantag: samtycke 68
 - 2.3.4 Gärningens straffvärde 71
- 2.4 Straffrättens systematik: Personligt ansvar 76
 - 2.4.1 Inledning 76
 - 2.4.2 Uppsåt och täckning 78
 - 2.4.3 Klander 80
- 2.5 Gärningsobjektet i straffrätten 82
 - 2.5.1 Inledning 82
 - 2.5.2 Offrets frihet 84
- 2.6. Kontrollfrågan och kvinnofrågan 88
 - 2.6.1 Inledning 88
 - 2.6.2 En klassisk motsättning 89
 - 2.6.3 Att sammanföra kvinnoforskningen och straffrätten 93

3 Kön och kunskap 96

- 3.1 Inledning 96
 - 3.1.1 Teori, metodik och forskningsobjekt 96
 - 3.1.2 Kön, kunskap och könsbegrepp 97
 - 3.1.3 Våld mot kvinnor 101
 - 3.1.4 Kön hos människan 105
- 3.2 Ideologi och kunskap 107
 - 3.2.1 Inledning 107
 - 3.2.2 Modeller 109
 - 3.2.3. Ideologiska aspekter av modellerna 112
- 3.3 Modell 1: Likhet och jämlikhet 115
 - 3.3.1 Människa och kön 115
 - 3.3.2. Vetenskapskritik 116
 - 3.3.3 Kvinnoforskning som alternativ 117
- 3.4. Modell 2: Olika och kvinnoperspektiv 119
 - 3.4.1 Människa och kön 119

3.4.2	Forskningsintressen och vetenskapsdebatt	120
3.4.3	Det kvinnliga?	122
3.5	Modell 3: Skillnad och mångfald	123
3.5.1	Människa och kön	123
3.5.2	Vetenskapsdebatt	124
3.6	Kön som forskningsobjekt	127
3.6.1	Några ytterligare preciseringar	127
3.6.2	Könsroller	130
3.6.3	Genus	134
3.7	Kön och sexualitet	138
3.7.1	Inledning	138
3.7.2	Kunskapskritik	138
3.7.3	Sexualiteten och människan	140
4	Kvinnorättslig forskning	143
4.1	Inledning	143
4.1.1	Kvinnorätten i rättsvetenskapen	143
4.1.2	Kvinnorättens utveckling	146
4.1.3	Framställningen	150
4.2	Stang Dahl: Innledning till kvinnoretten (1985)	152
4.2.1	Kön som forskningsobjekt	152
4.2.2	En rättsdogmatisk metod	154
4.2.3	Kvinnorättsliga argument	156
4.2.4	Kvinnorätt och teori	158
4.2.5	Straffrätten saknar en "kvinnlig" part	161
4.2.6	Att tolka straffbud med hjälp av kvinnorättsliga argument	164
4.2.7	Det personliga ansvaret som kvinnorättslig fråga	167
4.2.8	Avslutning	169
4.3	Fransson: Lönediskriminering (2000)	169
4.3.1	En arbetsrättslig studie	169
4.3.2	Kön	171
4.3.3	Kunskap	172
4.3.4	Analysen	174
4.3.5	Genussystem och rättsvetenskap	176
4.4	Svensson: Genus och rätt	180
4.4.1	Inledning	180
4.4.2	Kön och kunskap	181
4.4.3	Genus och genusrelation	184

4.4.4	Ett analytiskt, relationellt och sammansatt begrepp	187
4.4.5	Genusrelation och ett relationellt könsbegrepp	190
4.4.6	Ett relationellt begrepp?	192
4.4.7	Rekonstruktion	194
4.4.8	Människan	196
4.5	Andersson: Hans (ord) eller hennes? (2004)	197
4.5.1	Inledning	197
4.5.2	Konstruktionen av rättsskyddssubjektet	197
4.5.3	En postmodern utgångspunkt	199
4.5.4	Kön	200
4.5.5	Analysen	203
4.5.6	Människan	208
4.6	Rättsordningen som föremål för analys	211
4.6.1	En sammanfattning	211
4.6.2	Kön i de arbeten som presenterats	212
4.6.3	Avslutning	216

5 Kön och kunskap i några reformförslag 219

5.1	Inledning	219
5.1.1	Analytiska förutsättningar	219
5.1.2	Beskrivningen av människan och verkligheten	222
5.1.3	Kränkning och klander	224
5.2	Väldet som uttryck för en maktrelation	229
5.2.1	Ideologisk bakgrund	229
5.2.2	Radikalfeminismen och rättsordningen	232
5.3	Våldtäkt i äktenskapet	235
5.3.1	Kriminalisera eller ej?	235
5.3.2	Våldförande	239
5.3.3	En alternativ argumentation?	244
5.4	Vissa straffvärdebedömningar vid rubricering av våldtäkt	246
5.4.1	Bakgrund	246
5.4.2	Förslaget och kritiken	250
5.4.3	Argumenten som ett sätt att beskriva verkligheten	253
5.4.4	En sexuell kränkning?	258
5.4.5	Offrets medansvar	263
5.4.6	Victim precipitation	266
5.4.7	Klander	271

- 5.4.8 Avskaffa könsfördomarna 280
- 5.4.9 En sexuell kränkning? 288
- 5.5 Kön som utgångspunkt för reformer 291
 - 5.5.1 Bakgrund 291
 - 5.5.2 Kvinno våldskommissionen 295
 - 5.5.3 Kommissionens förslag om ett könsbestämt stadgande 299
 - 5.5.5 Köns motsättning och politisering 304
- 5.6 Kvinno fridskränkning 308
 - 5.6.1 Bakgrund 308
 - 5.6.2 Våldet som en process 313
 - 5.6.3 En specifik integritetskränkning? 319
 - 5.6.4 Kön och kränkning 323
 - 5.6.5 Avslutning 328
- 5.7 Sammanfattning 331
 - 5.7.1 Inledning 331
 - 5.7.2 Beskrivningen av verkligheten som moral 332
 - 5.7.3 Kön som argument 334
 - 5.7.4 Avslutning 336

6 Människa och kränkning 343

- 6.1 En feministisk kritik 343
 - 6.1.1 Inledning 343
 - 6.1.2 Feminism eller konservatism? 344
 - 6.1.3 Två friheter 346
 - 6.1.4 Att beskriva en händelse och en människa 351
- 6.2 Verklighetsbeskrivning och våldtäkt 354
 - 6.2.1 Våldtäkten som förmögenhetsbrott 354
 - 6.2.2 Våldtäkten som omoral 355
 - 6.2.3 Våldtäkten som erövring 357
 - 6.2.4 Våldtäkten som tvång 359
 - 6.2.5 Våldtäkten som makt 361
 - 6.2.6 Våldtäkten som våld 365
 - 6.2.7 Våldtäkten som sexuellt våld 368
- 6.3 Sammanfattning 370
 - 6.3.1 Resultat 370
 - 6.3.2 Utvecklingen av BrB 6:1 373
- 6.4 En rekonstruktion av straffrätten 379
 - 6.4.1 Rättsordningens människa 379
 - 6.4.2 Ett straffrättsligt alternativ? 382

Summary 384

Källor 389

Offentligt tryck 389

Litteratur 390

Förkortningar, m.m.

Hypatia
A journal of feminist philosophy

JFT
Juridiska föreningen i Finland Tidskrift

JT
Juridisk Tidskrift

KVT
Kvinnovetenskaplig tidskrift

NtfK
Nordisk tidskrift för Kriminalvidenskap

SIGNS
Journal of Women in Culture and Society

SOFIA
Tidskrift utgiven av Centrum för kvinnoforskning, Uppsala Universitet.

SOU
Statens Offentliga Utredningar

SvJT
Svensk Jurist Tidning

TfR
Tidskrift for Rettsvitenskap

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

10. 10. 1971

1 Att sammanföra två teoretiska konstruktioner

1.1 Inledning

1.1.1 Syfte

Det här arbetet handlar om frågeställningar som uppstår när man försöker närma kvinnoforskningen¹ till straffrätten, och då framförallt vad ett sådant möte kan innebära för straffrätten som rättsområde. Även om detta kan förefalla vara ett ovanligt tema för en rättsvetenskaplig avhandling finns det flera skäl till varför detta kan vara intressant att studera.

Ett viktigt skäl är den kvinnopolitiska debatt som förts kring den straffrättsliga lagstiftningen. Under senare år har det förekommit en stark kritik mot straffrättens förmåga att ge kvinnor ett rättsligt värn. Som en följd av kritiken har olika förslag till lagstiftningsreformer diskuterats och i viss mån även genomförts.

Ett problem med denna debatt har dock varit att de ideologiska och teoretiska premisser som kritiken i sig byggt på inte har preciserats i tillräcklig grad, vidare har dessa inte heller diskuterats i relation till straffrättens egna förutsättningar. Det är därför också oklart om de reformer som presenterats verkligen svarar mot den kritik som framförts.

En tanke med arbetet är därför att man, genom att närma kvinnoforskningen till straffrätten på ett mer principellt plan, kan skapa ett underlag för en konstruktiv diskussion kring de rättsliga frågeställningar som uppstår som en konsekvens av kritiken.

Kvinnoforskningen är ett forskningsområde vilket omfattar en mängd olika teoretiska och analytiska ansatser, samt ett kunskapsunderlag som i sig kan vara intressant för straffrätten. Därför är det tänkbart att man genom att studera de olika ideologiska och teoretiska förutsättningar som kvinnoforskningen kan presentera, även kan finna nya infallsvinklar på

¹ "Kvinnoforskning" står här som en samlingsbeteckning för flera olika inriktningar, se vidare avsnitt 1.2.

klassiska straffrättsliga problem. Det finns därför flera skäl till varför detta tema kan vara av intresse för straffrättsvetenskapen.

Den allmänna debatten har till stor del kretsat kring uppmärksammade rättsfall och då vanligen berört både de rättsliga och politiska konsekvenserna av enskilda domsslut. Kritiken har ofta handlat om att kvinnor blivit bedömda utifrån könsstereotyper på ett sådant sätt att brottsoffren inte känt igen vare sig själva eller de faktiska händelserna i domstolarnas argumentation. För många kvinnor har därför rättsordningens sätt att hantera övergrepp mot kvinnor skapat en känsla av rättslöshet. Rättsordningen har snarare kommit att framstå som en institution, vilken istället för att skydda utsatta kvinnor, snarare bidragit till att ytterligare förstärka de kvinnliga brottsoffrens vanmakt.

För en straffrättsintresserad jurist har debatten varit viktig eftersom den har bidragit till att påvisa att det finns allvarliga problem i rättsordningen, men samtidigt har debatten i sig varit svår att förhålla sig till. Ett problem har varit att argumentationen har befunnit sig på så många olika plan samtidigt. Kritiken har exempelvis berört många fler frågeställningar än den faktiska händelsen och domstolens bedömning av denna. Debatten har dessutom ofta förts utifrån vissa ideologiska ställningstaganden, något som även kan ha bidragit till att politisera de rättsliga frågorna.

Det senare har också ofta lett till att den kritik som framförts har kunnat avvisas eftersom den har uppfattats handla om andra frågeställningar än de som varit relevanta vid de straffrättsliga bedömningarna.² Det är dock inte detsamma som att kritiken i sig skulle vara irrelevant i förhållande till straffrätten; en viktig förutsättning för att en straffrättslig lagstiftning överhuvudtaget ska kunna ha legitimitet är att den upplevs som rättfärdig. Det är därför ett allvarligt problem i sig om en kritik av rättsordningen inte tas på allvar därför att den inte har en sådan form att den blir omedelbart straffrättsligt relevant. Ett annat viktigt skäl att närma kvinnoforskningen till straffrätten är att det finns behov av att överföra kvinnodebattens argument till ett mer principiellt plan, där deras relevans för straffrätten kan bli tydligare.

Den allmänna debatten har alltså lett till krav på reformer av lagstiftningen, och som en följd av kritiken har även några sådana reformer genomförts. Det gäller framförallt sexualbrotten där kritiken varit avgörande för utformningen av de reformförslag som lagts fram.

² Här finns ett problem som handlar om att debatten ofta blir "kulturkritisk". Det som då diskuteras är den kulturella tolkningen av den rättsliga lösningen, inte de rättsliga förutsättningarna för den valda lösningen.

De reformer som har genomförts har till stor del handlat om att höja straffnivåerna genom att förändra förutsättningarna för straffvärdebedömningarna. På samma sätt har lagstiftaren förändrat beteckningarna på vissa straffbud och på senare tid även justerat gränserna mellan de kriminaliserade gärningarna.³

I någon mån har de mer principiella förutsättningarna för dessa reformer preciserats, men detta har ändå skett i mycket liten omfattning. Det kan därför framstå som oklart huruvida reformerna handlar om någonting utöver just smärre justeringar av straffbud eller andra mer allmänna rekommendationer till domstolarna. Även de senaste förändringarna av den straffrättsliga konstruktionen av våldtäktskriminaliseringen har härvidlag givits mycket oklara ideologiska förutsättningar, vilket sannolikt även på sikt kommer att skapa nya konflikter.⁴

På samma sätt som när den straffrättsliga relevansen av kvinnodebatens olika argument ibland kan verka oklar, så ger även lagstiftarens respons på kritiken intryck av att vara mycket ofullständig.

Till det yttre kan det alltså se ut som att de reformer som genomförts under senare år straffrättsligt sett är avklarade: man har gjort några justeringar inom ramen för gällande straffrättsteori. Däremot har man inte i något sammanhang reflekterat över om innebörden av den kritik som riktats mot straffrätten kan kräva mer grundläggande förändringar av den straffrättsliga hanteringen av vissa brott. Inte heller har det förts någon diskussion kring de krav som kritiken i sig kan ställa på straffrätten som rättsområde. Arbetets tema är viktigt därför att det saknas en mer principiell diskussion kring vilken betydelse feminismens och kvinnoforskningens argument kan ha för utformningen av straffrätten.

I det här arbetet kommer jag därför att diskutera frågeställningar som uppstår när man försöker analysera straffrätten utifrån de förutsättningar man kan finna inom kvinnoforskningen. Arbetet kommer därmed att behandla olika sätt att teoretisera och argumentera kring straffrättsliga frågor vilka blir möjliga om man utgår ifrån kvinnoforskningen. Som vi ska se kan en sådan infallsvinkel vara mycket konstruktiv när det handlar om att förklara varför det uppstår konflikter kring lagstiftningen, och för att visa varför den kritik som riktats mot straffrätten också kan vara intressant för straffrättsvetenskapen.

För att kunna fokusera på principiella frågor av den här karaktären kommer jag att endast i liten grad gå in i en diskussion kring de omedel-

³ Se vidare avsnitt 6.3.2.

⁴ Redan det faktum att utformningen av lagstiftningen på området utlöser så många konflikter, kan i det här sammanhanget ses som en indikation på att vi har att göra med problem som den straffrättsliga rättsvetenskapen måste ta på allvar.

bara rättsliga frågor som uppstår.⁵ Däremot kommer ett flertal rättsliga frågeställningar att anföras som exempel på hur olika ansatser inom kvinnoforskningen kan påverka den rättsliga argumentationen.⁶

Den debatt som har förekommit kring kvinnors straffrättsliga problem finns även representerad inom den vetenskapliga världen. Den kvinnorättsliga forskningen har hittills varit sparsam på det straffrättsliga området, den litteratur som finns att tillgå återfinns i första hand inom kriminologisk och rättssociologisk kvinnoforskning.⁷ Generellt sett är dock denna litteratur problematisk att förhålla sig till därför att den vanligen behandlar utländska rättssystem (och även andra könskulturer), vilket redan i sig kan bidra till att det kan vara svårt att lägga denna till grund för en avhandling inom svensk straffrätt.

Mycket ofta förs argumentationen dessutom inte i relation till det rättsliga systemet vilket leder till att man sällan tar tillräcklig hänsyn till straffrättens egna premisser. De frågeställningar som diskuteras handlar ofta om de kulturella tolkningar som kan göras av de rättsliga argumenten, varför kritiken inte alltid träffar målet.⁸

Här finns dock även problem som har att göra med att de teoretiska eller ideologiska ansatser som kritiken bygger på inte alltid blir lika konstruktiva på straffrättens område. De konflikter som handlar om att få gehör för den kvinnopolitiska kritiken av straffrättens lösningar, kan därför även ha samband med det sätt på vilket man talar om kvinnors rättsliga problem.⁹ Genom att precisera kvinnoforskningens egna premisser blir det därför möjligt att även analysera de förutsättningar som kan ligga bakom den kritik som framförts.

Det blir därmed viktigt att skapa möjligheter att sammanföra dessa forskningsområden för att kunna överföra kvinnoforskningens resonemang till straffrättens område där deras relevans kan prövas på ett konstruktivt sätt. För att ett sådant möte ska bli intressant måste också kvinnoforskningens argument kunna prövas så förutsättningslöst som möjligt,

⁵ Det är helt enkelt mycket svårt att göra båda sakerna samtidigt. En diskussion kring hur gällande rätt bör tolkas kräver en rättsdogmatisk ansats vilken förutsätter att man är lojal med rättsordningens premisser. Den diskussion som förs i arbetet handlar dock om huruvida det är möjligt att påverka rättsordningens premisser genom att anföras de alternativa ansatser som återfinns inom kvinnoforskningen.

⁶ Se vidare kapitel 5.

⁷ Se t.ex. Smart (1995); Edwards (1981); Jfr dock Andersson (2004) i avsnitt 4.5, samt Burman (2006).

⁸ En analys vilken i första hand avser kulturella tolkningar av rättsliga lösningar betecknas i arbetet som "kulturkritiska". Se framförallt avsnitt 2.3.2, 2.6.3, 3.1.3 och 5.2.

⁹ Se vidare avsnitt 4.2 och 5.6–5.7.

här finns flera tänkbara sätt att argumentera som i sin tur kan medföra olika konsekvenser på straffrättens område.

I detta kapitel kommer jag därför att ge ett exempel på hur man kan sammanföra kvinnoforskningen och straffrätten, samt varför jag menar att de infallsvinklar som därmed skapas kan vara av särskilt intresse när man talar om kvinnors krav på rättsligt skydd.

1.2 Kvinnoforskning och straffrätt

1.2.1 "Kvinnoforskning" på straffrättens område

Den forskning kring könsfrågor som kvinnoforskningen utgör, handlar i realiteten om en mängd olika forskningsinriktningar. Vad som skiljer dessa åt kan vara ideologiskt relaterat, likaväl som det kan handla om skillnader i synen på det vetenskapliga arbetet i sig.

Redan frågan om vad man önskar att kalla den forskningsinriktning man väljer kan vara beroende av hur man definierar och legitimerar sin forskning. Vi kan därför återfinna flera olika beteckningar på forskning kring könsfrågor: "genusforskning", "kvinnoforskning", "feministisk forskning", "könsforskning", och ibland även "jämställdhetsforskning".¹⁰

I det här arbetet kommer jag att tala om "kvinnoforskning" som ett slags samlingsbeteckning för en mängd olika forskningsinriktningar vilka alla har det gemensamt att de följer av ett ställningstagande till en feministisk ideologi, och där samtliga på något sätt ger könsfaktorn betydelse för det vetenskapliga arbetet.¹¹

Själv begreppet "kvinnoforskning" uppfattas vanligen som en beteckning för forskning som utgår ifrån ståndpunktsfeminismen, men avsikten med att välja denna beteckning är inte att ange de analytiska förutsättningar som arbetet kommer att bygga på.¹² Såsom arbetet är uppbyggt ligger det snarare en poäng i att kvinnoforskningen kan bidra med många olika analytiska möjligheter i förhållande till straffrätten, och att det därför åtminstone till en början kan vara viktigt att förhålla sig så förutsättningslöst som möjligt till dessa.

Det hade visserligen varit möjligt att välja en annan beteckning, men för det här arbetet finns det särskilda skäl att välja just "kvinnoforskning"

¹⁰ Hallberg, (1992), s. 63–74.

¹¹ De skillnader mellan olika forskningsansatser som ges relevans i arbetet bygger på vissa grundläggande skillnader vad gäller ställningstaganden till innebörden av kön hos människan, samt vissa kunskapsteoretiska frågeställningar. Se vidare kapitel 3.

¹² Jfr exempelvis Vetenskapsrådets begreppsbildning; I arbetet kommer denna ansats att omtalas som "den andra modellen", jfr kapitel 3.

som övergripande beteckning. Som Hallberg har visat kan det även finnas vissa forskningspolitiska skillnader mellan de teoretiska och analytiska ansatser som kan identifieras under de olika benämningarna.¹³

Om man därför ser frågan om vad man bör välja att kalla själva forskningsområdet som en i första hand forskningspolitisk fråga, kan man ändå säga att den kvinnorrättsliga forskningen av tradition åtminstone kan hänföras till den ideologiska sidan av det vi vanligen kallar "kvinnoforskning".¹⁴ Inom kvinnorrätten har man exempelvis valt sina frågeställningar utifrån kvinnors livssituation och rättsliga behov, man har helt enkelt sysslat med forskning om kvinnor och för kvinnor. Oavsett om forskningen varit praktiskt eller teoretiskt inriktad har det funnits ett bakomliggande syfte, vilket har handlat om att försöka komma tillrätta med vad man uppfattat som brister i rättsordningen.

Även det här arbetet kommer att handla om frågeställningar som ytterst gäller kvinnors livssituation och livskvalitet, och där ett bakomliggande syfte är att skapa möjligheter att förändra förutsättningarna för den rättsliga hanteringen av övergrepp mot kvinnor. I den mån det behövs ett slags forskningspolitisk programförklaring kan termen "kvinnoforskning" därför vara relevant.

Det kan också finnas ett annat skäl till varför det kan vara relevant att tala om "kvinnoforskning" i det här sammanhanget. Arbetet kommer att handla om argument som förekommit i debatten, och som vi ska se har den kritik som framförts i allt väsentligt baserats på ansatser inom radikal-feminismen och ståndpunktsfeminismen.¹⁵

Vilka teoretiska och metodologiska förutsättningar som principiellt sett bör läggas till grund när man diskuterar straffrättsliga problem är dock en annan fråga. En mer principiell diskussion kring en applicering av kvinnoforskningen på straffrättens område kan därför mycket väl kräva att man förhåller sig till flera tänkbara forskningsansatser. Det kan exempelvis vara så att olika typer av analyser kan kräva olika teoretiska förutsättningar. En analys som handlar om att studera aspekter av gällande rätt kan ges teoretiska förutsättningar som varken är funktionella eller acceptabla som utgångspunkt för en reform av rättsordningen.

Det här projektet handlar alltså om frågeställningar som uppstår när man önskar att sammanföra kvinnoforskningen med straffrätten, arbetet

¹³ En sammanfattning av vad som är signifikativt för kvinnoforskningen finns hos Hallberg (1992), s. 74.

¹⁴ Se vidare 3.1.3 samt avsnitt 4.1.

¹⁵ Om radikalfeminism se vidare avsnitt 3.1.3, samt 5.2. Ståndpunktsfeminismen tillämpas dekonstruktivt i avsnitt 5.3–5.4, medan en rekonstruktiv analys genomförs i avsnitt 5.5–7.7.

kräver därför även en presentation av de infallsvinklar hos kvinnoforskningen som kan vara intressanta att pröva mot straffrätten. Den framställning av kvinnoforskningen som ges i kapitel 3 kommer därför att på olika sätt vara anpassad till de behov som uppstår i arbetet. De förutsättningar som läggs till grund för framställningen av kvinnoforskningen kommer att anges närmare där, men det finns ändå skäl att göra några inledande kommentarer i syfte att finna några gemensamma utgångspunkter för dessa två forskningsområden.

1.2.2 En kvinnorrättslig ansats inom straffrätten

För ett arbete av den här karaktären så är straffrätten som rättsområde intressant av flera skäl. Straffrätten handlar om att kontrollera beteenden; genom att kriminalisera vissa gärningar försöker vi få människor att avstå från att skada andra. Det innebär att vi måste ta ställning till vad som är ett acceptabelt beteende överhuvudtaget och vad som mot bakgrund av detta kan ses som acceptabla livsvillkor för människor. Det handlar alltså om samhällets yttersta maktutövning mot enskilda människor.

Straffrätten utgör därför en del av rättsordningen vilken i hög grad bygger på klassiska rättsstatsideal.¹⁶ Straffrätten kan sägas återspegla de mest grundläggande förutsättningarna för hela rättsordningen, eller för vad som är "rätt" överhuvudtaget.

Straffrättens funktion leder till att rättsområdet får vissa specifika karaktärsdrag, framförallt kännetecknas detta av att vara ytterst dogmatiskt. Det innebär att rättsområdet styrs av vissa grundläggande principer vilka ska garantera vissa värden. Det gör att rättsområdet även får en viss konservativ prägel.

När man talar om problem som handlar om att få gehör för kvinnors kritik av olika straffrättsliga lösningar kan denna sida hos rättsområdet vara en del av förklaringen. Det är överhuvudtaget svårt att uppnå förändringar av straffrätten enbart genom att exempelvis verka för en förändrad tolkning av reglerna.

Straffrättens systematik leder i sin tur till att relationen mellan staten och gärningsmannen hamnar i fokus. Den fråga som systematiken syftar till att besvara är ju om gärningsmannen (gärningssubjektet) har ett straffrättsligt ansvar? Det innebär att straffrättens principer i första hand anger förutsättningarna för att bedöma gärningsmannens ansvar.

I den straffrättsliga systematiken skyddas offrets (gärningsobjektets) intressen i första hand genom skyddsobjektet, alltså det värde som den

¹⁶ Om rättsstatsens ideal, se Frändberg (2005), s. 283 f.

enskilda kriminaliseringen ska skydda.¹⁷ Det innebär också att offret systematiskt sett inte har någon självständig position inom den straffrättsliga systematiken.

I straffprocessen är det dessutom åklagaren som för statens talan mot gärningsmannen, inte brottsoffret.¹⁸ Offret är därmed inte heller gärningsmannens motpart, vare sig i en teoretisk eller i en praktisk mening. Det gör att det inte finns någon självklar position inom straffrätten utifrån vilken man kan argumentera för brottsoffrets intressen. Det omedelbara kvinnoperspektiv som varit vanligt inom kvinnorätten blir därför näst intill omöjligt som utgångspunkt för en analys på området.¹⁹

Men ett sådant kvinno- eller offerperspektiv i någon form kan också vara en problematisk ansats av andra skäl. Om man ska diskutera straffrättsliga frågeställningar måste man kunna förhålla sig till hela den straffrättsliga läran och systematiken. Man måste alltså kunna diskutera både gärningsobjektet och gärningssubjektet och både teori och tillämpning, vilket redan av metodologiska skäl blir svårt att genomföra med en ansats som utgår ifrån "offret". Som vi ska se blir därför flera av de teoretiska och metodologiska utgångspunkter som hittills varit vanliga inom kvinnorätten inte lika självklara på straffrättens område.²⁰

Trots att de finns goda exempel på arbeten inom kvinnoforskning och kvinnorätt kring straffrättsliga frågeställningar, menar jag att det ändå finns ett behov av att diskutera de ideologiska och teoretiska förutsättningarna för att närma kvinnoforskningen till straffrätten. En sådan diskussion kan vara intressant redan därför att den kan bidra till att utveckla den kvinnorättsliga forskningen på det här området.

Det sätt på vilket man analyserar kvinnofrågor inom rättsvetenskapen har även konsekvenser för hur man argumenterar kring de rättsliga frågorna. Det innebär att det sätt på vilket man analyserar och kritiserar detta rättsområde har betydelse både för vad som uppfattas vara ett problem och vad som ses som en tänkbar lösning.

Det finns därmed intressanta samband mellan kvinnoforskningens teoretiska och analytiska förutsättningar och de möjligheter som kan finnas för att uppnå en alternativ straffrättslig argumentation. Därför blir också den argumentation som följer av olika positioner inom kvinnoforskningen av intresse för det här arbetet.

¹⁷ Se avsnitt 2.2.

¹⁸ Se avsnitt 2.5.

¹⁹ Ett försök att applicera ett omedelbart kvinnoperspektiv i form av ett offerperspektiv visar hur svårt det kan vara att relatera den kvinnopolitiska diskussionen till straffrätten som rättsområde, se vidare avsnitt 4.2.

²⁰ Se vidare kapitel 4. Att detta också får konsekvenser för möjligheterna att förändra lagstiftningen framgår av kapitel 5.

Offret som forskningstema kan dock vara intressant av andra skäl eftersom denna position måste anses vara eftersatt i den straffrättsliga forskningen, samtidigt som lagstiftaren på senare tid har valt att lägga ökad vikt vid just offrens utsatthet.

För att kunna uppnå en diskussion som kan vara relevant i förhållande till offrens situation, bör man enligt min mening, ägna särskild uppmärksamhet åt gärningssidan i den straffrättsliga systematiken, särskilt frågeställningar vilka aktualiseras i samband med kriminalisering.²¹

1.2.3 Vissa metodfrågor

Syftet med projektet är alltså att skapa möjligheter att närma kvinnoforskningen till straffrätten, för att härigenom kunna pröva de teoretiska och analytiska ansatser, argument och kunskaper som kan finnas inom kvinnoforskningen.

En viktig förutsättning för ett konstruktivt möte blir därför att det ska vara möjligt att placera kvinnoforskningens frågeställningar i det straffrättsliga sammanhang där de hör hemma. Man kan säga att det handlar om att "översätta" kvinnoforskningens diskussionsteman så att dessa kan ges straffrättslig relevans.

Det innebär att man behöver precisera några av de förutsättningar som bör vara uppfyllda för att ett möte mellan kvinnoforskningen och straffrätten ska kunna ge konstruktiva analytiska möjligheter. Enligt min mening finns det då minst fem viktiga krav man bör vara uppmärksam på.

(a) *Straffrätten som system*

Ett krav som jag redan varit inne på är att den analytiska ansats man väljer bör omfatta hela den straffrättsliga systematiken. Ovan pekade jag på några av de problem som kan uppstå om man försöker applicera ett klassiskt kvinnoperspektiv på straffrätten. Det sätt på vilket man närmar sig straffrätten måste därför kunna omfatta både gärningsmannen och offret, och både gärningssidan och den personliga sidan av straffrättens systematik.²²

Det här gör att man redan av metodologiska skäl kan få problem med att tala utifrån "kvinna", eller om "kvinnorättsliga" argument som en del av en tänkbar förändring av rättsordningen. Som vi ska se kommer straffrättens systematiska drag att innebära att man istället bör välja att tala om argument vilka på något sätt relaterar till "kön".²³

²¹ Se vidare avsnitt 1.4.

²² Däremot kommer inte alla sådana tänkbara frågeställningar att diskuteras i arbetet.

²³ Se vidare kapitel 4.2, samt de analyser som utförs i kapitel 5.

(b) Teori och tillämpning

Straffrättens teori bygger på ideologiska ställningstaganden vilka anger vissa principella förutsättningar för den argumentation som kan föras på området.

Det blir därför i det närmaste poänglöst att föra en diskussion endast på tillämpningsnivån, genom att exempelvis diskutera utformningen av lagstiftningen. Den ansats man väljer måste alltså även ge möjligheter att diskutera aktuella frågeställningar mot bakgrund av straffrättens teori.

I arbetet kommer jag därför att förhålla mig analytiskt till en indelning mellan en straffrättslig tillämpningsnivå och en teorinivå.

Den första avser straffrättsliga frågor vilka kräver att man relaterar till en faktisk verklighet²⁴, varför denna beteckning i första hand avser lagstiftnings- och tolkningsfrågor. Teorinivån avser däremot straffrättens lära och de ideologiska ställningstaganden rättsområdet bygger på.

I arbetet aktualiseras dessutom den straffrättsliga systematiken vilken med denna indelning kan relatera till båda dessa nivåerna. Systematiken följer av straffrättens teori, men vid tillämpning kräver denna även ställningstaganden till en faktisk verklighet.

Som vi ska se nedan är dock båda dessa nivåerna beroende av varandra varför bilden blir mer komplicerad. Både rättsordningens teorinivå och dess tillämpningsnivå relaterar till vissa teoretiska ställningstaganden, men även till någon form av beskrivning av verkligheten.

Ett skäl att skilja mellan dessa båda nivåerna är dock att man här har att göra med olika typer av frågeställningar inom straffrätten vilka även kan föranleda olika diskussionsteman inom kvinnoforskningen.

(c) Dekonstruktiva och rekonstruktiva analyser

Analyser av rättsliga frågor avser vanligen både utformningen av gällande rätt och tänkbara reformer av denna. Det innebär att en metodik för att närma kvinnoforskningen till straffrätten måste kunna hantera båda dessa frågeställningarna.

Inom rättsvetenskapen brukar man av tradition därför skilja mellan de lege lata resonemang och de lege ferenda resonemang. Eftersom det här arbetet har en annorlunda analytisk ansats jämfört med ett rättsdogma-

²⁴ Ordet "faktisk" är inte språkligt korrekt i sammanhanget. Termen faktisk syftar dock på den indelning mellan det faktiska och det föreställda som är mycket vanlig inom kvinnoforskningen. Att skilja mellan den konkreta och abstrakta verkligheten är inte heller aktuellt eftersom denna indelning rör en annan frågeställning, se vidare avsnitt 3.6. Att tala om den verkliga verkligheten hade inte varit vare sig språkligt eller teoretiskt funktionellt, vad som är verkligt i verkligheten kan diskuteras.

tiskt arbete vars syfte är att utröna gällande rätt, blir inte denna begrepps- bildning lika funktionell.

I arbetet kommer jag därför att kalla ansatser som handlar om att analysera frågeställningar vilka anknyter till dagens straffrätt för "dekonstruktiva" analyser. Denna term förknippas vanligen med en postmodern syn på vetenskapen, men eftersom arbetet handlar om att pröva många olika typer av ideologiska och teoretiska ansatser inom kvinnoforskningen avser detta begrepp inte ett ställningstagande till en viss analytisk ansats.

I arbetet avser "dekonstruktiva" analyser de ansatser som handlar om att studera den gällande straffrättsliga teorin, systematiken och lagstiftningen. Om man vill kan man säga att den dekonstruktiva ansatsen vanligen handlar om att "avslöja" något om straffrätten; vilka teoretiska förutsättningar man väljer i syfte att göra detta är en annan fråga.

De analytiska ansatser som handlar om möjligheterna att reformera straffrättens teori, straffrättslig lagstiftning eller tillämpningen av denna, kan därmed sägas vara "rekonstruktiva".

En viss dekonstruktiv ansats kan alltså göra det möjligt att visa på problem inom dagens straffrätt, men det är inte säkert att man därmed har skapat förutsättningar för att lösa dessa. Den fråga som gäller hur straffrätten i så fall bör rekonstrueras kan alltså kräva helt andra analytiska ansatser.

(d) Ett kritiskt förhållningssätt

När man närmar sig straffrätten som rättsområde blir det viktigt att vara uppmärksam på att detta område har en viss funktion, en viss teori och en viss systematik. Man kan därför säga att ett absolut krav för att det överhuvudtaget ska vara intressant att dra några slutsatser utifrån studier av straffrätten, är att man också tar hänsyn till att rättsområdet bygger på vissa förutsättningar.

En dekonstruktiv ansats kan ge möjligheter att analysera både straffrättens tillämpningsnivå och dess teorinivå, och då både på ett systemkritiskt och på ett systemtroget sätt.

En rekonstruktiv analys, vilken syftar till en förändrad lagstiftning eller tolkning, kräver däremot att argumentationen är trogen de ideologiska och teoretiska förutsättningar som systemet bygger på. Man kan säga att straffrättens dogmatiska karaktär leder till att den argumentation som anförs ideologiskt sett måste vara jämförbar med de förutsättningar som ligger till grund för det straffrättsliga systemet.²⁵

En rekonstruktion som på något sätt är systemkritisk kräver dock att man också anger förutsättningarna för en alternativ straffrättsteori. Ett

²⁵ Se vidare avsnitt 4.2.

försök att reformera straffrätten på något mer grundläggande sätt kräver därför sannolikt att man även anger de etiska ställningstaganden denna i så fall ska bygga på. Detta innebär att den rekonstruktiva frågan blir av särskilt intresse när man talar om kvinnoforskningens möjligheter på straffrättens område.²⁶

På samma sätt måste det sätt på vilket man väljer att närma kvinnoforskningen till straffrätten innebära att man kan förhålla sig kritiskt till de olika alternativa förutsättningar som kan finnas inom kvinnoforskningen. För att man verkligen ska kunna pröva kvinnoforskningens ansatser på straffrättens område, måste det därför vara möjligt att pröva flera tänkbara alternativ så förutsättningslöst som möjligt.

Det kan även innebära att man kan bli tvungen att förkasta argument som kan följa av vissa ansatser inom kvinnoforskning därför att dessa inte är funktionella, trots att de kan vara politiskt relevanta.

(e) Verklighet och teori

Straffrätten är att betrakta som en teoretisk konstruktion. Men denna konstruktion har också en praktisk tillämpning: straffrättsliga argument kommer slutligen att ha konsekvenser för enskilda människors liv.

Även kvinnoforskningen kan sägas ha en teoretisk och en praktisk sida, där den senare vanligen avspeglas i jämställdhetspolitiken. Vi talar även då om ett slags samhällsstyrning vilken dock vanligen inte leder till jämförbara ingrepp i människors självbestämmande.

Det finns därför i utgångspunkten en radikal skillnad mellan kvinnoforskningen och straffrätten på så sätt att den straffrättsliga argumentationen alltid har normativa och repressiva konsekvenser. Det innebär också att de teorier vi lägger till grund även måste ge godtagbara förutsättningar för att tala om den enskilda människan.

1.3 Att sammanföra två teoretiska konstruktioner

1.3.1 Människan som gemensam nämnare

Om man jämför de två forskningsområdena med varandra kan man se att de ändå har många gemensamma drag. Både straffrätten och kvinnoforskningen kan sägas vara teoretiska konstruktioner kring ett visst tema, där själva syftet är att hantera företeelser i samhället som av olika skäl uppfattas som problematiska.

²⁶ Denna aspekt kommer därför att uppmärksammas särskilt i kapitel 4–6.

Båda forskningsområdena innehåller dessutom en säregen begreppsvärld. Man kan till och med säga att mycket av själva forskningsverksamheten handlar om att precisera begrepp i syfte att applicera dessa på den problematik man är intresserad av att lösa.

Ett annat och mycket viktigt gemensamt drag är att både straffrätten och kvinnoforskningen är påtagligt beroende av ideologiska ställningstaganden. Frågan är om det överhuvudtaget skulle vara möjligt att argumentera inom ramen för dessa områden utan att samtidigt utgå ifrån någon form av ideologiskt ställningstagande.

Historiskt sett finns här också en viktig gemensam nämnare: den moderna straffrätten och den politiska feminismen kan ses som resultat av samma ideologiska utveckling. Det handlar då om upplysningstidens ideal, men framförallt om framväxten av idén om de mänskliga rättigheterna.²⁷

Inom straffrätten har det liberala idealet om människans rätt till individuell frihet kommit att ges stor ideologisk betydelse, särskilt vid utformningen av områdets många principer och begrepp. På samma sätt har detta ideal varit av avgörande betydelse för framväxten av ett kvinnopolitiskt krav om en individuell frihet även för kvinnor.²⁸

Straffrätten och kvinnoforskningen har därför också det gemensamt att de handlar om problem som berör både det faktiska och det teoretiska. Vid studier inom dessa områden uppstår många olika typer av frågeställningar som kan gälla empiriska, politiska, ideologiska och etiska aspekter av tillvaron. Den kunskapsproduktion som sker baserar sig på olika typer av antaganden om tillvaron; det kan handla om ideologiska förutsättningar likaväl som erfarenheter av hur saker och ting ter sig i verkligheten.

Det är också i detta sammanhang som straffrätten och kvinnoforskningen i grunden hanterar samma problem, det handlar om att utifrån olika ideologiska ställningstaganden teoretisera verkligheten.

Straffrätten är dessutom till sin konstruktion beroende av tolkningar av verkligheten på flera plan, medan kvinnoforskningen i hög grad handlar om på vilket sätt man bör förstå denna "verklighet".²⁹

I detta sammanhang kan dessutom en viktig faktor sägas vara gemensam för straffrätten och kvinnoforskningen som kunskapsområden: Båda hanterar "människan" både teoretiskt och praktiskt. Inom straffrätten

²⁷ Evans (1979), s. 17–30.

²⁸ Även den tidiga kvinnoforskningen kan sägas återspegla sådana ideal framförallt när det handlar om synen på människan. Se vidare kapitel 3.6.2.

²⁹ Se vidare avsnitt 1.3.3 samt kapitel 3.

talas man om människan i flera olika former: den faktiska människan, föreställningar om människan, de rättsliga konstruktionerna kring ”människa” och inte minst de etiska aspekter som följer av ideologin kring ”den fria individen”.

Varför man väljer att skydda människan överhuvudtaget och på vilket sätt detta i så fall görs, handlar därför ytterst om hur man uppfattar denna. Det sätt på vilket man argumenterar inom straffrätten kommer därför alltid att på något sätt falla tillbaka på antaganden kring just människan.

Kvinnoforskningen handlar om frågor som berör ”kön”, vilket i sin tur är ett temaområde som är betydligt mer omfattande än vad som rent allmänspråkligt kan sägas avses med just ”kön”. Inom kvinnoforskningen talar man exempelvis om kön hos den faktiska människan, föreställningar kring kön hos människan (eller den föreställda människan), kön som organisationsprincip, konstitueringen av kön hos människan eller i samhället, samt kön som meningsskapande faktor.³⁰

Frågor som relaterar till kön inom kvinnoforskningen kan därför handla om olika aspekter av tillvaron och därmed också om frågeställningar vilka kan vara relevanta i förhållande till straffrätten på olika sätt.

För att strukturera framställningen av kvinnoforskningen i arbetet kommer jag att fokusera på två centrala infallsvinklar på diskussionen kring kön inom detta forskningsområde.

Den ena aspekten handlar om innebörden av könsfaktorn, medan den andra avser de frågor som gäller synen på kunskap vilka uppstår som en följd av det sätt på vilket man preciserar innebörden av kön.³¹

Arbetet aktualiserar därmed två för kvinnoforskningen mycket grundläggande frågeställningar, vilka dessutom kan beröra straffrätten på olika sätt. I det följande kommer jag därför att försöka visa varför just dessa infallsvinklar är intressanta i förhållande till straffrätten.

1.3.2 Beskrivningar av verkligheten och människan i straffrätten

För att det ska bli möjligt att överföra kvinnoforskningens diskussioner kring kunskap och kön till straffrättens område, krävs en infallsvinkel på straffrätten där dessa frågeställningar kan ges relevans. En möjlighet blir

³⁰ Se vidare avsnitt 3.1.

³¹ Se vidare avsnitt 1.3.2 samt 3.1.

då att relatera diskussionen kring kön och kunskap till de "beskrivningar" av människan och verkligheten som förekommer inom straffrätten.³²

Straffrätten relaterar till verkligheten på flera sätt, det gäller både på tillämpnings- och på teorinivå. För att man överhuvudtaget ska kunna skapa regler och sedan tolka dessa krävs en beskrivning av verkligheten.

Även konstruktionen av den fria individen på straffrättens teorinivå innefattar vissa referenser till en faktisk verklighet, i form av en människa i ett visst socialt sammanhang.³³

Oavsett på vilken teoretisk eller systematisk nivå man talar om verkligheten inom straffrätten är det dock viktigt att understryka att man talar om någonting som i princip alltid utgör en "konstruktion". Vi talar i praktiken aldrig om verkligheten i någon faktisk mening inom straffrätten, utan alltid om en beskrivning av denna. Även den rättsliga process som syftar till att bedöma enskilda händelser utgår ifrån faktorer som på olika sätt redan anpassats till den rättsliga formen: i form av gärningsbeskrivningen, tillgänglig bevisning och liknande.

På motsvarande sätt bygger de bedömningar som görs av människor på förutsättningar vilka kan innefatta många olika typer av ställningstaganden: i form av argument vilka följer av straffrättsteorin, vetenskapliga premisser, kulturella föreställningar, empiriska studier, erfarenheter och antaganden. Det sätt på vilket straffrätten hanterar människan bygger därför på vissa rättsliga förutsättningar, men också på mer allmänna föreställningar kring verkligheten och människan. Alla dessa kan därför sägas utgöra en del av straffrättens kunskapsunderlag.

En konstruktiv lösning på problemet med att sammanföra kvinnoforskningen och straffrätten kan därför vara att behandla dessa som två kunskapsområden, där båda dessa på olika sätt hanterar frågor kring beskrivningen av verkligheten och människan.

Denna gemensamma utgångspunkt ger därför möjligheter att, utifrån de olika könsteoretiska och kunskapsteoretiska premisser som kan återfinnas inom kvinnoforskningen, experimentera med olika tänkbara utgångspunkter för en argumentation kring verkligheten och människan i straffrätten.

³² Beskrivningen av människan utgör ett specialfall av beskrivningen av verkligheten. Det kan dock finnas skäl att skilja mellan dessa. Ett utmärkt exempel på detta är den diskussion kring sexualiteten som kommer att föras i kapitel 5. Vilken innebörd man ger begreppet sexualitet är beroende av hur man beskriver denna i sig, men också vilken syn på människan man utgår ifrån. Se vidare avsnitt 3.6–3.7.

³³ Se avsnitt 1.4.1 och 2.2.5.

1.3.3 Kön och kunskap

I kapitel 3 kommer jag att ge en närmare introduktion till kvinnoforskningen. En distinktion som jag har valt att göra i arbetet handlar om att skilja mellan könsteorin och kunskapsteorin som två olika infallsvinklar på könsfrågorna inom kvinnoforskningen. Ett skäl till detta är att man vanligen behöver ta ställning till båda dessa aspekterna när man diskuterar rättsliga frågeställningar.³⁴ Vad jag vet har den här indelningen inte gjorts på något uttalat sätt tidigare inom kvinnorrätten i Norden, även om båda frågeställningarna varit aktuella inom denna forskning.

Jag kommer därför att för det första diskutera några frågor som rör kön inom forskningen. *Kön som forskningsobjekt* implicerar i detta sammanhang flera olika frågeställningar som handlar om vilket tema det är som studeras och vilka förutsättningar som läggs till grund för studierna. I vissa fall handlar den senare frågan även om att precisera innebörden av kön som en viktig aspekt av de förutsättningar man anger för sin forskning.³⁵

Forskningsobjektet ”kön” kan innefatta väldigt många olika typer av frågeställningar, betydligt fler aspekter av tillvaron än vad som allmänspråkligt avses med ”kön”. Som jag har varit inne på ovan kommer arbetet att särskilt belysa problem som gäller hur människan beskrivs i rättsordningen. Den frågeställning som blir central i arbetet handlar därför om hur man kan eller bör uppfatta kön hos människan.

Det kan därför vara viktigt att redan inledningsvis understryka att kön hos människan, inom kvinnoforskningen endast undantagsvis handlar om studier av faktiska människor, eller om hur ”människor faktiskt är”. Den centrala frågan handlar istället om den föreställda människan, alltså om förutsättningarna för att tala om kön hos människan.³⁶

Det här är en infallsvinkel som också är relevant för rättsvetenskapen eftersom frågan om hur man principiellt sett bör förhålla sig till könsfaktorn kan vara av avgörande betydelse för det sätt på vilket man argumenterar kring människan i olika rättsliga sammanhang. *En central fråga i arbetet blir då vilken syn på människan som bör ligga till grund för straffrättens konstruktioner.*

³⁴ I senare års kvinnorrättsliga forskning förekommer det att man väljer att precisera sina könsteoretiska förutsättningar i form av ett sk. könsbegrepp. Man bör dock vara uppmärksam på att det inte är givet att man därmed även har tagit ställning till kunskapsfrågorna. Inom rättsvetenskapen är dock de senare centrala exempelvis för frågan om hur man legitimerar en kriminalisering. Se vidare avsnitt 3.1 och 3.6 om könsbegrepp. I kapitel 4 diskuteras frågor som gäller könsbegrepp inom kvinnorrätten.

³⁵ Kön som forskningsobjekt anknyter därför till den diskussion som förts kring s.k. könsbegrepp, se vidare avsnitt 3.1.

³⁶ Se avsnitt 3.6.

För det andra kommer arbetet att belysa de kunskapsfrågor vilka uppstår som en konsekvens av diskussionen kring kön inom kvinnoforskningen. I arbetet kommer denna aspekt av kvinnoforskningen framförallt att beröra frågan om kunskapen om verkligheten i straffrätten: vad är att uppfatta som en sann beskrivning av verkligheten (eller människan), och på vilket sätt kan man i så fall legitimera denna beskrivning?

Det finns inte några självklara gränser mellan de två infallsvinklar som jag har försökt skissera här, de utgör på sätt och vis olika sidor av samma diskussion. Båda infallsvinklarna kan dessutom vara relevanta i förhållande till både straffrättens tillämpningsnivå och dess teorinivå.

Enligt min mening kan dock en sådan indelning bidra till att strukturera den betydelse kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap kan ha för straffrätten. När det gäller den diskussion kring beskrivningen av verkligheten och människan som blir aktuell i arbetet, kan denna indelning vara särskilt viktig eftersom den kan bidra till att skapa olika infallsvinklar i förhållande till straffrätten.³⁷

Med utgångspunkt i dessa två frågeställningar inom kvinnoforskningen kommer jag sedan att presentera tre modeller vilka sammanfattar några olika teoretiska och ideologiska positioner. Modellerna kan sedan prövas mot den argumentation som förs på olika nivåer inom straffrätten.

1.4 Människan i straffrätten

1.4.1 Människa och individ

Den gemensamma utgångspunkten för ett möte mellan straffrätten och kvinnoforskningen blir därmed beskrivningen av "människan", en frågeställning vilken dessutom förekommer på flera nivåer inom straffrätten.

På straffrättens tillämpningsnivå talar vi exempelvis om den faktiska människan, den som begår brott eller blir utsatt för brott. Medan man på systemnivå vanligen talar om gärningsobjektet eller gärningssubjektet, alltså den rättsliga konstruktionen av offret och gärningsmannen. På teorinivån finner man sedan "individen" vilken är central för straffrätten eftersom konstruktionen anger de etiska ställningstaganden rättsområdet bygger på.

³⁷ Som vi ska se innefattar konstruktionen av den fria individen på straffrättens teorinivå vissa referenser till en beskrivning av en människa, se avsnitt 2.2.5. På tillämpningsnivån är beskrivningen av människan avgörande för vad som uppfattas som kränkande, se avsnitt 2.5 och kapitel 5. Beskrivningen av människan och verkligheten har betydelse för vad som anses kunna kriminaliseras. I detta sammanhang är det även av betydelse hur man legitimerar den beskrivning man utgår ifrån, se avsnitt 2.2.2–2.2.4, 6.2 och 6.3.1.

Eftersom jag har valt att tala om straffrätten som ett kunskapsområde där frågan om beskrivningen av verkligheten är central, kommer jag att i huvudsak tala om just "människan". Denna term kan då relatera till alla tänkbara frågeställningar inom straffrätten vilka implicerar en beskrivning av en människa.

Termen "individ" avser däremot den teoretiska konstruktion av människa som är av grundläggande betydelse för de ideologiska ställningstaganden som straffrätten bygger på. "Indviden" förekommer därför i första hand på straffrättens teorinivå.³⁸

Som vi ska se finns det många analytiska fördelar med att diskutera utifrån människan i straffrätten, framförallt därför att man därigenom kan tillfredsställa de krav som ställdes i avsnitt 1.2.3.³⁹

Men här finns också en annan och viktigare aspekt vilken handlar om behovet av att sammanföra kvinnoforskningen med straffrätten på ett mer principiellt plan.

Straffrätten skyddar "indviden" därför att människans individuella frihet i sig utgör ett värde som bör skyddas.⁴⁰ För att man ska kunna skapa garantier för ett sådant rättsligt skydd måste man beskriva en människa som har förutsättningar för att besitta en sådan individuell frihet. Den "individ" som straffrätten talar om utgör därför ett slags ideal, vilket utgår ifrån en beskrivning av en människa som har kapacitet att fatta egna beslut oberoende av andra.

Eftersom straffrätten är ett värdesystem finns det därför också vissa samband mellan den konstruerade individen på den teoretiska nivån och den straffrättsliga argumentation som förekommer kring människan på tillämpningsnivån. Det blir därför viktigt att understryka att det också finns ett samband mellan de frågor kvinnoforskningen ställer kring kön och kunskap, och straffrätten som etik.

Det innebär också att frågan om hur man bör behandla kön (hos människan) inom rättsordningen i första hand är en etisk fråga och inte en fråga om motsättningar mellan olika politiska intressen.

³⁸ I den mån jag kommer in på människan i ett konkret sammanhang kommer jag att i första hand tala om "den faktiska människan", istället för "den enskilde individen".

³⁹ Se avsnitt 1.5.1.

⁴⁰ Denna ideologiska utgångspunkt gäller även de skyddsobjekt som anges för de enskilda kriminaliseringarna av brott mot person. Den fria individen är då bärare av vissa preciserade fri- och rättigheter, se vidare kapitel 2.

1.4.2 Fokus på den kränkta parten

Den debatt som har förekommit kring kvinnor och straffrätt har i första hand handlat om frågeställningar som berör brottsoffrens situation. En tänkbar förklaring till detta är förstås att kvinnor i huvudsak möter straffrätten i egenskap av att vara brottsoffer, och att det därför också är i detta sammanhang som kritiken mot rättssystemet uppkommer.

Eftersom ett viktigt syfte med avhandlingen är att försöka möta den debatt som förts kring straffrätten faller det sig därför naturligt att behandla frågeställningar som kan vara relevanta i förhållande till offret.

Som jag har varit inne på tidigare innebär inte det att man med nödvändighet måste välja "offret" som metodologisk utgångspunkt. Däremot blir det viktigt att lyfta fram frågeställningar vilka är av central betydelse för hur straffrätten behandlar gärningsobjektet.⁴¹

Ur straffrättslig synvinkel är detta också frågeställningar som behöver studeras ytterligare eftersom dagens kriminalpolitik i hög grad handlar om att stärka brottsoffrens rättsskydd. Här finns dessutom ett allmänt kunskapsbehov därför att den straffrättsliga systematiken gärna leder till att den rättsvetenskapliga forskningen i första hand fokuserar på frågor som gäller gärningssubjektet.⁴²

Jag kommer därför att koncentrera mig på frågeställningar som berör den människa som blir utsatt för kränkningar: på den faktiska nivån i form av brottsoffret, på den systematiska nivån i form av gärningsobjektet och på den teoretiska nivån i form av den individ straffrätten skyddar.

Vid en kriminalisering anges det skyddade värdet, alltså den mänskliga fri- och rättighet som kriminaliseringen ska skydda. Därefter preciseras den gärning som ska omfatta den kränkning som uppstår på det individuella planet. Det är sedan definitionen av denna gärning som ligger till grund för bedömningen av den individuella kränkningen och graden av straffvärde i det enskilda fallet.

Det är därför i detta sammanhang som förutsättningarna för att bedöma brottsoffret anges, och det är även här som frågor kring straffrätten som gemensamt värdesystem aktualiseras. Det innebär att arbetet därför i det närmaste helt kommer att ägnas åt frågor som uppstår på straffrättens gärningssida.

En analytisk infallsvinkel som bygger på människan inkluderar självfallet gärningssubjektet, en ansats som handlar om beskrivningen av människan kan därför också prövas i förhållande till denna straffrättsliga konstruktion. En sådan analys hade dock framförallt aktualiserat den

⁴¹ Se vidare avsnitt 2.5.

⁴² Jfr Andersson (2004), vilken argumenterar utifrån "rättsskyddssubjektet", se vidare avsnitt 4.5.

personliga sidan av brottsbegreppet, frågeställningar vilka också varit aktuella i den allmänna debatten.⁴³

Jag väljer dock att lägga denna särskilda straffrättsliga problematik åt sidan eftersom den inte är avgörande för de frågeställningar som kommer att diskuteras i det här arbetet.⁴⁴ De förutsättningar som preciseras genom kriminaliseringen är dock av grundläggande betydelse även för bedömningen av skuldfrågan. Gärningsdefinitionen i straffbudet anger exempelvis ramarna för de krav som kan ställas till den enskilde gärningsmannens personliga ansvar.⁴⁵

1.4.3 Människa och kränkning

Av grundläggande betydelse vid varje kriminalisering är frågan om vad som är en straffrättsligt relevant skada i förhållande till det skyddade värdet, och vad som därmed kan vara en straffrättsligt relevant kränkning hos den människa som drabbas.⁴⁶

Preciseringen av vad som är en straffrättsligt relevant skada förutsätter därför en argumentation vilken relaterar till den individ som straffrätten skyddar. När man däremot anger vad som är en kränkning på det individuella planet krävs även en beskrivning av en människa.

Som vi har sett anger straffrättens teorinivå viktiga premisser för den straffrättsliga argumentationen, framförallt genom ideologin kring den fria individen. Därmed skapas även vissa grundläggande förutsättningar för hur man bör argumentera kring människan på tillämpningsnivån.

Ideologin kring den fria individen är dock i första hand ett uttryck för ett etiskt ideal vilket anger ramarna för hur man bör hantera människan i straffrätten. Det är däremot ingen teori om hur människan i sig bör beskrivas. Man kan därför ifrågasätta om det etiska idealet är tillräckligt för att beskriva en människa i en viss social situation. Det sätt på vilket verkligheten och människan beskrivs i straffrätten kräver i praktiken ytterligare ställningstaganden.⁴⁷

Här finns därför uppenbara möjligheter att pröva kvinnoforskningens könsteorier, eftersom diskussionen kring kön hos människan i grunden handlar om förutsättningarna för att tala om människan.

⁴³ Jfr diskussionen om införandet av ett oaktshetsbrott för vissa våldtäktsfall, se vidare avsnitt 2.1.

⁴⁴ Se vidare avsnitt 2.1; Jfr dock vissa frågor kring klander, se avsnitt 5.4.7.

⁴⁵ Se vidare avsnitt 2.4.

⁴⁶ Inte alla skador eller kränkningar är straffrättsligt relevanta, se vidare avsnitt 2.2.2–2.2.4.

⁴⁷ Se vidare avsnitt 2.2.5 om etiska och sociala teorier.

I arbetet kommer jag därför att ge några exempel på den betydelse beskrivningen av människan har för utformningen av den straffrättsliga argumentationen. Det gäller framförallt frågor kring innebörden av den individuella kränkningen och de bedömningar av straffvärde som görs i vissa fall. En annan intressant frågeställning i sammanhanget handlar om de konsekvenser systematiken innebär för straffrättens hantering av brottsoffret.⁴⁸

Den valda ansatsen bryter därmed med en tradition där frågor kring kriminalisering diskuteras utifrån straffrätten som en form av samhällsstyrning.⁴⁹ Härigenom blir det möjligt att visa att de diskussionsteman som förekommer inom feminismen inte omedelbart kan placeras i traditionella konflikter som rör straffrätten som ett medel för samhällskontroll.

Som vi ska se är det istället mycket som tyder på att den kritik som riktats mot straffrätten i hög grad handlar om vilka förutsättningar som bör läggas till grund för beskrivningen av människan och verkligheten. Denna analytiska ansats kan därför ge nya intressanta infallsvinklar på klassiska straffrättsliga problem.

1.5 Framställningen

1.5.1 Sammanfattning

Ovan har jag visat att det kvinnoperspektiv som vanligen läggs till grund för kritiken i den allmänna debatten, inte är lika givet som teoretisk eller metodologisk utgångspunkt för en studie av straffrätten. I avsnitt 1.2.3 pekade jag sedan på några av de krav som bör ställas till en kvinnorrättslig ansats på straffrättens område.

Genom att utgå ifrån "människan" stället för "offret" blir det möjligt att tala om gärningsobjektet och gärningssubjektet utifrån samma analytiska förutsättningar. En annan sak är att man kan välja att prioritera frågeställningar som i första hand är relevanta i förhållande till offret, eller som på annat sätt är avgörande för straffrättens sätt att hantera offret. För det här arbetet innebär det att analysen i första hand kommer att aktualisera straffrättens gärningssida samt de principiella förutsättningar som ligger till grund för utformningen av denna.

⁴⁸ Se vidare kapitel 5.

⁴⁹ Se vidare avsnitt 2.6.

En annan fördel med att tala om straffrättsliga problem utifrån "människan" är att denna förekommer både på teori- och tillämpningsnivå, varför det blir möjligt att även diskutera i relation till straffrättens systematiska och ideologiska förutsättningar.

Som jag redan varit inne på kan denna analytiska ansats tillämpas både dekonstruktivt och rekonstruktivt. Man kan ställa frågan om hur straffrätten beskriver verkligheten i ett visst sammanhang, men också hur man i så fall menar att denna bör beskrivas.

Genom denna ansats blir det också möjligt att förhålla sig kritiskt till kvinnoforskningen. Framförallt därför att man härigenom kan pröva flera olika sätt att tänka kring kunskap och kön utan att ta ställning till något av dessa på förhand. Därmed kan man även pröva de argument som produceras genom kvinnoforskningens ansatser både dekonstruktivt och rekonstruktivt. Vi kan alltså både ställa frågan om den kritik som framförs är relevant, men också frågan om de förutsättningar kritiken bygger på kan ge ett underlag för en reform av straffrätten.

Det senare kräver att man analyserar de konsekvenser olika könsteoretiska ställningstaganden kan ha för en rekonstruktion av rättsordningen. En sådan ansats kan därmed förhoppningsvis bidra till att skapa en mer dynamisk debatt vilken även kan bidra till att utveckla den kvinnopolitiska argumentation som förs på området.

Det finns överhuvudtaget väldigt många olika faktorer som kan styra beskrivningen av "människan" i straffrätten och en analys kring denna beskrivning kan därför bli mer komplex än en diskussion som handlar om straffrättsliga argument som uttryck för en könskultur. Den senare frågan kan endast diskuteras i mycket generella termer, och som vi ska se även oberoende av vilken straffrättslig frågeställning som faktiskt är aktuell.

1.5.2 Disposition

I detta inledande kapitel har jag försökt beskriva arbetets grundläggande förutsättningar. I första hand hur dessa två forskningsområden kan mötas och vilka krav som då bör ställas till metodiken. Eftersom arbetet handlar om vad ett möte mellan straffrätten och kvinnoforskningen principellt sett kan innebära, blir dock metod- och teorifrågorna ett genomgående tema i arbetet.

I kapitel 2 kommer jag att inleda med att ge en kort *introduktion till straffrätten*. Eftersom jag har betonat vikten av att vara uppmärksam på straffrättens egna förutsättningar kan det vara på sin plats att ge en viss bakgrund till den straffrättsliga läran. För den som inte har intresserat sig för straffrätt tidigare kan det även finnas ett behov av vissa förkun-

skaper för att man överhuvudtaget ska kunna ta del av de diskussioner som förs.

En sådan introduktion kan också göra det möjligt att placera de diskussionsteman som förekommer i arbetet i relation till straffrättens systematik. Framställningen är därför anpassad efter de frågeställningar som diskuteras i avhandlingen. I kapitel 2 kommer jag även att visa på problem som kan uppstå när man försöker överföra kvinnoforskningen på straffrättens område, särskilt men hänsyn till offrets position i straffrätten.

Kapitel 3 handlar om *kvinnoforskning*, vilket här alltså är ett samlingsbegrepp för flera olika forskningsinriktningar. Den framställning som ges är på olika sätt anpassad till de frågeställningar som arbetet handlar om, syftet är alltså inte att ge någon fullständig presentation av själva forskningsområdet. I kapitlet introduceras därför detta forskningsområde i korta drag, med huvudsaklig tonvikt på vissa grundläggande frågeställningar kring kunskap och kön. Tre argumentationsmodeller presenteras vilka får stor betydelse såtillvida att de anger grunderna för de analyser som genomförs i arbetet.

Den frågeställning som får avgörande betydelse i arbetet handlar om de ideologiska skillnader som kan identifieras i diskussionen kring kön hos människan. I kapitel 3 ställs därför två mycket olika sätt att uppfatta kön hos människan mot varandra. Dessa två olika ideologiska ansatser prövas sedan mot det sätt på vilket människan beskrivs i olika straffrättsliga sammanhang.

Kapitel 4 handlar om *kvinnorättslig forskning*. Framställningen bygger på ett antal texter vilka får bilda bakgrund för en diskussion kring vissa principiella frågeställningar vilka uppstår när man försöker överföra kvinnoforskningens diskussioner till rättsvetenskapens område.

De textexempel som ges är att uppfatta som dekonstruktiva såtillvida att de syftar till att analysera kön i dagens rättsordning. De frågeställningar som diskuteras handlar i huvudsak om konstitueringen av kön i rätten, i första hand om och i så fall hur kön har betydelse även inom rättsordningen. I denna del kommer jag att diskutera de könsteoretiska och kunskapsteoretiska problem som kan följa av de ansatser texterna representerar, samt vilka rekonstruktiva förutsättningar dessa kan innebära för en reform av straffrätten.

I kapitel 5 diskuteras frågor kring *kön och kunskap i straffrätten* med utgångspunkt i olika reformförslag kring våldtäkt BrB 6:1 och grov kvinnofridskränkning BrB 4:4a st. 2. Framställningen handlar om hur beskrivningen av verkligheten, och då särskilt de förutsättningar man lägger till grund för att tala om människan, påverkar den straffrättsliga argumentationen. Det gäller framförallt vid bedömningar av straffrättsliga

frågeställningar såsom straffvärde och kränkning. I kapitlet diskuteras både reformförslag där man valt att inte problematisera könsfaktorn, och förslag vilka utgått ifrån ett ställningstagande till könsfaktorn.

Kapitel 6 sammanfattar de *beskrivningar av verkligheten och människan* vilka förekommer i debatten kring kriminaliseringen av våldtäkt. Dessa är intressanta därför att de uttrycker olika förutsättningar för att tala om skada och kränkning vid våldtäkt. Det blir därmed möjligt att utifrån dessa exempel precisera var de stora skiljelinjerna idag går i frågan om straffrätten som etik. Arbetet avslutas med frågan om kvinnoforskningen kan ge en alternativ etisk grund för straffrätten.

2 Om straffrätt

2.1 Inledning

2.1.1 Avgränsningar

I föregående kapitel poängterade jag hur viktigt det är att man vid studier av straffrättsliga frågeställningar också tar hänsyn till de premisser som rättsområdet i sig vilar på. Det är viktigt för att de analyser som genomförs ska kunna uppfattas som relevanta i förhållande till de straffrättsliga frågeställningar som diskuteras.¹

I kapitel 1 framhölls också att kvinnoforskningens diskussion kring kunskap och kön kan vara särskilt intressant i förhållande till hur man beskriver verkligheten och människan på detta rättsområde. Syftet med kapitel 2 är därför att presentera den straffrättsliga sidan av förutsättningarna för att sammanföra kvinnoforskningen och straffrätten.

Jag kommer att gå igenom vissa grundbegrepp inom straffrätten samt ge en kort beskrivning av den straffrättsliga systematiken. Jag kommer också att visa på de analytiska infallsvinklar som blir av intresse för arbetet. Framställningen syftar därför framförallt till att ge en bakgrund till senare teoretiska och metodologiska resonemang.² Det kan därför vara viktigt att vara uppmärksam på att den framställning av straffrätten som ges i det här kapitlet är anpassad efter de frågeställningar som blir relevanta i arbetet. Mot denna bakgrund kan det vara bra att redan inledningsvis göra vissa avgränsningar.

Som jag har varit inne på kommer jag att koncentrera mig på gärningsidan i den straffrättsliga systematiken,³ och då särskilt de frågeställningar som blir aktuella i samband med kriminalisering.⁴ Eftersom arbetet syftar till att möta en kvinnodebatt på området kommer jag att i första

¹ Det senare blir helt avgörande för att den kritik som framförs också ska kunna påverka rättsområdets utformning.

² Det innebär att jag senare i arbetet endast kommer att hänvisa tillbaka till detta kapitel.

³ Se vidare avsnitt 2.3.

⁴ Angående kriminalisering, se avsnitt 2.2.

hand uppmärksamma frågeställningar som berör straffrättens gärningsobjekt.⁵

En konsekvens av den infallsvinkel jag har valt blir att analyserna endast i liten grad kommer att beröra den personliga sidan av brottsbegreppet.⁶ Nedan anges därför endast några mycket grundläggande förutsättningar för bedömningen av uppsåt, eftersom samtliga straffbud som aktualiseras i arbetet avser just uppsåtsbrott.

I debatten har det på senare tid förekommit krav på ett förändrat ansvar vid våldtäkt, såtillvida att man har önskat att definiera ett alternativt oaktsamhetsbrott.⁷ Detta är dock en mycket oavklarad diskussion och en analys av denna frågeställning kräver en mer ingående diskussion kring det personliga ansvaret.⁸ Man kan dock redan med hänsyn till straffrättens systematik vara tveksam till om det är på detta sätt som våldtäktsproblematiken kan eller bör lösas. Som jag nämnt tidigare är de konstruktioner man väljer på gärningssidan av brottsbegreppet avgörande för vad gärningsmannens ansvar ska omfatta.

De exempel som ges i arbetet kommer i huvudsak att kretsas kring kriminaliseringen av våldtäkt (BrB 6:1). Våldtäktsbrottet är av särskilt intresse i sammanhanget därför att det har varit ett huvudtema i debatten kring kvinnors straffrättsliga villkor. För feminismen framstår dessutom våldtäkten som själva symbolen för ett förtryck av kvinnor. Som vi ska se har sexualbrotten även varit centrala för den straffrättsliga diskussionen kring kriminalisering.⁹

Den kritik som framkommit i den allmänna debatten har i hög grad kretsats kring gärningskonstruktionen samt vissa straffvärdebedömningar. Det har då framförallt handlat om rättsliga lösningar som har sin grund i ställningstaganden till innebörden av den individuella kränkningen.

Arbetet kommer därför att behandla några straffrättsliga teman vilka alla har det gemensamt att de kan säga oss något om vilka förutsättningar som läggs till grund vid preciseringen av innebörden av den individuella kränkningen.

⁵ Gärningsobjektet är den eller det som blir utsatt för den straffbara gärningen, eller brottsoffret i straffrättens systematik. Se vidare avsnitt 2.5.

⁶ Brottsbegreppet består av en gärningssida och en personlig sida. Se vidare avsnitt 2.3–2.4; Som vi ska se i avsnitt 4.2 är det svårt att applicera en traditionell kvinnorrättslig ansats på uppsåtsproblematiken.

⁷ I norsk rätt har en våldtäktsbestämmelse som förutsätter grov oaktsamhet införts, se Straffeloven 192 §.

⁸ Davion (1999) s. 239, skriver att bedömningar av oaktsamhet vanligen kräver någon form av standard, varför bedömningar av personlig culpa riskerar att leda till att man måste ta ställning till vad som är "god" sexualitet. Se vidare avsnitt 6.2.6.

⁹ Avsnitt 2.2.2–2.2.5.

Eftersom arbetet syftar till att sammanföra kvinnoforskningen med straffrätten ges flera exempel på hur en ansats i kvinnoforskningen kan påverka förutsättningarna för hur man preciserar och bedömer denna kränkning. Det gäller särskilt det sätt på vilket man beskriver människan i straffrätten.¹⁰

En annan kriminalisering av intresse i ett sådant sammanhang är grov kvinnofridskränkning (BrB 4:4a st. 2) eftersom denna tillkommit som en direkt konsekvens av den debatt som förts kring kvinnors utsatthet för våld.¹¹ Grov kvinnofridskränkning är en kriminalisering som aktualiserar flera principiella problem som uppstår när man önskar att utforma en kriminalisering med hänsyn till kvinnors livsvillkor. Kriminaliseringen aktualiserar därför principiella frågor om vilken funktion könsfaktorn kan eller bör ges inom straffrätten.¹²

Utöver dessa kommer jag också att i begränsad utsträckning hänvisa till kriminaliseringen av misshandel (BrB 3:5–6). Detta är ett brott som har varit omdiskuterat framförallt när det gäller våld i hemmet. Straffbudet aktualiseras dessutom indirekt eftersom fysiskt våld ingår som en del av rekvisiten i de kriminaliseringar som redan nämnts.

Avhandlingen kommer inte att innefatta någon rättsdogmatisk eller rättshistorisk framställning av de aktuella straffbuden. De straffbud som presenteras kommer endast att användas som exempel på hur man kan argumentera beroende av hur man beskriver människan och verkligheten, och vilka konsekvenser olika typer av argument kan ha för utformningen av straffrätten.¹³ De straffrättsliga premisser som gäller för de frågeställningar som aktualiseras diskuteras därför endast kortfattat i detta kapitel, samt i viss mån i kapitel 5.

I de diskussioner som kommer att föras i arbetet är det sätt på vilket människan beskrivs av central betydelse. Jag har därför valt att avgränsa framställningen till straffbara gärningar vilka kan föranleda en mer principiell diskussion av de förutsättningar straffrätten anger för skyddet av individen. Det innebär att jag inte kommer att gå in på rättsliga frågor

¹⁰ Sedan 2005 omfattar våldtäktskriminaliseringen även vissa former av straffbart utnyttjande vilka tidigare var placerade i BrB 6:3. Gränsdragningen mellan dessa gärningar används som exempel i avsnitt 2.3.2. Jfr också avsnitt 3.1.3 vilket behandlar "kulturkritiska" analyser. I avsnitt 5.3–5.4, diskuteras vissa frågor kring straffvärde och kränkning. Denna diskussion utgår ifrån våldtäkt som ett tvångsbrott.

¹¹ Eftersom arbetet behandlar könsfaktorn i straffrätten, kommer framställningen att avgränsas till bestämmelsens andra stycke, se vidare avsnitt 5.6.

¹² Se vidare avsnitt 5.5–5.7.

¹³ Det innebär att många klassiska straffrättsliga frågeställningar inte heller kommer att behandlas i arbetet, såsom osjälvärdiga brottsformer, gärningsmannaskap, m.m.

som gäller barn och andra brottsoffer, vilka av uppenbara personliga skäl kan ha svårt att hävda sina intressen.¹⁴

Straffrättens gärningsobjekt och gärningssubjekt är könsneutrala begrepp. Eftersom arbetet syftar till att möta den kritik som framförts från kvinnopolitiskt håll, kommer jag dock att i första hand behandla övergrepp mot kvinnor. Som vi ska se kan de principiella frågeställningar som uppstår när man väljer en ansats i kvinnoforskningen vara relevanta även i förhållande till andra brottsoffer.

Den kritik som framförts har i hög grad utgått ifrån ett ställningstagande till en könsmaktsordning, varför jag kommer att utgå ifrån situationer som omedelbart aktualiserar en sådan könsmotsättning. I arbetet diskuteras därför i första hand heterosexuella övergrepp, där en man begår övergrepp mot en kvinna.

Ett straffrättsligt tema som förekommer flitigt i den allmänna debatten, är det som handlar om straffnivåerna. Enligt min mening finns det dock skäl att lämna frågan om vilket straff en viss gärning bör ges utanför ett arbete som behandlar kvinnoforskningens möjligheter på straffrättens område.

När man talar om kvinnor och straffrätt blir den viktigaste målsättningen att faktiska (eller presumtiva) brottsoffer inte upplever att deras intressen blir kränkta i domstolarna.¹⁵ Denna målsättning måste i så fall uppnås genom det sätt på vilket man utformar straffrätten, hur och varför man kriminaliserar vissa gärningar, samt de tolkningsförutsättningar de olika straffbuden ges.

Det blir mot bakgrund av detta viktigare att den argumentation som förs kan upplevas som rättfärdig i förhållande till det enskilda offrets intressen, än att varje misstänkt gärningsman blir dömd eller att denne får ett särskilt strängt straff.¹⁶ Det gör att exempelvis frågor, såsom hur man preciserar den individuella kränkningen vid kriminalisering eller utifrån vilka grunder brott rubriceras, kan vara mer relevanta att diskutera. Det gäller särskilt som de premisser som anges i samband med sådana bedömningar i hög grad uttrycker samhällets syn på kränkningen av offret.

¹⁴ Det innebär också att debatten kring våldtäkt mot barn (BrB 6:4) inte kommenteras ytterligare, även om konstruktionen av detta straffbud kan diskuteras just mot bakgrund av frågan om vilken individ som straffbudet avser. Konstruktionen av våldtäkt bygger principiellt sett på en självständig individ (vilken kan samtycka) medan barn betraktas som osjälvständiga (vilket gör att frågan om samtycke i grunden blir irrelevant). Se vidare SOU 2001:14, s. 264–270, Prop. 2004/05:45, s. 66 f.

¹⁵ Det gäller också det sätt på vilket de rättssökande bemöts i domstolarna.

¹⁶ I förlängningen bör man också ställa frågan om en feministiskt orienterad straffrätt måste framhålla hämnden överhuvudtaget? Under alla omständigheter kan inte detta uppfattas som viktigare än intresset av en seriös bedömning av offrens krav på rättfärdighet.

Det är möjligt att en så försiktig straffrättspolitik ansats kan verka förvånande när en viktig utgångspunkt för arbetet är att det är ett problem att den kvinnopolitiska kritiken av straffrätten trots allt har haft en så begränsad effekt på rättsområdets utformning.¹⁷

Det är emellertid viktigt att understryka, att de behov av förändring som kritiken kan föranleda även måste diskuteras på ett principiellt plan, alltså även i relation till straffrätten som lära. Eftersom straffrätten bygger på vissa förutsättningar kan man ifrågasätta om det skulle vara möjligt att lösa alla de straffrättsliga problem som kan aktualiseras endast genom förändrad lagstiftning. Den kritik som framförts i den allmänna debatten bottnar inte enbart i olika syn på straffrätten som samhällspolitiskt styrmedel.

När man diskuterar kvinnoforskning i relation till detta rättsområde finns det goda skäl att välja en klassiskt orienterad straffrätt baserad på tydliga rättsstatsideal.¹⁸ Redan det att en sådan syn på straffrättens form och funktion är väl etablerad inom straffrättsteorin gör att man metodologiskt sett får något klart avgränsat att diskutera utifrån. Om man dessutom vill förstå varför det uppstår konflikter på området, bör man också i första hand beakta den straffrättsteori som dominerar inom rättsordningen. Jag kommer därför att diskutera utifrån några mycket generella, men principiellt viktiga, ställningstaganden som har betydelse för utformningen av straffrätten.¹⁹

¹⁷ En offensiv straffrättspolitik innebär vanligen att gränserna för de klassiska kriminaliseringsprinciperna flyttas (se 2.2.1 nedan), och att man gärna tar till åtgärder av mer symbolisk karaktär. Se vidare Jareborg (1995), s. 19–37. Vissa delar av de reformer som genomförts när det gäller våldtäkt (BrB 6:1–2) kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst (BrB 6:11) och införandet av grov kvinnofridskränkning (BrB 4:4a) kan ses som exempel på en mer offensiv straffrättspolitik; Jfr Burman (2006), s. 404–406, som mot denna bakgrund ifrågasätter den straffrättsdefensiva diskurs som innebär att man bortser från straffrättens sociala kontext. Som vi ska se har dock frågan om beskrivningen av människan och verkligheten stor betydelse för vad som överhuvudtaget uppfattas vara en straffrättsligt relevant skada/kränkning, varför det inte är givet att det är i motsättningen mellan en offensiv och en defensiv straffrättspolitik som debatten bör föras.

¹⁸ Den klassiska straffrätten har sina ideologiska rötter i upplysningstidens filosofi och människouppfattning. Politiskt sammanhänger den med borgerskapets frigörelse, liberalismens framväxt samt en ökad demokratisering. En klassiskt orienterad straffrätt kan då sammanfattas som en syn på straffrätten där denna syftar till att skydda individen från övergrepp från statens eller andra medmänniskors sida, samt att vara en garant för vissa grundläggande värden. Straffrätten kan då ha en samhällsuppgift men inom mycket begränsade ramar. Se Jareborg (1995), s. 22–27.

¹⁹ I praktiken avser därför generella hänvisningar till ”straffrätten” eller ”straffrättens lära” i arbetet, de grundläggande principer som är gemensamma för straffrättsteorier som utgår från en klassiskt orienterad straffrätt.

Den ansats jag har valt innebär att de analyser som görs av exempelvis frågor som relaterar till kriminalisering, ges en annorlunda infallsvinkel jämfört med den traditionella ansats som vanligen utgår ifrån straffrätten som en form av samhällskontroll.²⁰ I denna diskussion får man ofta intryck av att de etiska och ideologiska frågorna på något sätt skulle vara avgjorda, och att det enda som återstår är frågan om vi bör utöva kontroll genom straffrättsliga åtgärder eller inte. Efter den debatt som förts på senare år kring olika straffrättsliga teman kan man dock undra om vi överhuvudtaget är överens om vad de skyddade värdena innebär och hur vi i så fall bör förstå de kränkningar som inträffar. Som vi ska se kan den ansats som en utgångspunkt i beskrivningen av människan och verkligheten innebär bidra till strukturera och förklara de konflikter som uppstår.

En konsekvens av den valda ansatsen blir att fokus hamnar på rättsområdets funktion av att vara ett uttryck för en gemensam moralordning.²¹ Denna funktion blir central för en diskussion kring beskrivningen av verkligheten och människan och de konsekvenser olika beskrivningar kan ha för straffrättens utformning. Detta är också en central fråga för en klassiskt orienterad straffrätt, vars huvudsakliga målsättning just är att skydda individen mot staten och andra, i syfte att upprätthålla vissa grundläggande värden.

2.1.2 Varför ett straffsystem?

Den mänskliga samvaron är inte alltid präglad av idealism, och någons måste man alltså sätta en gräns för människors möjlighet att hävda sina intressen på andras bekostnad. En viktig sida hos straffrätten är därför den etiska dimension som rättsområdet återspeglar: Det handlar om att ta ställning till vad som är rätt eller fel, och vad som i så fall bör ske med den som kan anses ha handlat fel.

En viktig målsättning med införandet av en strafflagstiftning handlar därför om att försöka upprätthålla godtagbara livsvillkor för människor.²² Det innebär också att flera av de kriminaliseringar vi finner inom straff-

²⁰ Även Burman (2006), s. 404–406, argumenterar med utgångspunkt i straffrätten som ett verktyg för samhällsstyrning, varför argumentationen hamnar i motsättningen mellan den offensiv och en defensiv straffrättspolitik. Författaren framhåller behovet av att ta hänsyn till kvinnors verklighet, men denna verklighet prövas inte mot straffrättens grundläggande begrepp utan istället mot behovet av straffrättsliga regler.

²¹ Jareborg talar här om att straffrätten har en "värdeexpressiv funktion: strafflagen blir ett socialmoraliskt syndaregister, en förteckning över samhälleligt sanktionerade etiska krav". Jareborg (2001), s. 64.

²² Ashworth (2003), s. 30 f.

lagstiftningen i sig kan sägas utgöra straffsanktionerade etiska normer för mänsklig samvaro. I denna mening kan straffrätten ses som ett uttryck för ett slags gemensam moralordning.²³

Människan befinner sig alltid i ett socialt sammanhang där många olika intressen ställs mot varandra och där alla tänkbara individuella behov inte kan hävdas redan därför att det inte finns tillräckliga resurser, personliga, ekonomiska, osv., för att kunna tillfredsställa dessa. Det krävs därför en moral för att hindra de skadliga konsekvenser som kan uppstå som en följd av sådana brister. När man talar om moral i ett straffrättsligt sammanhang handlar det därför om att människan i sig behöver skyddas därför att hon är sårbar. Straffrätten blir mot bakgrund av detta alltid en del av en moral just därför att den ytterst handlar om att värna människans mest grundläggande intressen.²⁴

Varför man väljer att försöka styra människors beteenden genom införandet av en strafflagstiftning sammanhänger däremot med en föreställning om att straffhotet har en avskräckande effekt. Tanken är att man genom att införa och upprätthålla straffsanktionerade förbud och påbud också kan avhålla människor från att begå vissa oönskade gärningar. Det är dock tveksamt om det faktiskt går att uppnå en sådan effekt, vilket har lett till att det allmänpreventiva argumentet av flera skäl kommit att ges en allt mindre betydelse, framförallt inom påföljdsläran.²⁵ Det allmänpreventiva argumentet har exempelvis därför inte längre någon praktisk betydelse vid straffmätning.²⁶

Eftersom straffrätten bygger på i förväg framställda straffhot kommer den dock alltid att på något sätt relatera till en sådan allmänpreventiv grundtanke. På det principiella planet fyller därför den allmänpreventiva målsättningen en viktig funktion som ett av de grundläggande skälen till varför vi överhuvudtaget har ett straffrättsligt system.²⁷

Ett annat viktigt syfte med en strafflagstiftning kan vara att tillfredsställa ett mänskligt behov av rättfärdighet vilket kan uppstå när människor utsätts för övergrepp. Genom strafflagstiftningen kan man placera ansvaret för en viss skada och dessutom uttrycka en form av moraliskt klander. Bakom införandet av en straffrättslig lagstiftning kan det därför också finnas argument som i grunden handlar om att hämnas den skada som gärningarna medfört. Traditionellt framhålls därför gärna behovet av

²³ Se vidare avsnitt 2.2.3–2.2.5.

²⁴ Jareborg (1975), s. 103–108.; Jfr Jareborg (2001), s. 87.

²⁵ von Hirsch (2001) s. 14–15.

²⁶ SOU 1986:13; prop. 1987/88:120, s. 33. Jfr dock val av påföljd där preventionshän-syn kan ges viss betydelse, prop. 1987/88:120, s. 100.

²⁷ Jareborg (1992), 136–139.

att kanalisera sådana krav i syfte att förhindra en privatjustis som kan hota samhällsorganisationens existens.²⁸

Sett från en kvinnorrättslig synvinkel kan frågan om straffrätten som svar på ett krav på rättfärdighet även aktualisera en diskussion som handlar om att rättsordningen måste ha en viss legitimitet.²⁹ Man kan därför säga att om den faktiska (eller presumtiva) rättssökanden upplever att ett krav på rättfärdighet inte tas på allvar av rättsordningen kan detta skapa ett slags rättsligt utanförskap. Om det tar sig uttryck i privatjustis är en annan fråga, här kan alltså finnas ett allvarligt problem för rättsordningen oavsett om staten kan anses hotad eller inte.³⁰

2.1.3 Legalitet

Straffrätten är ett rättsområde som är mycket systematiskt uppbyggt och som framförallt kännetecknas av att det tar sin utgångspunkt i ett antal principer och begrepp. En av de centrala principer vi måste ta hänsyn till inom straffrätten är den s.k. legalitetsprincipen.³¹

Straffrätten utgör en del av den offentliga rätten, där utgångspunkten är att det är staten som utkräver ett ansvar av en enskild individ. Den straffrättsliga legalitetsprincipen anger här de gränser som gäller för statens maktutövning gentemot den enskilde, och principen får därför konsekvenser både för utformningen av lagstiftningen och för tillämpningen av denna.

Legalitetsprincipen sammanhänger med det traditionella rättsstatsidealet, vilket innebär att den enskilde medborgaren ska skyddas mot ogrundade ingripanden från det allmännas sida.³² Legalitetsprincipen handlar därför primärt om att garantera medborgarna rättssäkerhet.

²⁸ Jareborg, (1994), s. 328.

²⁹ Att rättfärdighet kan vara ett värde i sig framhålls av Stang Dahl, se vidare avsnitt 4.2.

³⁰ Sévon betonar visserligen att en faktisk (empirisk) accept för en lagstiftning knappast är tillräcklig som grund för en rättslig legitimitet, och förordar därför att man istället talar om systemets acceptabilitet, i första hand utifrån dess demokratiska förankring. Författaren medger dock att den traditionella rättsstaten konstruerades i en tid då kvinnor (och vissa andra grupper) inte deltog som självständiga medlemmar av samhället. Sévon (1990a), s. 203–211.

³¹ Frände preciserar legalitetsprincipen såsom fyra rättsnormer: *praeter legem*, analogiförbudet, förbudet mot retroaktiv lagstiftning samt förbudet mot obestämd lagstiftning. Frände (1989), s. 4.

³² Frände anger tre tänkbara argumentationsmodeller vilka kan ge oss relevanta skäl för en legalitetsprincip: den centralistiska modellen, den preventiva modellen samt trygghetsmodellen. Frände (1989), s. 116–119.

Inom straffrätten leder därför denna princip i första hand till ett krav på förutsebarhet, d.v.s att den enskilde ska ha möjlighet att i förväg veta vad som är förbjudet och därmed straffbart.³³

Därför gäller principen om *praeter legem*: domaren måste alltid anföra rättsliga regler till stöd för straffrättslig rättsskipning. Det innebär att det inte är tillåtet att utdöma straff utan stöd i lag, något som i sig leder till att det inte heller kan finnas några straffbara gärningar utan att dessa först kriminaliserats genom lagstiftning.³⁴

En annan viktig konsekvens av legalitetsprincipen är därmed ett allmänt förbud mot retroaktiv lagstiftning.³⁵ Detta förbud innebär att redan begångna gärningar inte kan kriminaliseras i efterhand. En gärning kan endast leda till straff om detta följer av lagstiftning som är i kraft vid gärningstidpunkten.

Kravet på förutsebarhet innebär dessutom att lagstiftningen i sig måste vara precist utformad. Straffrättsliga regler får inte präglas av obestämdhet eller på annat sätt öppna för flera tänkbara tolkningar. Förbudet mot obestämdhet innebär bland annat att det är otänkbart att skapa en straffrättslig ramlagstiftning, där man helt överlåter till domstolarna att bestämma kriminaliseringens gränser. Obestämdhetsförbudet påverkar därför också tolkningsutrymmet såtillvida att rättsområdet traditionellt har givits en tämligen restriktiv tolkningslära, bland annat i form av ett s.k. analogiförbud.³⁶

Legalitetsprincipen handlar om medborgarnas krav på rättsäkerhet vid statens och andra myndigheters maktutövning gentemot den enskilde. På senare år har vi dock kunnat se ett ökande intresse för brottoffren, vilka i sin tur har en grundläggande rätt att åtnjuta statens skydd mot andras destruktivitet. I detta sammanhang talar vi dock om s.k. rättstrygghet vilken i realiteten garanteras genom själva införandet av en straffrätt och inte omedelbart genom legalitetsprincipen.³⁷

³³ Några författare ställer ytterligare ett krav vid sidan av en formell förutsebarhet i form av den moraliska godtagbarheten hos lagstiftningen. Vi talar då inte enbart om en formell rättssäkerhet utan även om en materiell rättssäkerhet. För en sammanfattning av diskussionen, se Frändberg (2000), s. 269–274.

³⁴ Den klassiska latinska sentensen är ”Nullum crimen sine lege – Nulla poena sine lege”.

³⁵ Jfr RF 2:10, samt Promulgationslagen 5 § st. 1.

³⁶ Se vidare avsnitt 2.1.4.

³⁷ Se vidare avsnitt 2.5; För en diskussion kring relationen mellan legalitetsprincipen och Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna, se Lahti (1998), s. 295–307.

2.1.4 Straffbud och tolkning

En kriminalisering utformas i lagstiftningen som en definition av en gärning i ett straffbud. En sådan definition består av ett antal rekvisit vilka anger de gärningsmoment som måste föreligga för att en viss gärning ska kunna omfattas av straffbudet.

Straffbuden och de rekvisit dessa anger, kan i sig ses som rättsliga begrepp vilka alla förutsätts ha en bestämd innebörd.³⁸ Tolkning av straffrättsliga bestämmelser handlar därför traditionellt om s.k. subsumtionstolkning. Det innebär att rättstillämparen utifrån rättskällorna och omständigheterna i det enskilda fallet har att bestämma huruvida den aktuella gärningen är sådan att den kan placeras i den klass av gärningar som rekvisiten anger.³⁹

En viktig aspekt av legalitetsprincipen är förbudet mot s.k. analogier. En viktig konsekvens av detta förbud är att rättstillämparen inte kan tolka in en gärning som endast är snarlik den som klart omfattas av lagstiftningen. De straffrättsliga reglerna kan alltså inte sträckas till att omfatta gärningar som mycket väl kan uppfattas vara lika straffvärda, men som inte omedelbart kan tolkas in under ett straffbud.⁴⁰

Utöver dessa allmänna grunder för en straffrättslig tolkningslära bör nämnas att straffrättens systematiska drag också kan innebära både möjligheter och hinder i det här sammanhanget. En viktig begränsning följer av att den argumentation som förs förutsätts ske konsekvent genom hela straffrätten: ett visst begrepp måste exempelvis ges samma rättsliga innebörd oavsett var den förekommer inom det straffrättsliga systemet.

På samma sätt förutsätts att de ideologiska grunder som straffrätten bygger på genomsyrar hela systemet, vilket gör att även dessa ställningstaganden kan spela en viss roll vid regeltillämpning. De principer som gäller för kriminaliseringar kan exempelvis ge en viss ledning när det handlar om vilka gärningar som överhuvudtaget kan omfattas av strafflagstiftningen.⁴¹

³⁸ Ett ord kan därmed ha många betydelser medan ett begrepp kännetecknas av att det har givits en viss definition. Jareborg (1974), s. 73–75.

³⁹ Peczenik (1980), s. 56–59.

⁴⁰ Frände (1989), s. 229–233. Jfr norsk rätt som i viss mån skiljer sig från en svensk-finsk tradition på straffrättens område, se t.ex. Andenæs (2004), s. 115–122; Dansk rätt ger ett visst lagstöd för analogiska tolkningar, se Straffeloven 1 §, jfr Greve, m.fl. (1993), s. 99–100; Jfr avsnitt 4.2 där tolkningslärans utformning blir av avgörande betydelse för vad som är möjligt att åstadkomma genom en rättsdogmatisk metod.

⁴¹ Här finns alltså både ett krav på konsistens och på koherens. Sévon (1990), s. 305 f.

Sammantaget leder dock tolkningsprinciperna till att regeltillämpningen på området ges klara begränsningar. Dessutom kommer kravet på ideologisk koherens att medföra att det kan vara svårt att introducera argument som för straffrätten framstår som "nya", alltså argument som inte omedelbart följer av den straffrättsliga läran eller de allmänna tolkningsförutsättningarna. Tolkningssläran kan alltså även ha betydelse för frågan om vilka förutsättningar man bör ge en kvinnorrättslig ansats på straffrättens område.⁴²

2.2 Kriminalisering

2.2.1 Principer

Varje samhälle utövar olika former av social kontroll av människors beteenden. Bland dessa är dock kontroll genom straffhot den mest repressiva och ingripande för den enskilde. Man kan säga att straffrätten är just det den syftar till att förhindra: ett medvetet orsakande av lidande för den enskilde.⁴³

Det finns därför flera viktiga straffrättsliga principer vilka på olika sätt syftar till att begränsa det kriminaliserade området.⁴⁴ Generellt för rättsområdet gäller en ultima ratio-princip vilken framhåller straffrättens exklusivitet: beteendestyrning via kriminalisering bör ske i sista hand.⁴⁵

Varje kriminalisering utgår ifrån ett skyddsvärt intresse, och de gärningar som omfattas av straffbudet blir därför sådana som kan innebära skada i förhållande till det skyddade intresset.⁴⁶

Det innebär också att de gärningar som kriminaliseras bör ha ett visst straffvärde. Graden av straffvärdhet hos en viss gärning bedöms i förhållande till hur betydelsefullt det skyddade intresset är och i vilken utsträck-

⁴² Jfr avsnitt 4.2 nedan, där jag gör ett försök att tillämpa den rättsdogmatiska metodik vilken presenterats av Stang Dahl.

⁴³ Ashworth (2003), s. 35, pekar på alternativa och möjligen också tillräckliga metoder för att påverka människors beteende; Jfr Feinberg (1984), s. 31.

⁴⁴ Jareborg anger ett antal rättsstatliga principer för kriminalisering vilka omfattar de traditionella kriminaliseringsprinciper som anges här, samt vissa centrala principer vilka följer av brottsbegreppet, se vidare 2.3–2.4 nedan. Jareborg (2001) s. 63–64; Jfr Jareborg (2006) s. 35–40.

⁴⁵ Jareborg (2001) s. 46–47; Jareborg (2006); Frände (1994) s. 22; För en kritik av ultima ratio-principen som grund för straffrättens legitimering, se Minkinen (1994) s. 133–136.

⁴⁶ Avsnitt 2.2.2–2.2.4.

ning detta påverkas av gärningen.⁴⁷ De gärningar som kan komma ifråga för kriminalisering blir därför principiellt sett sådana som skadar särskilt viktiga intressen på ett sådant sätt att det kan anses nödvändigt att kriminalisera dessa.

En annan central princip i det här sammanhanget handlar om att man inte bör lagstifta i syfte att skydda den enskilde mot dennes egna handlingar. Kriminaliseringar ska därför principiellt sett endast avse gärningar där någon kränker en annan människas intressen.

Denna kriminaliseringsprincip följer av straffrättens grundtanke om att skydda individen. På samma sätt som den enskildes rätt till handlingsfrihet ska skyddas mot gärningar som begås av andra människor, kan man också ställa krav på att staten inte begränsar den enskilda människans handlingsfrihet av skäl som inte kan anses straffrättsligt relevanta. Vanligen talar man då om ett förbud mot paternalism, d.v.s. kriminaliseringar där man lägger till grund andra målsättningar än att skydda människan mot andras kränkningar. Här finns därmed även ett bakomliggande syfte som handlar om att förhindra missbruk av kriminalisering som ett instrument för samhällsstyrning.⁴⁸

Det senare leder också till att man kan ställa krav på att en kriminalisering bör ha en viss effektivitet.⁴⁹ En regel som ingen följer eller som inte kan kontrolleras på något reellt sätt, är alltså redan därigenom mycket tvivelaktig. Det gäller även s.k. symbolagstiftning vilken vanligen syftar till att tillfredsställa helt andra intressen än sådana som kan motiveras av en önskan om att på ett effektivt sätt skydda människor mot övergrepp.⁵⁰

2.2.2 Skyddsobjekt

Ett viktigt skäl för att upprätthålla ett straffrättsligt system är alltså att det finns ett allmänt behov av att markera att samhället tar avstånd från vissa typer av beteenden eftersom dessa kan anses skada vitala intressen. Enligt den straffrättsliga läran bygger därför varje kriminalisering på ett s.k.

⁴⁷ Jareborg (2001) s. 53–55.

⁴⁸ Jareborg (2001) s. 53; Ashworth (2003) s. 29.

⁴⁹ Kravet på effektivitet har bland annat att göra med den faktiska möjligheten att uppnå fällande domar, se Jareborg (1992) s. 91–92; Om man däremot ser ultima-ratioprincipen som en del av legitimeringen av själva straffhotet, så kan man säga att kravet på effektivitet också handlar om att straffsystemet inte får orsaka mer skada än nytta. Se Lappi-Sepälä (1994) s. 80.

⁵⁰ Som exempel kan nämnas behovet av att visa politisk handlingskraft. Se Jareborg (1995), s. 32 och Ashworth (2003), s. 25.

skyddsobjekt.⁵¹ Det ”objekt” man då talar om är det intresse som den aktuella kriminaliseringen avser att skydda.⁵²

När man talar om intressen i det här sammanhanget handlar det dock inte om den enskildes omedelbara intressen, utan om de värden som samhället önskar att skydda. Skyddsobjekten utgörs därför av olika abstrakta intressen som anses vara av sådant värde att de bör skyddas genom strafflagstiftning.⁵³

Bakom kriminaliseringarna i Brottsbalken kan man därför finna skyddsobjekt som kan uppfattas som allmänna i den meningen att de utgör gemensamma intressen för människor i ett visst samhälle. Sådana skyddsvärda intressen utgörs exempelvis av ”statens existens” (BrB kapitel 19) och intressen, såsom ”tilltron till allmänna betalningsmedel” (BrB 14:6), vilka måste skyddas för att ett samhälle ska fungera.

De mest centrala straffrättsliga skyddsobjekten utgörs dock av de individuella värdena. Här finner man de skyddsintressen som avser människors rätt till liv och hälsa, ära, äganderätt, osv., och det är också dessa som blir relevanta för det här arbetet.⁵⁴

Ett viktigt principiellt ställningstagande går alltså ut på att begränsa den form av repressiv makt som utövas genom straffhotet, vilket i sin tur leder till att den beteendestyrning ett samhälle anser sig ha rätt att utöva också måste begränsas till att avse så centrala värden som möjligt.⁵⁵

⁵¹ Jareborg (2001), s. 51; Traditionellt talar man här om ”rättsgoda”, ett begrepp som har hämtats från äldre tysk doktrin där utgångspunkten är att begreppet kan ges ett fristående normativt innehåll. Senare versioner av denna teoretiska utgångspunkt har dock en tendens att sluta i samma ställningstagande som den skadeteori (jfr avsnitt 2.2.3) som dominerar svensk rätt: det handlar om att skydda individen och detta följer av de konstitutionella principerna. Se vidare Lernestedt (2003), s. 131–155, särskilt s. 153; Frände (1994), s. 21.

⁵² Vi bör alltså skilja mellan skyddsobjektet och gärningsobjektet, det senare är det som faktiskt angrips vid en kränkning (angreppsobjektet). Se vidare 2.5 nedan.

⁵³ Jfr Frände som väljer termen ”rättsgott”, vilket preciseras till att vara en egenskap hos angreppsobjektet. Frände (1994), s. 20; Jfr Lernestedt vilken anger att dessa utgör ”värdeomdömen om objekt”. Lernestedt (2003), s. 152.

⁵⁴ Systematiskt sett placerar sig dessa i den inledande delen av BrB, kapitel 3–12. Rätten till liv anses vara det viktigaste av de individuella skyddsobjekten, varvid den mest ingående kränkningen av detta värde, mord, placeras först av dessa (BrB 3:1).

⁵⁵ Se vidare avsnitt 2.2. Rättighetskatalogen uppfattas utgöra en avgränsande grund för vad som kan kriminaliseras. Sévon påpekar dock att det inte finns någon neutral formulering av de mänskliga rättigheterna, och försök att tillfredsställa alla tänkbara intressen kan därför leda till motsatt resultat. Sévon (1994), s. 208; Lernestedt påpekar också att Europakonventionen i sig inte heller ger några klara riktlinjer för var gränsen går när det gäller vad som kan utgöra skyddsvärda intressen. Lernestedt (2003), s. 155–158.

Om man därför önskar att välja etiska värden som kan uppfattas som allmängiltiga och som kan omfattas av alla människor i ett samhälle, så blir de värden som den demokratiska staten vilar på ett uppenbart val.⁵⁶ Det gör också att de individuella värden som avses i detta sammanhang i första hand utgår ifrån de mänskliga fri- och rättigheter som också är grundläggande för rättsstatens utformning.⁵⁷

Ideologiskt sett kan man sedan koppla dessa värden till en allmän teorbildning kring den fria individen vilken dominerar inom straffrättsteorin, och som även avspeglas inom det straffrättsliga systemet på flera olika sätt.⁵⁸

Om man ser närmare på de kriminaliseringar som blir aktuella i arbetet så är samtliga placerade i den första delen av BrB vilken avser s.k. "brott mot person". Det gäller kriminaliseringen av misshandel (BrB 3:5–6) där skyddsobjektet primärt avser människors rätt till liv och hälsa, och därmed också ett värn av den fysiska integriteten.⁵⁹

Detta grundläggande värde aktualiseras dock även i de övriga straffbud som jag angav inledningsvis, eftersom både våldtäktsbrotten (BrB 6:1–2) samt grov kvinnofridskränkning (4:4a st. 2) är konstruerade så att de kan omfatta gärningar som innebär ett utövande av fysiskt våld.⁶⁰

Grov kvinnofridskränkning är dock klassificerat som en fridskränkning och därför placerat i BrB kapitel 4. Fridsbrotten avser gärningar vilka innebär integritetskränkningar som inte nödvändigtvis är omedelbart fysiska till sin natur, och straffbudet i BrB 4:4a innefattar därför även sådana kränkningar.⁶¹

Kriminaliseringen av våldtäkt (BrB 6:1–2) bygger däremot på ett värn av individens rätt till handlingsfrihet, vilken i ett straffrättsligt sammanhang avser rätten att bestämma över sig själv. Det skyddsobjekt utifrån

⁵⁶ Se vidare Lernestedt (2003), s. 69–72, samt s. 151–155. Författaren visar på hur svårt det är att idag ange en grund för vad som egentligen kan kvalificera till att vara straffrättsliga skyddsobjekt, och att det därför finns en tendens att just förankra de utvalda värdena i konstitutionella och därmed rättsliga principer.

⁵⁷ Jfr Regeringsformen kapitel 2.

⁵⁸ Avsnitt 2.2.5.

⁵⁹ Lernestedt anger fem olika former av integritet vid brott mot person: fysisk integritet, psykisk integritet, rumslig integritet, sexuell integritet samt negativ integritet. Lernestedt (2003), s. 174.

⁶⁰ Förarbetena till BrB är mycket kortfattade när det gäller de olika skyddsintressena och de konsekvenser dessa får för indelningarna i BrB. Av SOU 1953:14 s. 101–105, framgår dock att indelningen i våldsbrott och fridsbrott baserades på en tradition som redan utvecklats i SL.

⁶¹ Se vidare avsnitt 5.6.

vilket denna kriminalisering är konstruerad blir då individens rätt till självbestämmande på det sexuella området.⁶²

Straffbudet våldtäkt innefattar i sin tur en gärningsdefinition vilken är konstruerad i form av en tvångsgärning vilken leder till en sexualhandling. Det innebär att endast tvångsgärningen i rättslig mening är kriminaliserad, till skillnad från andra sammansatta brott.⁶³ Samtidigt avser skyddsobjektet den sexuella integriteten och vid tillämpning bedöms straffvärdet även i förhållande till den sexuella gärningen. Vilken principiell funktion den sexuella dimensionen hos övergreppet har för innebörden av den individuella kränkningen är dock oklart.⁶⁴

2.2.3 Skada och kränkning

När man talar om skada inom straffrätten handlar det om kränkningar av det abstrakta intresse som är skyddat genom kriminaliseringen; skada relaterar alltså till skyddsobjektet.⁶⁵ Samtidigt är det självklart så att de gärningar som avses också i något läge kommer att kränka enskilda människor, men då handlar det om kränkningar av gärningsobjektet.⁶⁶

Systematiskt sett rör vi oss alltså på två olika nivåer, men det är givetvis så att de ställningstaganden som görs på den ena nivån även påverkar den andra. Kriminaliseringar sker därför mot bakgrund av både ideologiska ställningstaganden och faktiska skyddsbehov. Skyddsobjektets utformning ingår i sin tur som en del av tolkningsförutsättningarna på tillämpningsnivån.⁶⁷

De gärningar som i första hand kan komma ifråga för kriminalisering är sådana vilka innebär eller kan innebära en straffrättsligt relevant skada i förhållande till det skyddade värdet. De måste dessutom uppfylla de krav som angavs i avsnitt 2.2.1, d.v.s. att de kan anses vara straffvärda, att

⁶² Att "värna individens integritet i sexuellt hänseende", SOU 1953:14, s. 228; "Den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten är de viktigaste skyddsintressena", SOU 2001:14, s. 108.

⁶³ Jfr rån (BrB 8:5) där båda gärningarna dels är kriminaliserade var för sig, såsom våldsbrott och förmögenhetsbrott (jfr BrB 3:5 och BrB 8:1), dels avser olika skyddsobjekt.

⁶⁴ Frågan om det finns en sexuell kränkning och vilken funktion denna i så fall bör ges är ett centralt tema i kapitel 5 och 6.

⁶⁵ I arbetet avser begreppet "skada" kränkningar av de intressen som omfattas av skyddsobjektet, medan jag vid angrepp som drabbar enskilda människor väljer att tala om "kränkning".

⁶⁶ Avsnitt 2.5.

⁶⁷ Vanligen anges dock det skyddade intresset i så generella termer att detta inte i sig ger så stor vägledning. Som en del av straffrättens mer allmänna förutsättningar, såsom exempelvis om en gärning uppnått erforderligt straffvärde för att uppfylla en viss kriminalisering, kan det dock ha en viss betydelse. Jareborg (2001), s. 111–112.

de avser gärningar vilka riktas mot någon annan och att en kriminalisering av dessa kan förväntas vara effektiv.

Dessa grundprinciper för kriminalisering följer av en ideologisk utgångspunkt vilken kan sammanfattas som "the principle of harm".⁶⁸ Denna principiella utgångspunkt bygger på föreställningen om en individuell autonomi vilken ingen, vare sig staten eller medmänniskorna, har rätt att kränka. *Det värde som är av grundläggande betydelse vid alla straffrättsliga åtgärder är därmed skyddet av "den fria individen"*.⁶⁹

Den moderna diskussionen kring kriminalisering och skada tog sin början i en motsättning mellan en sådan liberalt orienterad skadepincip, och en annan ideologisk utgångspunkt, enligt vilken man såg upprätthållandet av en allmän moral som ett skyddsvärt kollektivt intresse.⁷⁰

Med denna utgångspunkt ansågs moralen vara en del av samhällets fundament och därmed också ett värde som kunde skyddas i syfte att bevara samhället i sig.⁷¹ Det är dock alltid möjligt att finna skyddsvärda intressen, det är enbart en fråga om vilka målsättningar man är besjälad av. Någonstans måste man därför dra en gräns mellan de värden som faktiskt kan skyddas genom hot om straff, och andra målsättningar (personliga, politiska eller religiösa) vilka kan uppnås genom andra och mindre repressiva former av social påverkan.⁷²

I praktiken handlar den straffrättsliga diskussionen på kriminaliseringsområdet om vilka andra moralnormer än de som följer av de grundläggande fri- och rättigheterna, som kan genomdrivas med hjälp av strafflagstiftning. I litteraturen finner man därför exempelvis uttryck för att man inte önskar normer i form av etikettsregler eller andra sådana borgerliga umgängesregler i strafflagstiftningen, eftersom kränkningar av dessa inte kan anses innebära skada i en straffrättslig mening.

För att man ska kunna skilja ut de gärningar som kan straffbeläggas anförs därför ibland ett tilläggskrav, vilket innebär att dessa gärningar åtminstone måste uppfylla kravet på att vara "offence".⁷³ De exempel på

⁶⁸ Mill (1989), s. 75; Hart (1963), s. 4; Jfr Feinberg (1984), s. 26–27, vilken beskriver flera tänkbara utgångspunkter för bedömningen av vilka gärningar som bör kvalificera till kriminalisering.

⁶⁹ Avsnitt 2.2.5.

⁷⁰ En sammanfattning av diskussionen mellan Hart och Devlin finns hos Mitchell (1967), s. 1–17.

⁷¹ Denna ståndpunkt representerades på sin tid av Devlin (1965). Som Ashworth påpekar är dennes ståndpunkt svår att uppfatta som en moralteori eftersom den i realiteten inte kan ges en entydig definition. Urvalet av straffbara gärningar skulle bland annat ske på grundval av människors uppfattning om vad som kan upplevas som motbjudande. Ashworth (2003), s. 42–43 samt Devlin (1965), s. 15.

⁷² Ashworth (2003), s. 35.

⁷³ Feinberg (1984), s. 48. Vi talar då om gärningar vilka kan ge upphov till obehag och

gränsdragningar som ges i litteraturen är dock ibland sådana att man kan ifrågasätta om de aktuella gärningarna uppfyller andra krav vid kriminalisering, såsom att gärningar bör ha ett visst straffvärde.⁷⁴

Den debatt som förs idag handlar dock i högre grad om förutsättningarna för att skydda "människan" genom straffrättsliga åtgärder. Ibland beskrivs denna debatt som en motsättning mellan olika typer av friheter. De klassiska rättsstatsidealerna, vilka tar sin utgångspunkt i rätten att slippa statlig inblandning i den egna rättssfären, betecknas då vanligen som negativa friheter. Den andra kategorin avser de positiva friheterna, vilka kan sägas handla om själva rätten till frihet. Man ställer då även krav på att människan ska ha en faktisk möjlighet att utöva sin individuella frihet.⁷⁵ Den senare diskussionen kräver vanligen ytterligare ställningstaganden till vilka värden och målsättningar som staten bör framhålla i syfte att skydda människors rätt till personlig frihet.⁷⁶

Även denna diskussion kring straffrätten som instrument för samhällsstyrning ser dock ibland ut att föras mot bakgrund av den klassiska konflikten mellan straffrätten som garanti för moral och straffrätten som garanti för individens självständighet. Det finns därför också en tendens till att man uppfattar gränsdragningen mellan dessa friheter såsom en omedelbar konflikt mellan individuella och kollektiva skyddsintressen.⁷⁷

Flera av de frågeställningar som följer av den kvinnopolitiska kritiken, framförallt de som innebär ett ifrågasättande av straffrättens skydd av gruppen kvinnors intressen, riskerar därför att hamna på "fel" sida.⁷⁸

som därigenom kan verka kränkande. Som Lernestedt poängterar blir den här typen av kriminaliseringar i hög grad beroende av kulturella och historiska faktorer; Se vidare Lernestedt (2003), s. 207–212; Jfr Jareborg (2001), s. 53.

⁷⁴ Se t.ex. Clarkson (2003), s. 13 och s. 16, "picking one's nose in public".

⁷⁵ Jfr Lacey (1998), s. 52, som poängterar att möjligheten att utöva rättigheter kräver vissa basala resurser, som i det moderna samhället måste garanteras av staten, varför gränsen mellan det publika och det privata blir mer komplicerad.

⁷⁶ Lernestedt (2003), s. 94–96; Jfr Ashworth (2003), vilken diskuterar dessa två olika infallsvinklar såsom två olika rättsliga principer, "the principle of autonomy" samt "the principle of welfare", s. 28–32.

⁷⁷ Träskman (1993), s. 355, tolkar senare års reformer såsom ett sätt att försöka motverka ett moraliskt vakuum. Reformerna skulle då syfta till att återinföra de kriminaliseringar som avskaffades under 1900-talet. Se vidare avsnitt 6.1.2; Lernestedt (2003), s. 94–95 gör omedelbara kopplingar mellan den negativa friheten och "det individuella", medan den positiva friheten omedelbart kopplas samman med "det gemensamma", alltså kollektiva intressen; En risk med denna omedelbara koppling är att man klassificerar argument efter vissa givna mönster utan att förutsättningarna för dessa har analyserats närmare.

⁷⁸ Jfr Burman (2006), s. 230–232, som påpekar att olika kvinnopolitiska krav, i motsättningen mellan det positiva kravet om skydd och straffrättens betoning av negativa rättigheter, riskerar att definieras som en offensiv straffrättspolitik och därmed som en form av missbruk av straffrätten.

Den kritik som feminismen leder till tolkas då gärna som krav om kollektiva intressen i motsättningen mellan det individuella och det kollektiva, och som positiva i motsättningen mellan de positiva och de negativa rättigheterna. Den centrala frågan i den feministiska debatten är dock, som vi ska se, konstruktionen av den "individ" som utgör en premis för dessa indelningar.

Trots att frågan om vad som är en straffrättsligt relevant skada har diskuterats väldigt mycket, är frågan om vad som är en individuell kränkning litet avklarad. Ett problem är att diskussionen kring vad som är ett skyddsvärt intresse ofta tar sin utgångspunkt i en önskan om att understryka straffrättens individualisering.⁷⁹ Man väljer då att i första hand markera mot skyddsintressen där en kriminalisering skulle kunna leda till en kränkning av den individuella friheten.

Ställningstaganden av den här karaktären innebär dock inte att man samtidigt har preciserat innebörden av den individuella kränkning som strafflagstiftningen ska vara en reaktion emot. Man anger de formella gränserna för vad som kan kriminaliseras, utan att samtidigt precisera vad det innebär att skydda människors integritet. Det innebär att de frågor som den kvinnopolitiska debatten omhandlar, och som i hög grad aktualiserar frågan om hur man bör precisera den materiella innebörden av den individuella kränkningen, är teman som i realiteten är mycket litet diskuterade inom straffrättsteorin.

Inom ramen för den individuella friheten ges även en rätt för människan att själv disponera sina egna intressen. En konsekvens av ideologin om den fria individen blir då att den som samtycker, principiellt sett inte drabbas av någon straffrättsligt relevant kränkning.⁸⁰ Frågan om vad som är en individuell kränkning har då återigen preciserats genom ett ställningstagande till rätten att slippa rättslig inblandning.

Med de ideologiska förutsättningar som gäller för kriminalisering kommer därför diskussionen i första hand att handla om i vilken grad andra människor har rätt att (genom demokratiska beslut införa straffbud som kan) begränsa den enskildes möjligheter att göra personliga val (vilka kanske till och med kan skada dennes intressen).

⁷⁹ Lernestedt är inne på en liknande tankegång. Enligt författaren finns en benägenhet "att definiera begrepp negativt, utifrån 'icke-är' snarare än 'är'". Lernestedt (2003), s. 202.

⁸⁰ Se t.ex. Feinberg (1973), s. 37; Det utesluter inte att gärningar kan kriminaliseras i fall där människan inte är fri i denna mening, se t.ex. sexuell utnyttjande, BrB 6:3. Samtycke utesluter inte heller att det kan anses relevant att reagera med rättsliga medel i det enskilda fallet, se vidare avsnitt 2.3.3; Jfr Lernestedt (2003), s. 218–221, jfr s. 247–248.

2.2.4 Skada och moral

Inom straffrätten är debatten kring sexualbrotten av särskilt intresse därför att den på flera sätt återspeglar 1900-talets diskussion kring kriminalisering, och då särskilt frågan om vilka kriterier som bör gälla för vad som kan vara en straffrättsligt relevant skada.⁸¹

Det var också i diskussionen kring dessa brott som motsättningen mellan den angivna skadeprincipen och den moraliska principen blev som tydligast: Bör man skydda individens sexuella frihet, eller bör man prioritera samhällets krav på godtagbara moraliska standarder?

För sexualbrotten har därför frågan om vilka gränsdragningar som bör göras i hög grad också handlat om att försöka skilja mellan de olika normer (borgerliga eller religiösa) som kan finnas på sexualitetens område och de normer som bör ges relevans inom straffrätten. Sammanfattningsvis kan man säga att diskussionen har handlat om att försöka hålla "moralen i sig" utanför strafflagstiftningen. Man har önskat att den allmänna sexualmoralen inte ska tillåtas styra gränserna för det straffbara området. Det här har också varit en viktig diskussion när det gäller de homosexuellas rättigheter.⁸²

Straffrätten har alltid en etisk dimension eftersom den syftar till att förhindra gärningar som kan innebära skada för medmänniskan. Det är därför svårt att tänka sig en kriminalisering (av övergrepp mot enskilda) som inte skulle innefatta något element av moral.⁸³

I debatten kan man därför se uttalanden som innebär att man inte ska lägga andra värdeaspekter på sexualbrotten än straffrättens egna, alltså intresset av att skydda individen mot kränkningar. Ett sådant ställningstagande innebär i praktiken att det ideal som ska styra vår argumentation vid kriminalisering och tillämpning blir själva skyddsobjektet, alltså den individuella rätten till självbestämmande på det sexuella området.⁸⁴

⁸¹ Ashworth konstaterar att den stora debatten kring kriminalisering har förts kring sexualbrotten. Övriga brott mot person verkar uppfattas som givna, trots att de flesta straffbud följer av olika historiska och politiska förhållanden. Ashworth (2003), s. 24.

⁸² Principen är alltså att strafflagstiftningen endast ska kriminalisera övergrepp mot andra. Homosexuella gärningar kan därför inte vara straffbara (så länge de inte implicerar andra straffbud), även om andra typer av moralnormer kan innebära att homosexualitet uppfattas som synd.

⁸³ Mitchell (1967), s. 134–135, poängterar att lagen aldrig endast skyddar det individuella intresset eftersom ett sådant skydd även implicerar ett värn av det institutionella, eller "ethos of society".

⁸⁴ Se vidare avsnitt 5.4.

Om man menar att straffrätten inte ska skydda moralen i sig, blir det alltså särskilt viktigt att argumentera mot ett straffrättsligt skydd av intressen vilka inte kan motiveras utifrån en individuell skada.⁸⁵

I denna diskussion har ofta uttryck för sexualmoral uppfattats såsom värderingar vilka följer av en kollektivistisk syn på sexualiteten, alltså normer vilka i grunden handlar om att kontrollera individens sexualitet. Sådana moralnormer har då inte ansetts förenliga med den ideologi om den fria individen som ska styra den straffrättsliga lagstiftningen.

Denna diskussion har lett till att man i syfte att skydda individens frihet har önskat att skilja ut sexualmoralen, alltså de olika sociala normer för sexualitet som kan existera i ett samhälle, från själva strafflagstiftningen. Som vi ska se finns här exempel på att man även har föreslagit att ta bort de sexuella gärningarna från straffbuden i Brottsbalken.⁸⁶

Tanken om att det skulle vara möjligt att helt välja bort sexualmoralen som del av strafflagstiftningen blir dock problematisk av flera skäl. Varje straffrättslig åtgärd kring ett sexuellt övergrepp kräver att man i någon mening också tar ställning till en beskrivning av verkligheten, vilket här kommer att innefatta sexualiteten.

Föreställningar kring sexualitet är en del av samhällets sociala och kulturella arv och varje beskrivning av en gärning vilken kulturellt sett kan sägas vara sexuell, kommer då också att implicera kulturella normer kring sexualitet. Det är helt enkelt inte möjligt att tala om sexualitet på något förutsättningslöst sätt. Varje uttalande om vad sexualitet är kommer också att innefatta någon form av tolkning av denna.⁸⁷

Det här innebär också att det blir svårt att skilja frågan om *vad* som är sexualitet från normerna för *hur* denna bör gå till. Oavsett vilken av dessa frågeställningar man väljer att utgå ifrån, blir argumentationen beroende av vilka kulturella föreställningar man lägger till grund för sin argumentation. Man kan därför säga att den kulturellt konstruerade sexualiteten, vilken innefattar alla möjliga sorters normer, även ingår i straffrättens kunskapsunderlag.

I praktiken kan vi därför aldrig utesluta sexualiteten eller dess normer från strafflagstiftningen eftersom varje bedömning av sådana gärningar, både vid kriminalisering och i samband med tillämpning, kommer att ske i förhållande till en kontext som kulturellt sett uppfattas som sexu-

⁸⁵ Hart (1963), s. 6–12; Jfr kriminaliseringen av incest i BrB 6:7 vilken är subsidiär till alla straffbud som avser övergrepp mot enskilda.

⁸⁶ Jfr Sexualbrottsutredningen SOU 1976:9, s. 55. Se vidare avsnitt 5.4.

⁸⁷ Själva idén om att sexualiteten kan ses som en social konstruktion följer av flera tänkbara teoretiska utgångspunkter. Se vidare avsnitt 3.7.

ell.⁸⁸ Som vi ska se senare kan t.o.m en strävan som innebär att man väljer bort sexualmoralen i strafflagstiftningen leda till att sådana kulturella normer i praktiken ges ännu större utrymme i den rättsliga argumentationen.⁸⁹

Kriminaliseringsprinciperna och skyddsobjekten bygger alltså på ett gemensamt ideologiskt ställningstagande i form av den fria individen, men den individ vi då talar om är endast en teoretisk konstruktion. Det sätt på vilket man talar om den fria individen innehåller dock vanligen referenser till en social verklighet (den frihet och det oberoende man talar om relaterar till andra människor), men utan att man därmed behöver ta ställning till en faktisk verklighet.

De individuella skyddsintressena blir därför i praktiken mycket begränsade som utgångspunkt för en straffrättslig argumentation. Om man önskar att precisera innebörden av den individuella kränkningen, kräver detta att man svarar på fler frågor än vad som kan innefattas i de grundläggande fri- och rättigheterna. Här finns därför alltid ett behov av att också utgå ifrån någon form av beskrivning av människan och verkligheten. Mot denna bakgrund är det därför litet troligt att straffrättens egna värden någonsin skulle kunna vara tillräckliga som utgångspunkt för de etiska ställningstaganden som förutsätts på området.

De principer för kriminalisering som jag har anført ovan är ideologiskt sett förhållandevis okontroversiella. De grundläggande fri- och rättigheterna är som tidigare nämnts gemensamma för många olika politiska och ideologiska rörelser, det gäller även för feminismen. Trots det uppstår det alltså allvarliga konflikter kring kriminaliseringar som utgår ifrån dessa grundläggande ställningstaganden. Man kan därför misstänka att de motsättningar vi har har att göra med i grunden handlar om problem som inte blir synliga när man endast håller sig till de snäva premisser som gäller vid kriminalisering.

2.2.5 Den fria individen

De principiella ställningstaganden som straffrätten bygger på handlar alltså ytterst om att skydda människor utifrån vissa ideal som kan sammanfattas som "den fria individen". Mot bakgrund av detta handlar de principer som gäller vid kriminalisering alltså om att skydda den indivi-

⁸⁸ Även om man väljer att avskaffa sexualbrotten som egen kategori så kommer den faktiska gärning som ska bedömas ändå inte att kunna beskrivas eller värderas utan att man på något sätt relaterar till en sexuell kontext. Jfr SOU 1976:9 s. 54–55 samt avsnitt 5.4 och 5.7 nedan.

⁸⁹ Se särskilt 5.3–5.4.

duella friheten mot statens och andras kränkningar.⁹⁰ Individen anses ha en grundläggande rätt till självbestämmande, man kan säga att individen är suverän över sitt eget territorium.⁹¹

Men här finns också andra aspekter av den fria individen vilka har stor betydelse för straffrättens utformning. Att individen anses ha en autonomi är exempelvis en viktig förutsättning för att denne ska kunna uppfattas ha förmåga att handla rationellt.⁹²

På samma sätt som när man talar om att skydda individen i sig har denna aspekt av den individuella friheten vissa normativa konsekvenser. Här följer därför också ett krav på att människor ska behandlas såsom oberoende och fria att fatta egna beslut, eftersom de annars inte skulle kunna anses ha kapacitet att efterleva etiska normer.⁹³ Presumtionen om individens fria vilja är därmed av central betydelse även för möjligheten att utkräva ett straffrättsligt ansvar.

Den fria individen fungerar därför som ett slags "etiskt postulat" i flera sammanhang inom straffrätten.⁹⁴ Man kan säga att ideologin om den fria individen handlar om att man bör tala om människan utifrån vissa förutsättningar därför att det finns etiska skäl att göra detta.

Den fria individen är i denna mening en teoretisk konstruktion, men en precisering av de ideal denna uttrycker kräver att man även relaterar till en faktisk verklighet. När Feinberg preciserar förutsättningarna för individens självbestämmande, refererar han till grundläggande krav såsom individuell förmåga och möjlighet att hävda sina intressen.⁹⁵

⁹⁰ Det kan vara viktigt i sammanhanget att understryka att det även finns en tendens i riktning mot en ökad individualisering av straffrätten generellt sett. Ett tydligt exempel på detta är frågan om vad som är det moraliskt förkastliga eller klandervärda i uppsåtet, jfr avsnitt 2.4. Med en mer kollektivistisk syn på straffrätten är det möjligt att tala om en "brottslig vilja" vilken riktar sig mot samhällskollektivet och dess intressen, medan en straffrätt som är orienterad mot det individuella kommer att fokusera på uppsåtet som ett uttryck för den totala likgiltigheten mot medmänniskan. Se t.ex. Andenæs som hänvisar till "förbrytersk vilje" bl.a. i samband med bedömningar av försök. Andenæs (2004), s. 347; Jfr Jareborg (2001), s. 309–310, och Jareborg (1992), s. 101–102. Vi har alltså att göra med en utveckling inom straffrätten där värnandet av de individuella intressena har fått en allt större betydelse för synen på vad det är som utgör det straffvärda i ett visst handlande, både i samband med kriminalisering och vid bedömningen av ett enskilt brott. Se vidare Jareborg (1992), s. 95–120.

⁹¹ Feinberg (1989), s. 28.

⁹² Ashworth (2003), s. 43; Feinberg (1989), s. 34–36; Nuutila (1990), s. 122–123; Wennström (2005), s. 108–119.

⁹³ Ashworth (2003), s. 28–30; MacCormick (1982), s. 22–27.

⁹⁴ Sévon (1994), s. 203.

⁹⁵ Feinberg (1989), s. 28; I arbetet diskuteras endast övergepp mot vuxna vilka har förmåga till självbestämmande. I tillägg diskuteras vissa aspekter av möjligheten att skydda sig mot övergepp, se särskilt avsnitt 5.4. Denna diskussion om människans möjlighet att

Författaren påpekar också att självständighet i sig kan ses som ett mänskligt ideal, eller "an ideal of character". Självständighet anger alltså också en viktig förutsättning för en viss beskrivning av människan.⁹⁶ Självständighet handlar i grunden om ett oberoende av andra människor.

Den fria individen som teoretisk konstruktion blir vanligen inte så komplicerad i förhållande till gärningssubjektet. I straffrätten provas exempelvis dennes ansvar enligt principer vilka följer av samma grundläggande ställningstagande. Den som har en fri vilja har också möjlighet att ta ansvar för sitt eget handlande. Teorin om den fria individen verkar då både till fördel och till nackdel för denne, gärningssubjektet antas kunna ha ett straffansvar, men ges samtidigt ett rättssäkerhetsskydd såtillvida att straffrättens systematik begränsar möjligheterna att precisera och utkräva detta ansvar. Utöver detta finns vissa möjligheter att av humanitära skäl lindra konsekvenserna av ett sådant ansvar, vanligen genom att man argumenterar för ett minskat straffvärde.⁹⁷

När det däremot gäller gärningsobjektet blir den ideologiska ansats som ligger i föreställningen om den fria individen mer komplex. Gärningsobjektet skyddas genom uppställandet av vissa individuella, men abstrakta skyddsintressen. Detta följer av respekten för den individuella friheten, vilken i sin tur leder till att man inte heller kan underkänna människans möjlighet att även göra val som skadar hennes intressen.⁹⁸ Det argument som då vanligen anförs är att en annan utgångspunkt skulle kunna innebära en inskränkning av möjligheten till individuell frihet, alltså en form av paternalism som inte är acceptabel på kriminaliseringsnivån.⁹⁹

Om man överför straffrättens fria individ, som i sig är konstruerad för att uttrycka vissa etiska ideal, till en nivå som handlar om faktiska människor uppstår vissa principiella problem. När man talar om faktiska människor och verkliga händelser aktualiseras i första hand en social teori

skydda sig i ett könsbestämt sammanhang (kvinnor drabbas av dessa övergrepp därför att de är kvinnor) motsvarar dock inte helt feminismens kritik av rättsordningen. Denna rör även frågan om kvinnor drabbas i sin egenskap av att vara kvinnor. Se vidare kapitel 5–6.

⁹⁶ Feinberg (1989), s. 28, jfr s. 31, "the autonomous person is the one who makes the most of it." I arbetet blir denna aspekt av den liberala synen på självständighet central för frågan om hur verkligheten och människan beskrivs i straffrätten. Man kan säga att en grundläggande förutsättning för arbetet är att den fria individen är "någon".

⁹⁷ Se avsnitt 2.4.3 samt 5.3–5.4.

⁹⁸ Feinberg (1989), s. 30; se vidare avsnitt 2.5 och 6.1.3.

⁹⁹ Denna ideologiska utgångspunkt förstärks ofta såtillvida att man i straffprocessen måste utgå ifrån det alternativ som är till fördel för gärningsmannen, medan det (exempelvis vid våldtäkt) istället blir åklagarens sak att visa att brottsoffret *inte* utövade sin fria vilja. Se avsnitt 2.5.2.

om människan, alltså en teori som säger något om hur man bör uppfatta människor i ett socialt sammanhang.

En social teori kan också vara handlingsdirigerande på flera sätt, men den befinner sig inte på samma principiella plan som den etiska, och den kan dessutom innefatta många fler typer av målsättningar, även sådana som lika gärna kan ses som politiska. Sociala teorier som bygger vidare på ideologin kring den fria individen har därför förekommit inom exempelvis jämställdhetspolitiken, där de också har kritiserats av flera skäl.¹⁰⁰

En grundläggande kritik har varit att man då tenderar att göra målen till medel. Man kommer att tala om människan såsom fri och oberoende, vilket dels kan ses som en målsättning i sig (frigörelse av kvinnan) och dels som ett uttryck för de medel man anser står till buds för att uppnå målet (d.v.s. att behandla kvinnor som om de var fria).¹⁰¹

Även i den straffrättsliga diskussionen är det möjligt att se spår av en sådan social teori om människan. Det gäller framförallt när man i diskussionen kring kriminaliseringens gränser inte enbart har diskuterat en principiell rätt till en individuell sexuell frihet, utan också lyft fram individens sexuella frigörelse som en social och politisk målsättning.¹⁰²

Det innebär emellertid att argumentationen i praktiken har rört sig från den etiska nivån till den politiska. Det man då talar om är snarare premisserna för tolkningen av verkligheten, inte premisserna för kriminaliseringen. Man kan säga att målsättningen att skydda den individuella friheten har utsträckts till att också värna frigjordheten.

Det innebär att en utgångspunkt i ideologin kring den fria individen kan leda till att man anger mycket vidsträckta premisser för det sätt på vilket man hanterar gärningsobjektet. Frigjordhet kan ju förstås som att man befinner sig utanför sexualmoralens normer, eller kanske snarare bortom vanliga måttstockar för människors sexuella intressen. Sådana beskrivningar av verkligheten kan dessutom alltid göras oberoende av en faktisk verklighet, varför den verklighetsbeskrivning som då läggs till grund inte nödvändigtvis tillvaratar brottsoffrets intressen.¹⁰³

Det blir då viktigt att understryka att rätten till individuell frihet inte är detsamma som en individuell frigörelse, varför sådana premisser för

¹⁰⁰ Se vidare avsnitt 3.3; Svensson/Pylkkänen (2004), s. 23–26; Widerberg (1981), s. 22f.

¹⁰¹ Som vi ska se i avsnitt 3.3 har man inom kvinnoforskningen och feminismen sedan länge övergivit denna sociala teori som utgångspunkt för diskussionen om kvinnors frigörelse.

¹⁰² Jfr SOU 1976:9, se vidare avsnitt 5.4.

¹⁰³ Se vidare avsnitt 2.5 och 5.4.

beskrivningen av verkligheten t.o.m. kan leda till ett minskat skydd av den individuella friheten som värde.¹⁰⁴

Det senare kan ses som ett exempel på hur en beskrivning av människan och verkligheten kan påverka de rättsliga premisserna på straffrättens område. Det finns alltså en relation mellan det straffrättsliga idealet och beskrivningen av människan i straffrätten vilken ger viktiga förutsättningar för den straffrättsliga argumentationen. Jag kommer därför senare att återkomma till alternativa möjligheter att beskriva människan och verkligheten vilka följer av olika ansatser inom kvinnoforskningen, och som därför kan vara intressanta att pröva mot straffrätten.¹⁰⁵

2.3 Den straffrättsliga systematiken: En otillåten gärning

2.3.1 Brottsbegreppet

Den straffrättsliga systematiken kan sammanfattas i det s.k. brottsbegreppet. Brottsbegreppet anger de faktorer vilka måste vara uppfyllda för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att hävda att brott föreligger. Den systematik som därmed skapas ger därför även en metodik för att fastställa ett straffrättsligt ansvar i det enskilda fallet.

De faktorer som brottsbegreppet anger kan delas in i två kategorier där den första avser bedömningen av själva gärningen, medan den andra avser de faktorer som är relevanta i förhållande till gärningsmannens personliga ansvar.¹⁰⁶

För att en gärningsman ska kunna anses ha ett straffrättsligt ansvar för en viss gärning, måste båda sidorna av brottsbegreppet vara uppfyllda. Det krävs dessutom att dessa korresponderar med varandra; enligt täckningsprincipen ska det personliga ansvaret omfatta de omständigheter i verkligheten som motsvarar det aktuella straffbudet.¹⁰⁷

I det här avsnittet kommer jag att behandla brottsbegreppets gärnings-sida, medan frågeställningar som berör gärningsmannens personliga ansvar behandlas i avsnitt 2.4.

¹⁰⁴ En rätt till individuell sexuell frihet kan för den enskilda människan lika gärna handla om att välja bort sexualiteten.

¹⁰⁵ Se vidare de olika argumentationsmodeller som presenteras i kapitel 3.3–3.5. De två första prövas mot olika straffrättsliga frågeställningar i kapitel 5.

¹⁰⁶ Jag kommer att följa den systematik som presenterats av Jareborg, (2001), s. 33–39.

¹⁰⁷ Se vidare avsnitt 2.4.2.

Jag kommer dock inte att utveckla dessa förutsättningar i någon större grad eller precisera gällande rätt för de straffbud vilka förekommer i de exempel som ges. Arbetet handlar om att sammanföra straffrätten med kvinnoforskningen därför att det kan vara intressant att se närmare på de olika analytiska möjligheter som kan skapas.¹⁰⁸

I detta sammanhang blir den straffrättsliga systematiken intressant av flera skäl. För det första bygger denna på vissa grundläggande principer vilka är centrala för utformningen av straffrätten och för det sätt på vilket man argumenterar på området.

För det andra ger brottsbegreppet straffrätten en viss struktur som är viktig att uppmärksamma därför att den skapar ett fokus på gärningssubjektet. Vi talar ju här om de förutsättningar som ska ligga till grund för fastställandet av ett straffrättsligt ansvar hos den enskilde gärningsmannen. Det gör att systematikens utformning även kan vara av intresse vid en precisering av gärningsobjektets rättsliga position.¹⁰⁹

2.3.2 En otillåten gärning

En avgörande förutsättning för att en gärning ska vara otillåten är att den kan tolkas in under *gärningsdefinitionen* i ett straffbud och att samtliga rekvisit som anges där är uppfyllda.¹¹⁰

När det gäller de lagstiftningsreformer som tillkommit som en följd av den kritik som framförts mot olika straffrättsliga lösningar, kan tolkningsfrågorna förefalla både avklarade och samtidigt oprövade.

De reformer som genomförts av våldtäktskriminaliseringen (BrB 6:1) har i huvudsak handlat om att ändra gärningsdefinitionen genom att låta denna bestämmelse omfatta fler redan straffbara gärningar. Kravet på tvång har sänkts till att omfatta några av de gärningar som tidigare bedömdes som sexuellt tvång enligt BrB 6:2, i tillägg har vissa former av utnyttjande flyttats från BrB 6:3 till våldtäktsbestämmelsen i BrB 6:1.¹¹¹

Även rekvisitet för den sexuella gärningen i BrB 6:1 har förändrats sedan införandet av BrB.¹¹² Om de reformer som genomförts även har

¹⁰⁸ Det gäller både dekonstruktiva och rekonstruktiva analyser, alltså att dels undersöka hur rättsordningen fungerar, dels undersöka vilka möjligheter till reformer som kan finnas, jfr kapitel 1.

¹⁰⁹ Se vidare avsnitt 2.5.

¹¹⁰ Avsnitt 2.1.4.

¹¹¹ SOU 2001:14, s. 177–178 samt 162–164. Prop. 2004/05: 45, s. 43–45, samt 47–52.

¹¹² SOU 1982:61, s. 70–72, prop. 1983/84:105, s. 17 och 76; SOU 1995:60, s. 276, prop. 1997/98:55, s. 91. Jfr också SOU 2001:14, s. 150–153, prop. 2004/05:45, s. 45–47.

lett till en förändrad syn på innebörden av den individuella kränkningen vid dessa övergrepp är dock oklart.¹¹³

Den nya kriminaliseringen grov kvinnofridskränkning (BrB 4:4 a) är konstruerad utifrån redan existerande gärningsdefinitioner i BrB, vilka i sig inte föranleder några särskilda tolkningsproblem. Frågan om vad som utgör kränkningen vid dessa övergrepp kan dock ställa nya krav till rätts-tillämparen och som vi ska se är de förutsättningar som angivits för att precisera innebörden av denna kränkning mycket oklara.¹¹⁴

Båda reformerna har aktualiserats efter en kvinnopolitisk debatt kring straffrätten. Därför blir också kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap av särskilt intresse vid en analys av de rättsliga lösningar lagstiftaren har valt.¹¹⁵

Ett annat viktigt krav på brottsbegreppets gärningssida handlar om *gärningskontroll*. Denna fråga avser huruvida gärningsmannen har kunnat påverka hela händelseförloppet från det att denne på ett kontrollerat sätt påbörjade gärningen, fram till att denna fullbordats. Det är inte alltid så att gärningsmannen har fullständig kontroll över ett händelseförlopp trots att han har uppsåt till följden.¹¹⁶ Den typ av straffbud som jag har valt som exempel är dock i huvudsak definierade på ett sådant sätt att det inte uppstår några sådana problem. Vid en våldtäkt finns alltid en möjlighet att avbryta gärningen innan alla rekvisit har uppfyllts och gärningen därigenom fullbordats.¹¹⁷

Vissa straffbud är dock uppbyggda på ett sådant sätt att definitionen förutsätter att gärningsmannens gärning givit ett visst resultat.¹¹⁸ Vid tolkning av sådana straffbud blir det av avgörande betydelse för det straffrättsliga ansvaret att gärningsmannen har orsakat följden på ett straffrättsligt relevant sätt.¹¹⁹

¹¹³ Se vidare kapitel 6.3.2.

¹¹⁴ Se vidare avsnitt 5.6.

¹¹⁵ Här aktualiseras frågor kring radikalfeminismen och straffrätten, samt möjligheterna att reformera straffrätten utifrån en ståndpunktsfeministisk ansats. Dessa begrepp presenteras i kapitel 3, och diskuteras sedan vidare i kapitel 5.

¹¹⁶ Det är därför viktigt att vara uppmärksam på att kravet på gärningsculpa är ett rättsstridighetsrekvisit, varför denna frågeställning även kan vara aktuell vid ett uppsåtsbrott. Se vidare Jareborg (2001), s. 207–208, jfr s. 209–210.

¹¹⁷ Jfr Jareborg (2001), s. 209–210.

¹¹⁸ En stöld (BrB 8:1) är ett tillgrepp som innebär ekonomisk skada, ett mord (BrB 3:1) är ett angrepp som resulterar i förlust av liv.

¹¹⁹ Det krävs alltså inte enbart att man kan sägas ha förvällat denna, det krävs också att detta skett på ett straffrättsligt adekvat sätt. Sådana bedömningar görs enligt teorin om gärningsculpa med utgångspunkt i det risktagande en viss kontrollerad gärning innebär i förhållande till en okontrollerad följd. Jareborg, (2001), s. 204–206, s. 226 f.

Detta är naturligtvis särskilt viktigt att undersöka i de fall där gärningsmannen inte medvetet sökt uppnå ett visst resultat. Straffansvar förutsätter då att gärningsmannen utvisat ett straffrättsligt relevant risktagande i förhållande till den okontrollerade följden (s.k. *gärningsculpa*).¹²⁰ För samtliga av de aktuella straffbuden kan frågor kring gärningskontroll och gärningsculpa uppstå i situationer där en viss gärning leder till en okontrollerad följd, i första hand när ett visst avsiktligt våld leder till ytterligare skada.

Frågan om vad som kan utgöra ett *orsakande* kan dock vara av intresse i sammanhanget. Det gäller särskilt våldtäktsbrottet (BrB 6:1) där frågan om kausalitet föreligger är relevant vid bedömningen av om brott har begåtts.

Våldtäkt består ju principiellt sett av ett betvingande vilket leder till en sexuell handling. Det blir då avgörande för tillämpningen av straffbudet att det faktiskt är betvingandet som har lett till den sexuella handlingen. Det som då avses är i första hand en psykisk kausalitet, alltså att brottsoffret genom betvingandet har påverkats till att underkasta sig handlingen.¹²¹

Om offret däremot inte kan sägas ha underkastat sig den sexuella gärningen som en följd av gärningsmannens betvingande, blir den straffrättsliga slutsatsen den motsatta. Offret anses då istället genom samtycke ha godtagit denna. Det innebär att brott inte föreligger eftersom det krav på kausalitet som brottsbegreppet anger inte har uppfyllts.¹²²

Kravet på orsakande ligger även bakom den traditionella indelningen av sexualbrotten i tvångsgärningar och andra former av utnyttjande. I det första fallet har gärningsmannen orsakat en situation där brottsoffret inte längre kan utöva sin handlingsfrihet, medan denne i det andra fallet utnyttjar ett redan uppkommet hjälplöst tillstånd hos offret. Man kan säga att gärningsmannen i det senare fallet tillskrivs en mindre omfattande gärning, något som traditionellt sett har inneburit att detta brott inte givits ett lika högt straffvärde.

¹²⁰ Culpa bedöms därmed på båda sidorna av brottsbegreppet. Dels som förutsättning för en otillåten gärning, alltså som en bedömning av det risktagande en viss kontrollerad gärning innebär i förhållande till en okontrollerad följd. Dels som personlig culpa, vilken förutsätter en bedömning av gärningsmannens psykiska inställning, samt den klandervärddhet denne utvisat genom gärningen. Jareborg (2001), s. 206–209.

¹²¹ Om handlingsskäl, se Jareborg (2001), s. 158–162.

¹²² Jfr avsnitt 2.3.4. Offret kan visserligen ha tvingats av någon annan. För straffansvar krävs då att den som utövat den sexuella gärningen har uppsåt även till den andres tvångsgärning, se vidare om täckningsprincipen nedan, avsnitt 2.4.2.

I den debatt som förekommit kring denna indelning mellan våldtäktsbrott och sexuellt utnyttjande, har kritiken aktualiserat flera olika teman. En viktig infallsvinkel har varit frågan om den kränkning som offret utsätts för verkligen skiljer sig åt i dessa två olika fall. Från en feministisk synvinkel uppstår kränkningen i första hand som en följd av den påtvingade sexuella gärningen, varför det inte är av avgörande betydelse hur den sexuella gärningen kommit till. Det blir då inte relevant att göra skillnad mellan dessa olika typer av gärningar, båda utgör en form av sexualiserat våld.¹²³

I debatten har dock även den kulturella tolkning som kan göras av den straffrättsliga skillnaden mellan tvång och utnyttjande givits stor betydelse. Kritikerna har då framhållit att denna indelning lika gärna kan förstås mot bakgrund av en traditionell sexualmoral, vilken innebär att endast vissa kvinnor anses förtjäna ett straffrättsligt skydd. Den som inte uppfyllt vissa givna krav på moraliskt beteende kan då inte heller räkna med ett skydd av sin sexuella integritet. Med utgångspunkt i den tolkning av straffrättens syn på kön och sexualitet som då görs, kan man dra slutsatsen att offret blir moraliskt klandervärt därför att hon själv försatt sig i en prekär situation.¹²⁴

Efter den kritik som framförts har flertalet av de gärningar där någon utnyttjat någon annans oförmåga att utöva sin handlingsfrihet flyttats till straffbudet om våldtäkt.¹²⁵ Det innebär att samma gärningsdefinition, baserad på samma principiella indelning, istället givits beteckningen våldtäkt. Man kan således fråga sig om denna reform på något sätt förändrat innebörden av skyddsobjektet (självbestämmanderätten på det sexuella området), av gärningsdefinitionen (bestämmelsen utgår fortfarande ifrån att grundformen av våldtäkt förutsätter ett utövande av tvång), eller andra sådana förutsättningar som är avgörande för den straffrättsliga bedömningen av dessa övergrepp.

Mot bakgrund av detta kan man ifrågasätta om de ställningstaganden som legat bakom kritiken verkligen påverkat den straffrättsliga regleringen på området i någon mer materiell mening.

¹²³ Se vidare avsnitt 6.2.7.

¹²⁴ Det här är en frågeställning som framförallt blir aktuell i samband med straffvärdebedömningen, se vidare 2.3.4 och 2.4.3; De rättsliga förutsättningarna för offrets eventuella ansvar diskuteras i avsnitt 5.4 nedan.

¹²⁵ Se vidare avsnitt 6.3.2.

2.3.3 Undantag: samtycke

En gärning som under normala omständigheter är att uppfatta som otillåten kan i vissa fall ändå anses vara rättfärdigad.¹²⁶ Vi talar då i första hand om en nöd- eller nödvärnsgärning, där den som försvarar egna eller andras intressen, kan ha en viss rätt att ta till våld eller andra straffbara gärningar utan att dessa blir att anse som otillåtna.

För de aktuella straffbuden blir dock i första hand frågan om samtycke aktuell. Principen bakom det straffrättsliga samtycket är att den som är bärare av det skyddade intresset också har en rätt att disponera över detta.

Jareborg anger fyra grundläggande krav för ett giltigt samtycke. Den samtyckande ska vara behörig att disponera intresset och kapabel att förstå innebörden av samtycket. Vidare krävs att ett samtycke är frivilligt och allvarligt menat.¹²⁷

Enligt BrB 24:7 förutsätts dessutom att den gärning man samtycker till inte är oförsvarlig med hänsyn till den skada, kränkning eller fara gärningen medför, dess syfte eller övriga omständigheter. Det innebär alltså att man inte kan samtycka till alla former av kränkningar.

När det gäller de aktuella straffbuden kan samtycke enligt BrB 24:7 prövas mot gärningar vilka är straffbara enligt BrB 3:5 samt BrB 4:4 a.

För våldtäktsbrottet BrB 6:1 blir denna prövning istället en sida av tolkningen av de aktuella rekvisiten, alltså i samband med bedömningen av om det föreligger tvång eller inte. Även om någon utövat de fysiska gärningar som konstruktionen av tvång bygger på krävs ju även en form av kausalitet, alltså att det är dessa gärningar som fått offret att underkasta sig.¹²⁸

Frågan om samtycke blir ofta komplex vid sexualbrott därför att vi här i praktiken har att göra med två olika typer av samtycke. Dels den straffrättsliga formen av samtycke vilken alltså ställer vissa krav när det gäller den som samtycker och vad man samtycker till. Dels den form av samtycke som omedelbart relaterar till en kulturell förståelse av sexualitet, alltså en tolkning av vad som kan ses som uttryck för att man av fri vilja deltar i en sexuell handling.

Ett problem kan då vara att det sätt på vilket man uppfattar den senare formen av samtycke mycket väl kan påverka förutsättningarna för

¹²⁶ De viktigaste undantagsreglerna är nöd (BrB 24:4), nödvärn (BrB 24:1), samtycke (BrB 24:7), vissa fall av laga våldsutövning (se t.ex. PolisL 10 § st. 1), förmans order (BrB 24:8), samt det man kan kalla social adekvans (ett vanligt exempel på detta är "normala" konsekvenser av deltagande i sporter).

¹²⁷ Jareborg (2001), s. 283–284.

¹²⁸ Jareborg (2001), s. 286; Jfr Wennberg (2004), s. 122, vilken gör en delvis annorlunda tolkning av samtyckets funktion vid våldtäkt.

bedömningen av det straffrättsliga samtycket. Det gäller särskilt som det inte finns något formkrav för ett giltigt samtycke.¹²⁹ Problemet förstärks dessutom av att denna fråga i praktiken ofta avgörs på den personliga sidan av brottsbegreppet. Frågan om hur gärningsmannen uppfattat offrets inställning kommer då att även bedömas mot bakgrund av föreställningar kring sexualitet.¹³⁰

De bedömningar som görs påverkas dessutom i viss mån av ideologin kring den fria individen. De människor som är involverade i den aktuella gärningen kommer då att bedömas mot bakgrund av denna ideologiska konstruktion. Som vi har sett leder detta till att även andra målsättningar, såsom värnandet av den fria sexualiteten, kan komma att få betydelse.

De tolkningar som görs av sexuella övergrepp ges därför indirekt mycket starka kulturella premisser, vilket i sin tur kan påverka den straffrättsliga argumentationen. Ett exempel på hur långt sådana kulturella premisser kan sträcka sig på det straffrättsliga området utgör fall av utnyttjande av hjälplöst tillstånd där parterna har en sexuell relation. Man har då vanligen presumerat att det förelegat samtycke (sedan tidigare) trots att brottsoffret inte haft någon faktisk möjlighet att ge något sådant vid gärningstidpunkten.¹³¹

Konstruktionen av våldtäkt, där en tvångsgärning orsakar offrets deltagande i en sexuell handling, innebär att förekomsten av ett visst våld eller hot inte är tillräckligt för att man ska kunna konstatera att våldtäkt föreligger. För att vi ska ha att göra med ett våldtäktsbrott måste alltså offret faktiskt motsätta sig gärningsmannens gärning. Detta leder till att brottsoffret i praktiken måste uttrycka sitt ogillande på ett tydligt sätt för att frågan om tvång ska vara klarlagd.¹³²

En kritisk synpunkt som har framförts är att denna konstruktion i realiteten bygger på en tolkning av den kvinnliga sexualiteten såsom passiv.¹³³ Den som inte kämpar emot kan antas vara frivillig, passivitet kan

¹²⁹ Jareborg (2001), s. 282; Jfr Sutorius, (1997), s. 1303 f.

¹³⁰ Avsnitt 2.4.2.

¹³¹ En sådan bedömning kan förankras i kravet på att ett utnyttjande ska vara otillbörligt, se BrB 6:1 st. 2. Ansvar är också uteslutet om gärningsmannen trodde sig ha samtycke, se vidare avsnitt 2.4.2.

¹³² Om offret väljer att omedelbart foga sig i syfte att undslippa mer våld kan detta krav ibland vara svårt att bevisa. Jfr SOU 2001:14.

¹³³ En verklighetsbeskrivning där man utgår ifrån att kvinnor samtycker först när de ger ett tydligt medgivande, alltså ett aktivt och tydligt uttryck för att man själv väljer att ha sex, bygger i sig på ett ideal om en mer "demokratisk" sexualitet. Vi talar då om målsättningar vilka inte längre handlar om att skydda friheten utan snarare frigörelsen (av kvinnorna), alltså sådana som jag har klassificerat såsom politiska målsättningar. Om man däremot tolkar denna ansats som att sexualiteten utgör ett värde i sig uppstår många nya

därmed i sig ses som ett uttryck för ett samtycke.¹³⁴ I debatten har det därför framförts krav på att gärningen bör omdefinieras på så sätt att gränsen mot det straffbara området istället dras vid ett tydligt samtycke.¹³⁵

Det man då ofta förbiser är att en sådan lösning kan lämna öppet för ett ännu starkare fokus på det sexuella samtycket. Ett problem är alltså att en sådan förändrad gärningsdefinition inte nödvändigtvis leder till att man kommer att hantera verkligheten (sexualiteten) på något annat sätt.¹³⁶ Den gärning som ska bedömas kommer fortfarande att tolkas i relation till en kontext som i kulturell mening är "sexuell". Om det är så att man önskar att förändra straffrättens sätt att hantera sexualiteten och människan, kräver detta sannolikt något mer än en viss förändring av rekvisit.¹³⁷

En annan fråga man bör ställa sig i sammanhanget är vad man i så fall ska kunna samtycka till, eftersom ett rättsligt relevant samtycke inte kan omfatta vilka handlingar som helst. Om vi ser till de gränsdragningar som görs i förhållande till misshandel, så är den enskildes möjlighet att själv samtycka till att utsätta sig för våld förhållandevis begränsad. Utgångspunkten för en sådan bedömning blir ofta den tillfogade skadan, men en tumregel anses vara att gränsen går mellan ringa och normal misshandel i BrB 3:5.¹³⁸

När det gäller sexualbrotten är det en central princip att staten inte bör skapa begränsningar för människors sexualliv; vad den principiellt sett fria människan gör privat anses inte vara en sak för strafflagstiftningen. Frågan blir då var gränsen går för människans rätt att samtycka när det handlar om sexuella gärningar?

Om man tar ideologin om den fria individen på allvar så kan man sannolikt samtycka till i stort sett vilka gärningar som helst, i alla fall

straffrättsliga problem. Resonemålet blir av flera skäl ytterst problematiskt som utgångspunkt för en straffrättslig konstruktion, se vidare avsnitt 6.2.6.

¹³⁴ Andersson (2004b), s. 222–229; Sutorius (1997), s. 1305.

¹³⁵ Wennberg (2004), 130–131.

¹³⁶ SOU 2001: 14, s. 127–128; SOU 2001:14, s. 135–138 diskuterar även erfarenheter av samtyckeskonstruktionen i engelsk rätt; Jfr Temkin (1987), s. 109–118, vilken visar att diskussionen inom det brittiska samväldet snarare gått i riktning mot att minska betydelsen av samtycket; Burgess-Jackson (1999), s. 93, argumenterar för en övergång från samtycke till tvång.

¹³⁷ Några tänkbara förutsättningar för ett nytänkande vilka följer av kvinnoforskningen presenteras i kapitel 3, diskussionen sammanfattas sedan i avsnitt 6.4.

¹³⁸ Jareborg (2001), s. 287–290.

så länge det är möjligt att beteckna dessa handlingar som "sexuella".¹³⁹ Som vi har sett kan en begränsning följa av allmänna principer kring samtycket. En gärning som från början i ett visst kulturellt sammanhang skulle kunna definieras som sexuell, men som i sin grad av våld passerar gränsen för vad den enskilde kan samtycka till, kan därför principiellt sett bedömas som misshandel.¹⁴⁰

Det innebär dock att förekomsten av ett visst våld i samband med sexuella handlingar inte i sig leder till att vi kan utesluta att samtycke föreligger.¹⁴¹ Frågan blir då hur stor förändring av de straffrättsliga bedömningarna en sådan reform skulle kunna innebära. Sannolikt skulle det i så fall även krävas en förändrad syn på vad ett samtycke innebär, vilket i sin tur implicerar en diskussion om förutsättningarna för beskrivningen av den individ som straffrätten ska skydda.¹⁴²

2.3.4 Gärningens straffvärde

Bedömningar av straffvärde fyller flera viktiga funktioner inom det straffrättsliga systemet.¹⁴³ Som vi har sett är en gärnings straffvärde en viktig faktor vid kriminalisering, men även vid gradindelningar av straffbud och vid fastställandet av straffskalan för den straffbelagda gärningen.

Vid tillämpning uppstår frågor kring straffvärde i samband med rubricering och gradplacering av enskilda brott.¹⁴⁴ Bedömningar av gärning-

¹³⁹ I litteraturen utgör vanligen sadomasochism ett exempel på sexualhandlingar där den fria viljan har avgörande betydelse för vad som är straffbart. I engelsk rätt har sådana våldsgärningar ändå blivit föremål för straffrättsliga åtgärder, se vidare Clarkson, (2003), s. 17 f.

¹⁴⁰ Jareborg argumenterar för att man vid försvarlighetsbedömningen i dessa fall bör bortse från att gärningen saknar etiskt berättigande. Behovet av enkla regler kan då snarare tala för att samtycke även kan omfatta normalgraden av misshandel. Jareborg (2001), s. 288.

¹⁴¹ Lacey (1998), s. 113–14, påpekar att kravet på samtycke ytterligare förstärker problemet med att de rättsliga begreppen utgår ifrån det mentala (vilja) och inte den kränkta kroppen, se vidare avsnitt 6.3.1 och 6.4.

¹⁴² I kapitel 3 kommer jag att beskriva hur olika ansatser inom kvinnoforskningen kan påverka synen på människan. I kapitel 5 diskuteras sedan exempel från reformer där vissa antaganden om människan är centrala för de bedömningar som görs. I den avslutande delen av kapitel 6 kommer jag sedan att sammanfatta de möjligheter en ansats inom kvinnoforskningen kan innebära för straffrätten, särskilt vad gäller synen på människan.

¹⁴³ Om straffvärde som uttryck för ett uttryck för nyklassisk syn på straffrätten, se Jareborg/Zila (2000), s. 101; von Hirsch (2001), 12–13.

¹⁴⁴ Enligt Prop. 1987/88:120, s. 79, ska rubricering och gradplacering ske före straffmätning; Jfr Jareborg/Zila (2000), s. 107.

ens straffvärde spelar dessutom en avgörande roll vid straffmätning, BrB 29:1.¹⁴⁵

Oavsett i vilket sammanhang straffvärdet diskuteras inom det straffrättsliga systemet, är det viktigt att vara uppmärksam på att de bedömningar som görs dels relaterar till gärningssidan och dels till den personliga sidan av brottsbegreppet.¹⁴⁶ Enligt BrB 29:1 st. 2 ska bedömningen i det enskilda fallet ta utgångspunkt i den skada, fara eller kränkning en viss gärning inneburit, samt vad gärningsmannen insett eller borde insett om detta, samt de avsikter eller motiv denne haft.

I det inledande avsnittet underströk jag att i förhållande till de frågeställningar som avhandlingen aktualiserar, så är frågan om straffvärde i samband med kriminalisering och gradindelning av en viss gärning, av större intresse än frågan om straffmätning.¹⁴⁷ Det är i samband med dessa ställningstaganden som lagstiftaren direkt eller indirekt anger sin syn på den individuella kränkningen. Straffvärdefrågorna är mot denna bakgrund även intressanta i förhållande till strafflagstiftningens funktion som gemensam moralkodex, eftersom straffvärdet ytterst syftar till att uttrycka förkastligheten hos en viss brottstyp.¹⁴⁸

Vid gradplacering eller rubricering av faktiska gärningar, sker straffvärdebedömningar på gärningssidan med utgångspunkt i gärningsdefinitionen. Vissa straffvärdefaktorer är därmed att betrakta som "brottsinterna".¹⁴⁹ Det gäller de faktorer som kan förankras i det enskilda straffbudet, såsom gärningsdefinitionen och de rekvisit som anger kriterierna för gradindelning. Vissa av de "brottsexterna" straffvärdefaktorer som anges i BrB 29:2–3, kan även ges betydelse vid rubricering.¹⁵⁰

Ser man till våldtäktskriminaliseringen utgår bedömningar av straffvärde därför i första hand med utgångspunkt i hur kvalificerat det utövade tvånget har varit. En gärning som inneburit att offret utsatts för ett allvarligt våld ger därför ett högre straffvärde än gärningar som innefattar en lägre grad av våld. Vid våldtäkt har dock även den sexuella gärningen betydelse för bedömningen av straffvärdet. Som vi ska se senare är det sätt

¹⁴⁵ Jfr BrB 29:1.

¹⁴⁶ Se vidare avsnitt 2.4.3.

¹⁴⁷ Arbetet behandlar därför inte en gärnings konkreta straffvärde. Ej heller det abstrakta straffvärdet vilket avser jämförelser av straffnivå mellan olika straffbud. Jfr Jareborg/Zila (2000), s. 103; Arbetet behandlar istället förutsättningarna för att tala om människa och kränkning, alltså premisserna för att säga att något är "kränkande" och i så fall "straffvärt".

¹⁴⁸ Jareborg/Zila (2000), s. 103.

¹⁴⁹ Jareborg/Zila (2000), s. 110–112.

¹⁵⁰ Jareborg/Zila (2000), s. 111.

på vilket man förhåller sig till den sexuella kränkningen av avgörande betydelse för hur man uppfattar kriminaliseringen av våldtäkt.¹⁵¹

Det kan därför vara av intresse att säga något om hur den sexuella kränkningen anges i straffbudet våldtäkt. Svensk rätt har traditionellt framhållit "samlag" som den mest kränkande formen av de sexuella övergreppen.¹⁵² Varför just ett påtvingat samlag skulle vara mer kränkande än andra sexualhandlingar har inte givits någon närmare motivering. Det kan dock finnas flera tänkbara skäl till varför man har valt att argumentera på detta sätt. En möjlighet är att det handlar om föreställningar kring vad som kan vara "sexualitet" överhuvudtaget, eller möjligen en bedömning av vilka gärningar som utifrån sådana föreställningar kan anses vara särskilt riskfyllda för offret.

Straffrättens systematik leder till att fokus hamnar på gärningsmannens faktiska gärning. Om man väljer att argumentera utifrån omfattningen av den gärning gärningsmannen faktiskt har utfört kan därför möjligen samlag framstå som den mest sexuellt avancerade.¹⁵³

Ett problem med detta sätt att argumentera är att kränkningen i realiteten bedöms utifrån gärningsmannens kropp, eller kanske snarare utifrån dennes sexualitet. Förutsättningarna för att bedöma den sexuella kränkningen följer då inte av någon närmare analys av vad övergreppet innebär för offret.

Om man konstruerar eller tolkar straffrättsliga regler utifrån en kulturell förståelse av sexualitet kommer man att i praktiken utgå ifrån normer vilka avser gärningar som inte är straffbara. Det finns därför alltid en risk för att den verklighetsbeskrivning som läggs till grund för att definiera det kriminaliserade, egentligen avser det "icke-kriminaliserade". När det gäller våldtäkt förstärks problemet av att endast tvångsgärningen är kriminaliserad i rättslig mening, däremot inte sexualhandlingen.

I samband med reformen 1984 blev våldtäktsstadgandet könsneutralt, vilket framförallt ledde till att även homosexuella övergrepp kunde medföra ansvar för våldtäkt.¹⁵⁴ Någon egentlig översyn av rekvisiten för våldtäkt gjordes däremot inte utöver det att samlagsrekvisitet omdefinierades till att även omfatta med samlag jämförliga gärningar. De exempel som

¹⁵¹ Se vidare avsnitt 5.3–5.4, 6.2 samt 6.3.

¹⁵² Rekvisitetet samlag innebär dock i realiteten att det är tillräckligt med försök till samlag. Jfr SOU 1951:14, s. 231; Även efter den senaste reformen, Prop. 1997/98: 55, s. 89–92 och Prop. 2004/05:45, s. 45–47, kvarstår samlag som själva grundformen av ett sexuellt övergrepp. Se vidare avsnitt 6.3.2.

¹⁵³ Jfr avsnitt 6.3.2 där grunderna för den senaste reformen, SOU 2001:14, diskuteras.

¹⁵⁴ SOU 1982:61, s. 70, 1983/84: 105, s. 17.

ges i förarbetena kan tolkas så att det handlade om gärningar vilka i en kulturell mening kunde motsvara samlag.¹⁵⁵

I den senaste reformen av det sexuella rekvisitet i BrB 6:1 talas istället om samlag eller en sexuell handling ”som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”. Det innebär att den jämförelse som ska göras inte längre handlar om att jämföra olika typer av gärningar, istället ska man jämföra med den kränkning offret utsätts för vid ett påtvingat samlag.¹⁵⁶ Om reformen innebär en förändrad syn på innebörden av den sexuella kränkningen i Brottsbalken är dock oklart.¹⁵⁷

Det finns därför många intressanta frågeställningar som gäller hur innebörden av den sexuella kränkningen bör preciseras vid en våldtäkt. Det kan handla om vad man menar med sexualitet vid dessa övergrepp och vad denna aspekt av övergreppet innebär för den människa som blir utsatt. I detta sammanhang uppstår därför många principiellt viktiga frågor som gäller hur man kan eller bör beskriva människan och sexualiteten i straffrätten. De olika ideologiska ställningstaganden som blir intressanta att pröva i detta sammanhang diskuteras i kapitel 3.

Att frågan om den sexuella kränkningens innebörd inte varit så omdiskuterad i den straffrättsliga debatten är antagligen en konsekvens av att frågan nedprioriterades i tiden efter införandet av Brottsbalken. Under denna tid rådde en allmän uppfattning om att det inte kunde finnas någon specifik sexuell kränkning.¹⁵⁸ Denna slutsats följde i första hand av vissa ideologiska ställningstaganden. Man betonade dels den fria individens självbestämmanderätt på det sexuella området, och dels vissa allmänna sexualpolitiska målsättningar vilka innebar en syn på sexualiteten där denna inte ansågs vara skadlig på ett sätt som kunde föranleda straffrättsliga åtgärder. En sådan beskrivning av sexualiteten var därmed både en konsekvens av och en förutsättning för de ideologiska målsättningar som uttalades i kriminaliseringsfrågan.¹⁵⁹

Den beskrivning man ger av sexualiteten i straffrätten är därför i hög grad beroende av olika ideologiska ställningstaganden. I avsnitt 6.2 kommer jag att presentera flera olika sexualpolitiska ställningstaganden som kan spåras i debatten kring sexualbrotten.

¹⁵⁵ Prop. 1983/84:105, s. 17–18 samt s. 50–51.

¹⁵⁶ Prop. 2004/05:45, s. 46.

¹⁵⁷ Se vidare avsnitt 6.3.2.

¹⁵⁸ Jfr SOU 1976:9, s. 55, där man ifrågasätter om det kan finnas en ”speciell sexuell integritet som är väsensskild från annan integritet.”

¹⁵⁹ Vanligen samverkade då även den politiska målsättningen om en sexuell frigörelse med den kriminalpolitiska målsättningen om att minska det straffbara området.

En viss gärnings straffvärde beror även av omständigheterna kring själva gärningen, exempelvis att offret blivit instängt, överfallet eller att övergreppet pågått under lång tid. Den här typen av straffvärdeargument är vanligtvis inte särskilt kontroversiella, de är tillämpliga vid många brott som riktas mot enskilda människor.¹⁶⁰

När det gäller sexualbrotten har dock även denna kategori av straffvärdeargument vållat stora diskussioner. Ett tydligt exempel på detta är den funktion som parternas personliga relation har givits vid straffvärdebedömningar.¹⁶¹ I samband med införandet av Brottsbalken aktualiserades detta tema som en följd av att våldtäkt även kriminaliserades inom äktenskapet. Genom reformen uppstod därmed frågan om hur straffvärdet för dessa gärningar skulle bedömas. Vid gradindelningen av våldtäktsbestämmelsen valde man att ange att fall där parterna befunnit sig i en äktenskapsliknande relation, principiellt sett skulle bedömas som mindre grovt och rubriceras som våldförande.¹⁶²

På samma sätt innebar ett annat reformförslag vilket presenterades efter införandet av BrB, att parternas relation skulle ges avgörande betydelse vid rubricering. De exempel som anfördes avsåg övergrepp där parterna på något sätt inlett en social kontakt, alltså mer tillfälliga relationer.¹⁶³

I samband med reformen av våldtäktsbrottet 1984 tonades betydelsen av dessa argument ned. Denna typ av argument har därför inte längre någon självständig betydelse vid gradplacering. Däremot är det fortfarande möjligt att med hänsyn till "omständigheterna vid brottet" bedöma ett våldtäktsbrott som mindre grovt, BrB 6:1 st. 3.¹⁶⁴ Det hindrar inte att de diskussioner som fördes i samband med dessa lagförslag fortfarande är intressanta eftersom de kan säga oss något om hur man uppfattade innebörden av den individuella kränkningen. Den diskussion som fördes handlade ju om varför gärningar under vissa omständigheter var att anse som mindre straffvärda, eller varför gärningsmannen under vissa omständigheter var att anse som mindre klandervärd.

Det kan finnas flera tänkbara skäl till varför lagstiftaren menade att dessa fall typiskt sett var att anse som mindre straffvärda. Mot bakgrund av hur man argumenterade kan man möjligen säga att man här valde motsatt presumtion jämfört med förutsättningarna för gärningsdefinitionen; ju mer omständigheterna i det enskilda fallet liknade en "normal"

¹⁶⁰ Vid en våldtäkt kan sådana omständigheter föranleda att brottet bedöms som grovt, BrB 6:1 st. 4.

¹⁶¹ Jfr BrB 4:4a där själva relationen bidrar till att höja straffvärdet.

¹⁶² Se vidare avsnitt 5.3.

¹⁶³ Sexualbrottsutredningens förslag, SOU 1976:9, diskuteras i avsnitt 5.4.

¹⁶⁴ Prop. 1983/84:105, s. 21, JuU 1983/84:25, s. 17. Jfr Prop. 2004/05:45, s. 52–54.

sexuell situation, desto mer benägen var man att sänka straffvärdet.¹⁶⁵ I kapitel 5 kommer jag därför att diskutera frågor som gäller det kvinnliga offrets eventuella medansvar till det sexuella övergrepp hon utsätts för, och de konsekvenser detta kan ha för synen på kränkningen.

Det är som vi ska se inte möjligt att precisera rättsliga lösningar för dessa fall utan att också ta ställning till någon form av beskrivning av människan och verkligheten. Som vi ska se i kapitel 5 förutsätter den här typen av straffvärdebedömningar att man beskriver människan på ett visst sätt för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att argumentera för att straffvärdet är lägre i dessa fall.¹⁶⁶

Bedömningar av straffvärde på olika nivåer av det straffrättsliga systemet är intressanta för arbetets tema därför att det är här man kan finna tydliga exempel på vilken betydelse beskrivningen av verkligheten och människan har för utformningen av straffrätten.

De exempel på straffvärdebedömningar som ges i avsnitt 5.3–5.4 visar att de förutsättningar utifrån vilka man anger den individuella kränkningen vid sexualbrott kan vara problematiska. Som vi ska se i avsnitt 5.5–5.6 var denna frågeställning även aktuell för Kvinnovaldkommissionen.¹⁶⁷ I kommissionens förslag spelade beskrivningen av människan och verkligheten en avgörande roll vid preciseringen av den individuella kränkningen, och vid fastställandet av vissa gärningars straffvärde.

2.4 Straffrättens systematik: Personligt ansvar

2.4.1 Inledning

Straffrätten bygger på ett antal principer och begrepp. Ovan har jag bl.a. beskrivit legalitetsprincipen och principerna för kriminalisering. Även brottsbegreppet och den systematik som detta ger, styrs av ett antal principer, något som blir särskilt tydligt på den personliga sidan där konformitetsprincipen, skuldbegreppen och täckningsprincipen anger premisserna för det straffrättsliga ansvaret.

En första förutsättning är att ett straffrättsligt ansvar inte kan drabba den som inte haft *personlig förmåga att rätta sig efter lagstiftningen*. Detta

¹⁶⁵ Den feministiskt orienterade kritik som riktades mot detta förslag handlade om beskrivningen av parterna och de tolkningar som gjordes av deras relation. Kritiken resulterade i förslag om att avskaffa vissa typer av straffvärdeargument. Denna ofta kulturkritiska argumentation är dock inte särskilt konstruktiv på det straffrättsliga området. Se vidare avsnitt 3.1.3, 5.2 och 5.4.7.

¹⁶⁶ Se vidare avsnitt 5.3–5.4.

¹⁶⁷ SOU 1995:60.

är ett viktigt skäl till varför barn under 15 år inte anses kunna ha ett straffrättsligt ansvar. På samma sätt ger också de flesta länders lagstiftningar ansvarsfrihet för dem som inte är mentalt tillräkneliga och därmed oförmögna att förstå innebörden av sina egna handlingar.¹⁶⁸

Enligt konformitetsprincipen krävs att gärningssubjektet har haft både *förmåga och tillfälle* att rätta sig efter lagstiftningen för att det ska vara möjligt att överhuvudtaget hävda att det kan finnas ett personligt ansvar.¹⁶⁹

Vid bristande fysisk kontroll kan det visa sig omöjligt för gärningsmannen att förhindra att hans handlingar leder till skada eller omöjligt att agera för att undgå ansvar för underlåtenhet. Bristande kontroll som följd av självförvällad berusning bedöms däremot vanligen i ett tidigare skede av händelseförloppet. Redan att berusa sig kan alltså innebära ett otillåtet risktagande i förhållande till de gärningar man senare begår.

På samma sätt kan bristande insikt i vissa fall leda till att straffansvar är uteslutet. Det handlar då vanligen om situationer där gärningsmannen antingen inte varit klar över eller missförstått relevanta omständigheter, varför man kan ifrågasätta om denne verkligen kan tillskrivas ett personligt ansvar.¹⁷⁰ Villfarelser som följer av att gärningsmannen varit berusad har däremot endast begränsad betydelse för bedömningen av om ett straffrättsligt ansvar föreligger eller ej.¹⁷¹

Brottsbegreppets gärningssida och den personliga sidan är dessutom beroende av varandra eftersom *täckningsprincipen* anger att straffbudets rekvisit (eller snarare de omständigheter i verkligheten som motsvarar dessa) ska vara täckta av gärningsmannens personliga ansvar. För de straffbud som aktualiseras i arbetet gäller därför ett krav på uppsåt i förhållande till den straffbara gärningen.¹⁷² Detta krav gäller även de straffvärdefaktorer som presenterades i avsnitt 2.3.4.¹⁷³

Utgångspunkten är alltså att endast den som har ett personligt ansvar i förhållande till en viss gärning kan anses skyldig till ett brott. En viktig

¹⁶⁸ I svensk rätt hanteras denna problematik istället som en fråga om val av straffpåföljd. Psykisk störning utesluter inte ansvar, men begränsar de påföljder som kan komma ifråga, BrB 30:6.

¹⁶⁹ Jareborg har utvecklat konformitetsprincipen i svensk straffrätt (1969), s. 355 f. samt (2001) s. 303–304.

¹⁷⁰ Avsnitt 2.4.2.

¹⁷¹ Faktiska villfarelser vilka inte är beroende av ruset utesluter dock vanligen uppsåt, detsamma kan gälla vissa överskjutande uppsåtsrekvisit såsom tillägnelseuppsåt. Jareborg (2001), s. 337–341.

¹⁷² Vid oaktsamhetsbrott gäller dels ett krav på gärningsculpa, och dels ett krav på personlig culpa. Det innebär att den otillättna gärningen på motsvarande sätt ska vara täckt av en personlig oaktsamhet.

¹⁷³ Jareborg (2001), s. 334–336.

förutsättning är att ansvaret bedöms hos den enskilde gärningsmannen, utifrån dennes personliga förutsättningar och psykiska inställning till gärningen.

2.4.2 Uppsåt och täckning

Straffrättslig skuld handlar om två olika frågeställningar. Dels gärningsmannens psykiska förhållande till sin gärning, d.v.s vad han själv förstår av det han gör och de konsekvenser hans gärning får. Dels om det klander som kan riktas mot den som gör något trots att denne i någon grad är medveten om att gärningen kan leda till skada. Gärningsmannen är klandervärd därför att han genom sin gärning visar likgiltighet inför andra människors intressen.¹⁷⁴

Gärningsmannens psykiska förhållande till gärningen handlar om i vilken grad han varit medveten om de omständigheter som gärningen aktualiserar. Bedömningar av uppsåt utgår därför från några grundläggande premisser, i form av vad gärningsmannen trodde om de relevanta omständigheterna (kunskap), och vilka avsikter han hade med gärningen (vilja).¹⁷⁵

Även frågan om varför man gör vissa saker, alltså vilka motiv (känslor, böjelser, målsättningar, m.m.) som leder till en straffbar gärning, kan ha en viss betydelse för bedömningen av det personliga ansvaret, i första hand när det gäller graden av klander.¹⁷⁶

Det självklara fallet av uppsåt är *avsiktsuppsåt*, vilket förutsätter att gärningsmannen haft viss insikt om relevanta omständigheter, och dessutom eftersträvat följden. Man kan säga att gärningsmannens syfte motsvarat den gärningsdefinition som finns i straffbudet.¹⁷⁷

De flesta uppsåtsproblem, särskilt vid våldtäkt (BrB 6:1–2), avser dock frågan om vilken grad av insikt om de relevanta omständigheterna som vederbörande bör ha haft för att kravet på uppsåt ska anses uppfyllt.

För att ett *insiktsuppsåt* ska anses föreligga krävs att gärningsmannen haft viss insikt om alla faktiska omständigheter som motsvarar rekvisiten

¹⁷⁴ Jareborg (2001), s. s. 309–310.

¹⁷⁵ Nuutila (1990), s. 102–104.

¹⁷⁶ Nuutila (1990), s. 147–150.

¹⁷⁷ Jfr tidigare *indirekt uppsåt* vilket avsåg fall där gärningsmannen haft insikt om att vissa följder varit praktiskt taget var oundvikliga. Ett sådant uppsåt kan vara aktuellt i förhållande till gärningar där endast en viss följd eftersträvs men där gärningsmannen ändå kunnat räkna med andra straffbara följder. Med den nya terminologin torde dessa fall omfattas av insiktsuppsåtet, samt i vissa fall även av likgiltighetsuppsåtet beroende av hur gärningsmannen uppfattade risken för bieffektens förverkligande och om han förhöll sig likgiltig till denna risk.

i straffbudet.¹⁷⁸ Enligt praxis innebär detta ett krav på en förhållandevis hög grad av insikt, varför gärningsmannen inte ska ha hyst några egentliga tvivel om att en viss omständighet förelåg eller att en viss följd var möjlig.¹⁷⁹

Vid uppsåtsbedömningar blir därför vanligen den nedre gränsen den mest intressanta, vad krävs för att uppsåtskravet överhuvudtaget ska vara uppfyllt? Denna fråga har tidigare avgjorts genom en uppsåtskonstruktion med ett hypotetiskt prov. Efter att denna straffrättsliga lösning kritiserats i flera sammanhang, har dock HD angivit en ny standard i form av ett s.k. *likgiltighetsuppsåt*.¹⁸⁰

Det innebär att gränsen mot oaktsamhetsområdet numera ska preciseras genom en bedömning av den likgiltighet gärningsmannen utvisat. Den gärningsman som varit medveten om att det funnits en risk för att en viss omständighet förelåg, eller att en viss följd kunde uppstå, och som därtill varit likgiltig till riskens förverkligande, har uppfyllt kravet på uppsåt.¹⁸¹

Uppsåtsbedömningar kompliceras dock ofta av att många straffbud förutsätter att gärningsmannen själv gjort någon form av bedömning. Vid våldtäkt innebär detta att gärningsmannens uppsåt även ska omfatta den kausalitet som tvångsgärningen innebär. Uppsåtet ska alltså även prövas mot den omständigheten att offret inte samtyckte.

Enligt gällande ansvarslära ska gärningsmannen då inte enbart haft en insikt om de faktiska omständigheter som kan tyda på att samtycke inte föreligger (t.ex. att offret kämpat emot), utan också dragit en slutsats som motsvarar innebörden av ett bristande samtycke.¹⁸²

Tolkningar av gärningsomständigheter bygger som vi har sett alltid i någon mån på kulturella föreställningar.¹⁸³ Vid uppsåtsbedömningar kompliceras dock bilden av att dessa bedömningar är "personliga" såtillvida att de sker utifrån vad den enskilde gärningsmannen har uppfattat och de slutsatser han har dragit.

Problem med att bevisa uppsåt vid våldtäkt när gärningsmannen hävdar sig inte ha tolkat offrets agerande som ett motstånd, har föranlett en

¹⁷⁸ Straffansvarsutredningen argumenterade för ett insiktsuppsåt, se SOU 1996:185, s. 112 samt 129 f. Förslaget ledde dock inte till lagstiftning, se prop. 2000/01:85, s. 9.

¹⁷⁹ "Det räcker att han funnit gärningsomständigheten vara praktiskt taget säker eller effekten praktiskt taget oundviklig", se NJA 2004 s. 176.

¹⁸⁰ NJA 2004 s. 176.

¹⁸¹ NJA 2004 s. 176; Jfr Asp (2004), s. 386–390.

¹⁸² Vi talar då om s.k. parallellvärderingar i lekmannasfären, Jareborg (2001), s. 349–352.

¹⁸³ Se vidare avsnitt 2.4.3.

diskussion om huruvida man även bör kriminalisera ett oaktsamhetsbrott. Man skulle då kunna döma även den som visserligen inte insett, men som utifrån vanliga aktsamhetsnormer borde ha insett, att offret inte samtyckte. Ett problem med en sådan omdefiniering av det straffrättsliga ansvaret vid våldtäkt kan dock vara att detta sannolikt även innebär att straffvärdet för sådana gärningar kommer att sänkas.¹⁸⁴

Likgiltighetsuppsåtet kan dock innebära vissa möjligheter att döma till ansvar även i de mer oklara fallen av uppsåt. En insikt om att samtycke kanske inte förelåg skulle kunna grunda ett uppsåt i de fall där denna omständighet av gärningsmannen inte setts som något skäl att avstå från utförandet av gärningen. Vid dessa bedömningar kan man väga in faktorer såsom affektillstånd hos gärningsmannen, och dennes personliga intresse av att genomföra gärningen.¹⁸⁵

Ansvarsläran anger två typfall där uppsåtet principiellt sett brister: villfarelse och okunskap. Man kan säga att vi här har att göra med en situation där gärningsmannen antingen har en felaktig tro rörande relevanta omständigheter (han tror att samtycke föreligger) eller inte har någon uppfattning alls därför att han inte har relevant insikt (han har överhuvudtaget inte reflekterat över frågan).

Vid negativa rekvisit, såsom det krav på icke-samtycke som föreligger vid våldtäktsbrott, skiljer sig dessa två situationer åt. Villfarelse där gärningsmannen missförstår relevanta omständigheter utesluter uppsåt (den som tror att samtycke föreligger har inte gjort sig skyldig till brott.)

Teoretiskt sett kan man vid okunskap hos gärningsmannen däremot säga att det samtycke som inte föreligger i verkligheten inte heller finns i gärningsmannens medvetande. Hans personliga inställning till denna omständighet kan sägas motsvara den faktiska situationen, varför uppsåt föreligger.¹⁸⁶

2.4.3 Klander

På samma sätt som man kan bedöma straffvärdet på gärningssidan kan man också bedöma graden av klandervärdhet på den personliga sidan av brottsbegreppet. Vi har alltså att göra med en straffvärdebedömning i relation till det personliga ansvaret.

¹⁸⁴ Principiellt sett är ett oaktsamhetsbrott mindre straffvärt än ett uppsåtsbrott därför att gärningsmannen då utvisat en lägre grad av likgiltighet mot medmänniskans intressen, och därmed också kan ses som mindre klandervärd.

¹⁸⁵ Se NJA 2004 s. 176; Jfr Ulväng (2005), s. 5–8, samt s. 10–12.

¹⁸⁶ Jareborg (2001), s. 342.

De faktorer som då ska bedömas är de motiv som gärningsmannen haft, men även annat som kan ha påverkat honom till att agera på ett visst sätt. Det kan handla om hans sinnesstämning, såsom upprördhet, provokation, frestelse, press, m.m., alltså faktorer som kan påverka bedömningen av hur klandervärd en viss person har varit.

I den mån denna straffrättsliga frågeställning har förekommit i den allmänna debatten kring sexualbrotten har kritiken i första hand riktats mot de faktorer som givits straffvärdesänkande effekt, framförallt sådana som ansetts i någon mån kunna ursäktat gärningsmannens beteende. Det har då handlat om den personliga sidan av de kritiserade straffvärdeargument som nämndes i avsnitt 2.3.4, och som på olika sätt relaterade till parterna och deras relation.

I detta sammanhang underströk jag att bedömningen av den här typen av faktorer i hög grad blir beroende av olika kulturella förståelser av verkligheten, varför det blir viktigt att även vara uppmärksam på vilken beskrivning av människan och verkligheten man lägger till grund vid bedömningar av klander.

På den personliga sidan av brottsbegreppet bygger dessa bedömningar på den enskilde gärningsmannens föreställning om de aktuella gärningsomständigheterna. På samma sätt som vid bedömningar av uppsåt relaterar bedömningar av klandervärdhet till den enskilde gärningsmannens person.

Samtidigt är det uppenbart att de förutsättningar som läggs till grund vid bedömningar av personlig klandervärdhet, inte enbart beror av den enskilde gärningsmannens uppfattning om verkligheten.

Ett exempel på detta är frestelse vilket kan leda till att en gärningsman kan anses i någon mån ursäktad för sitt beteende. Argumentet bygger på en viss sympati för gärningsmannen, varför det i första hand kan bidra till att sänka straffvärdet.

Efter reformen av våldtäktsbrottet 1984 är inte alla sådana tänkbara argument relevanta vid gradplacering. Argument som rör frestelse har i första hand betydelse i samband med straffmätning.¹⁸⁷

Men frestelse är ett argument som är intressant därför att det sammanhänger med vilken beskrivning av människan och verkligheten man väljer att argumentera utifrån.¹⁸⁸ Frestelse har med behovstillfredsställelse att göra, det är därför man kan bli sexuellt frestad. Om man därför väljer

¹⁸⁷ Denna typ av omständigheter kan med hänvisning till BrB 6:1 st. 3 betraktas som brottsinterna. De kan därför påverka straffmätningen inom den grad brottet placeras i, även om tillämpningsutrymmet är begränsat. Se Prop. 1983/84:105, s. 23–24 och JuU 1983/84:25, s. 18; Jfr Prop. 2004/05:45, s. 52–54

¹⁸⁸ Se vidare avsnitt 5.4.

att se våldtäkt som ett uttryck för sexualitet kommer man också att vara villig att godta ett resonemang som går ut på att gärningsmannen blev frestad.

Om man däremot väljer att betona våldtäkten som ett våldsbrott, kommer man att vara mindre benägen att acceptera resonemang som handlar om sexuell frestelse.¹⁸⁹ Möjligen kommer man att istället välja tolkningar av klandervärdhet som bygger på provokation vilket är en straffrättslig konstruktion som inte lika självklart leder till ett reducerat straffvärde.¹⁹⁰

Det sätt på vilket man beskriver verkligheten kan därför även påverka straffvärdebedömningar i en viss riktning. De ideologiska ställningstaganden som kan ligga bakom beskrivningen av verkligheten har därför betydelse för hur man argumenterar.

Den som baserar sina bedömningar på en sexualliberal syn kommer att utgå ifrån föreställningar kring sexualitet vilka kommer att prioritera de straffvärdesänkande argumenten. Den som framhåller en radikalfeministisk syn på våld där övergrepp relateras till ett universellt förtryck av kvinnor, kommer istället att utgå ifrån en syn på verkligheten där de straffvärdehöjande argumenten ges prioritet.

Vad som uppfattas som ursäktande och i så fall varför, är alltså alltid en fråga om vilka värderingar straffrätten ska omfatta. Det gör att de förutsättningar man lägger till grund vid straffvärdebedömningar på den personliga sidan av brottsbegreppet kan påverkas genom utformningen av den straffbara gärningen, men också genom det sätt på vilket man beskriver människan och verkligheten.

2.5 Gärningsobjektet i straffrätten

2.5.1 Inledning

Efter denna korta genomgång av systematiken kan man konstatera att straffrätten i huvudsak handlar om relationen mellan staten och gärningsobjektet.

Som vi har sett finns här flera viktiga rättssäkerhetsprinciper vilka syftar till att värna gärningsmannen mot ett okontrollerat maktutövande från statens sida. Samtidigt kan man konstatera att det inte finns samma

¹⁸⁹ Att våld kan anses vara sexigt och vilka premisser ett sådant resonemang kräver diskuteras i avsnitt 6.2.3 och 6.3.1 nedan.

¹⁹⁰ Jfr BrB 29:3, "om brottet föranletts av annans grovt kränkande beteende"; Se vidare von Hirsch/Jareborg (1986) s. 442; Provokation kan ha betydelse vid rubricering och gradplacering, se Jareborg/Zila (2000), s. 116–117.

uttalade och systematiskt ordnade rättsprinciper till skydd för offrens intressen i rättssystemet. I debatten har det därför presenterats förslag som handlar om att utsträcka rättssäkerhetsbegreppet till att omfatta även denna grupp.¹⁹¹

I förhållande till brottsoffren talar man emellertid om en rättsskyddsprincip vilken innebär att staten förväntas skydda medborgarna mot övergrepp. Eftersom staten inte accepterar privatjustis måste den också vara ett slags garant för ett rättsligt skydd och för utkrävandet av ett ansvar av den som kränker andra.¹⁹² Rättsskyddsprincipen innebär då i realiteten att människor skyddas genom att man inrättar och upprätthåller ett straffsystem.¹⁹³

För ett arbete som handlar om att sammanföra dessa två forskningsområden blir dock i första hand straffrättens teoretiska och systematiska förutsättningar intressanta, eftersom dessa indirekt anger premisserna för brottsoffrens straffrättsliga position.

Att straffrätten i huvudsak handlar om staten och gärningssubjektet är alltså något som även får konsekvenser för konstruktionen av gärningsobjektet. I det här avsnittet kommer jag därför att försöka beskriva förutsättningarna för gärningsobjektets straffrättsliga position, samt några av de principiella problem denna kan innebära för brottsoffret.¹⁹⁴

Frågor som relaterar till offret kan återfinnas på samtliga straffrättsliga nivåer och därmed även i flera rättsliga sammanhang. Som vi har sett skyddas offret genom ideologin om den fria individen vilken är grundläggande för straffrättens teori. I relation till offret återfinns därför denna rättsliga figur i första hand i skyddsobjektet, där individen är bärare av det skyddade värdet.

Brottsoffrets motsvarighet i den straffrättsliga systematiken utgörs av "gärningsobjektet". I de straffbud som blir aktuella i arbetet utgör dessutom brottsoffret den straffbara gärningens "angreppsobjekt".¹⁹⁵

I straffprocessen är brottsoffret målsäganden, vilken inte är gärningsmannens processuella motpart.¹⁹⁶ I processen är det istället staten som

¹⁹¹ Det är en lösning som kan ifrågasättas, se vidare Nelson (1989), s. 257–259.

¹⁹² Nelson (1993), s. 192, skiljer mellan begreppet offer och den person som lidit skada; Även i det här arbetet avser "offer" i första hand den person som i rättslig mening uppfattas som skadelidande.

¹⁹³ Frändberg föreslår även termen "rättsfrid" som uttryck för rättsordningens förmåga att upprätthålla tryggheten i samhället. Frändberg (2000), s. 269–270.

¹⁹⁴ Jag skiljer här mellan den systematiska konstruktionen av gärningsobjektet och gärningssubjektet, och den människa som förekommer i den faktiska verkligheten. När en argumentation förutsätter någon form av referenser till en faktisk verklighet kommer jag i första hand att tala om gärningsman och offer.

¹⁹⁵ Se vidare Jareborg (2001), s. 130.

¹⁹⁶ RB 20:8 st. 4.

representerar offret genom åklagaren, varför offret har ett begränsat rättsligt handlingsutrymme.¹⁹⁷

På senare år har dock denna grupp givits ett utökat rättsligt stöd genom bl.a. rätten till målsägandebiträde och kriminaliseringen av överträdelse av besöksförbud.¹⁹⁸ Utanför rättssystemets ramar har det också tagits viktiga initiativ till åtgärder i syfte att värna dem som blir utsatta för brott.¹⁹⁹

Gärningsobjektet har dock i realiteten ingen självständig position i den straffrättsliga läran, som vi ska se utgör det enskilda brottsoffret däremot en del av de förutsättningar utifrån vilka man fastställer gärningsmannens ansvar.²⁰⁰

2.5.2 Offrets frihet

Skyddsobjekten handlar om individualiserade men abstrakta intressen, det handlar om de värden som rättsstaten önskar att skydda. Dessa är i sin tur konstruerade utifrån en ideologi som ger alla människor rätt till självbestämmande. Denna ideologiska ansats anger därför de grundläggande förutsättningarna för hur människor bör hanteras inom det rättsliga systemet, det gäller i förhållande till både gärningsmannen och offret.

Som vi har sett verkar denna rätt till individuell frihet på två sätt. För det första handlar det om rätten att bestämma över sig själv i relation till andra människor, alltså en rätt att slippa kränkningar från andra människor vilken skyddas genom införandet av kriminaliseringar.²⁰¹

När man straffbelägger gärningar innebär emellertid detta indirekt även en begränsning av rätten till handlingsfrihet. Det gör att man för det andra kan tala om en rätt att bestämma över sig själv, utanför rättslig eller annan statlig kontroll. Som vi har sett har den straffrättsliga debatten kring förutsättningarna för kriminalisering i hög grad förts utifrån den senare aspekten av individuell frihet; vi bör i så liten grad som möjligt utöva kontroll av människors beteende genom kriminalisering. Denna ansats följer av att relationen mellan staten och individen är central inom straffrätten. Rättsstatsidealet bygger på idén om ett individuellt skydd mot statlig maktutövning.

¹⁹⁷ Nelson (1993), s. 188; Lernestedt (2003), s. 60.

¹⁹⁸ Lag om målsägandebiträde (SFS 1988:609), RB 20:a, Lag om besöksförbud (SFS 1988:688), BrB 4:a.

¹⁹⁹ Det gäller framförallt inrättandet av kvinnohus och kvinnojourer, jfr ROKS; Något som också leder till en form av privatisering av rättsordningen, se Nelson (1993), 190.

²⁰⁰ Se vidare avsnitt 2.5.2 och 5.4.

²⁰¹ Vilket också är en frihet som i viss grad kan disponeras genom samtycke, se avsnitt 2.3.

När det gäller sexualbrotten innebär därför rätten till individuell frihet både en rätt att bli skyddad genom kriminalisering av övergrepp, och en rätt att fritt delta i sexuella handlingar utan rättsliga begränsningar. Människans sexuella frihet är obegränsad så länge denna inte kränker någon annans rätt.²⁰²

Ett problem med debatten kring principerna för kriminalisering är emellertid att den valda ansatsen innebär att den i realiteten utgår ifrån ett slags "gärningsmannaperspektiv", alltså utifrån en position som handlar om *straffrätten som en begränsning av den individuella friheten*.²⁰³

Konstruktionen av den fria individen leder i sin tur till att argumentationen kommer att utgå ifrån den fria, aktiva och oberoende människan och hennes rätt att handla fritt utan rättslig inblandning.²⁰⁴

Att få sina handlingsmöjligheter inskränkta genom lagstiftning innebär att friheten begränsas på ett sätt som kan sägas kränka principen om den fria individen. Om det är så att man faktiskt kan hävda dessa intressen är i sammanhanget irrelevant, frågan befinner sig på en principiell nivå. Om man dessutom faktiskt blir kränkt och i vilken grad man i så fall blir det, beror endast av vilka handlingar det är man önskar att utföra och hur viktiga man själv anser att dessa är.

Det här sättet att tala om kriminaliseringsfrågan blir dock ofta problematiskt i förhållande till gärningsobjektet vilket befinner sig i en annan rättslig relation till staten än gärningssubjektet. För brottsoffret handlar rätten till individuell frihet i första hand om möjligheten till självbestämmande i förhållande till andra människor. I den mån brottsoffret hävdar sin frihet är det inte i förhållande till staten, utan i förhållande till en annan människa.²⁰⁵ Den människa som befinner sig i offerpositionen har blivit kränkt som en följd av att hon inte har kunnat skydda sina egna intressen. Det som kännetecknar offerpositionen är snarare en markant brist på självbestämmande.

På en principiell nivå innebär kravet på koherens att man bör eftersträva att rättstillämpningen inte kommer i konflikt med idealet om den fria individen. I praktiken innebär detta inte mer än att rättstillämpning inte får ske i konflikt med straffrättens principer. Men det leder samtidigt

²⁰² Denna rätt är också skyddad av Europakonventionen, se Lernestedt (2003), s. 155–158.

²⁰³ Det är intressant att se hur argumentationen tenderar att börja i dennes intresse av att handla fritt. Tydliga exempel finns hos Feinberg (1973), s. 9–11, samt (1989), s. 27.

²⁰⁴ Feinberg säger bland annat att den autonoma individen ofta uppfattas som en "self-made man", det är en individ som skapar sig själv. Den fria individen kännetecknas därför av att vara sinnebilden för en aktiv och handlande människa. Se Feinberg (1989) s. 33.

²⁰⁵ Jfr Andersson (2004) i avsnitt 4.5 nedan, vilken poängterar att rättsskyddsobjektet konstrueras som "öppet" och därmed tillgängligt.

till att de yttre ramarna för varje bedömning av människan sätts av de premisser som följer av konstruktionen av den fria individen.

Det ideologiska ställningstagande om individuell frihet som är centralt för straffrätten ger principiellt sett varje människa en rätt att förfoga över sig själv även om detta leder till att människans intressen kränks. Man bör dock understryka att straffrätten även skyddar människor i situationer där de inte är fria, varför exempelvis samtycke inte alltid är rättsligt relevant även om offret givit sitt medgivande. På tillämpningsnivån är därför inte heller alla individuella intressen möjliga att disponera fritt genom samtycke.

För det här arbetet är det dock av central betydelse att betona de principiella förutsättningar som anges för straffrätten. Den fria individen är central för de förutsättningar som anges både på straffrättens teorinivå och på dess tillämpningsnivå. En kritik som den kvinnorrättsliga forskningen har riktat mot rättsordningen är att den individ som anges på teorinivån inte är "neutral". Man menar att konstruktionen av den fria individen i sig anger vissa premisser för hur man bör uppfatta människor.²⁰⁶ Som vi ska se i kapitel 5 är exempelvis de två former av frihet som straffrätten syftar till att skydda endast möjliga att hävda samtidigt under förutsättning att man beskriver människan och verkligheten på ett visst sätt.²⁰⁷

Av genomgången av straffrättens systematik framgår att denna bygger på relationen mellan staten och gärningsmannen; det handlar om att fastställa ett straffrättsligt ansvar för gärningssubjektet. När man bedömer om det föreligger ett ansvar måste man först pröva gärningen mot straffbudet, och sedan om uppsåtet täcker rekvisiten i straffbudet. Systematiken handlar därför om att fastställa gärningsmannens individuella gärning och dennes personliga ansvar.

Vid bedömningar av gärningsmannens straffrättsliga ansvar blir offret en del av domstolens tolkningsbakgrund: Offret ingår i beskrivningen av den verkliga händelse som läggs till grund för bedömningen av det straffrättsliga ansvaret.²⁰⁸

Här finns därför ett principiellt problem i form av ett slags objektivisering av offret inom straffrätten, en objektivisering som även kan ske i flera led. Som vi har sett är offret systematiskt sett ett angreppsobjekt för en straffbar gärning. I den faktiska situationen är offret ett objekt för gärningsmannens gärning och dennes bedömningar. Vid sexualbrotten

²⁰⁶ Se vidare kapitel 4 och avsnitt 6.4.

²⁰⁷ Se vidare avsnitt 5.3–5.4, 6.1.3 och 6.4.

²⁰⁸ Se vidare avsnitt 5.4.

tillkommer dessutom möjligheten av att offret även uppfattas som ett sexualobjekt av gärningsmannen.

I processen är offret ett objekt för domstolens bedömning av gärningen och uppsåtet, ett objekt som också kan bli sexualiserat beroende av hur domstolen argumenterar kring den faktiska händelsen. I kapitel 5 kommer jag att visa att denna objektivering även kan ske genom det sätt på vilket man beskriver verkligheten.

Gärningsobjektets straffrättsliga position blir mot bakgrund av detta mycket komplex. Straffrättens teori och dess systematik förutsätter att man behandlar människor enligt de etiska normer läran bygger på. De straffrättsliga konstruktionerna kräver därför genomgående att man utgår ifrån den teoretiska konstruktionen av den fria individen, även vid bedömningar som på olika sätt implicerar gärningsobjektet.

När man bedömer en presumtiv våldtäktsgärning måste man av processuella skäl utgå ifrån att det inte föreligger ett brott så länge åklagaren inte har visat att det finns ett straffrättsligt ansvar. Det innebär att det åtminstone inledningsvis kan uppstå problem av samma karaktär som vid gärningskonstruktionen. Även här kommer man alltså att till en början utgå ifrån en beskrivning av en situation vilken inte är kriminaliserad i sig, och där offret dessutom har en grundläggande rätt att samtycka. Det innebär att den fria, aktiva och oberoende individens intresse av att handla fritt kommer att vara en viktig utgångspunkt för de bedömningar som görs.

I detta sammanhang kommer dessutom beskrivningen av verkligheten att utöva ett inflytande över bedömningen. När man ska pröva om brott föreligger ges alltid en möjlighet att pröva olika tänkbara scenarier. I detta sammanhang kommer exempelvis ett ideologiskt ställningstagande till en individuell sexuell frigörelse att leda till en uppfattning om att man inte ska anlägga moraliska premisser på de bedömningar som görs. Som framgick i avsnitt 2.2.5 kan detta leda till mycket vidsträckta premisser för bedömningen av offrets eventuella samtycke.

Ett annat problem i sammanhanget är att de premisser utifrån vilka man beskriver verkligheten kan leda till att endast vissa tolkningar blir möjliga. Som vi ska se i kapitel 3 är detta en frågeställning som är central för kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap. Mot bakgrund av straffrättens systematik kommer fokus att ligga på gärningsmannens ansvar varför det i praktiken skapas ett visst perspektiv utifrån vilket den aktuella situationen tolkas.

Brottsoffrets rättsliga position kännetecknas därför av att de yttre ramarna för denna anges på straffrättens teorinivå och då framförallt genom konstruktionen av den fria individen. Dessa grunder anger förutsättningarna för många av de rättsliga frågeställningar som är grundlägg-

gande för den rättsliga hanteringen av offret. Det gäller exempelvis frågan om vad som är en straffrättslig skada och hur den individuella kränkningen bör preciseras.

Frågan om hur människan och verkligheten beskrivs blir intressant i detta sammanhang därför att straffrättens ideologiska förutsättningar leder till att en viss syn på människa och kön kommer att proriteras i den straffrättsliga argumentationen.

Den ofta mycket förenklade och starkt ideologiska debatt som förts kring kriminaliseringsfrågan kan därför ha bidragit till att dölja vissa principiella frågor som rör konstruktionen av gärningsobjektet och det krav på personlig frihet som kan hävdas av den som befinner sig i offerpositionen.²⁰⁹

2.6. Kontrollfrågan och kvinnofrågan

2.6.1 Inledning

Den diskussion kring kriminalisering som jag har försökt beskriva ovan har i första hand utgått från det vi kan kalla "kontrollfrågan", alltså frågan om i vilken grad det är möjligt att utöva kontroll av människor genom strafflagstiftning utan att samtidigt kränka deras handlingsfrihet.

Som vi har sett blir dock de förutsättningar som följer av en utgångspunkt i kontrollfrågan problematiska för en diskussion kring den andra aspekten av den individuella friheten. De ställningstaganden som gäller frågan om var gränsen för det kriminaliserade området bör gå, leder inte nödvändigtvis till en precisering av innebörden av den individuella kränkningen.

Den diskussion som förts kring straffrätten som samhällsstyrning kan visserligen leda till många intressanta frågor för ett kvinnorrättsligt arbete. Inom kvinnolitteraturen återfinns teman som kan vara relevanta för en diskussion kring staten och rätten, bland annat har olika aspekter av det s.k. samhällskontraktet diskuterats.²¹⁰ Den gränsdragning mellan det privata och det publika som kontrollfrågan leder till, är inte främmande för den feministiska litteraturen.²¹¹

I en feministiskt orienterad diskussion innebär gränsen mellan det privata och det publika gärna det motsatta problemet. Genom att skydda

²⁰⁹ Se vidare avsnitt 2.6.

²¹⁰ Se t.ex. MacKinnon (1987a); Pateman (1989); Franzway (1989); Lundström (1999), s. 50–73; Se också Lernerstedt (2003), s. 62–68.

²¹¹ Indelningen mellan det privata och det publika är också central för arbetsdelningen mellan könen, för kvinnors deltagande i samhällslivet, o.s.v. Eisenstein (1984), s. 15–26.

det privata området riskerar man att göra den privata sfären till något som befinner sig utanför rättsordningens räckvidd. Principiellt sett är det så att ett starkare skydd av privatlivet mot statlig makt ökar spelrummet för andra typer av maktrelationer. För feminismen har därför devisen "the personal is political" varit central för det sätt på vilket man närmat sig denna motsättning.²¹²

I den straffrättsliga diskussionen förefaller man dessutom ofta ha uppfattat gränsen mot det privata bokstavligt, varför vissa gärningar ansetts som mindre straffrättsligt intressanta just därför att de har begåtts av människor som befinner sig i "privata relationer" eller så att säga "på privat område".²¹³ För sexualbrottens del har detta problem avspeglats bland annat i gränsdragningar vad gäller gärningsdefinitioner och åtalsregler. Som vi har sett ovan kan förekomsten av en relation mellan parterna påverka bedömningen av straffvärdet på ett sätt som möjligen också kan förklaras mot bakgrund av en föreställning om att det finns ett privat område som bör överlämnas åt människorna själva.²¹⁴

Den kvinnopolitiska debatt som förts kring straffrätten aktualiserar dock frågor som direkt eller indirekt handlar om den individuella kränkningen. För att kunna analysera dessa krävs därför en annan infallsvinkel på kriminaliseringsproblematiken än vad som kan följa av diskussionen kring straffrätten som kontroll av människors privatliv. I det avslutande avsnittet kommer jag därför att peka på några av de analytiska möjligheter som kan följa av den ansats arbetet bygger på.

2.6.2 En klassisk motsättning

Den diskussion som förts kring kriminalisering av sexuella övergrepp bygger huvudsakligen på den klassiska motsättningen mellan individuella och kollektiva skyddsintressen. Det kollektiva intresset av att skydda samhället ställs mot intresset av att skydda individens frihet. Man kan därför konstatera att denna motsättning på flera sätt lagt grunden för den diskussion som handlat om i vilken grad samhället har rätt att kontrollera människors sexualitet genom strafflagstiftning. Frågan är dock om motsättningen mellan en ideologi som handlar om att värna moralen i samhället, och en ideologi som handlar om att skydda den individuella friheten, verkligen är något reellt konflikttema idag. Den straffrättsliga

²¹² Eftersom den privata sfären även varit den kvinnliga sfären har kvinnors problem ofta relaterats till denna. Det politiska arbetet har därför ofta startat i det egna livet. Se Zita (1990), s. 4; Jfr Eisenstein (1984), s. 35 f.

²¹³ Lacey (1998), s. 69–70; Mitchell (1967), s. 119, pekar på att gärningar kan påverka andras välfärd oavsett i vilket sammanhang de begås.

²¹⁴ Angående kriminaliseringen av våldtäkt i äktenskapet, se vidare avsnitt 5.3.

lagstiftningen bygger i allt väsentligt på principen om att värna de individuella skyddsintressena. Det gäller i huvudsak även de nykriminaliseringar vilka kommit till på senare år.²¹⁵

Sett ur en feministisk synvinkel kan man dessutom ifrågasätta om någon av dessa två ideologiska utgångspunkter verkligen omfattar de frågeställningar som den kvinnopolitiska kritiken av straffrätten har handlat om. Diskussionen som handlar om huruvida det är möjligt att kriminalisera "moralen i sig" kräver exempelvis att man talar om sexualitet och moral utifrån vissa givna förutsättningar. Den typ av moralism som denna kollektiva ansatsen innebär är knappast att betrakta som något feministiskt ideal.

Kvinnor befinner sig på flera sätt närmare sexualiteten, de är på många sätt ett slags representanter för denna. Man kan t.o.m. säga att de i ett historiskt, religiöst och symboliskt sammanhang uppfattas som ett slags förkroppsligad "synd".²¹⁶ Kontroll av sexualitet leder därför vanligen även till kontroll av kvinnor, varför en sådan ideologisk syn på sexualiteten aldrig kan bilda utgångspunkt för någon feministiskt orienterad verklighetsbeskrivning.²¹⁷

Från ett feministiskt perspektiv handlar frågan om moral i den traditionella motsättningen alltid om kvinnors rätt till personlig frihet, det finns alltså inget annat syfte med den kritik som framförts mot straffrättens utformning, än att försvara den individuella friheten. En grundläggande kritik mot liberalismen handlar däremot om att denna bidrar till att dölja andra maktrelationer än de som kan finnas mellan staten och individen.²¹⁸

För att beskriva varför den traditionella diskussionen kring kriminalisering blir problematisk i detta sammanhang kan man välja ett exempel från den klassiska debatten. Frågan gäller om man kan kriminalisera "omoral" om man beaktar den skillnad som kan finnas mellan gärningar som förekommer i offentligheten och gärningar som förekommer under mer privata förhållanden.

Hart ställer därför frågan om gatuprostitution kan bli föremål för kriminalisering, därför att denna kan väcka avsky hos dem som önskar att upprätthålla samhällets moral, eller därför att denna i sig kan föranleda

²¹⁵ Jfr BrB 6:7; Kriminaliseringen av de prostituerades kunder (BrB 6:11) har kritiserats för att vara oklar på denna punkt. Se Lernestedt/Hamdorf (1999) och (2000); Se vidare avsnitt 6.1.2, 6.1.3 och 6.4.

²¹⁶ Se t.ex. Kaul (1989), Ekenvall (1966), Åsbrink (1978), m.fl.

²¹⁷ Se vidare avsnitt 6.1.2, 6.2 och 6.3.1.

²¹⁸ Detta ställningstagande är tydligt hos MacKinnon. Se t.ex. (1987a), s. 140: "The liberal state coercively and authoritatively constitutes the social order in the interest of men as a gender, through its legitimizing norms, relation to society, and substantive policies."

mer samhällsskadlig omoral. Möjligen kan man då konstruera ett intresse som handlar om att skydda "the ordinary citizen, who is an unwilling witness of it in the streets, from something offensive".²¹⁹

Den prostitution som föregår i det privata kan däremot inte drabbas av kriminalisering eftersom den inte leder till någon sådan kränkning. Men framförallt därför att en sådan kriminalisering skulle innebära ett intrång i människors rätt att själva förfoga över sina liv.

Sett från ett feministiskt perspektiv blir detta sätt att förhålla sig till den straffrättsliga frågan om skada/kränkning mycket problematisk. Om det är så att man accepterar denna form för handel finns det knappast några bärande skäl till varför man skulle göra själva handeln osynlig.

En utgångspunkt i motsättningen mellan det privata och det publika kommer dessutom att leda till att den som inte accepterar prostitution av andra skäl, genast kommer att tolkas utifrån den ideologi som handlar om att skydda samhället. En reaktion mot prostitution kommer då att uppfattas som uttryck för en syn på sexualitet som innebär att sexuella företeelser i sig är att uppfatta som skadliga. Argument mot prostitution kan då automatiskt placeras på den moralsida där de kan tolkas som konservativa och sexualfientliga.²²⁰

Detta leder också till att man kan underkänna en feministisk kritik genom att tolka dess argument som uttryck för en ideologi som kan sägas vara emot individens rätt till handlingsfrihet.

Med en feministiskt orienterad ansats kommer däremot utgångspunkten för diskussionen att bli den prostituerade kvinnan, en diskussion som i sig leder till många viktiga principiella frågeställningar kring kvinnors sociala, ekonomiska och sexuella villkor.²²¹ Kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap leder sedan till ytterligare frågeställningar vilka rör synen på människans integritet.²²²

I det angivna exemplet blir dessa frågeställningar däremot inte en del av den straffrättsliga diskussionen. När prostitutionen befinner sig på det

²¹⁹ Hart (1963), s. 45; Jfr också Feinberg (1984), s. 50.

²²⁰ Uppfattningen om att kvinnor generellt sett är sexuellt konservativa har långa traditioner, se t.ex. Rover (1970); Jfr Jeffreys som beskriver 1880-talets feministiska kritik av destruktiv manlig sexualitet, och kampanjer mot bland annat sexuellt utnyttjande av barn. Författaren pekar också på hur denna period efterföljdes av ett slags sexreformism vars förespråkare gärna kallade de feministiska aktivisterna för "man-haters". Jeffreys (1984), s. 44.

²²¹ Här finns många intressanta frågeställningar om kvinnoförtrycket, makten över kvinnors kroppar, sexualitet och ekonomi, o.s.v. Se t.ex. Edwards (1981), s. 5–17.

²²² Om könsmänniskans integritet se vidare avsnitten 6.2.7 och 6.4. Den förändring av synen på människan som kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap leder till, förändrar även förutsättningarna för preciseringen av skada, varför man även kan förutspå förändrade förutsättningar för kriminalisering, se även avsnitt 6.1.3.

privata området finns det inte heller någon skada att tala om. Vad prostitution innebär för människan blir mot denna bakgrund inte något relevant straffrättsligt tema, trots att denna problematik i högsta grad rör frågan om vad som är en individuell integritet och vad som kan vara en kränkning av denna.²²³

Att dessa frågeställningar hamnar utanför den straffrättsliga argumentationen följer av att den som utövar sin frihet genom att samtycka, inte anses lida någon straffrättsligt relevant skada. Feinberg skriver att "The harm-principle will not justify the prohibition of consensual activities even when they are likely to harm the interests of the consenting parties; it's aim is to prevent only those harms that are wrongs."²²⁴

Den kritik som feminismen representerar och som i grunden handlar om kvinnors bristande frihet och problem med att skydda sin integritet, kommer då att omedelbart kunna diskvalificeras såsom försök till pater-nalism.²²⁵

Med denna utgångspunkt riskerar därför även frågeställningar som handlar om vad en individuell integritet egentligen innebär, att domine-ras av själva kontrollfrågan. Man kan därför undra om inte just sexual-brotten lidit av denna ideologiskt styrda diskussion. Frågan är om inte behovet av att skydda den fria individen i sig kan ha bidragit till begränsa möjligheterna att diskutera vad det innebär att skydda en individuell integritet.

Om sexualiteten betraktas som privat område kan detta leda till att frågan om vad den individuella (och sexuella) integriteten innebär blir en del av detta avgränsade och därmed privata område. Med en sådan ut-gångspunkt blir det omöjligt att diskutera vad sexualitet är för människan eftersom detta skulle kunna ses som ett försök att införa en viss sexual-

²²³ Lernestedt/Hamdorf (2000), s. 116–120, kritiserar kriminaliseringen av sexköp utifrån den traditionella synen på den fria individen. Det är fullt möjligt att denna lagstiftning inte bygger på att kränkningen endast kan relateras till en abstrakt rätt till självbestämmande. Jfr Lacey (1998), s. 98–124. Könsmänniskans integritet är beroende av kön och kultur varför denna kan kränkas även om det finns ett formellt samtycke. Författarna gör i detta sammanhang en intressant jämförelse med kvinnors frihet och omskärelse, s. 122, som inte är praktiskt relevant eftersom denna form för stympning kan betraktas som grov misshandel och samtycke därför inte är möjligt. Men om man antar att kön är meningssskapande kan man jämföra omskärelse med att skära bort en annan kroppsdel. Det finns då en särskild kulturell dimension hos omskärelsen såtillvida att den ger våldet en innebörd, våldet säger någonting om vad kön är i en viss kultur.

²²⁴ Feinberg (1984), s. 35–36.

²²⁵ Wolgast visar att frågan om vilka gärningar som kan anses vara kränkande i hög grad beror av vilken grupp man tillhör. Kvinnors argument för kriminalisering blir då ofa avvisade utifrån helt andra beskrivningar av verkligheten. Wolgast (1993), s. 438.

moral i straffrätten. Därmed blir det också svårt att diskutera vad som kan vara en sexuell kränkning av den enskilda människan.

I relation till det här arbetet och de premisser detta bygger på, kommer däremot diskussionen om den individuella integriteten att ta sin utgångspunkt i det sätt på vilket man talar om människan och verkligheten. Här aktualiseras därför frågor som gäller människa och kön, sexualiteten hos människan och de etiska ställningstaganden en sådan diskussion kan leda till.

De frågor som kvinnoforskningens diskussion kring kön kan innebära för beskrivningen av människan i straffrätten, handlar i grunden om etiska ställningstaganden. De aktualiserar grundläggande frågeställningar kring den individ straffrätten ska skydda, och därmed även frågor som berör innebörden av den individuella integriteten.

Man kan därför också ifrågasätta om dagens konflikter kring sexualbrotten verkligen kan beskrivas eller förstås mot bakgrund av de premisser som ligger i den klassiska motsättningen mellan det individuella och det kollektiva. Som vi ska se senare finns det många motsättningar i dagens debatt vilka överhuvudtaget inte kan hanteras inom den traditionella diskussionen om kriminalisering.

2.6.3 Att sammanföra kvinnoforskningen och straffrätten

I kapitel 1 framhöll jag att ett viktigt syfte med arbetet är att försöka översätta den kvinnopolitiska kritiken av rättsordningen så att dess straffrättsliga relevans blir tydligare.

Den allmänna debatten kring kvinnors utsatthet har dock i hög grad byggt på vissa radikalfeministiska ställningstaganden, det våld som kvinnor utsätts för har vanligen analyserats mot bakgrund av en föreställning om ett universellt förtryck av kvinnor. Redan genom denna enkla genomgång av rättsområdet blir det uppenbart att det kan vara svårt att tillämpa en så politiskt orienterad ansats som utgångspunkt för en studie av straffrätten. Trots att de bottnar i samma ideologiska tradition har den feministiska debatten och den liberala straffrätten överhuvudtaget inte samma syn på vad som är problemen i rättsordningen.

Den straffrättsliga argumentationen börjar i en maktrelation mellan staten och individen, medan den feministiska kritiken handlar om maktrelationer vilka ytterst kan kopplas till olika grupper av människor.

Vid kriminalisering handlar den straffrättsliga diskussionen om problemet med att kontrollera människors beteende utan att samtidigt inskränka deras rätt till individuell frihet. Den feministiska debatten kommer då istället att fokusera på behovet av att skydda presumtiva offer.

Den möjlighet till större individuell frihet som kan uppnås genom en lägre grad av kriminalisering, uppfattas istället leda till en risk för ökad exploatering av kvinnor.

Den individualisering som har kännetecknat utvecklingen av straffrätten, har också lett till att värden som kan uppfattas som kollektivistiska har kommit att anses som mindre relevanta. Från en feministisk sida kan man då invända att det finns individuella intressen som också relaterar till gruppen kvinnor. Därför kan man inte diskutera den individuella nivån utan att också ta ställning till den kollektiva.

Det är lätt att se att det här kan blir en diskussion där man i praktiken kommer att tala förbi varandra.²²⁶ Det blir därför viktigt att finna andra utgångspunkter för att diskutera kvinnors rättsliga behov än den politiskt orienterade ansats som varit vanlig i den allmänna debatten. I nästa kapitel kommer jag därför att beskriva olika analytiska möjligheter inom kvinnoforskningen vilka enligt min mening kan bidra till utveckla diskussionen på området.

I arbetet kommer jag därför att utgå ifrån en diskussion inom kvinnoforskningen som på olika sätt rör frågor kring kunskap och kön. Även i denna del skiljer sig min ansats från vad som varit vanligt tidigare, eftersom jag kommer att tala om könsfaktorn som en fråga om vilka ideologiska förutsättningar man bör lägga till grund när man talar om människan i straffrätten.²²⁷

Som jag har försökt visa ovan ger den ideologiska ansats som den fria individen representerar endast begränsad ledning när det handlar om vilka värderingar som ska styra den straffrättsliga tillämpningen. Konstruktionen av den fria individen är i grunden ett etiskt ideal, vilket anger vissa grundläggande förutsättningar för hur man bör behandla människor inom straffrätten. Däremot kan denna konstruktion ifrågasättas som utgångspunkt för en beskrivning av den faktiska verkligheten. Som vi ska se i nästa kapitel kan en social teori som bygger på denna föreställning om människan kritiserar av flera skäl.

I det här kapitlet har jag pekat på några straffrättsliga frågeställningar som kan vara intressanta för ett arbete av den här karaktären. Det gäller frågeställningar som på olika sätt berör gärningsobjektet, och då särskilt innebörden av den individuella kränkningen. Den senare frågeställningen har även ett samband med de ideologiska premisser man lägger till grund för kriminalisering. Men även det sätt på vilket man beskriver

²²⁶ Lernestedt beskriver kriminaliseringsdebatten som en scen med många dansare, men där ingen dansar samma stycke. Lernestedt (2003), s. 202; Här har vi snarare att göra med två dansare som inte ens verkar befinna sig på samma dansbana.

²²⁷ Se vidare kapitel 3.2.3.

människan har stor betydelse för det sätt på vilket man uppfattar kränkningen.²²⁸

Genom att även analysera dessa frågeställningar med utgångspunkt i beskrivningen av människan skapas möjligheter att även diskutera vad som kan vara en individuell integritet överhuvudtaget. Frågor kring skada och kränkning i straffrätten kommer då att relateras till konstruktionen av gärningsobjektet i straffrätten, och inte omedelbart till kontrollfrågan.²²⁹ Det innebär att det blir möjligt att diskutera klassiska straffrättsliga frågeställningar utifrån en annan infallsvinkel.

Det är inte uteslutet att en mer principiell diskussion kring hur man bör se på människan i straffrätten även kan påverka utformningen av straffrättens individ. Även denna rättsliga konstruktion kommer att i någon del förutsätta argument som kan kopplas till föreställningar kring verkligheten och människan, vilka kan prövas i sig.²³⁰

²²⁸ Se vidare avsnitt 5.3, 5.4 samt 6.4.

²²⁹ Denna metodologiska ansats öppnar även för möjligheten att experimentera med olika typer av argument, vilka konsekvenser får de bedömningar som görs för de enskilda brottsoffren? På vilket sätt tas deras rättskyddsintresse tillvara i rättsordningen?

²³⁰ Se 1.4.1 samt 2.2.3.

3 Kön och kunskap

3.1 Inledning

3.1.1 Teori, metodik och forskningsobjekt

Framställningar av teori- och metodfrågor är sällan särskilt utförliga i rättsvetenskapliga avhandlingar. Den ansats man väljer följer vanligen av de förutsättningar som anges av rättsteorin och rättsdogmatiken.

Den som önskar att ta reda på vad som är gällande rätt på ett visst område bör följa rättskälleläran och detta faktum behöver sällan preciseras ytterligare. Det gäller också i de fall där forskningen handlar om att kritiskt undersöka de rättsliga lösningarnas hållbarhet, till exempel genom att applicera de auktoritativa argumenten på tänkta situationer.

Även de teoretiska ställningstaganden ett arbete utgår ifrån är i de flesta fall en konsekvens av allmän rättsteori och andra sådana förutsättningar som bygger upp ett rättsområde. I den mån ett rättsvetenskapligt arbete handlar om rättsteorin i sig, kommer diskussionen kring teori- och metodfrågorna knappast att skilja sig från annan litteratur som behandlar ämnen inom filosofin.

Under senare decennier har även andra rättsvetenskapliga ansatser utvecklats, vanligen förankrade i någon form av samhällsteori. I detta sammanhang har ofta marxistiska och feministiska ansatser legat till grund för studier av rättsordningens ideologiska förutsättningar. När man på detta sätt försöker ställa andra frågor kring rättsordningen uppstår även en diskussion om den traditionella metodikens otillräcklighet och behovet av alternativa ansatser.¹

I dessa studier förekommer därför även andra metodologiska ansatser. Det gäller särskilt arbeten inom rättssociologi och kriminologi där studierna bygger på samhällsvetenskapliga förutsättningar. Här handlar det

¹ Se t.ex. Rättdogmatikens alternativ (1988).

vanligen om ytterligare ett annat tema, nämligen att på olika sätt kvantifiera den faktiska verklighet som rättsordningen ska verka inom.²

Man kan alltså konstatera att de val av teori och metodik som görs inom rättsvetenskapen påverkas av vilka frågeställningar en studie syftar till att undersöka. Det är därför uppenbart att själva "forskningsobjektet" har betydelse för vad som anses vara en relevant utgångspunkt för ett forskningsprojekt.

På kvinnoforskningens³ område blir det kanske ännu viktigare att vara uppmärksam på dessa samband. Här handlar det vanligen inte enbart om att välja de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för den forskning man ska bedriva. Även själva forskningsobjektet behöver ofta preciseras genom vissa ideologiska och teoretiska ställningstaganden. Här finns därför viktiga samband mellan forskningens tema, det sätt på vilket man preciserar kön som forskningsobjekt och de teoretiska förutsättningar man anger för sin forskning.

För den kvinnorrättsliga forskningen blir dessa relationer avgörande för vilka frågeställningar som diskuteras, men framförallt för de förutsättningar man ger den rättsliga argumentationen.

3.1.2 Kön, kunskap och könsbegrepp

Kvinnoforskningen kännetecknas av att den följer av ett ställningstagande till feminismen och att forskningsverksamheten på något sätt relaterar till "kön".

I allmänspråklig betydelse avser kön i första hand frågor som relaterar till människan, t.ex. vilken betydelse könsfaktorn kan tänkas ha för den enskilde och vad som menas med kvinnligt och manligt. När man där emot talar om kön inom kvinnoforskningen handlar det istället om väldigt många olika aspekter både av könsproblematiken och av det vetenskapliga arbetet.

Frågor som avser forskningsobjektet kön kan handla om vilket tema man önskar att diskutera. I litteraturen kan man finna exempel på forskningsteman som rör språk, kultur och samhällsorganisation, teman vilka alla kan aktualisera frågeställningar kring könsfaktorn.⁴

² På senare tid har s.k. kvalitativa metoder förekommit inom samhällsvetenskapen. De kvalitativa metoderna handlar enkelt uttryckt om att diskutera utifrån det enskilda fallet, för att sedan dra slutsatser som kan gälla även för andra situationer. Se t.ex. Lundgren (1993), s. 288 f.

³ Återigen kan det vara på sin plats att påminna om att "kvinnoforskning" utgör en samlingsbeteckning, jfr avsnitt 1.2.1.

⁴ Avser frågan: *Vad* är det man studerar?

Studierna kan avse frågeställningar som gäller empirin likaväl som föreställningar om denna, i första hand hur könsfaktorn tolkas i olika sammanhang. Man kan även ge kön en mer principiell funktion, ofta talar man då om att kön kan vara meningsskapande.⁵

Faktorn kön kan därför i ett forskningssammanhang anta många olika former och avse mycket olika frågeställningar. Mot bakgrund av detta kan man ibland också se indelningar av forskningsobjektet kön i en "konkret" och en "abstrakt" form.⁶

Oavsett vilket tema man väljer så är det viktigt att vara uppmärksam på att det sätt på vilket man närmar sig forskningsobjektet kön kan bygga på mycket olika teoretiska och ideologiska premisser.⁷ Det finns därför en enorm mängd litteratur som behandlar de frågeställningar som uppstår när man försöker analysera könsfaktorn. Som vi ska se förekommer denna diskussion även i den kvinnorrättsliga litteraturen. De mer metodologiska aspekterna av denna frågeställning kommer att diskuteras i relation till rättsvetenskapen i kapitel 4.⁸

Ofta talar man i detta sammanhang om behovet av att definiera ett s.k. "*könsbegrepp*". Ett könsbegrepp blir då närmast att förstå som en förklaring om att man lägger en viss förståelse av kön till grund för sin forskning, vilket får vissa teoretiska och metodologiska konsekvenser. I de flesta fall innefattar dock denna precisering inte enbart de omedelbara förutsättningar man ger studierna av kön. Här anges även andra premisser vilka följer av den teoretisering som sker av det objekt "kön" man studerar.⁹

En viktig sådan premiss gäller det vetenskapliga underlaget för den forskning man bedriver. Vad är det som ger könsfrågan en egen vetenskaplig status, och vilka konsekvenser får olika appliceringar av könsfaktorn för den forskning man bedriver? Det som då avses är olika kunskaps-teoretiska problem som kan följa av att man gör vissa ställningstaganden till könsfaktorn.¹⁰

⁵ Hirdman (1988), s. 52 f.; Svensson (2001a), s. 77–79; När man studerar denna typ av frågeställningar appliceras ofta en abstraherad form av kön, se avsnitt 4.4.

⁶ Se vidare avsnitt 3.6 nedan; Jfr Svensson (2001), s. 7.

⁷ Avser frågan: *Vilka* förutsättningar ges forskningen om kön? De premisser man väljer är av avgörande betydelse för hur man kommer att utforma sin forskning, och vilka resultat som kan uppnås; Denna fråga diskuteras i huvudsak i samband med framställningen av olika texter i kapitel 4.

⁸ Jfr avsnitt 3.6 nedan.

⁹ Hallberg (1992), s. 97, konstaterar att kön dels representerar kunskapsobjektet, dels kan ses som kunskapskonstituerande vilket gör att även epistemologiska frågor aktualiseras; Connell påpekar att teorier kring kön snarare innebär "(...) a particular way of theorizing than specifications of what is being theorized". Connell (1986), s. 343.

¹⁰ Avser här frågan: Vad är en sann bild av verkligheten och hur kan man legitimera denna?

I det här arbetet kommer jag därför att betona frågor som rör det sätt på vilket man talar om könsfaktorn inom kvinnoforskningen, det gäller särskilt vissa ideologiska aspekter av denna diskussion. Jag kommer också att beröra frågeställningar som avser forskningens kunskapsteoretiska premisser.¹¹ Den senare aspekten av könsteorin är intressant därför att den har samband med frågan om hur verkligheten beskrivs i rättsordningen.

De olika teoretiska frågeställningar som kan uppstå kring forskningsobjektet kön kan dock inte analyseras oberoende av varandra eftersom samtliga avser förutsättningar för forskning.¹² Det är därför viktigt att vara uppmärksam på att det dels finns teoretiska problem som relaterar till innebörden av könsfaktorn. Dels teoretiska problem som relaterar till forskningens kunskapsteoretiska förutsättningar. Det här är en indelning som också kan vara relevant för den kvinnorrättsliga forskningen, eftersom den kan bidra till att klargöra skiljelinjer mellan olika ansatser på detta område.¹³

Jag kommer inte att diskutera utifrån en definition av ett könsbegrepp. Det är inte självklart att detta sätt att närma sig könsfaktorn kan bidra till att strukturera de frågeställningar som kan finnas kring könsfaktorn i samband med rättsvetenskapliga studier. Det skulle dessutom vara kontraproduktivt att definiera *ett* begrepp eftersom en viktig poäng med arbetet är att skapa möjligheter för att diskutera flera olika tänkbara sätt att uppfatta kön.

I detta sammanhang är det emellertid viktigt att understryka att den diskussion som förts kring frågeställningar som gäller definitioner av könsbegrepp, i första hand anknyter till samhällsvetenskaperna. Vid denna typ av studier kan det uppstå särskilda problem därför att de studier man bedriver också implicerar kön i en faktisk verklighet. Ett viktigt problem här är frågan om hur man kan diskutera kön analytiskt, utan att endast återskapa en viss kulturell definition av kön. Man behöver därför precisera hur man hanterar kön som forskningsobjekt principiellt sett, så att man inte bygger in premisser som kan påverka forskningsresultaten.¹⁴

¹¹ Jag kommer dock inte att diskutera epistemologin i sig, och inte heller epistemologin i förhållande till rättsvetenskapen principiellt sett. Arbetet bygger endast på att dessa frågeställningar är relevanta; Jfr Lacey som menar att kön representerar både "social structure and discourse". Lacey (1998), s. 3.

¹² I kapitel 4 kommer jag att visa exempel på att man inom kvinnorrätten ibland väljer att precisera forskningsobjektet kön utifrån förutsättningar som följer av en modell, medan de kunskapsteoretiska förutsättningar som anges kan ses som uttryck för en annan modell.

¹³ Se vidare kapitel 4.

¹⁴ Ofta talar man här om kön som ett analytiskt begrepp. Widerberg (1992a), s. 294–296, samt (1992), s. 27–31.

Många av de frågeställningar som gör att det kan finnas behov av att precisera ett könsbegrepp handlar därför om problem som i praktiken är metodologiska.

Mot bakgrund av detta är det inte självklart att denna diskussion omedelbart kan överföras till rättsvetenskapen. Den rättsordning som kvinnorätten studerar är alltid en produkt av en viss kultur. Hur rättsordningen hanterar kön principiellt sett beror därför alltid av kulturella, teoretiska eller ideologiska premisser. Inom rättsordningen blir dessutom dessa premisser en del av ett normativt sammanhang. Det gör också att de frågeställningar som diskussionen kring kön i forskningen leder till mycket väl kan vara relevanta inom rättsvetenskapen, men möjligen inte alltid på samma sätt.

Det kan därför vara viktigt att betona att forskningsansatser som exempelvis rör konstitueringen av kön i en viss kultur även kan behöva anpassas till de rättsvetenskapliga förutsättningarna.¹⁵ Denna frågeställning handlar enkelt uttryckt om hur och varför könsfaktorn skapas och återskapas i en viss kultur, ofta som en aspekt av det sätt på vilket man definierar verkligheten.

Ibland får man dock intryck av att denna fråga för kvinnorätten blir en del av legitimeringen av den egna forskningen. Diskussionen syftar då till att visa att om kön har betydelse i ett visst samhälle, så kan denna faktor också att ha konsekvenser för utformningen av rättsordningen.

Själva frågan, om kön har med rättsordningen att göra, behöver dock knappast ställas. Verklighetsföreställningar och maktrelationer i alla former spelar alltid en roll när en rättsordning växer fram.¹⁶ Däremot kan det naturligtvis vara relevant att fråga sig vilka konsekvenser denna kulturella påverkan kan ha för utformningen av rättsordningen.

I detta sammanhang bör man därför vara uppmärksam på att det att visa att uttryck för kön förekommer i ett visst rättsligt sammanhang inte är detsamma som att säga *hur* kön produceras inom rättsordningen, alltså vilka rättsliga mekanismer som i så fall bidrar till detta.

Ett annat skäl till varför man som straffrättsjurist kan känna sig skeptisk till tanken om att precisera ett könsbegrepp är att det kan vara svårt att se detta som ett "begrepp". Möjligen har vi att göra med en utveckling, där man använder denna term i andra syften än att ge ett visst ord

¹⁵ Man kan rent allmänt säga att en viss könskultur kan påverka en rättsordning, och att en rättsordning sannolikt också kan påverka synen på kön i ett samhälle. Men det innebär inte att det är möjligt att lagstifta bort betydelsen av könsfaktorn. Se vidare avsnitt 5.4.8, och 5.7.3.

¹⁶ Lundström (1999), s. 74–84, vilken även diskuterar olika teoretiska grunder för att ange detta.

en viss innebörd. I vissa diskussioner framstår termen begrepp mer som ett uttryck för en viss ideologi, eller som ett visst sätt att tänka.¹⁷

I avsnitt 3.2 kommer jag därför att ytterligare diskutera hur jag menar att man kan sammanföra straffrätten med kvinnoforskningen kring de straffrättsliga frågeställningar som jag har pekat ut som särskilt intressanta för ett kvinnorrättsligt arbete.

3.1.3 Våld mot kvinnor

Den allmänna debatten kring kvinnors problem och straffrättens sätt att bemöta dessa, har i hög grad tagit sin utgångspunkt i en syn på våldsproblematiken som kan sammanfattas som "våld mot kvinnor". I debatten används ofta begreppet som en samlande term för olika former av kränkningar, men det är viktigt att vara uppmärksam på att begreppet vilar på ett radikalfeministiskt ställningstagande.

Radikalfeminismen är en teoribildning som uppstod under 1970-talet.¹⁸ Av central betydelse för denna form av feminism är dess syn på sexualiteten vilken är starkt förknippad med en teori om ett patriarkalt förtryck. I ett patriarkalt samhälle blir sexualiteten till ett instrument för förtryck genom organiseringen av familjen,¹⁹ konstruktionen av sexualiteten,²⁰ skapandet av det kvinnliga och det manliga i ett samhälle, men framförallt genom den sexuella objektiveringen av kvinnorna.²¹

Eftersom ett sådant förtryck finns i alla kulturer, kan man dra slutsatsen att de våldsbrott som sker har mer vidsträckta implikationer än att enbart vara enskilda övergrepp mot enskilda kvinnor. Som Brownmiller har visat har exempelvis sexuella övergrepp använts som en form av kontroll av kvinnor i många olika sociala, historiska och politiska sammanhang.²²

En radikalfeministisk analys leder därför till att våld mot kvinnor även kan ges en politisk dimension, det uppfattas återspegla ett universellt förtryck av kvinnor.²³ Ett sätt att beskriva radikalfeminismens grunder är att säga att sexualiteten för denna blir vad arbetet är för marxismen.²⁴

¹⁷ Jfr hedersbegrepp, vilket avser en maktideologi som i ett visst socialt sammanhang kan ha konsekvenser för hur människor agerar.

¹⁸ Donovan (1985), s. 141 f.

¹⁹ Jfr Rubin (1975).

²⁰ Clark/Lewis (1977), s. 29: "Rape is one of the products of a sexist society; it is the price we must pay for a society based on coercive sexuality."

²¹ Ferguson (1984), s. 108–109.

²² Brownmiller (1975).

²³ Brownmiller (1975), s. 15: "It is nothing more or less than a conscious process of intimidation by which *all* men keep *all* women in a state of fear."

²⁴ MacKinnon (1987), s. 48–49.

Den syn på makt som återspeglas här är därför i grunden makroorienterad. Det handlar om ett maktfenomen som befinner sig på en övergripande nivå men som samtidigt uppfattas genomsyra allt.

En sådan makroorienterad relation mellan makt och kön har också varit vanlig i debatten kring de straffrättsliga frågorna.²⁵ Diskussionen har ofta tagit utgångspunkt i begreppet våld mot kvinnor, varför problemanalysen blivit beroende av en föreställning om ett sådant förtryck. Det gäller särskilt våldtäktsbrottet, vilket ofta ses som det yttersta förtrycket, eller själva symbolen för en dominans- och underordningsrelation mellan könen.

Mot bakgrund av detta talar man ofta om "våld mot kvinnor" som en gemensam beteckning för många olika typer av övergrepp riktade mot kvinnor, både sådana som i straffrättslig mening är våldsbrott men även och andra typer av kränkningar. Den underliggande ideologiska ansatsen har därför påverkat både debatten och kravet på reformer av lagstiftningen.²⁶

Det finns dock ett flertal problem förbundna med att välja en utgångspunkt i ett sådant makroorienterat tänkande, särskilt om man önskar att närma kvinnoforskningen till straffrätten. I avsnitt 2.6 pekade jag på hur de ideologiska grunder feminismen och den liberalt orienterade straffrätten bygger på, ger dessa forskningsområden radikalt olika utgångspunkter. Straffrätten hanterar en maktrelation mellan staten och individen, medan feminismen handlar om maktrelationer mellan människor. Som vi har sett talar feminismen i termer av det kollektiva och det politiska, medan den straffrättsliga läran bygger på ett ställningstagande till det individuella och det etiska.

Feminismen handlar dock om det sätt på vilket kvinnor behandlas i ett visst socialt sammanhang vilket i högsta grad är att betrakta som ett etiskt problem. *Häri ligger därför en viktig utmaning, feminismens politiska kritik behöver omdefinieras så att denna kan ges betydelse för de straffrättsliga lösningarna.*

Ett viktigt argumentet mot att lägga en sådan makroorienterad teori till grund för vidare analyser är att den ger alltför begränsade analytiska möjligheter. En sådan ansats kan vara tänkbar vid en dekonstruktion av en rättslig argumentation, man kan exempelvis argumentera för varför en viss beskrivning av verkligheten bidrar till att öka offrens maktlöshet. De resultat som denna ansats vanligen leder till har dock en tendens att bli en

²⁵ Jfr Burman (2006), s. 41–42, som relaterar den våldsproblematik hon studerar till konstitueringen av en könsmaktsordning. Författaren understryker dock att hon inte uppfattar denna maktrelation som statisk.

²⁶ Se vidare avsnitten 5.2, 5.5 och 5.6.

form av "kulturkritik". Analysen kommer då att i första hand handla om de kulturella tolkningar som kan göras av en viss straffrättslig argumentation. En sådan diskussion säger oss däremot mycket litet om vilka rättsliga ställningstaganden som kan ha lett till de slutsatser som kritiseras.

I föregående kapitel gav jag några exempel på varför kulturkritiska ansatser inte alltid är funktionella på straffrättens område. Om man ifrågasätter den tidigare indelningen mellan tvångsbrott och utnyttjandebrott i BrB kapitel 6, därför att en sådan indelning kan ses som ett uttryck för ett moraliskt klander av offren, riskerar kritiken att inte nå målet. Ett problem är att analysen inte omfattar de straffrättsliga grunderna för indelningen.

Om man däremot ifrågasätter denna indelning utifrån den kränkning som riktas mot brottsoffret, är detta en kritik som måste tas på allvar därför att den berör förutsättningarna för kriminaliseringen. Men detta kräver också att man utvecklar frågan om innebörden av kränkningen, och vilka alternativ som kan stå till buds för att skapa en rättslig konstruktion som kan omfatta en sådan kränkning.

En kulturkritisk ansats riskerar därför att inte tas på allvar, den är dessutom på flera sätt ofarlig därför att den egentligen inte ställer några krav på någon. Lagstiftaren kan inte förändra någonting, i alla fall inte det som kritiseras (kön i kulturen), medan kritikern kan vara trovärdig utan att behöva komma med några förslag till lösning.

Det är emellertid i samband med rekonstruktioner av straffrättsliga lösningar som bristerna hos en makroorienterad ansats blir särskilt tydliga.²⁷ Om man önskar att kriminalisera ett visst handlande måste detta beslut vara förankrat i någon form av etiskt resonemang. Det måste helt enkelt finnas någonting att argumentera utifrån, en syn på världen som kan ge oss en idé om vad som är rätt eller orätt. Frågan blir därför om en makroorienterad teori kan ge oss tillräckliga förutsättningar för att säga hur verkligheten bör beskrivas, och etiska förutsättningar för en alternativ argumentation? Ett grundläggande problem är att en makroorienterad teori saknar dynamik, vilket gör att den också blir svår att relatera till en faktisk verklighet.²⁸

Ett ställningstagande som innebär att man väljer bort den maktfråga som präglat debatten under så lång tid, kan uppfattas som att man helt enkelt väljer bort feminismens kärna. För många författare skulle det sannolikt framstå som otänkbart att diskutera frågor som berör våld mot kvinnor utan att koppla dessa till en maktteori.

²⁷ Se vidare avsnitt 5.2.

²⁸ Kvinnor skulle exempelvis alltid uppfattas som offer, straffvärdebedömningar skulle sannolikt endast kunna handla om straffvärdehöjande faktorer, o.s.v.

När man däremot väljer att diskutera utifrån kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap får detta många olika konsekvenser. En sådan är att maktproblematiken i första hand hanteras som en aspekt av det kunskapsunderlag som straffrätten är beroende av. Ofta talar man här om makten att definiera verkligheten, men även de uttryck för makt som kan ligga i själva beskrivningen av verkligheten. Slutsatsen blir ofta att dominans- och underordningsrelationer i olika former kan institutionaliseras genom beskrivningar av verkligheten, även i rättsordningen.

Bland de författare som har lagt en radikalfeministisk syn på våldet till grund för sin forskning kan man också se exempel på en sådan lösning. MacKinnon utgår i huvudsak från en ideologisk syn på verkligheten vilken enligt henne är en feministisk och postmarxistisk teori om makt.²⁹ För den teori om staten som författaren utvecklar, blir statens vidareföring av ett universellt förtryck av kvinnor genom rättsordningen, ett viktigt tema. I detta sammanhang blir alltså våldet en del av en maktordning som även påverkar rättsordningen.

De analyser av staten och rättsordningen som förekommer i MacKinnons texter är dock möjliga att placera kunskapsteoretiskt, hennes argumentation har en viss form och vissa givna förutsättningar. Det är det ensidiga manliga perspektivet på verkligheten som återfinns i rättsordningen som blir utgångspunkten för hennes kritik; "The law sees and treats women the way men see and treat women".³⁰ Den teori om staten som presenteras relaterar därför till en kritik av kunskapen som är representativ för ståndpunktfeminismen.³¹

De kunskapsteoretiska förutsättningar som därmed skapas kan prövas mot straffrätten, på samma sätt som andra kunskapsfrågor. Som vi ska se kan en viss kunskapsteoretisk utgångspunkt vara relevant i förhållande till vissa typer av straffrättsliga frågeställningar, medan andra studier kan kräva andra teoretiska förutsättningar.³²

Den mycket generella och i hög grad politiska teori om ett förtryck av kvinnor, som varit vanlig i den kvinnopolitiska debatten kring straffrätten, kommer inte att ges någon självständig analytisk funktion i arbetet. Däremot kan en sådan syn på tillvaron studeras som en beskrivning av verkligheten vid sidan av andra tänkbara beskrivningar.³³

²⁹ MacKinnon (1987a) s. 137.

³⁰ MacKinnon (1987a) s. 140.

³¹ Jaggar preciserar en tänkbar radikalfeministisk epistemologi, vilken enligt henne handlar om en gemensam erfarenhet av lidande. Jaggar (1983), s. 364–369. En sådan syn på kunskap motsvarar ståndpunktsfeminismen, jfr avsnitt 3.4 samt avsnitt 5.6.

³² Se vidare 3.2 nedan samt kapitel 4 och 5.

³³ En diskussion om de problem som kan följa av makroorienterade teorier återkommer i flera sammanhang i arbetet. Se särskilt avsnitt 5.2.

Den kritik som följer av en sådan ideologisk utgångspunkt kan dock ge incitament till att studera kvinnors straffrättsliga villkor ytterligare. I denna del är kvinnoforskningen alltid ett emancipationsprojekt.

3.1.4 Kön hos människan

Straffrätten utgör en teoretisk konstruktion vilken kan studeras.³⁴ Dess utformning beror av många olika faktorer. Det kan handla om de förutsättningar som lägger grunden för den straffrättsliga läran och systematiken, men också sådana som följer av att straffrätten ska styra en viss verklighet. Att rättsordningens utformning har samband med föreställningar om verkligheten har ofta varit ett tema inom kvinnorätten.³⁵

De beskrivningar av verkligheten som återfinns inom straffrätten följer därför av en mängd historiska, kulturella, politiska och ideologiska premisser. Här finns alltså många olika typer av argument vilka alla kan ses som del av det kunskapsunderlag som straffrätten konstrueras utifrån, och som därför också kan ha betydelse för utformningen av de straffrättsliga lösningarna.

Ovan har jag visat varför det även kan vara relevant att diskutera frågor som berör kön och kunskap i relation till kriminalisering. Det gäller exempelvis vid preciseringen av en straffrättsligt relevant "skada", där både teoretiska och mer praktiska aspekter av denna frågeställning kan vara beroende av hur man beskriver verkligheten. Redan det sätt på vilket man beskriver den händelse som föranleder ett krav på kriminalisering, kommer i de flesta fall att ha en inverkan på definitionen av gärningen i straffbudet.

På motsvarande sätt kräver en precisering av kränkningen hos gärningsobjektet i realiteten att man både tar ställning till straffrättens ideologiska förutsättningar i form av den fria individen, och till en beskrivning av en människa. Som jag har visat förekommer dessutom människan på flera olika nivåer inom straffrätten. Även de centrala principer som styr den straffrättsliga argumentationen faller tillbaka på grundläggande ställningstaganden till frågan om hur man bör hantera människan.³⁶ Det

³⁴ Jfr Andersson (2004) s. 30–31.

³⁵ Christensen pekar på att denna sida hos kvinnorätten ofta kritiserats utifrån en mer positivistisk syn på rätten. Christensen (1986), s. 88–96; Hos Stang-Dahl är denna ansats tydligt empiriskt orienterad. Stang-Dahl (1985), s. 52–60; Nousiainen väljer en strukturalistisk teori för att studera mötet mellan kvinnors sätt att tala om rättsliga frågor, och rättsordningens sätt att hantera dessa. Nousiainen (1995), s. 305 f.

³⁶ Det är omöjligt att tala om en individuell skada, eller om andra viktiga straffrättsliga frågeställningar såsom personligt ansvar, utan att också implicera föreställningar kring en människa.

gör också att det sätt på vilket vi talar om människan i ett rättsligt sammanhang alltid är en etisk fråga. Som jag var inne på tidigare är också denna dimension hos straffrätten av särskilt intresse för ett kvinnorrättsligt arbete.³⁷

Mot bakgrund av detta blir beskrivningen av människan och beskrivningen av verkligheten i straffrätten, centrala teman i arbetet både dekonstruktivt och rekonstruktivt. Båda frågeställningarna aktualiserar den diskussion som förts kring kunskap inom kvinnoforskningen, därför att varje form av beskrivning av verkligheten utgår ifrån någon form av förutsättningar.³⁸

I arbetet kommer därför forskningsobjektet kön att avse frågeställningar som gäller hur man uppfattar kön hos människan. En sådan utgångspunkt kan leda till flera tänkbara frågeställningar inom kvinnoforskningen. En viktig fråga handlar om de ideologiska ställningstaganden som kan finnas i diskussionen kring kön inom forskningen.

Feminismens ideologiska diskussion kring kön hos människan avspeglas i den diskussion som förts inom kvinnoforskningen och som handlat om hur man bör förhålla sig till kön ett vetenskapligt sammanhang. Debatten kring könsbegreppet kan därför ha en viss betydelse i sammanhanget därför att den rör frågor som ytterst handlar om hur man bör definiera "människan".

De olika ideologiska ansatser som kan identifieras i sammanhanget är intressanta för arbetet därför att de påverkar förutsättningarna för det sätt på vilket man talar om människan i rättsordningen. De mer grundläggande förutsättningarna för denna diskussion presenteras i avsnitt 3.6.

I det är sammanhanget är det dock viktigt att poängtera att när man talar om människan inom kvinnoforskningen avses i de flesta fall endast den föreställda människan. Detsamma gäller analyser som görs inom rättsvetenskapen: De frågor som blir aktuella att diskutera handlar om förutsättningarna för att tala om människan, inte studier av faktiska människor. *Inom rättsvetenskapen blir därför diskussionen kring vad som är innebörden av kön hos människan i första hand en fråga om hur man bör beskriva människan i rätten.*

Det därför också viktigt att understryka att en rekonstruktion av straffrätten kräver att man skapar förutsättningar som kan vara funktionella i förhållande till faktiska människor. Inom rättsvetenskapen är frågesäll-

³⁷ Se avsnitt 2.1.1.

³⁸ Beskrivningen av människan är att betrakta som ett specialfall av beskrivningen av verkligheten. "Människan" kan dock aktualisera olika aspekter hos straffrätten och dessutom olika typer av argument inom kvinnoforskningen, vilket gör att det kan finnas skäl att både tala om beskrivningen av verkligheten och beskrivningen av människan.

ningar som berör kön hos människan inte enbart analytiska, de är också normativa. Det sätt på vilket man hanterar människa och kön inom straffrätten får alltså normativa konsekvenser även för faktiska människor.

Det gör att det finns vissa samband mellan de förutsättningar som ges vid en dekonstruktiv analys och de som ges vid en rekonstruktiv. De förutsättningar som kan sägas vara otillräckliga för en dekonstruktiv analys är vanligen inte heller funktionella rekonstruktivt. Om det inte är möjligt att dra relevanta slutsatser om rättsordningen utifrån en viss metod, är det också tveksamt om man genom denna kan precisera några alternativa rättsliga lösningar.³⁹

Vissa analytiska förutsättningar kan vara funktionella dekonstruktivt, men samtidigt inte ge acceptabla premisser för en rekonstruktion.⁴⁰ Även om vissa teoretiska förutsättningar alltså kan bidra till att visa att det finns brister i det rättsliga systemet, är det inte givet att man därmed har funnit en lösning på problemen.

Genomgående är det därför så att rekonstruktioner av straffrätten alltid ställer särskilda analytiska krav. En rekonstruktion som syftar till att ändra grundläggande förutsättningar inom straffrätten kräver därför att man också tar ställning till rättsordningens etiska premisser.⁴¹

3.2 Ideologi och kunskap

3.2.1 Inledning

Den diskussion som förts kring kunskap inom kvinnoforskningen är intressant därför att man här finner några av de mer grundläggande förutsättningarna för det sätt på vilket man argumenterar inom detta forskningsområde. Den syn på kunskap som ett forskningsprojekt utgår ifrån är avgörande för den analytiska ansatsen, även om den senare i de flesta fall även kräver vissa ställningstaganden till kön som forskningsobjekt.

Kvinnoforskningen kommer ur en kritik av en vetenskap man uppfattar som otillräcklig, ofullständig eller direkt felaktig. En grundläggande förutsättning för kvinnoforskningen blir därför att all kunskapsproduktion måste ses i relation till sitt sociala och historiska sammanhang.

³⁹ Jfr 3.1.3 ovan.

⁴⁰ Det kan gälla vissa ståndpunktfeministiska idéer vilka kan bidra till ytterligare kunskaper kring straffrättsliga problem, men som samtidigt kan vara svåra att applicera som utgångspunkt för en alternativ lösning.

⁴¹ En rekonstruktion av straffrättens individ kräver även alternativa etiska ställningstaganden. Se vidare kapitel 6.

Detta gör att man även kan diskutera och ifrågasätta vetenskapens egna premisser.⁴²

För kvinnoforskningen blir dess ideologiska förankring i feminismen avgörande för hur man närmar sig dessa frågor. En viktig kritik handlar därför om att vetenskapens sociala förankring bidrar till att även kunskapsproduktionen påverkas av olika maktrelationer. En sådan påverkan kan ske indirekt genom att inte alla grupper har tillgång till forskning, genom det urval av material som sker eller som en konsekvens av att man väljer att inte forska kring vissa teman.⁴³

Social påverkan kan också ske genom det sätt på vilket man analyserar olika typer av frågeställningar. Som vi ska se kan exempelvis könsförställningar spela en roll för de tolkningar man gör av tillvaron.⁴⁴

Men även andra mer subtila former av påverkan kan vara viktiga att vara uppmärksam på. Ovan framhöll jag att kön kan vara meningsskapande på så sätt att denna faktor kan bidra till att ge verkligheten en viss innebörd. Detta kan i sin tur leda till att de studier man utför omedvetet ges vissa premisser.

Kunskapsfrågorna inom kvinnoforskningen kan ses som en avspeglning av en sådan vetenskapskritik. De frågeställningar som uppstår här handlar därför om vem som kan ha kunskap, vad man kan ha kunskap om, men framförallt hur denna kunskap legitimeras.⁴⁵ Eftersom arbetet handlar om beskrivningen av verkligheten i straffrätten, avser kunskapsfrågorna i första hand den betydelse dessa ställningstaganden har för utformningen av rättsordningen. Haraway poängterar att den feministiska kritiken av kunskapsteorin vanligen implicerar andra frågeställningar än den traditionella epistemologin. Hon skriver: "In traditional philosophical categories, the issue is ethics and politics perhaps more than epistemology".⁴⁶

Nedan kommer jag därför att presentera några grundläggande ställningstaganden kring dessa frågor i form av tre argumentationsmodeller. Grundläggande för de modeller som presenteras är att de sammanför i första hand vissa ideologiska aspekter av kön hos människan, med de ställningstaganden till kunskap som kan följa av dessa.⁴⁷

⁴² Hallberg (1992), s. 9–11.

⁴³ Svensson poängterar subjektets betydelse för forskningsobjektet. Frågan om vem som forskar påverkar inte enbart valet av tema utan även kunskapens innehåll. Svensson (1997), s. 93–94.

⁴⁴ Se vidare avsnitt 5.4.

⁴⁵ Harding (1987) s. 3; Hallberg (1992) s. 202–204.

⁴⁶ Haraway (2004), s. 85.

⁴⁷ Hallberg påpekar att försöken att formulera en kunskapteoretisk bas för den feministiska forskningen har haft vissa ideologiska inslag. Hallberg (1992), s. 48.

Den ideologiska dimension som finns hos könsteorin kan vara relevant att uppmärksamma av flera skäl. Vilken kunskapsteoretisk ansats man väljer och på vilket man därigenom legitimerar den kunskap man eftersträvar, har ett samband med vilka argument man önskar att främja.

Den analytiska ansats man väljer följer därför inte enbart av de krav man ställer till analysen, utan också av vad man uppfattar som problemet i vetenskapen. Som vi ska se har därför vissa ståndpunktfeministiska ansatser varit vanliga i debatten kring straffrätten, just därför att dessa lyfter fram det kvinnliga offrets verklighet.

Ett annat viktigt skäl är att ställningstaganden till hur man bör uppfatta människan vanligen får en ideologisk funktion i ett rättsligt sammanhang. Detta följer av att de förutsättningar, utifrån vilka rättsordningen bör uppfatta människan, måste presenteras i principiella termer. När dessa ställningstaganden blir en del av rättsordningen får de även en normativ funktion.

För att kunna skapa något som kan prövas mot straffrätten, både dekonstruktivt och rekonstruktivt, kommer jag att presentera tre argumentationsmodeller vilka ytterst faller tillbaka på olika kunskapsteoretiska ställningstaganden. I arbetet kommer dessa att i första hand prövas som utgångspunkt för alternativa straffrättsliga lösningar, både på teorinivån och tillämpningsnivån. Närmast kommer jag därför att presentera några viktiga förutsättningar för dessa modeller.

3.2.2 Modeller

Inom kvinnoforskningen finns det alltså vissa samband mellan den innebörd man väljer att ge kön och de vetenskapliga premisser man lägger till grund för sin forskning. Man skulle kunna säga att när man väljer att utgå ifrån en viss föreställning om kön innefattar det ofta ett ställningstagande för något slags nytänkande, vilket även kommer att påverka förutsättningarna för det vetenskapliga arbetet.

De aspekter av diskussionen kring kön i forskningen som jag kommer att behandla i det här kapitlet är centrala för denna forskningsinriktning. Det sätt på vilket man har närmat sig dessa har dock förändrats över tid, varför det finns skäl att vara uppmärksam på den utveckling som har skett.

Det har varit vanligt att beskriva kvinnoforskningens historia som en utveckling i tre faser. Denna utveckling är intressant av flera skäl, framförallt därför att det är möjligt att se ett liknande mönster när det gäller feminismen som politisk ideologi, och diskussionen kring kvinnofrågan generellt i samhället.

På det rättsvetenskapliga området finns dessutom tydliga spår av

samma utvecklingslinjer inom den kvinnorrättsliga forskningen.⁴⁸ Som vi ska se senare kan vi även identifiera motsvarande ideologiska motsättningar i de olika reformer som diskuterats på straffrättens område.⁴⁹ Diskussionen kring könsfaktorn kan därför även bidra till att ge en bakgrund till den debatt som förts kring olika straffrättsliga frågeställningar.

De olika faser som diskussionen inom feminismen har följt har framhållits av flera författare.⁵⁰ Harding har preciserat dessa i form av tre kunskapsteoretiska positioner vilka definierats som *feminist empiricism*, *feminist standpoint*, och *feminist postmodernism*.⁵¹

I det här arbetet kommer jag att följa Hardings indelning såtillvida att de ställningstaganden som dessa faser representerar, även kommer att vara av grundläggande betydelse för de argumentationsmodeller som presenteras. Jag kommer däremot inte att ta ställning till några andra aspekter av Hardings könsteori; vilka konsekvenser denna kan få för synen på kön som forskningsobjekt faller därför utanför det här arbetet.⁵²

Kvinnoforskningsområdet kännetecknas alltså av att det utvecklas och förändras av de erfarenheter som görs både genom teori och praktik, forskning och politiskt arbete.⁵³ Det finns därför många olika faktorer som kan bidra till att förändra diskussionen kring vetenskapen, varför dessa kan vara viktiga att uppmärksamma när man beskriver utvecklingen inom detta forskningsområde.

De argumentationsmodeller som presenteras i avsnitt 3.3–3.5 kommer därför att innefatta flera olika infallsvinklar. De frågeställningar som diskuterar i relation till de olika modellerna kan kortfattat karakteriseras som en fråga om vilken *ideologisk syn på kön* man bör välja, vilken *vetenskapskritik* som kan följa, om det finns ett tänkbart *alternativ* och vilka principiella *problem* som kan följa av de val man gör.

För att sammanfatta de centrala ställningstaganden som de tre modellerna bygger på har jag valt att benämna dessa som *Likhet och jämlikhet*, *Olikhet och kvinnoperspektiv*, samt *Skillnad och mångfald*.

Modellerna är på flera sätt endast att betrakta som konstruktioner. De återspeglar alltså inte någon fullständig framställning av kvinnoforskning-

⁴⁸ Frost (1988), s. 17 f., jfr kapitel 4.1.

⁴⁹ Se vidare kapitel 5.

⁵⁰ Harding (1986), kapitel 6, samt Harding (1987), s. 181–190; Lundgren (1993), s. 27–77; Smart (1990), s. 77–83 samt Smart (1995), s. 3–12; Hallberg (1992), s. 202–216; Svensson (1997), s. 92–98.

⁵¹ Harding (1986), s. 24.

⁵² Jag har därför exempelvis inte tagit ställning till Hardings teori om genusslapande processer; Jfr Lundgren (1993), s. 67–71.

⁵³ Om sambandet mellan teori och praxis inom kvinnoforskningen, se Hallberg 1992), s. 46–47.

en. Det är inte heller alltid lika självklart var man bör dra gränserna mellan de olika modellerna, eller var man exempelvis bör placera en viss författare. Även om dessa positioner kan sägas representera olika epoker, och i vissa delar motstridiga logiker, kan samtliga ändå vara giltiga inom dagens forskning.⁵⁴

Jag kommer att i första hand att försöka renodla och förenkla argument som kan anses vara representativa för de ställningstaganden som modellerna bygger på.⁵⁵ Syftet med argumentationsmodellerna är i första hand att tillfredställa vissa pedagogiska behov. Presentationen ger därför dels en allmän introduktion på området, dels kommer modellerna att fungera som redskap i de analyser som utförs i arbetet. Jag kommer därför att senare hänvisa tillbaka till dessa som vissa grundläggande förutsättningar för hur man kan argumentera kring olika straffrättsliga frågeställningar.⁵⁶

Inom modellerna finns dessutom vad man kan uppfatta som vissa värdesamband. Som jag varit inne på är straffrätten att betrakta som ett värdesystem, de ideologiska ställningstaganden som ligger till grund för läran ska även styra rättstillämpningen.

Man kan därför anta att de verklighetsbeskrivningar som straffrätten är beroende av på olika nivåer, också måste bygga på vissa gemensamma förutsättningar. Dessa samband kan därför vara viktiga att uppmärksamma vid en dekonstruktiv analys av straffrätten, men framförallt vid en rekonstruktiv analys.

I ett rekonstruktivt sammanhang måste man kunna ställa krav på att de ideologiska förutsättningar man väljer är funktionella på flera nivåer inom straffrätten. Genom att precisera kvinnoforskningens förutsättningar i form av argumentationsmodeller, blir det möjligt att pröva dessa mot straffrättens olika nivåer.

⁵⁴ Eftersom dessa också representerar olika ansatser i förhållande till forskning blir deras innehåll och utformning i slutänden beroende av de prioriteringar den enskilde forskaren gör. Som vi ska senare är det väldigt sällan så att alla frågeställningar i ett forskningsprojekt definieras utifrån en och samma modell, se vidare kapitel 4.

⁵⁵ Det är dessutom tveksamt om alla tre verkligen kan ses som separata modeller. De två första är på olika sätt beroende av varandra, medan den tredje modellen i grunden är en kritik av de övriga vilken innebär att det egentligen inte är möjligt att bygga *en* teori kring kön.

⁵⁶ Debatten kring kön i forskningen handlar till stor del om att undvika att gå i de fällor som kan följa av de premisser modellerna anger.

3.2.3. Ideologiska aspekter av modellerna

Det kan vara en fördel att redan inledningsvis säga något om hur modellerna förhåller sig till varandra, när det gäller de två aspekter som jag har pekat på, d.v.s hur man talar om människa och kön i en ideologisk mening, och de konsekvenser detta får för kunskapsfrågorna.

De två första modellerna handlar ytterst om en motsättning mellan likhet och särart, en motsättning som varit grundläggande för kvinnofrågan genom alla tider.⁵⁷ För det här arbetet blir dock referenser till den historiska motsättningen missvisande varför jag istället kommer att tala om en motsats mellan likhet och olikhet. Den första modellen avser då en utgångspunkt i en likhetsideologi, medan de övriga två bygger på en ideologi om olikhet.⁵⁸

Den första och den andra modellen representerar mot denna bakgrund tydliga alternativ. Vilken av dessa man väljer som utgångspunkt för sin forskning kommer att vara avgörande hur man analytiskt sett hanterar frågor kring kön hos människan. I ett rättsligt sammanhang ger dessa olika premisser för hur man bör argumentera kring människan.

Den intressanta frågan blir därmed hur man bör tala om människa och kön inom straffrätten principiellt sett. *Bör man fokusera på människors likhet, eller är den olikhet som kön representerar, även relevant för det sätt på vilket man talar om människan i straffrätten?*

Av de två modellerna kan därför den andra ge intressanta alternativa infallsvinklar för straffrätten. Genom att utgå från en tanke om olikhet kan man finna alternativa sätt att beskriva människan och därmed även alternativa förutsättningar för en straffrättslig argumentation.⁵⁹

Samtidigt representerar den andra modellen inte något självklart alternativ, eftersom denna ansats leder till många olika typer av problem av både analytisk och ideologisk karaktär. Som vi ska se senare i arbetet kan framförallt frågan om vad som kan legitimera en sådan utgångspunkt bli problematisk i förhållande till straffrätten.⁶⁰

⁵⁷ Motsättningen likhet-särart hör historiskt sett till läran om de separata sfärerna. Se t.ex. Wennström (1983); Jfr också Hallberg (1992), s. 50; Lundström (1999), s. 33–38.

⁵⁸ Jfr Lacey (1998), s. 2–4, som talar om "liberal feminism" och "difference feminism"; Jfr Smart (1989), s. 82–85.

⁵⁹ Vissa aspekter av den andra modellen är väl representerade inom den kvinnorrättsliga forskningen. Som vi ska se i kapitel 4 utgår denna ofta ifrån kvinnors livsvillkor. De kunskapsfrågor som anknyter till denna ansats är dock mycket litet diskuterade. Vilka konsekvenser denna kan få vid en rekonstruktion av straffrätten har dock inte diskuterats.

⁶⁰ Se vidare avsnitt 5.5–5.6.

Ur en feministisk synvinkel kan man ifrågasätta om den första modellen verkligen kan vara relevant i sammanhanget. Denna modell representerar en ideologisk ansats vilken innebär att man väljer att bortse från könsfaktorn. Man kan därför ifrågasätta om en modell, där varken det vetenskapliga idealet eller kunskapen om verkligheten relaterar till kön, överhuvudtaget kan betecknas som representativ för kvinnoforskningen.⁶¹

En sådan syn på könsfaktorn kan dock vara viktig att uppmärksamma av flera skäl. För det första har denna ideologiska utgångspunkt ett historiskt samband med en feministisk tradition av frihet och frigörelse. Den står därför i ett ideologiskt släktskap med straffrätten och med den liberalt orienterade syn på människan som den fria individen representerar.

Ur ett politiskt perspektiv kan man också ifrågasätta varför de hänvisningar till radikalfeminismen som förekommer i arbetet, konsekvent relateras till den första modellen. I avsnitt 2.6 visade jag ju att de frågeställningar som uppstår om man väljer en ansats i radikalfeminismen, skiljer sig från de som straffrätten omhandlar. Det som gör att den liberalt orienterade feminismen och den ansats som radikalfeminismen representerar ändå kan relateras till densamma modellen är att de i ett straffrättsligt sammanhang tenderar att leda till samma rättsliga lösningar.

En analys som innebär att det våld som riktas mot kvinnor kan ses som uttryck för ett överordnat förtryck, leder i ett straffrättsligt sammanhang till att man kommer att framhålla de klassiska liberala idealen. En tanke om frigörelse från ett förtryck leder därför till ett ställningstagande som bygger på ideologin om den fria individen.⁶²

Därmed är det också enligt min mening möjligt att dra slutsatsen att en omedelbar applicering av radikalfeminismen i praktiken inte leder till några alternativa möjligheter att rekonstruera straffrätten.⁶³ I det

⁶¹ Hallberg (1992), s. 78.

⁶² Jfr Jaggar som preciserar en radikalfeministisk epistemologi med tydliga ståndpunktsfeministiska inslag. Jaggar (1983), s. 364–369; En utgångspunkt i radikalfeminismen innehåller dock inte i sig de förutsättningar som krävs för att man ska kunna förändra straffrätten.

⁶³ Jfr avsnitt 5.6 där Kvinnovaldskommissionen försöker kombinera en radikalfeministisk analys av våld mot kvinnor, med en ståndpunktsfeministisk ansats. Denna tankegång är inte ovanlig, jfr exempelvis författare som MacKinnon. Men i förhållande till straffrätten krävs ställningstaganden till både teorinivån och tillämpningsnivån. Kommissionen valde denna ansats som grund för sina reformförslag utan att först analysera straffrättens förutsättningar. De utgångspunkter man valde kan därför inte leda till den förändring av straffrätten som möjligen var avsikten.

här arbetet kommer jag därför att framställa den första modellen med utgångspunkt i en liberalt orienterad feministisk ideologi.⁶⁴

Den första modellen blir då förenlig med straffrättens individ, medan de övriga två modellerna innefattar en kritik av möjligheten att ange en sådan "neutral" människa.⁶⁵ Det är en kritik som kan relateras både till straffrättens teorinivå och till dess tillämpningsnivå. Den centrala frågan i arbetet blir därför vilka möjligheter till förändring en utgångspunkt i olikhet kan innebära för straffrätten.

I arbetet kommer jag att i huvudsak diskutera frågeställningar som kan följa när man applicerar de första två modellerna. Skälet till detta är att det är dessa två ansatser som debatten kring straffrätten har kretsat kring.

Den första och den andra modellen bygger dessutom ytterst på en syn på vetenskapen som innebär att det går att säga något om vad som är sant eller falskt, varför det även är möjligt att säga någonting auktoritativt om vad som är rätt eller fel. De förutsättningar de två modellerna bygger på är dock radikalt olika, varför de kan komma att innebära helt olika konsekvenser för straffrätten.

Den tredje modellen kännetecknas av en annan vetenskaplig ansats eftersom denna har en förankring i ett postmodernt tänkande. Den tredje modellen innebär därför att man försöker omdefiniera kön i syfte att bryta med den dikotomi som både likhet- och olikhetstanken faller tillbaka på. Även den tredje modellen kan därför sägas representera en utgångspunkt i "olikhet", men bygger på ett annat sätt att uppfatta kunskap jämfört med den andra modellen.

Ingen av dessa modeller innefattar någon avgränsad teori. Här finns dessutom en intern debatt vilken kan resultera i flera alternativa analytiska ansatser. Det sätt som på vilket jag har valt att presentera den tredje modellen innebär därför att det uppstår en glidande skala från vad man kan kalla postfeminism, vilken vanligen handlar om att utveckla ansatser inom den andra modellen, till en renodlad postmodern syn på människan och kunskapen.

Den mest radikala versionen av den tredje modellen leder därför till fullständig relativitet, vilket innebär att det inte finns några hållpunkter för att säga att en version av verkligheten är mer sann än någon annan.⁶⁶

⁶⁴ Se vidare Jaggars (1983), s. 27–50, samt s. 353–358; Harding understryker också att en sådan ideologisk position kan vara koherent med en feministisk empiricism, se Harding (1986), s. 162; Jfr Hallberg (1992), s. 205.

⁶⁵ Se vidare avsnitt 3.6.2.

⁶⁶ Zita (1988), s. 58 f.

För ett straffrättsligt arbete är en viktig poäng att det ska vara möjligt att ange vissa normativa värden. Postmodernismen utgör dock ingen enhetlig lära och har ingen överordnad teori om verkligheten. Därför kan den inte heller i sig representera en särskild etisk position.⁶⁷

Eftersom syftet med projektet är att möta den kvinnopolitiska debatt som förts kring de problem kvinnor möter i det rättsliga systemet blir det därför naturligt att i huvudsak diskutera utifrån de två första modellerna. Som vi ska se bygger den argumentation som förs i straffrätten på en syn på människan som är grundläggande för den första modellen, medan den kritik som framförts mot straffrätten kan hänföras till den andra modellen. Både framställningen och tillämpningen av den tredje modellen blir därför begränsad i arbetet.⁶⁸

Den tredje modellen kan dock vara aktuell i ett annat analytiskt sammanhang, särskilt som det är möjligt att en rekonstruktion av straffrätten kan kräva andra analytiska utgångspunkter. Om man på allvar önskar att omdefiniera straffrättens individ krävs sannolikt andra förutsättningar för diskussionen än de som kan inrymmas i den första och den andra modellen. Det gör att även vissa aspekter av den tredje modellen blir relevanta i den avslutande delen av arbetet.⁶⁹

3.3 Modell 1: Likhet och jämlikhet

3.3.1 Människa och kön

Ett grundläggande drag hos den första modellen är att den förutsätter att man tydligt skiljer mellan två former av kön hos människan. Det gäller dels kön som en biologisk egenskap och dels kön som en beteckning för alla möjliga former av sociala faktorer och beteenden. I forskningen, men även i den politiska debatten, har man därför ofta valt att kalla kön i denna sociala form för "könsroller".⁷⁰

Det sociala könet uppfattas i den första modellen primärt som ett slags manipulation av människan eftersom det utgörs av egenskaper som i för-

⁶⁷ Andersson H., skriver att värdediskussionen därför istället flyttar sig till människornas nivå. Postmodernismens största förtjänst är, enligt författaren, att den visar på de etiska brister som finns i det moderna projektet. Därmed får också värdefrågorna en ny renässans. Andersson H. (2000), s. 22–48; Att jag väljer att behandla postmodernismen i en skissartad form i arbetet innebär alltså inte att jag helt avvisar tanken om att denna skulle kunna ge vissa möjligheter att precisera en alternativ straffrätt.

⁶⁸ I avsnitt 4.5 kommer jag att visa ett exempel på hur denna teoretiska utgångspunkt har applicerats i nordisk kvinnorätt.

⁶⁹ Se vidare avsnitt 6.4.

⁷⁰ Connell (1987) s. 47–54, se vidare avsnitt 3.6.2 nedan.

sta hand skapas och upprätthålls genom olika sociala normer och tabun. Mot bakgrund av detta blir det viktigt att framhålla människans personliga kapacitet och hennes självständighet i förhållande till andra.

Detta sätt att tänka om kön hos människan står alltså i ett nära samband med den klassiska jämlikhetstanken, som innebär att alla människor är av samma mänskliga natur oavsett kön, ras och status.⁷¹

Med denna syn på kön hos människan blir gärna slutsatsen att om man bara bortser från alla av historiska skäl skapade könsskillnader, så är män och kvinnor egentligen lika. En syn på kön, där kön i första hand är något socialt konstruerat öppnar alltså stora möjligheter till förändring, nyckeln till kvinnors frigörelse ligger i en revolt mot den kvinnlighet som den patriarkala kulturen tillskrivit kvinnor. För kvinnor blir det då viktigt att frigöra sig från de sociala krav som ligger i den kulturellt konstruerade kvinnligheten.⁷²

Om man utgår ifrån en sådan ideologisk syn på kön kommer det sätt på vilket man förhåller sig till könsfaktorn att präglas av en önskan om att minska dess betydelse för människan, samhället, forskningen och rättsordningen. Man kommer då att på olika sätt motarbeta den sociala innebörden av kön framförallt genom att förespråka att man inte ska göra skillnad på män och kvinnor, de ska i utgångspunkten behandlas som (om de var) "lika".

3.3.2. Vetenskapskritik

Mot bakgrund av ett sådant ställningstagande blir det viktigt för forskaren att motverka föreställningar kring kön även i den vetenskapliga verksamheten. En central forskningsuppgift har då varit att visa hur samhällsstrukturen och kvinnoförtrycket påverkar vetenskapliga framställningar, särskilt när det gäller kunskapen om människan.

Det har helt enkelt varit viktigt att avslöja hur myter och andra kulturella föreställningar kring kön har fått spela fritt i traditionell vetenskap.⁷³ Den förklaring som givits till detta fenomen har då gått ut på att män som grupp kunnat dominera vetenskapen, vilket även kommit att påverka kunskapsproduktionen.

En central fråga för den vetenskapsdebatt som denna kritik föranlett har varit den form av "androcentrism" som kunnat identifieras. I den klas-

⁷¹ Jaggar (1983) s. 35–39.

⁷² Eisenstein (1984) s. 3 f.

⁷³ Här finns därför många framställningar framförallt från 1970-talet, vilka kritiserar klassiska texter om människan för att vara fördomsfulla och ibland även sexistiska. Se t.ex. Janssen-Jurreit, (1979); Figes (1970); Illich (1982).

siska förståelsen av motsatsen kvinna–man, ges mannen prioritet genom värderingen av de dualismer som kan kopplas till könsmotsättningen. De kulturella, religiösa och symboliska faktorer som kan relateras till motsatsen kvinna – man, har medfört att kvinnan alltid kommit att betecknas som "det andra". Det finns så att säga en grundläggande indelning i vår kultur som blir särskilt tydlig i de klassiska teorierna om människan.⁷⁴

En slutsats av detta blir då att vi har fått en vetenskap där mannen på olika sätt kommit att bli normen för vad som är en människa. Med mannen som norm, kommer kvinnor att falla utanför forskningens område eller på annat sätt behandlas såsom "avvikande".

3.3.3 Kvinnoforskning som alternativ

Frågan blir då hur den kvinnliga forskaren bör förhålla sig till de problem som kan identifieras inom vetenskapen. Om man följer den första modellen kommer kritiken i huvudsak att handla om det vi kan kalla "dålig vetenskap". En målsättning med kvinnoforskningen blir då att motverka alla former av "bias" eller snedvridning av forskning.

Lösningen blir alltså att framhålla vetenskapens möjligheter, eftersom denna kan ses som en i grunden unik verksamhet. Det finns alltid möjlighet att förbättra metoderna, för att därigenom uppnå en mer korrekt bild av verkligheten. Det är därför möjligt att åstadkomma en kunskapsproduktion som är oberoende av ett historiskt och kulturellt kvinnoförtryck. Det finns så att säga en sanning om människan, men vetenskapen har endast funnit delar av denna.⁷⁵

Som Hallberg påpekar kan man inte se detta som en säregen feministisk kunskapssyn. Den sammanfaller helt enkelt med annan vetenskapskritik vilken utgår ifrån att vetenskapen är en i grunden social verksamhet.⁷⁶ Utgångspunkten är trots allt att det finns en objektivitet, och att det finns värden som är universella och därmed giltiga för både mannen och kvinnan. Man kan uttrycka det så att man menar att det inte finns någon privilegierad position i vetenskapen.⁷⁷

Den slutsats som följer av en sådan inställning till kunskapen är att vetenskapen behöver kompletteras med en sannare och mindre vinklad bild av kvinnan. Det handlar då om att lägga till de kunskaper om kvin-

⁷⁴ En intressant idéhistorisk framställning finns hos Ekenvall (1966); Jfr Harding om symbolikens betydelse för vårt sätt att tänka, Harding (1986), s. 17; Lundström (1999), s. 44–50.

⁷⁵ Svensson (1997), s. 96, se särskilt not 179.

⁷⁶ Hallberg (1992), s. 205; Harding menar ändå att denna ansats innebär en utmaning för annan sådan forskning, Harding (1986), s. 162.

⁷⁷ Jaggar (1983), s. 357–358.

nor som tappats bort i traditionell forskning, medan det könsspecifika i sig inte nödvändigtvis ges någon självständig betydelse.⁷⁸

Den fråga man då bör ställa sig är om detta är tillräckligt. Är det möjligt att motverka en sådan androcentrism endast genom förbättrade metoder? Ett sätt att förklara vad själva frågeställningen handlar om är att återigen visa till de klassiska dualismerna. Frågan blir om inte det dualistiska tänkande, som kan identifieras i de klassiska texterna kring människan, egentligen beskriver ett problem som har mer långtgående implikationer än att endast handla om en vinklad eller självupptagen manlig forskning.

De motsatser som även kan ses som könskriterier i det dualistiska mönstret, såsom objektiv-subjektiv, saklig-känslös, är också faktorer som definierar vetenskaplighet. Könsfaktorn kan alltså relateras till en diskussion kring vad som uppfattas som vetenskap överhuvudtaget.⁷⁹

I diskussionen kring den manliga normen i vetenskapen väcks därför frågan om det är så att forskningen redan från början bygger på en manlig modell som inte kan omfatta det kvinnliga i kulturen, eller i varje fall inte kan beskriva denna dimension på ett relevant sätt.

Det problem man då ställs inför handlar om huruvida en mer stringent forskning verkligen kan bana väg för en kunskap som inkluderar kvinnor, om det är så att vetenskapliga subjektet i realiteten bygger på den kulturella föreställningen av en "man".⁸⁰

En forskning kring människan som utgår ifrån en föreställning om en neutral individ, eller om man så vill en individ som är "könlös", riskerar därför att endast dölja den faktiska betydelsen av kön. Det är alltså inte givet att en målsättning om en mindre fördomsfull forskning verkligen leder till kunskap som är oberoende av den könskultur forskningen verkar inom.⁸¹

⁷⁸ Lundgren (1993) s. 27–30; Harding (1987) s. 182–184.

⁷⁹ Hallberg (1992), s. 172–176.

⁸⁰ Harding skriver: "If the feminist criticisms can no longer be seen simply as demands that the social sciences and biology adhere more rigorously to their own directives for objective, value-neutral inquiry – if those directives are themselves suspected to be an expression of androcentrism – feminist inquiry has apparently grounded its claims in a paradox. Clearly, more scientifically rigorous and objective inquiry has produced the evidence supporting specific charges of androcentrism – but that same inquiry suggests that this kind of rigor and objectivity is androcentric!" Harding (1986), s. 109–110; Lacey (1998) skriver att övergången från den första till den andra modellen varit särskilt smärtsam för kvinnorrätten, eftersom den inneburit att man varit tvungen att ge upp tron på de rättsliga verktygen.

⁸¹ Som vi ska se i kapitel 4 är detta ett av grundproblemen för den kvinnorrättsliga forskningen.

3.4. Modell 2: Olikhet och kvinnoperspektiv

3.4.1 Människa och kön

För den som arbetar inom den första modellens förutsättningar blir det av grundläggande betydelse att framhålla att kön hos människan är något som i huvudsak är socialt konstruerat. Samtidigt kan man konstatera att erfarenheter från det vetenskapliga och politiska arbetet givit en insikt om att även om kön kan vara socialt skapat, så innebär inte det att man kan bortse från könsfaktorn. Det blir istället viktigt att vara uppmärksam på att kön är en central aspekt av människans personliga och sociala förutsättningar.

Könstillhörighet är helt enkelt grundläggande för många aspekter av det att vara människa. Redan hur man uppfattar tillvaron kan vara beroende av kön. På samma sätt kan denna omständighet vara en viktig aspekt av relationen till andra människor. På ett individuellt plan kan därför den syn man har på tillvaron vara beroende av det liv man lever och de människor man har omkring sig.

Man därför säga att om man i den första modellen framhöll människans oberoende, så blir en central aspekt av könsmänniskan snarare dess sociala beroende. Centralt för denna syn på människan blir därför att den individuella identiteten är beroende av könstillhörighet.

Människan som könsvarelse måste därför ses i en större kontext av kulturella föreställningar om hur verkligheten är beskaffad. Det är också därför man inom kvinnoforskningen väljer att i de flesta fall tala om genus.⁸² En sådan syn på kön skiljer sig radikalt från den som presenterades i föregående avsnitt, eftersom genus avser en könsmänniska i en viss könskultur.

Hur man däremot väljer att definiera genus analytiskt beror emellertid även av de ställningstaganden man gör i kunskapsfrågan. Här finns därför en mycket omfattande diskussion kring forskningsobjektet kön, framförallt när det gäller vilka teoretiska och metodologiska förutsättningar man bör välja vid forskning kring könsfaktorn. Det starka fokus som varit på frågan om hur innebörden av genus bör anges, har emellertid medfört att debatten kring hur man bör hantera könsfaktorn inom forskningen ofta kommit att föras utifrån objektet, i stället för kunskapsteorin.⁸³

⁸² Se vidare avsnitt 3.6.3.

⁸³ Diskussionen kring genusbegreppet kan därför relateras både till den andra och den tredje modellen, se vidare avsnitt 3.6.

Även om kön anses vara i huvudsak socialt och kulturellt beroende, uppfattas denna faktor i den andra modellen som någonting reellt. Det finns ett slags kvinnlighet, vilken inom forskningen vanligen förankras i någon form av sociala, biologiska eller psykologiska faktorer.⁸⁴

Vi kan alltså konstatera att den andra modellen representerar ett annat sätt att uppfatta könsfaktorn. Det finns ingen neutral människa på samma sätt som det inte finns någon neutral verklighet. Därför måste även det sätt på vilket man talar om människan präglas av ett olikhetstänkande, istället för en ideologi om likhet.

De politiska slutsatser som dras blir då ofta motsatta av de som följer av den första modellen. Det kvinnliga är i sig ingen grund för kvinnors underlägsenhet. Grunden för varje politisk förändring måste omfatta det faktum att kvinnor har särskilda egenskaper och kunskaper vilka har ett värde i sig. Det är maktrelationen som är problemet och som därför bör motarbetas, inte könsfaktorn. Med en utgångspunkt i den andra modellen blir därför målsättningen ofta en fråga om att uppvärdera det kvinnliga i kulturen i syfte att förändra de rådande maktstrukturerna i samhället.⁸⁵

3.4.2 Forskningsintressen och vetenskapsdebatt

Om man utgår ifrån att den kvinnliga dimensionen av tillvaron ser annorlunda ut än den manliga, uppstår ett intressant forskningstema. Man kan därmed studera det "kvinnliga" och hur denna dimension av tillvaron skiljer sig från en manlig.

Grundläggande för den andra modellen är emellertid att det inte räcker med att öka kunskapen om kvinnorna, man måste också göra detta utifrån kvinnors egna villkor. Det innebär att man måste utveckla metoder som kan inkludera könsfaktorn, exempelvis genom att tillämpa ett kvinnoperspektiv.⁸⁶

⁸⁴ Se vidare avsnitt 3.4.2.

⁸⁵ Eisenstein (1984) s. 46. Eisenstein placerar denna ideologiska svängning i mitten av 1970-talet; Även svensk jämställdhetsdebatt har påverkats av denna förändring av perspektiv. Svensson menar att den ideologiska omsvängning som skett även varit en konsekvens av Hirdmans teori om ett genussystem. Svensson (2001a), s. 77–79; Jfr Hirdman (1988).

⁸⁶ Ett klassiskt exempel på detta problem utgör Gilligans tolkningar av studier av utvecklingen av pojkar och flickors etiska mognad. Det visade sig att forskningsmetodiken bidrog till slutsatsen att flickorna var mindre mogna. Gilligan (1982); Förutsättningarna för denna studie har därför ofta setts som exempel på hur vetenskapliga kriterier kan bidra till att diskvalificera erfarenheter som kan vara viktiga ur ett kvinnligt perspektiv.

Men målsättningen med den andra modellen sträcker sig längre än så, det kvinnliga bör också bli en del av det vetenskapliga grundlaget för denna typ av forskning. I den andra modellen blir det därför viktigt att framhålla att könsfaktorn kan ha betydelse i förhållande till forskaren, objektet som studeras och de förutsättningar utifrån vilka en studie utförs. Den andra modellen innebär därför att man måste ta ställning till klassiska kunskapsteoretiska frågor som *vem kan veta något om vad?*

I den andra modellen blir svaret på frågan en ståndpunktsfeministisk kunskapsteori, som går ut på att kvinnorna har den mest sanna kunskapen om tillvaron. Själva tanken om ett sådant epistemiskt privilegium faller tillbaka på en tidigare marxistisk idé där proletariatet ansågs vara den klass som bäst motsvarade mänsklighetens intressen. Eftersom underklassen är den grupp som har intresse av att förändra den bestående ordningen är den också intresserad av att avslöja det borgerliga samhällets myter. Därmed skapas även möjligheter att uppnå en mer sann bild av verkligheten.⁸⁷

Den kunskap om verkligheten som därigenom skapas, kan även bidra till att visa att existerande beskrivningar av verkligheten kan vara förvrängda.

Om man önskar att skapa ett kvinnligt kunskapsprivilegium måste även detta kunna legitimeras. Ståndpunktsfeminismen bygger därför på en uppfattning om att det vetenskapliga underlaget följer av könsbundna aktiviteter och social erfarenhet.⁸⁸ Det blir därmed i första hand den gemensamma erfarenheten av verkligheten som privilegierar kvinnor som kunskapsagenter.⁸⁹

Därmed blir faktorer som traditionellt sett särskiljer det kvinnliga från det manliga i en viss kultur av betydelse för frågan om vad som kan vara en sann bild av verkligheten. I litteraturen har man därför hänvisat till den historiska arbetsdelningen⁹⁰, människors psykiska utveckling⁹¹ och olika sociala faktorer.⁹²

⁸⁷ Hallberg (1992), s. 206–208.

⁸⁸ Harding (1986), s. 141; Jfr Haraway (2004), s. 88 f.; Hallberg menar att denna position bäst motsvarar feminismens själva kärna. Hallberg, (1992), s. 206, jfr s. 11.

⁸⁹ Man bör dock vara uppmärksam på att begreppet "ståndpunkt" avser en objektiv position, inte ett subjektivt perspektiv. Se Hallberg (1992), s. 207.

⁹⁰ Hartsock (2004), s. 35–36.

⁹¹ Om Chodorow och objektrelationsteorin, se Lundgren (193), s. 34–45.

⁹² Smith (2004), s. 32–33. Kvinnors verklighet beskrivs i ett annat sammanhang än de själva befinner sig.

3.4.3 Det kvinnliga?

Den andra modellen blir intressant därför att den kan ge oss nya analytiska möjligheter. Därmed uppstår en faktisk möjlighet att erhålla ny kunskap, eller att ge nytt meningsinnehåll till klassiska problem.

Detta är inte enbart av vetenskapligt intresse, de resonemang som kan föras visar sig ofta bättre svara mot de erfarenheter kvinnor faktiskt har. Det finns dock åtkilliga aspekter av den andra modellen som kan leda till problem för forskaren.

Att man betonar att olika grupper kan uppfatta verkligheten på olika sätt innebär i en mening ett slags relativism. Här ställs två perspektiv mot varandra utan att man kan säga att något har företräd framför det andra. Den traditionella vetenskapliga ansats som kritiserats för att placera "mannen" i centrum har då inte något företräd framför alternativet, alltså en syn på kunskap där "kvinnan" befinner sig i centrum. Härigenom blir det förvisso svårare att avvisa den kunskap som produceras som en följd av ståndpunktsfeminismen.

Den andra modellen innebär dock att man ger den kvinnliga sidan ett privilegium. Ett motargument kan då vara att detta kan leda till att man enbart byter sida. Den kunskapsteori man framhåller kommer att vara lika präglad av ett dualistiskt tänkande som den vetenskap man kritiserar.⁹³

Dessutom kan det uppstå problem som en följd av att kvinnor knappast tillhör någon homogen grupp, alla kvinnor lever inte samma liv. Vid sidan av kön finns många andra faktorer som kan ha betydelse i sammanhanget, såsom klass, etnisk tillhörighet och liknande.⁹⁴ Det finns helt enkelt inte någon universell kvinnlighet bortsett från den rent biologiska.⁹⁵

Den avgörande invändningen mot denna modell är därför att den förr eller senare kräver att man kan ge denna kvinnliga position ett materiellt innehåll. Den är så att säga inte enbart en kunskapskälla eller ett visst metodologiskt perspektiv. Om man på allvar ska kunna hävda att en kvinnlig tolkning av verkligheten ska läggas till grund, måste denna bygga på principiella ställningstaganden.

Denna i grunden normativa aspekt blir särskilt svår att precisera om man bygger kunskapsteorin på kön. Frågan om vad som är innebörden av kön förutsätter alltid någon form av tolkning. Det blir då problematiskt

⁹³ Lundgren (1993) s. 55–60.

⁹⁴ Se t.ex. Smart (1995), s. 6 med referenser.

⁹⁵ Harding, s. 192–193. Det finns inte *en* kvinna på samma sätt som det inte finns *en* människa. Den kritik som riktas mot mäns förtryck av kvinnor kan lika gärna riktas mot europeernas förtryck av afrikanerna.

om det kvinnliga kunskapsprivilegiet förankras i något som lika gärna kan ses som könsstereotyper.

En lösning på några av de problem som kan identifieras i den andra modellen har varit att precisera könsfaktorn som en "relation".⁹⁶ Det kvinnliga och det manliga konstrueras då i ett samspel, där innebörden av den ena alltid kommer att relatera till den andra. Ett sådant sätt att analysera könsfaktorn kan lösa vissa problem som kan uppstå när man diskuterar utifrån två avgränsade (och kulturella) kategorier. Det finns dock ingenting som säger att man därmed löser de kunskapsteoretiska problem som följer av att man önskar att privilegiera kvinnors kunskap om verkligheten.⁹⁷

3.5 Modell 3: Skillnad och mångfald

3.5.1 Människa och kön

Den första modellen kännetecknades av en ideologi om "likhet", medan den andra i grunden förutsatte en tanke om "olikhet". Den tredje modellen bygger vidare på denna olikhetsidé, men utifrån helt eller delvis andra teoretiska förutsättningar, vilka även kommer att påverka det sätt på vilket vi talar om kön hos människan.

När man önskar att utveckla en syn på kön med utgångspunkt i "olikhet", blir det viktigt att göra detta utan att omedelbart vidareföra de problem som beskrevs i föregående avsnitt. Det innebär att det sätt på vilket man hanterar könsfaktorn inom forskningen bör uppfylla vissa krav.

Ett viktigt krav handlar om att utveckla metoder genom vilka man kan undgå den motsättning mellan det manliga och det kvinnliga som var en förutsättning i den andra modellen. Denna motsättning kan ses som ett uttryck för ett dikotomt tänkande som är problematiskt i sammanhanget, därför att det innebär att man skapar påtagliga premisser för argumentationen.

Som vi har sett innebär detta ett sätt att kategorisera kön som blir alltför begränsat. I tillägg kan man fråga sig om inte denna motsättning lätt kan blandas samman med den politiska frågan om en könsmaktsordning. Ett sådant ställningstagande kan lätt leda till att denna ansats bli än mindre dynamisk som utgångspunkt för forskning.⁹⁸

⁹⁶ Se t.ex. Flax (1990), s. 44 f.; Se vidare Svensson (1997) i avsnitt 4.4. nedan.

⁹⁷ Se vidare avsnitt 4.4 nedan.

⁹⁸ Se vidare avsnitt 5.5.

Vidare måste man vara beredd att överge den indelning mellan ett biologiskt och socialt kön som var grundläggande för den första modellen. I detta sammanhang var det viktigt att skilja mellan dessa olika aspekter av kön för att kunna visa att de könsroller som kvinnor tilldelades var socialt konstruerade. I den andra modellen minskade betydelsen av denna indelning eftersom man uppfattade att kön var en faktor att räkna med, oavsett vad denna består i.

I den tredje modellen blir det därför ännu viktigare att understryka att man måste tala om människan som en existensiell helhet. Det blir näst intill omöjligt att se människan oberoende av sitt sociala sammanhang, sin könstillhörighet, sexualitet, o.s.v. Mot bakgrund av detta kan människan inte heller separeras från sin kroppslighet, den enskildes identitet måste ses i samband med dennes fysiska integritet.⁹⁹

Den diskussion som uppstår när man väljer att betona kön som olikhet är intressant därför att den förändrar förutsättningarna för hur man talar om människan. Men de skillnader och motsättningar som den andra modellen placerar mellan könen, kan lika gärna finnas mellan olika kvinnor, likaväl som de kan finnas hos varje enskild människa.

Inom den tredje modellen talar man därför exempelvis om "fractured identities",¹⁰⁰ och konstruktioner som bygger på "difference".¹⁰¹ Utmaningen i den tredje modellen blir då att ange hur man bör precisera kön hos människan. Det vi söker är förutsättningar för att kunna beskriva en mångfacetterad människa i en heterogen värld. Som vi ska se leder dock en ansats i postmodernismen till att man frigör definitionen av kön hos människan, inte enbart från de kulturella förutsättningarna, utan även från den faktiska verkligheten.¹⁰²

3.5.2 Vetenskapsdebatt

Den tredje modellen innebär en utveckling av synen på könsfaktorn. I de föregående modellerna uppfattades kön som en i första hand social och biologisk faktor, medan man här driver analyserna bort från denna distinktion. Kroppen kan på samma sätt som det sociala könet, vara bärare av kulturella innebörder, likaväl som den kan vara en bas för erfarenhet och kunskap.¹⁰³

⁹⁹ Det gäller vid analyser av människan, jfr avsnitt 3.5.2 och 3.6. Men även frågan om hur man bör uppfatta människan i rättsordningen, jfr avsnitt 3.6–3.7.

¹⁰⁰ Harding (1986), s. 163, människan befinner sig i många sociala sammanhang samtidigt.

¹⁰¹ Widerberg (1992), s. 29–30.

¹⁰² Se t.ex. Butler (1990); Se vidare avsnitt 3.6.3 och 4.5.

¹⁰³ Se vidare avsnitt 3.6.3.

Den tredje modellen befinner sig i en diskussion mellan en syn på kunskapen, där man fortfarande kan uttala sanningar om verkligheten, och en syn på kunskap som i grunden är relativistisk.¹⁰⁴ Den senare leder vanligen till en slutsats om att verkligheten inte "finns", den uppstår endast när vi talar om den. Alla beskrivningar av verkligheten kan därför gälla samtidigt; vilken som ges auktoritet är mer en fråga om vilka maktrelationer som finns i ett samhälle.¹⁰⁵

En analys av kön som omedelbart grundas i postmodernismen innebär därför att den kvinnlighet vi talar om endast kan sägas utgöra en konstruktion inom ett språk. I slutänden blir det egna språket och den egna kvinnokroppen (reell eller metaforisk) de enda möjligheter som återstår att arbeta utifrån, den enda form av verklig autenticitet. Den tredje modellen tenderar därför att vrida intresset bort från de sociala teorierna och mot humanioran, samtidigt som vi ofta befinner oss på en radikalt annorlunda abstraktionsnivå.

Den postmoderna synen på kunskap kan verka lockande, särskilt som den frigör forskaren från den omedelbara och kulturellt styrda beskrivning av verkligheten som vanligen leder till problem. Postmodernismens analytiska utgångspunkter ger också stöd åt kvinnoforskningens grundläggande kritik, att vetenskapen är en social praktik och att den därför i sig kan vara bärare av maktstrukturer. Den kritik som postmodernismen innebär för konstruktionen av vetenskapens subjekt är också viktig, eftersom den understödjer kvinnoforskningens idé om att genus utgör en del av det sammanhang som bygger upp vår förståelse av tillvaron. Konstruktionen av en avgränsad individ förutsätter därför i realiteten ett avstånds-tagande från ett historiskt genus.¹⁰⁶

Den motsättning som ligger mellan modellerna 1–2 och modell 3, är besläktad med en klassisk konflikt mellan objektivism och relativism. De två första modellerna strävar efter att förbättra en viss vetenskap, att

¹⁰⁴ Det är svårt att tala om en egen epistemologi här eftersom postmodernismen i realiteten leder till ett avvisande av ett sådant vetenskapligt projekt. Hallberg (1992), s. 215.

¹⁰⁵ Som Harding påpekar kräver detta att man också ger upp tanken om att kunna berätta historien om *Kvinnan*. Harding (1986), s. 194.

¹⁰⁶ En sådan historisk process har beskrivits av Illich (1982). Denna anför bland annat att "An industrial society cannot exist unless it imposes certain unisex assumptions: the assumption that both sexes are made for the same work, perceive the same reality, and have, with some minor cosmetic variations, the same needs. And the assumption of scarcity, which is fundamental to economics, is itself logically based on this unisex postulate. There could be no competition for "work" between men and women, unless "work" had been redefined as an activity that befits humans irrespective of their sex. The subject on which economic theory is based is just such a genderless human." Illich (1982), s. 9–10; Jfr Svensson (1997). Se vidare avsnitt 3.6.3 och 4.4.

uppnå mer sanna beskrivningar av verkligheten. Inom den andra model-
len handlar detta om att ersätta en androcentrisk vetenskap, samtidigt
som man söker efter alternativa sätt att legitimera sin kunskapsproduk-
tion.

Men det innebär inte att man eftersträvar värdeneutralitet.¹⁰⁷ Som vi
har sett handlar den andra modellen snarare om att det finns ett kognitivt
företräde, eftersom den förtryckte vet kvalitativt mer om innebörden av
problemen. Postmodernismen ger däremot i utgångspunkten inget sådant
företräde, alla svar beror i realiteten av kontexten.¹⁰⁸ Principiellt sett har
därför ingen kunskap om verkligheten företräde framför någon annan,
något som har gjort att många kvinnoforskare tvekat inför att tillämpa en
strikt postmodern teori.¹⁰⁹

I det här sammanhanget blir problemet just den brist på normativitet
som detta innebär. Det finns i slutänden ingenting som kan säga oss vad
som är rätt eller fel. Om man genom att tillämpa den andra modellen
försöker uppnå en teori som på ett bättre sätt tillvaratar kvinnors erfaren-
heter och behov, så riskerar man här att fullständigt släppa taget om och
därmed även kontrollen över de omedelbara politiska målsättningarna
och motsättningarna.

För den forskare som väljer en postmodern syn på kunskap kan möli-
gen svaret på kritiken finnas i de egna förutsättningarna. Genom att defi-
niera verkligheten kan forskaren också bidra till att skapa denna. Den
som inte är villig att acceptera en syn på verkligheten som fullständigt
relativ, kan då hävda att den feministiska aspekten hos denna forskning
kan bestå i den sociala förändring en sådan forskningsverksamhet kan
leda till.¹¹⁰

¹⁰⁷ Foss-Fridlitzius (1990), s. 56.

¹⁰⁸ Som Zita uttrycker det: "Postmodernismens intellektuella lockelse antar formen av en
skenbar ömsesidighet mellan kulturellt skiljaktiga grupper, men den tar inte hänsyn till
de strukturella dominansrelationerna." Zita (1988) s. 62.

¹⁰⁹ Som vi ska se i kapitel 4 får man ofta intryck av att de kvinnorättsliga forskarna
använder en postmodern grund för sina arbeten för att legitimera en viss syn på kön, men
hur långt denna teoretiska ansats sträcker sig i de olika studierna blir dock inte alltid lika
tydligt. Se t.ex. Andersson (2004), jfr avsnitt 4.5.

¹¹⁰ Foss-Fridlitzius (1990), s. 56; Återigen krävs då någon form av feministisk värdegrund,
representerad genom den "feministiska forskarens visionära förmåga och det moraliska
ansvar som vilar över den vetenskapliga praktikens verklighetskonstituerande karaktär".
Foss-Fridlitzius (1990), s. 61.

3.6 Kön som forskningsobjekt

3.6.1 Några ytterligare preciseringar

Det som särskiljer kvinnoforskningen som forskningsinriktning är att den har en förankring i feminismen och att könsfaktorn ges betydelse för det vetenskapliga arbetet. Det gäller inte enbart vid val av tema, utan även för de teoretiska förutsättningar man ger forskningen.

I avsnitt 3.1.2 inledde jag med att göra några preciseringar av de frågeställningar kring kön som jag menar kan vara funktionella i relation till rättsvetenskapen. Det handlade för det första om de teman som kan vara tänkbara för ett kvinnoforskningsprojekt. Om man utgår ifrån Hardings indelning av könsfaktorn, som en genomgång av olika tänkbara aspekter av kön, blir det möjligt att beskriva några centrala temaområden.

Författaren talar här om tre olika sidor av könsfaktorn såsom "individual gender", "structural gender" och "gender symbolism". Samtliga relaterar på något sätt till kön som fenomen i ett samhälle eller en kultur. Om denna indelning ger tillräckliga premisser för att nå alla de frågor som kan vara relevanta när man talar om kön hos människan kan ifrågasättas. Det är tänkbart att en sådan frågeställning kräver att man utvecklar de analytiska förutsättningarna för studier av "individual gender" ytterligare.¹¹¹

Utifrån denna indelning kan studier av kön avse den omedelbara betydelsen av kön, alltså frågor som rör hur kön utvecklas hos människor och hur könen relaterar till varandra. Ofta talar man då om relationen mellan man och kvinna, men också mellan det manliga och det kvinnliga i en viss kultur. För kvinnoforskningen blir den senare formen i de flesta fall den viktigaste; studierna handlar vanligen om den föreställda människan.

Kön kan dessutom ses som en del av en samhällsorganisation där det kan vara relevant att diskutera frågor kring arbetsdelning, upprätthållandet av kön i en viss social kontext, eller hur föreställningar om kön kan påverka enskilda människors livsvillkor.

Den tredje kategorin innebär att man på något sätt knyter könsfaktorn till innebörden av tillvaron. Det kan gälla kulturella symboler som direkt eller indirekt förknippas med kön och som även kan påverka vår föreställningsvärld. Ofta talar man i detta sammanhang om kön som något

¹¹¹ Harding (1986) s. 18 och 52f.; Zita (1988), s. 58, pekar på att Hardings indelning har en påtaglig förankring i det sociala könet. Hon ifrågasätter därför om kroppen och sexualiteten kan innefattas i detta sätt att strukturera kön. En ansats som innebär att man önskar att precisera ett sätt att tala om människan (i förhållande till straffrätten) kräver att de begrepp man utgår ifrån även kan innefatta sådana aspekter av människan, jfr avsnitt 3.6.3.

meningsskapade, såtillvida att denna faktor bidrar till att ge tillvaron en viss innebörd.

Kön avser då inte enbart något som organiserar människor i grupper i den faktiska verkligheten, utan kön ses även som ett slags organiserande faktor på ett abstrakt plan. Ibland talar man därför om konstitueringen av kön i ett visst sammanhang, men även begreppet könskodning förekommer som ett uttryck för det sätt på vilket företeelser i tillvaron tenderar att omedelbart ges könsbundna förtecken.

Som angavs ovan används ibland begreppen konkret och abstrakt kön, men denna indelning är inte alltid klargörande, eftersom den abstraktion som då avses kan relateras till både temat och till de förutsättningar som anges för studierna.¹¹²

I avsnitt 3.1.2 valde jag att skilja mellan olika typer av frågeställningar som gäller kön som vetenskaplig premiss: Dels sådana som gäller kön som forskningsobjekt och dels de kunskapsfrågor som kan aktualiseras.

De modeller som presenterades i avsnitt 3.3–3.5 baserades i huvudsak på olika kunskapsteoretiska premisser, även om de även anknöt till några grundläggande ideologiska skillnader i synen på kön hos människan.

De teoretiska frågor som gäller kön som forskningsobjekt, och det sätt på vilket könsfrågan kan vara relevant för kunskapsteorin, går in i varandra, eftersom båda avser förutsättningar för forskning. Några aspekter av diskussionen kring kön som forskningsobjekt har därför redan berörts, särskilt som denna även har påverkat utvecklingen av diskussionen kring kön och kunskap.

Som jag nämnde inledningsvis handlar diskussionen kring hur man bör närma sig könsfaktorn i forskningen (ofta genom en definition av ett "könsbegrepp"), om frågeställningar som lika gärna kan sägas vara metodologiska. Det gäller särskilt den diskussion som handlat om möjligheterna att göra själva könsfaktorn till ett analytiskt redskap.

Som vi har sett skapar den andra modellen, genom sin förankring i det "kvinnliga", problematiska förutsättningar för det vetenskapliga arbetet. Detta medför att det blir viktigt att kunna skilja en deskriptivt orienterad framställning av olika kulturella uttryck för kön, från en analys av innebörden av kön i en viss kultur. Man kan säga att det handlar om att applicera könsfaktorn på ett sådant sätt att man kan vinna ny kunskap kring kön. Det är viktigt för att det exempelvis ska vara möjligt att diskutera vad det innebär att vara kvinna, istället för vilka föreställningar som kul-

¹¹² Man kan säga att man väljer att studera en abstrakt könsproblematik, samtidigt som använder en abstraherad version av könsmotsättningen som utgångspunkt för sina studier. Se vidare avsnitt 4.4.

turellt sett kan knytas till "kvinna". Den diskussion som berört frågan om kön som analytiskt begrepp, har varit viktig därför att den ytterst handlar om att betona kön som vetenskaplig frågeställning framför den politiska aspekten av kön.

De teman som har diskuterats när det gäller frågan om kön i forskningen, kan vara av principiellt intresse i sammanhanget, särskilt som de kan belysa det sätt på vilket man har hanterat könsfaktorn inom kvinnorätten. Det innebär att jag kommer att diskutera premisserna för de könsbegrepp som preciserats inom kvinnorätten, i samband med en genomgång av några kvinnorrättsliga texter i kapitel 4.

Nedan kommer jag att istället välja en annan aspekt av diskussionen kring kön i forskningen vilken är relevant för det här arbetet. Det handlar om det sätt på vilket man uppfattar kön i de olika modellerna och vilka implikationer detta kan ha för hur man ser på människan.

Frågan om huruvida man bör betona könsskillnaden, eller om man istället bör utgå ifrån att denna faktor saknar relevans, har alltså inte enbart vetenskaplig relevans. Det är också en frågeställning som är intressant för utformningen av rättsordningen eftersom den säger oss något om hur man bör uppfatta människan. I förhållande till straffrätten gäller detta vid tillämpning när man ska bedöma människor i ett visst socialt sammanhang. Men det gäller också frågan om vilka etiska ställningstaganden som straffrätten bör bygga på.

Det sätt på vilket man väljer att hantera könsfaktorn har alltså avgörande betydelse för hur man kommer att tala om människan. Som jag angav i föregående kapitel är frågan om hur man bör beskriva människan i straffrätten ett centralt tema i arbetet. I kapitel 5 kommer jag därför att visa exempel på hur förutsättningarna för den straffrättsliga argumentationen kan förändras beroende av hur man beskriver människan.

I tidigare avsnitt har jag visat vilka fördelar som kan följa av att man väljer beskrivningen av människan och verkligheten som utgångspunkt för en analys av den kritik som riktats mot straffrätten. En sådan ansats ger dessutom intressanta möjligheter att nå flera tänkbara frågeställningar som kan följa av denna kritik. Ett skäl är att människan förekommer på flera nivåer inom straffrätten, varför en diskussion kring beskrivningen av denna kan leda till många intressanta frågeställningar kring hur straffrätten är konstruerad. Som jag har pekat på är frågan om innebörden av kränkningen av gärningsobjektet av särskilt intresse för ett kvinnorrättsligt arbete.

Det innebär att de analyser som utförs i arbetet i hög grad handlar om att pröva de förutsättningar som följer av de olika modellerna, mot det sätt på vilket man argumenterar kring människan på straffrättens område.

Det gör att det blir intressant att utveckla den beskrivning av människan som kan följa av de olika ansatser som modellerna representerar. Nedan kommer jag därför att säga något ytterligare om vad det innebär att tala om kön hos människan dels utifrån en teori om könsroller, och dels utifrån den ansats som genus representerar.

De frågeställningar som uppstår kring beskrivningen av människan och verkligheten i straffrätten kan analyseras både dekonstruktivt och rekonstruktivt. Som jag redan nämnt kommer jag att i huvudsak koncentrera mig på skiljelinjen mellan den första modellen som bygger på likhet, och de övriga två vilka utgår ifrån olikhet. De senare kan då ge vissa alternativa förutsättningar för att tala om människan i jämförelse med de ideal den första vilar på.

3.6.2 Könsroller

Tanken om en frigörelse av kvinnan har samma historiska rötter som andra politiska teorier som på olika sätt framhåller den individuella friheten. Idén om att människor kan eller bör frigöras kräver att man har en föreställning om att individen i grunden är kapabel att styra sitt eget liv.

När kvinnofrågan diskuterades under 1800-talet präglades denna av den allmänna debatten kring samhällets uppbyggnad. Det moderna samhället skulle vara sundare och mer jämlikt än det gamla, framförallt var det viktigt att säkra människors medborgerliga inflytande. En ideologi om de mänskliga rättigheterna skulle därför även gälla kvinnors rättigheter.

För att kunna motivera varför även kvinnor kunde omfattas av idealet om den fria individen, måste man även ta ställning till innebörden av könsfaktorn.

Den politiska målsättningen förutsatte att man uppfattade "kön" som något föränderligt och påverkbart. En tanke om att kvinnors livssituation kan förändras med politiska medel innebar därför ett avsteg från den form av "biologism" som tidigare hade dominerat synen på kvinnors position i samhället. När biologin ansågs vara en självständig grund för det sätt på vilket samhället behandlade människor, innebar det att biologin även kunde ges en politisk funktion. Läran om de separata sfärerna bidrog i hög grad till att begränsa kvinnors tillgång till studier, det politiska livet, o.s.v.¹¹³

Diskussionen om kvinnans frihet fördes därför inom många olika politiska riktningar, men framförallt av liberala och socialistiska författare.

¹¹³ Se t.ex. Wennström (1983).

Den förklaring man gav kvinnans undertryckande följde vanligen den politiska teori som lades till grund för tolkningen av historien.¹¹⁴

Intresset för kön som forskningstema sammanhänger därför med denna ideologiska omsvängning. Om uttryck för kön i ett samhälle är någonting som kan påverkas borde denna faktor kunna ha olika innebörd i olika kulturer. Könsforskning i en modern mening uppstod därför inom antropologin. Mead visade hur könsfaktorns betydelse, framförallt när det handlade om arbetsdelningen i ett samhälle, skiljde sig åt mellan olika folkgrupper.¹¹⁵ Grunden för könsstudierna var därför en föreställning om att man bör skilja mellan det biologiska och det sociala könet.

De ideologiska ställningstaganden som jag har nämnt här är grundläggande för den första modellen. När man behandlar könsfaktorn utifrån en könsrollsteori kan detta även förankras i den klassiska frihetsidealen.¹¹⁶

Denna uppfattning om kön har därför varit mycket dominerande i den politiska debatten. Föreställningen om att man kan behandla köns-tillhörighet som ett slags roll var grundläggande för många jämställdhets-politiska åtgärder under 1900-talet.

Som utgångspunkt för en social teori om människan är dock detta rolltänkade starkt ifrågasatt. Grundläggande för en könsrollsteori är att man gör en klar åtskillnad mellan människan i sig och den position denna befinner sig i socialt. Till denna position kan man sedan hänföra vissa typer av förväntade beteenden, eller andra uttryck för de roller människor kan spela i olika sammanhang.

Förväntningar på att människan ska uppfylla dessa roller kommer i första hand från olika agenter. Förväntningarna kan därför åtföljas av olika former av sanktioner, som också bidrar till att forma den enskilda människan. Sanktionerna ses då ofta som en sida av omgivningens reaktioner på ett visst beteende.

Med avseende på kön talar man vanligen om agenter vilka typiskt sett kan påverka människor i en viss riktning; föräldrar, lärare, media, o.s.v. I debatten har man därför fokuserat på hur barn ofta blir olika behandlade beroende av vilket biologiskt kön de har.

En teori om kön som ett slags roll bland andra roller kan vara mycket tilltalande eftersom den ger alla människor en möjlighet, i utgångspunkten kan alla människor spela alla roller. På ett politiskt plan handlar en frigörelse från en roll då enbart om att välja en annan roll, vilket i praktiken blir ett individuellt ansvar.

¹¹⁴ Se t.ex. Bebel (1984).

¹¹⁵ Illich (1982), s. 84–89.

¹¹⁶ Illich (1982), s. 80–84.

En rollteori förklarar däremot inte varför agenterna kommer att ställa dessa förväntningar. Det enda som i så fall kan ge en acceptabel grund för ett sådant beteende är att alla dessa förväntningar kan disponeras fritt. "The 'social' dimension of sex-role theory thus ironically dissolves into voluntarism, into a general assumption that people choose to maintain existing customs."¹¹⁷

Det finns flera brister med en sådan teoretisk utgångspunkt. Connell ifrågasätter om man överhuvudtaget kan uppfatta detta som en teori om ett socialt sammanhang eftersom den i praktiken slutar där en social teori borde ta sin början. Han skriver att "Ultimately, then, role theory is not a social theory at all. It comes right up to the problem where social theory logically begins, the relationship between personal agency and social structure; but evades it by dissolving structure into agency."¹¹⁸

Det enda strukturella fenomen som återstår är då biologin. Man kommer därför att uppfatta denna som en bas på vilken man placerar en social överbyggnad. Den senare kan sedan diskuteras som en fråga om kulturellt konstruerade könsskillnader.

Självva problemet, att kön ständigt skapas och att detta leder till maktrelationer, kan då inte ges någon rimlig förklaring. Det sociala förtryck som könsmotsättningen representerar kan endast förklaras mot bakgrund av att människor av historiska eller kulturella skäl, är fångade i stereotyper.

Detta sätt att behandla kön skiljer sig radikalt från det sätt på vilket man behandlar andra sociala maktrelationer. Vi talar exempelvis inte om "klassroller" eller "rasroller", trots att dessa även handlar om att vissa människor på grund av sin grupptillhörighet, ges sämre villkor.

Det blir uppenbart att de samhällsproblem man då talar om följer av helt andra mekanismer. Man skulle knappast komma på tanken att förklara dessa som en fråga om att "byta roller". Det skulle inte heller vara aktuellt att tala om dessa samhällsfenomen som något som hör hemma i en förgången tid, men som på grund av människors brist på utveckling, ändå lever kvar. Man skulle inte heller, vilket blir en konsekvens av rollteorin, komma fram till att det är möjligt att bekämpa dem enbart genom att bortse från dem.¹¹⁹

De förutsättningar som en könsrollsteori bygger på blir därför otillfredsställande både för forskning och för politiskt arbete. Det finns helt enkelt inte någon neutral position hos människan där det sociala könet är

¹¹⁷ Connell (1987a) s. 346.

¹¹⁸ Connell (1987) s. 50.

¹¹⁹ Hirdman pekar på tendensen att se kön strukturfunktionalistiskt, som ett slags eftersläpad verklighet. Hirdman (1987) s. 190.

möjligt att förändra som ett slags rollbyte. Det sociala könet är förbundet med en biologisk skillnad. Kön är också i hög grad en del av det samhälle och den kultur varje människa lever inom.

Det finns därför inte heller någon neutral position att argumentera utifrån. Det finns ingen neutral verklighet, och därmed inte heller någon neutral beskrivning av denna. Varje försök att definiera människan eller verkligheten bygger alltid på vissa antaganden.

Straffrätten bygger i huvudsak på ett ställningstagande till ideologin om den fria individen. För ett straffrättsligt arbete blir det därför mycket viktigt att vara uppmärksam på de problem som kan följa av den typ av social teori som tanken om könsroller implicerar.

Själva ansatsen i den fria individen kan för det första leda till att man kommer att tala om människan utifrån kulturella premisser utan att dessa redovisas på ett relevant sätt. Man kan enkelt säga att forskaren, lagstiftaren eller rättstillämparen aldrig kan befinna sig i någon neutral position, varför könsföreställningar alltid kommer att ha betydelse för de beskrivningar man ger av verkligheten.¹²⁰

Men här finns också ett annat problem. Det krävs en neutral position hos människan för att det ska vara möjligt att tala om kön hos människan som en roll. Det gör att en ansats i könsroller leder till att man kommer att tala om människor som om de vara oberoende av sin omgivning. Det gäller inte enbart ett oberoende i förhållande till andra människor, grundläggande för föreställningen om den fria individen är ju att denne kan fatta beslut självständigt. Den människa vi då talar om kan även sägas ha en identitet som är oberoende av det sociala och kulturella sammanhang hon befinner sig inom.

Föreställningen om den fria individen är en ideologisk konstruktion som i hög grad är symbolisk. Den fria individen representerar allas lika värde, men det är därmed inte sagt att den är funktionell som utgångspunkt för en social teori. Ett problem är att den inte innefattar de förutsättningar som krävs för att man ska kunna förhålla sig till en könsbestämd verklighet. Det är också därför denna position har kritiserats inom feminismen eftersom den inte innehåller de förutsättningar som krävs för att man ska kunna uppnå ett mål om jämlikhet mellan könen.¹²¹

Detta sätt att tala om människan kan därför också ifrågasättas som utgångspunkt för de bedömningar som görs inom straffrätten. När man

¹²⁰ Jaggar (1983), s. 43.

¹²¹ "Law does not stand outside gender relations and adjudicate upon them. Law is a part of these relations, and is always already gendered in principles and practices. We cannot separate out one practice – called discrimination – and ask for it to cease to be gendered as it would be a meaningless request." Smart (1995), s. 43.

ska precisera innebörden av en kränkning kräver detta även ställningstaganden till omständigheter som då inte ingår i beskrivningen av människan. De faktorer som kan vara relevanta för att avgöra vad som utgör en individuell integritet kommer inte att omfattas av förutsättningarna.

En kritik som har riktats mot det sätt att förhålla sig till könsfaktorn som den första modellen representerar, är att normen för människan i praktiken blir en beskrivning av mannen. En förklaring skulle då vara att den manliga dimensionen även dominerar vetenskapliggörandet av människan.

Mot bakgrund av detta kan man ifrågasätta om denna könsneutrala ansats verkligen ger en neutral beskrivning av "människan", eller om den redan från början bygger på vissa förutsättningar.¹²² Frågeställningen blir relevant alldeles oavsett om man menar att de förutsättningar som i så fall ges är att betrakta som manliga eller inte. Redan det sätt på vilket man anger en fria individen säger oss att denna är "någon".

Den diskussion som förts kring den ideologiska syn på kön hos människan som könsrollsteorin representerar har implikationer både för straffrättens tillämpningsnivå och dess teorinivå. Frågan om vilken syn på människan som straffrätten bör utgå ifrån blir i slutänden även en fråga om vilken etisk grund rättsområdet bör bygga på.

3.6.3 Genus

Begreppet genus¹²³ följer av ett antagande om kön som en form av olikhet. Genus relaterar därför till de förutsättningar som den andra och den tredje modellen anger för forskningen.¹²⁴

Någon entydig definition av begreppet genus är knappast möjlig att ange, "genus" omfattar snarare en mängd olika tänkbara sätt att teoretisera kön. Diskussionen har dock i hög grad förts i förhållande till definitionen av ett sk. könsbegrepp, varför det sätt på vilket genus har preciserats i första hand har berört frågor som gäller kön som forskningsobjekt.¹²⁵

På samma sätt som i förgående avsnitt blir dock den centrala frågan för arbetet om en ansats i "genus" kan förändra synen på människan. Det

¹²² Jfr avsnitt 5.4; Smart (1995), s. 40–47; Widerberg (1981), s. 19–24.

¹²³ Från engelskans "gender" för grammatiskt kön. En svensk översättning har introducerats av Hirdman (1988).

¹²⁴ I den tredje modellen förekommer även andra begrepp, jfr avsnitt 3.5.1. Begreppet genus har även dominerat diskussionen om kön även inom kvinnorätten.

¹²⁵ En diskussion kring genus som utgångspunkt för studier riskerar därför att bli ofullständig. Det är inte givet att ett visst genusbegrepp klargör de kunskapssteoretiska förutsättningarna. Se vidare kapitel 4.

huvudsakliga syftet med framställningen är därför att ange vilka förutsättningar som genus kan ge för en beskrivning av människan.

Genus representerar en syn på kön där denna faktor kan sägas utgöra en social och kulturell tradition, eller ett system av motsatser vilka har både praktiska och symboliska funktioner.¹²⁶ En utgångspunkt i genus innebär därför att man framhåller kön som en del av människan, både på ett individuellt och på ett symboliskt plan.

Illich placerar genus historiskt som ett sätt att förstå människan och hennes sociala position vilket föregår modernismen. I det samhälle författaren beskriver utgjorde genus en del av en kultur eller en symbolik som påverkade synen på människan. Föreställningen om att det skulle vara möjligt att definiera en människa oberoende av kön, ses därför som ett sätt att uppfatta könsfaktorn som ersatt en tidigare tradition.¹²⁷

Enligt författaren kan skapandet av den fria och oberoende individen ses som ett avståndstagande från en tidigare genusedologi. Genus som vetenskaplig ansats bygger därför även på en kritik av en syn på kunskap som följer av en uppfattning om att man kan tala om människan oberoende av hennes könstillhörighet.¹²⁸

När man väljer att utgå ifrån genus leder detta till många olika typer av förutsättningar. En viktig aspekt av genus är att detta är något som skapas och återskapas i en viss kultur.¹²⁹ Genus ses därför vanligen som ett slags process genom vilken människan konstituerar sin könstillhörighet under hela livet. Dels i interaktion med andra människor, dels i relation till en kultur där kön utgör en väsentlig del av det sätt på vilket tillvaron beskrivs.¹³⁰

Konstituering av kön kan därför vara ett eget forskningsobjekt. Studier av frågan om varför könsfaktorn uppstår, eller varför den får betydelse i så vitt skilda sammanhang, kan dock bygga på olika teoretiska ansatser. Några författare väljer att fokusera på kön som något skapas genom social och kulturell påverkan, medan andra argumenterar för att kön istället handlar om någonting essentiellt hos människan.¹³¹

¹²⁶ Illich (1982), s. 3–4.

¹²⁷ Illich (1982), s. 10.

¹²⁸ Jfr framställningen av den andra modellen i avsnitt 3.4, vilken förutsätter att kvinnors "verklighet" beskrivs på ett sådant sätt att man också tar tillvara en kvinnlig dimension av kunskapen om denna.

¹²⁹ Hirdman menar att det centrala hos ett genussystem är det meningsskapande, tankefigurernas makt. Hirdman (1988), s. 59; Jfr avsnitt 4.3.; Rubin anger att "(A) sex/gender system is the set of arrangements by which a society transforms biological sexuality in to products of human activity". Rubin (1975), s. 159.

¹³⁰ Sommestad (1992), s. 22 f.

¹³¹ Se vidare Lundgren (1993), s. 34–45.

De flesta teoretiker menar dock att könsfaktorn i grunden är att betrakta som ett slags konstruktion som är föränderlig. Innebörden av genus anses därför kunna variera över tid och mellan kulturer, historiskt eller under en enskild människas liv.¹³²

Könsfaktorns historiska och ideologiska förankring i indelningen mellan det biologiska och det sociala könet kan därför även begränsa möjligheterna att begreppsliggöra genus.¹³³ Båda aspekterna av kön blir relevanta för en ansats som innebär att man ser kön som något centralt för det sätt på vilket man uppfattar människan.¹³⁴

Diskussionen kring förhållandet mellan det biologiska könet och det sociala könet kan därför ge en viss bakgrund till den förändring av synen på kön hos människan som en övergång till genus innebär.

Som vi har sett var det till en början särskilt viktigt att ta avstånd från en syn på kön som en form av biologisk determinism. Genom att man fokuserade på det sociala könet som en faktor som endast tillskrivs människan, blev det också politiskt möjligt att argumentera för en förändring av könsmönstret.

Med en mer existensiell syn på kön minskar dock både den vetenskapliga och politiska betydelsen av en stark dikotomi mellan biologi och sociologi.¹³⁵ En viktig diskussion inom kvinnoforskningen handlar därför om den ensidiga fokuseringen på det sociala könet.¹³⁶

Som ett slags protest mot denna givna premiss har därför postmodernt orienterade författare såsom Butler, valt att vända på resonemanget för att istället framhålla biologin som en konsekvens av det sociala könet.¹³⁷

I ett analytiskt sammanhang kan det vara svårt att finna en biologisk aspekt av kön som är fullständigt fri från kulturell påverkan. Tolkningar

¹³² Om könsfaktorn inte hade varit föränderlig hade inte feminismen varit möjlig. I det är därför mycket viktigt att bygga forskningen om kön på föränderliga begrepp.

¹³³ Även diskussionen kring genus fokuserade till en början på kön som en form av social praxis. Kön konstitueras då i första hand genom social handling. Se t.ex. West/Zimmerman (1987), s. 129; Connell (1986) s. 346, och s. 351–352.

¹³⁴ Genus som begrepp blir därmed mycket komplext: Genus är historiskt, socialt biologiskt kulturellt, personligt och föränderligt.

¹³⁵ Carlsson anför åtta principiellt viktiga motargument mot denna indelning, vilka alla förekommit i litteraturen. Carlsson (2000), s. 37–80.

¹³⁶ Lundgren, (1993), s. 91, anför att det sociala könet riskerar att ersätta det biologiska som "konstant"; Danius (1995), s. 145, påpekar att det sociala könet i praktiken alltid refererar till ett biologiskt kön, varvid det blir svårt att helt undvika att ge ett sådant könsbegrepp en viss essentiell grund.

¹³⁷ Butler (1990), s. 25: "There is no gender identity behind the expressions of gender; that identity is performatively constituted by the very "expressions" that are said to be its results."; Moi menar att Butlers teoretiska ansats riskerar att leda till att man förlorar människokroppen ur sikte. Enbart för att kroppen kan göras till en del av diskursen kan den inte reduceras till att vara enbart ett historiskt fenomen. Moi (1998), s. 77–80.

av biologiska skillnader mellan könen kan mycket väl vara präglade av föreställningar om vad man uppfattar som kvinnligt eller manligt i en viss kultur.¹³⁸

I det här sammanhanget blir dock en annan aspekt av denna fråga av större intresse. Den mänskliga kroppen är inte heller opåverkad av den sociala kontext den befinner sig inom, möjligen kan man säga att kroppen i sig också kan vara bärare av kulturella innebörder.¹³⁹

Man kan därför känna sig tveksam till om indelningen mellan det biologiska och det sociala könet skulle kunna ge en funktionell teori om kroppen och subjektiviteten.¹⁴⁰ Moi framhåller att den t.o.m. kan vara irrelevant för en konkret, historisk förståelse av vad det innebär att kvinna eller man i ett visst samhälle.¹⁴¹

Med en utgångspunkt i genus blir kön en mycket viktig aspekt av den beskrivning man ger av människan. Upplevelsen av jaget anses då präglad av människans könstillhörighet, varför denna faktor i motsättning till en könsroll, snarare blir att uppfatta som en del av människans identitet.

Mot bakgrund av den diskussion som förts kring kön som någonting som både är biologiskt och socialt, kan man dra slutsatsen att könsmänniskans integritet även innefattar den könsbestämda kroppen, vilken dock samtidigt befinner sig i ett visst kulturellt sammanhang.¹⁴² När man talar om en könsmässig integritet blir det därför särskilt viktigt att framhålla att denna har att göra med ett slags kroppsupplevelse. Man kan t.o.m. tala om att det kan finnas ett slags personlig förkroppsligad kunskap.¹⁴³ Genom en ansats i genus kan det därför uppstå andra möjligheter att precisera innebörden av en individuell integritet.

Moi lyfter i detta sammanhang fram de Beauvoirs texter där kroppen uppfattas som en situation, alltså en situation att finna sig i och utvecklas som människa.¹⁴⁴ Den identitet den enskilda människan kan besitta blir då något mer än enbart en fråga om könstillhörighet.¹⁴⁵

¹³⁸ Det finns en omfattande litteratur som kritiserar klassisk biologisk vetenskap. Se t.ex. Hallberg (1992), s. 135 f.; Moi (1998), s. 33 f.

¹³⁹ Redan det sätt på vilket en kvinna och en man går och står kan tolkas som uttryck för kön i ett visst socialt sammanhang.

¹⁴⁰ Ett problem med indelningen mellan det biologiska och det sociala könet är att dessa kategorier kan kopplas till motsatsparet kropp och psyke, varvid människans identitet kommer att preciseras utifrån det sociala könet. Moi (1998), s. 47.

¹⁴¹ Moi (1998), s. 23.

¹⁴² Zita kritiserar Hardings sätt att uppfatta könsfaktorn, hon anför att det är tveksamt om kroppen och sexualiteten överhuvudtaget kan ingå i dessa kategorier. Zita (1988), s. 58.

¹⁴³ Hallberg (1992), s. 126.

¹⁴⁴ Moi (1998), s. 114–116.

¹⁴⁵ Den är då också något mer än det performativa kön Butler utgår ifrån. Jfr Moi (1998),

3.7 Kön och sexualitet

3.7.1 Inledning

Mycket av det vi uppfattar som uttryck för könstillhörighet skulle lika gärna kunna ses som uttryck för sexualitet. Sexualiteten relaterar både till kroppen och till det sociala livet; även i detta sammanhang kan man tala om sociala handlingar baserade på biologisk könstillhörighet.

När man närmar sig sexualiteten som forskningstema blir det däremot viktigt att skilja begreppen kön och sexualitet ifrån varandra. Kön utgör i detta sammanhang även en del av det vetenskapliga underlaget för studier på sexualitetens område.

De olika sätt på vilka man kan problematisera sexualiteten inom kvinnoforskningen kan därför preciseras mot bakgrund av de tre modeller som presenterades ovan. De frågeställningar som då kan vara aktuella att lyfta fram handlar för det första om kunskapsfrågan, och då särskilt den kritik som riktats mot vetenskapliggörandet av sexualitet. För arbetet blir synen på sexualiteten av intresse därför att den utgör en viktig faktor i beskrivningen av verkligheten. Frågeställningar som rör de förutsättningar man lägger till grund för kunskapen om verkligheten blir därför viktiga även i detta sammanhang.

För det andra uppstår frågor som berör kön som forskningsobjekt. I arbetet har jag valt att tala om det sätt på vilket man beskriver mänskan. Som vi ska se nedan kan man även tala om människans relation till sexualiteten utifrån de förutsättningar som följer av en ansats dels i könsroller och dels i genus.

3.7.2 Kunskapskritik

Målsättningen om att skapa ett sundare samhälle inkluderade även frågor kring sexualiteten i samhället. Det vetenskapliga arbetet skedde därför mot bakgrund det politiska idealet om individens frigörelse. Man studerade särskilt sexualiteten hos människan, i första hand olika uttryck för sexualitet, människors böjelser och behov. Forskningen kom att bilda utgångspunkt för en diskussion som handlade om att frigöra människors sexualitet från olika tabun, i form av religiösa och borgerliga konventioner. Bakom 1900-talets vetenskapliggörande av sexualiteten har det där-

s. 84–86; Jfr Harding vilken framhåller att man kan se kön som en fråga om "fractured identity". Kvinnor är inte enbart kvinnor de kan också vara arbetarklass, asiatiska och lesbiska. Harding (1986), s. 163.

för även funnits ett politiskt intresse av att liberalisera synen på sexualiteten i samhället.¹⁴⁶

Den kunskapskritik som följt av den första modellen har därför handlat om premisserna för vetenskapliggörandet av sexualiteten. På samma sätt som när det gällde könsfrågan generellt har diskussionen i stora drag handlat om två teman.

För det första har den handlat om de problem som kan följa av att man utgår ifrån antaganden om verkligheten vilka leder till att man endast åter-skapar en traditionell syn på kön. De analyser som vissa författare utförde byggde i hög grad på dualismer vilka i sig representerade dominans- och underordningsrelationer. Vetenskapliggörandet av sexualiteten har därför kritiserats i den feministiska litteraturen för att den i slutänden skapade ett ökat förtryck av kvinnorna. Som Jackson har visat kan vetenskapen om sexualiteten ha bidragit till att legitimera våld mot kvinnor.¹⁴⁷

För det andra kan vi känna igen kritiken av det jämställdhetsideal vilket ansågs bygga på mannen som norm för människa. Om kvinnors sexualitet ska frigöras från moralnormerna, på vems premisser ska i så fall denna frigörelse ske?¹⁴⁸

En syn på människan där denne är fri att spela alla roller, motsvarar inte kvinnors faktiska möjligheter till självständighet på sexualitetens område. Det finns därför inte heller några garantier för att kvinnors frihet kommer att öka med en frigjord sexualitet. Beskrivningen av sexualiteten kan i sig innehålla maktrelationer, på samma sätt som konstitueringen av kön kan leda till att det skapas en könsmaktsordning. Man kan därför inte enbart eftersträva att behandla sexualitetens parter som två jämlika aktörer, även vår förståelse av sexualiteten måste innefatta detta ideal.

De motargument som anförts mot denna form av sexuell frigörelse har i hög grad baserats på en radikalfeministisk ideologi vilken kännetecknas av just koppling mellan sexualiteten och förtrycket av kvinnorna.¹⁴⁹

De ideal som radikalfeminismen framhåller handlar istället om en frigörelse av kvinnorna från ett individuellt och ett strukturellt våld. Fram-

¹⁴⁶ Vetenskapliggörandet av sexualiteten under 1900-talet tolkas därför ofta som en reaktion emot 1800-talet viktorianska syn på sexualiteten. Se t.ex. Robinson (1977), s. 2.

¹⁴⁷ Jackson (1984), s. 77 f.; Jfr Lewin (1986); Bergenheim (1992).

¹⁴⁸ Jackson menar att de ideologiska ställningstaganden som var grundläggande för sexologin även stöttade den "libertarian sexual philosophy which became fashionable during the 1960s' 'sexual revolution' – from women's point of view no revolution at all, since it prescribed unlimited male access to women's bodies by means of penile penetration". Jackson (1984), s. 76–77.

¹⁴⁹ Denna ansats är tydlig hos Jackson (1984), s. 46; Jfr Cohen (1986), s. 75–76; Ferguson (1984), s. 108–109.

förallt har man lyft fram problem med den sexuella objektivering av kvinnor som förekommer i ett sexistiskt samhälle.¹⁵⁰

En utgångspunkt i den andra modellen innebär att man kommer att framhålla behovet av att studera kvinnors sexualitet, men då på kvinnors egna villkor. Det sätt på vilket man närmar sig sexualiteten kommer att präglas av vad man uppfattar vara i kvinnors intresse, eller vad som kan vara att föredra utifrån en kvinnlig livssituation. I detta sammanhang kommer man därför att framhålla värdet av en våldsbefriad sexualitet.¹⁵¹

Den tredje modellen leder till ett ifrågasättande av det moderna projektet varför diskussionen kring sexualitetens frigörelse från kontroll kan utvecklas ytterligare. Foucault anför exempelvis att ett ökat vetenskapliggörande av sexualiteten istället har inneburit en annan form av kontroll; psykologen har övertagit prästens roll.¹⁵²

3.7.3 Sexualiteten och människan

På samma sätt som när det gällde kön kan sexualiteten sägas ha en social och en biologisk sida. Uttryck för sexualitet kan därmed på samma sätt inte heller likställas med biologiskt kön. En viktig konsekvens av den diskussion som förts inom kvinnoforskningen är därför att man har kommit att betona sexualiteten som en social konstruktion.¹⁵³

Det gör att frågor kring sexualitet, framförallt frågan om vilka normer som ska gälla för denna, inte kan föras utifrån en föreställning om att sexualitet är natur medan sexualmoral är kultur.¹⁵⁴ För rättsordningen blir detta av central betydelse därför att den sexualitet som straffrätten hanterar alltid utgörs av handlingar vilka definieras i ett visst socialt sammanhang.

Mot bakgrund av detta kommer det sätt på vilket man uppfattar sexualiteten hos människan att påverkas av hur man preciserar kön hos människan. Det finns därför skäl att visa på vilket sätt förutsättningarna för att tala om sexualiteten förändras beroende av om man väljer den ansats som teorin om könsroller representerar, eller om man väljer att beskriva människan med utgångspunkt i genus.

Tanken om könstillhörigheten som en roll leder som vi har sett till att man kan uppfatta att det finns en neutral position hos människan. Man

¹⁵⁰ Ferguson (1984), s. 108–109.

¹⁵¹ "Human sexuality is a form of expression between people that creates bonds and communicate emotion". Ferguson (1984), s. 108.

¹⁵² Foucault (1999), s. 79 f.

¹⁵³ Zita (1990), s. 6.

¹⁵⁴ Se vidare avsnitt 6.2 och 6.3.1.

kan själv välja den roll man vill spela, man kan så att säga fritt välja sin sexualitet. Ett sådant sätt att se människan är vanligen en förutsättning för en tankegång om en liberalisering av sexualiteten.

Det är därför också detta sätt att argumentera kring sexualiteten som varit avgörande för utformningen av straffrättens reglering av de sexuella övergreppen. Vid kriminaliseringen av de sexuella övergreppen är rätten till självbestämmande av central betydelse. Normer som innebär att man begränsar denna sexuella valfrihet kommer därmed att ses som försök att begränsa den individuella friheten, alltså som en kränkning av den fria individen.

Ett grundläggande problem är dock att det inte finns någon naturlig sexualitet. Den beskrivning man ger sexualiteten kommer alltid att innefatta normer för vad som är sexualitet. En frigörelse av sexualiteten riskerar därmed att öka utrymmet för alla möjliga kulturella föreställningar kring sexualitet. Ett grundläggande problem med detta resonemang är därför att den enskilda människan inte kan styra valet av normer. Det finns redan en föreställning om vad som är sexualitet, varför möjligheterna att välja redan av detta skäl är begränsade.

Men här finns också andra aspekter av sexualiteten hos människan som inte har uppmärksamats i samma utsträckning. När man väljer att se människan mot bakgrund av de ideologiska ställningstaganden som följer av en könsrollsteori leder detta också till att man begränsar förutsättningarna för att ange vad som kan vara en kränkning av den enskilda människan.

När kön och sexualitet kan disponeras fritt är de inte längre förankrade i människan i sig. Därmed finns det egentligen inte heller någon grund för att tala om en specifik sexuell kränkning. Människan kan i praktiken vara med på alla former av sexuella aktiviteter utan att detta leder till någon form av individuell kränkning. Detta sätt att tala om människan är därför grundläggande för flera av de straffrättsliga konstruktionerna på området. I ett straffrättsligt sammanhang är det ju så att den som samtycker till en sexualhandling inte drabbas av någon straffrättsligt relevant kränkning.¹⁵⁵

En utgångspunkt i genus ger mot denna bakgrund andra villkor för det sätt på vilket man kommer att tala om människa och sexualitet. Kön blir då en del av den enskilda människans identitet. Den sexuella integriteten blir beroende av könsmänniskans identitet och kropp. När man inte delar in kön i en biologisk och en social kategori uppstår möjligheten att relatera kränkningen till kroppen och upplevelsen av det fysiska

¹⁵⁵ Här finns dock vissa begränsningar, se vidare avsnitt 2.3.3.

angreppet, istället för att relatera denna till skyddandet av den enskildes handlingsfrihet.¹⁵⁶

Människor kommer då inte att ses som fria aktörer på sexualitetens marknad.¹⁵⁷ Den sexualitet straffrätten ska hantera kommer alltid att vara en del av ett visst kulturellt sammanhang, varför människans deltagande i denna kan ses mot bakgrund av innebörden genus i en viss kultur.¹⁵⁸ Sexualiteten ges en kulturell dimension där kön är meningskapande.

När sexualiteten blir en del den mänskliga integriteten ges andra möjligheter att precisera en sexuell kränkning.¹⁵⁹ Denna syn på människan kan därför öppna andra möjligheter att precisera innebörden av den individuella kränkningen vid brott mot person.

¹⁵⁶ Se vidare avsnitt 6.4.

¹⁵⁷ Denna diskussion kring straffrätt och sexualitet tenderar att handla om det jag kallade för "kontrollfrågan" i kapitel 2. Cohen (1986) frågar exempelvis vilka etiska normer som bör gälla för de val människor gör på sexualitetens område; Frågan om vilken innebörd en eventuell sexuell integritet bör ges har däremot inte behandlats i samma grad i litteraturen.

¹⁵⁸ För en reform av straffrätten utgör dock denna ansats i genus inte ett tillräckligt ställningstagande. Det krävs ytterligare ställningstaganden till värdefrågorna. Se vidare avsnitt 5.4 och 5.7.

¹⁵⁹ Se vidare avsnitt 6.2.7.

4 Kvinnorättslig forskning

4.1 Inledning

4.1.1 Kvinnorätten i rättsvetenskapen

Själva begreppet "kvinnorätt" uppfattas vanligen representera en viss typ av forskning, ofta baserad på vissa ståndpunktsfeministiska ideal. Det kunde därför, på samma sätt som när det ovan gällde termen "kvinno-forskning", finnas skäl att välja en annan beteckning för denna typ av forskning på rättsvetenskapens område. Jag väljer dock att tala om kvinnorätt¹ i detta sammanhang av samma skäl som angavs i avsnitt 1.2.1. "Kvinnorätt" utgör därför en samlingbeteckning för olika forskningsinriktningar inom rättsvetenskapen, där man har det gemensamt att man uppmärksammar "kön" som en väsentlig faktor vid studier av rättsordningen.²

Det har funnits ett visst motstånd mot att inkludera kvinnorätten som en självständig del av rättsvetenskapen. Man har ofta uppfattat att de frågor som ställts handlat om jämställdhetspolitiska problem (eller andra sådana samhällsfrågor) vilka inte omedelbart hör hemma inom rättsdogmatiken, och kanske inte heller inom rättsvetenskapen. En tänkbar för-

¹ Svensson väljer "genusforskning" som en sammanfattande term för dagens kvinnorättsliga forskning, se Svensson, (2001), s. 7. Denna term står också i samsvar med den indelning författaren gör av själva området kvinnorätt: "kvinnorätt", "kvinnoperspektiv på rätten" samt "genus och rätt", a.a., s. 13. I jämförelse med den systematik mitt arbete har kan man placera Svenssons rubriker som led i en utveckling som i huvudsak motsvarar modell 2 och 3. Den presentation författaren gör av området är korrekt såtillvida att det är i dynamiken mellan modell 2 och 3 som den kvinnorättsliga forskningen idag befinner sig. För det här arbetet har det dock varit viktigt att också framhålla det jämlikhets- och likhetsorienterade sätt att se kön som den första modellen representerar, eftersom denna ideologiska ansats utövar ett så starkt inflytande på straffrätten; Jfr också Svensson, (2001a), "feminist legal studies", s. 83.

² Lerwall anger att hennes syfte inte är att tillämpa ett kvinno- eller genusperspektiv, (2001), s. 26. Hon behandlar diskriminering mot bakgrund av (biologisk) könstillhörighet, samtidigt som hon understryker det sociala könets betydelse för vad som är att anse som diskriminering, a.a., s. 108–113. Även om författaren alltså inte menar sig genomföra en analys grundad på kön så är hennes studie inte heller 'könsblind'.

klaring kan därför vara att man har uppfattat kvinnorrätten som en form av politisering av rättsvetenskapen, något som i så fall kan ha flera förklaringar.³

Svensson pekar på att kvinnorrätten har haft en stark empirisk förankring, vilket också medfört att man har diskuterat en omedelbar politisk aspekt av de rättsliga frågorna, något som i sig kan ha uppfattats som en annan typ av verksamhet än den rättsvetenskapliga.⁴

Det är också möjligt att vissa inslag i den kvinnopolitiska debatten kring rättssystemet kan ha uppfattats handla om något annat än den rättsfråga som aktualiserats. Det har då varit möjligt att avvisa den kritik som riktats mot straffrätten som icke rättsligt relevant, därför att man inte har kunnat relatera denna till rättssystemets uppbyggnad eller till en rättsdogmatisk tolkning av de aktuella reglerna.⁵

Förekomsten av en sådan politisk och pragmatisk ansats kan också ha medfört att kvinnorrättens fokus på gruppen kvinnor och deras särskilda rättsliga behov kan ha uppfattats som ett problematiskt avsteg från rättens princip om likabehandling, d.v.s att vissa rättsliga frågor inte kan behandlas annorlunda än andra sådana frågor eller utifrån andra principer än de som gäller för hela rättssystemet.

Christensen framhåller dock en annan och kanske viktigare förklaring, som går ut på att även rättsvetenskapens interna debatt kan ha bidragit till en negativ reaktion. Under stora delar av 1900-talet var rättsvetenskapen påverkad av positivistiska strömningar, varför man särskilt eftersträvade en värderingsfri vetenskap. En rättsvetenskaplig ansats, där man tar utgångspunkt i faktorer som berör kvinnors faktiska livssituation kommer i konflikt med sådana ideal.⁶ Christensen poängterar att i jämförelse med ett sådant vetenskapligt synsätt är kvinnorrättens grunder snarare besläktade med en äldre rättstradition av värdebundenhet och stark närhet mellan norm och tillämpning.⁷

³ Ketscher pekar på att kvinnorrätten i början hade ett nära samarbete med den politiska kvinnorörelsen. Hon skriver: "I denne periode antog kvinderetten også, og det har til en vis grad påvirket kvinderettens image igennem den videre udvikling, et vist bekendende præg. Det at beskæftige sig med kvinderet var en bekendende handling. Hermed signalerede man et politisk ståsted, en bestemt 'tro'." Ketscher, (2000), s. 171; Jfr också Frost, (1988), s. 6.

⁴ Svensson (1997), s. 13.

⁵ Detta är ett problem som kan uppstå om den ansats man väljer blir ensidigt "kulturkritisk".

⁶ I kvinnorrättsliga diskussioner har man gärna hävdad klassiska värdeargument såsom "rättfärdighet". Jfr Stang Dahl (1985) s. 81 f.; Ketscher (2000), s. 172–173.

⁷ Christensen, (1986), s. 88–96; Tutorius har beskrivit hur komplicerat mötet mellan kvinnorrätten och rättspositivismen kan vara i det verkliga livet. Tutorius (2000).

Den kvinnorrättsliga forskning som bedrivs i Norden är dock knappast längre särskilt kontroversiell inom rättsvetenskapen.⁸ Om vi ser närmare på vad som är forskningsobjektet i den litteratur som produceras skiljer det sig detta knappast ifrån annan rättsvetenskaplig forskning. Däremot kan de premisser som läggs till grund för studierna vara annorlunda.

När man talar om kvinnors livsvillkor och rättsliga behov sker detta vanligen på en faktisk nivå, forskningen handlar om rättsliga problem som uppstår inom ett givet rättssystem. En del av kvinnorrätten utgörs därför av regeltolkning, där man väljer att pröva reglerna utifrån olika empiriska förutsättningar, något som i högsta grad kan fogas in i en rättsvetenskaplig tradition.⁹

En annan infallsvinkel på sådana omedelbara rättsliga problem kan vi finna i den omfattande diskussion som handlat om hur olika strukturella faktorer påverkar rättsordningen. Dessa studier handlar vanligen om den juridiska argumentationens kulturella beroende, och innefattar ofta en stark kritik mot hur köns- och maktrelationer återspeglas framförallt i domstolarnas tolkningar av faktiska händelser.¹⁰

Det är särskilt den senare kritiken av hur vissa maktrelationer tenderar att reproduceras genom den rättsordning som ska vara ett uttryck för det gemensamma, som har bidragit till att också rättsordningens egna förutsättningar kommit att ifrågasättas.

Några författare väljer därför att närma kvinnoforskningens teori till rättsteorin. Att pröva alternativa teoretiska ansatser mot rättens eget fundament är grundläggande för stora delar av forskningen på den allmänna rättsläran område, och i denna del skiljer sig inte heller kvinnorrätten från annan rättsvetenskaplig forskning.¹¹

⁸ Wennström placerar feministisk rättsteori som en del av ämnet Allmän rättslära, Wennström (2003), s. 342–343.

⁹ Det gäller särskilt Stang Dahl och flera av de författare som varit verksamma vid avd. för kvinneverett i Oslo; Jfr Ketscher som skiljer mellan en östnordisk rättsteoretiskt inriktad forskning och en västnordisk rättsdogmatiskt orienterad forskning. Ketscher (2000), s. 183.

¹⁰ Det här är ett sätt att diskutera rättsliga problem som förekommit i den allmänna debatten men även inom kvinnorrätten, kanske framförallt i förhållande till straffrätten. Här finns därför en stor mängd litteratur som i högsta grad bidragit till en diskussion kring straffrätten, men vilken samtidigt till sin form inte är förankrad i straffrättens teori och systematik. Exempel på detta kan vara kriminologisk litteratur, såsom Smart (1977 och 1989) eller rättssociologisk litteratur såsom Edwards (1981) eller böcker av mer allmän kvinnopolitisk karaktär t.ex. Boëthius (1981); Jfr också Pohjonen (1993) och Berglund (1995). Några få exempel på analytiska arbeten som rör det straffrättsliga området finns att tillgå, se Andersson (2004), Burman (2006) och Lacey (1998).

¹¹ Se särskilt Svensson (1997).

I det här arbetet blir det av central betydelse att understryka att den kvinnorrättsliga forskningen är viktig därför att den berör några av rättsordningens mer grundläggande frågor. Att man dessutom närmar sig dessa frågor ifrån andra infallsvinklar, och med andra teoretiska förutsättningar, gör inte denna forskningsinriktning mindre intressant för rättsvetenskapen.

4.1.2 Kvinnorättens utveckling

Hur man väljer att beskriva eller strukturera området kvinnorrätt blir beroende av vilka sidor av forskningen man önskar att framhålla och därmed vilka faktorer man menar det är som särskiljer olika texter ifrån varandra.¹²

I det här arbetet har det varit viktigt att framhålla att det finns vissa grundläggande skillnader inom kvinnoforskningen, både när det gäller synen på kön hos människan och på vad som legitimerar kunskap. I föregående kapitel beskrev jag tre tänkbara positioner i form av tre modeller. Dessa modeller representerar dessutom ett slags kronologisk beskrivning av kvinnoforskningens utveckling, och det mönster som kan urskiljas där är också möjligt att identifiera i den nordiska kvinnorrätten.¹³

När man på allvar började tala om kvinnofrågorna inom rättsordningen, valde man också att betona likheten mellan könen, och därmed även att kön hos människan var något som av historiska och kulturella orsaker påförts den fria individen. Det var därför viktigt att ge kvinnor och män samma rättigheter, och man intresserade sig särskilt för de regler som uppfattades särbehandla kvinnor.¹⁴

Det ideologiska ställningstagandet motsvarade rättsens egen grundsats, alla ska vara "lika inför lagen". Genom att visa på och ta avstånd från

¹² I Ketschers framställning av kvinnorrätten (2000), gör författaren indelningar med hänsyn till etableringen vid universiteten, intresseområden, tolkningsmetodik, vad vi skulle kunna kalla inom- eller utomrättsliga ansatser och till slut även geografisk tillhörighet. Tyvärr saknas den kunskapteoretiska aspekten i framställningen, den hade kunnat bidra till att förklara några grundläggande skillnader mellan olika typer av kvinnorrättslig litteratur; En liknande översikt av kvinnorrätten finns i Weis Bentzon/Agersnap (2000), s. 221–238; Jfr Svensson, Genusforskning inom juridiken (2001).

¹³ Jfr Petersen (1989), vilken också presenterar kvinnorrätten med utgångspunkt i Hardings tre epistemologiska positioner; Flera andra nordiska författare tillämpar en liknande tredelning, se t.ex. Frost (1988), s. 17 f., som talar om "likestillingsfeminisme", "ligevärdsfeminisme" samt "forskelsfeminisme"; Jfr Dahlberg (1990), s. 27 f., vilken även gör indelningar med hänsyn till forskningens funktion och syfte; Jfr också Svensson (2001), s. 13 f.

¹⁴ Westerhäll-Gisselsson (1979), s. 11 f.; Stang-Dahl (1985), s. 15; Om direkt och indirekt könsspecifika regler, se Dahlberg, m.fl. (1989), s. 32–35.

argument, som direkt kunde hänföras till kön och könstillhörighet, kunde man renodla rättsordningens ideal och därigenom skapa bättre och mer rättvisa förutsättningar för kvinnorna i samhället.¹⁵

Likhet inför lagen utgör dock inte någon garanti för att rättsliga regler verkligen får samma konsekvenser för kvinnor som för män. Slutsatsen har därför snarare kommit att bli att eftersom kvinnor och män har olika livsvillkor, så kommer även könsneutrala rättsregler att leda till olika konsekvenser för dessa. Den likhetsideologi som rättssystemet bygger på kan därför bidra till att dölja relevanta maktförhållanden mellan könen, något som kan leda till att strukturella orättvisor upprätthålls genom rättssystemet. Om det är så att kvinnor konsekvent förlorar rättsligt eller ekonomiskt inom det nuvarande rättssystemet är detta orättfärdigt, även sett utifrån en rättslig synvinkel.

När vi närmar oss den kvinnorrättsliga forskningen är det alltså viktigt att vara uppmärksam på att den ideologiska syn på kön som dominerar inom detta område idag snarare baseras på ett antagande om "olikhet". Kön har en central funktion inte enbart för människors faktiska tillvaro, utan kön är även någonting som ger denna tillvaro ett meningsinnehåll, vilket även är av grundläggande betydelse för vår föreställningsvärld.¹⁶

Ökade kunskaper kring könsproblematiken, både genom ett aktivt jämställdhetsarbete och en utvecklad kvinnoforskning, har alltså medfört att man istället utgår ifrån att kön är en faktor som har betydelse för rättsordningen på många olika plan och som vi därför inte kan bortse ifrån.

En grundläggande förutsättning för dagens kvinnorrätt är därför att det inte är möjligt att tala om en könsneutral verklighet, varken i en faktisk eller i en föreställd mening, och att analyser av rättssystemet som inte tar hänsyn till könsfaktorn därför blir ofullständiga.¹⁷ Det innebär också att den kvinnorrättsliga forskningen idag i första hand kan knytas till olika aspekter av den andra och tredje modellen som presenterades i föregående kapitel.

Till en början handlade denna förändrade syn på kön om att lyfta fram det sociala könets betydelse för människan och samhället, gärna i form av en begreppsbildning kring kön såsom "kvinna", "kvinnliga livsvillkor",

¹⁵ Lacey (1998), s. 191, påpekar dock att inte heller den tidigaste kvinnorrätten uppfattade formell jämlikhet som någon funktionell lösning.

¹⁶ Smart talar om den kvinnorrättsliga kritiken av rätten som en utveckling i tre steg, "law i sexist", "law is male" och "law as gendered". Smart (1995), s. 186–192.

¹⁷ Svensson är mycket tydlig på denna punkt. För henne måste själva rättsförståelsen också omfatta denna aspekt av tillvaron. Hon skriver: "En förståelse som inte ser genus har missat något centralt. Den kan inte vara rättvis och vederhäftig." Svensson (1997), s. 11.

”kvinnokultur”, o.s.v. Man valde då ofta en pragmatisk ansats där man strävade efter att reformera gällande lagstiftning för att denna på ett bättre sätt ska kunna motsvara kvinnors liv och rättsliga behov.

Sedd ur en teoretisk synvinkel kan dock en sådan ansats kritiseras av flera skäl. Det är uppenbart att man här ofta behandlar begreppet ”kvinna” som något universellt, samtidigt som det är oerhört svårt att definiera en sådan kvinnlig position, både i en faktisk och en teoretisk mening. Den principiella diskussion som förts kring den vetenskapliga hanteringen av könsfaktorn inom kvinnoforskningen kan därför också iaktas inom kvinnorrätten. Även här kan den andra modellens dikotoma och kulturella beroende problematiseras på olika sätt.

Det sätt på vilket man väljer att hantera en sådan olikhetstanke i ett rättsvetenskapligt sammanhang blir beroende av en mängd olika ställningstaganden. Det kan handla om vilken teoretisk ansats man väljer i förhållande till den rättsordning som studeras, likaväl som vad man i så fall menar med ”kön”. De sätt på vilket kön som forskningsobjekt definieras kommer att skilja sig åt, beroende av om man exempelvis talar om människor med könstillhörighet i ett faktiskt rättsligt sammanhang, eller om kön i relation till abstrakta teoretiska konstruktioner i ett värdesystem.

Som vi ska se har det också på senare år funnits en tendens till att man definierar sin forskning genom att precisera ett ”könsbegrepp”. Det handlar då om en teoretisk konstruktion som anger de grundläggande förutsättningarna för studier av könsfaktorn i ett visst forskningsprojekt. Könsbegreppet omfattar därför ofta även ett ställningstagande till det kunskapsteoretiska underlag en viss forskning ges. I vissa sammanhang appliceras även det angivna könsbegreppet som ett slags analytiskt instrument.¹⁸

Frågan om vilken syn på kunskap ett visst projekt utgår ifrån är av särskilt intresse för kvinnorrätten därför att denna frågeställning aktualiserar rätten såsom en teoretisk konstruktion grundad på vissa ideologiska eller kunskapsmässiga förutsättningar. Vilken kunskapsteoretisk ansats man väljer kan därför vara beroende av om man är villig att acceptera premisserna för rättsordningen, eller om man ställer sig kritisk till dem.¹⁹

Det här är en aspekt av kvinnorrätten som blir särskilt tydlig när man kommer in på frågor kring rättsordningens individ, där en utgångspunkt

¹⁸ Se t.ex. Svensson (1997).

¹⁹ Petersen påpekar att en postmodern utmaning av kvinnorrättsvetenskapen även leder till en diskussion kring vad som egentligen är att uppfatta som rättsliga normer. Petersen (1992), s. 509; Jfr Nousiainen (1995), s. 305–335; Petersen har också i flera verk analyserat icke-rättsliga normsystem, se t.ex. Petersen (1996).

i den första modellen i princip kommer att innebära att alla människor kan representeras av föreställningen om den fria individen. Ett ställningstagande till någon av de andra modellerna kommer däremot att återspegla en tanke om att denna individ egentligen endast är en konstruktion som beror av olika typer av maktrelationer.

Med en utgångspunkt i den andra modellen kommer man i så fall att förkasta denna liberala idé såsom en i grunden manlig konstruktion, eller som en omöjlig utgångspunkt i en kultur präglad av kön, för att istället tala om könsmänniskan såsom den figur som är av central betydelse för rätten. Utifrån den tredje positionen kommer forskaren att söka efter olika postfeministiska eller postmoderna förståelser av vad som kan konstituera en människa, sannolikt kommer detta att innebära att själva tanken om "en individ" som grunden för det rättsliga tänkandet förkastas.²⁰

Det är dock viktigt att understryka att de kunskapsteoretiska positioner, som rent ideologiskt sett borde följa av vissa ställningstaganden till kön, inte alltid följer med automatik.²¹ Ett ställningstagande till kön enligt den andra modellen innebär sällan att man därmed även fullständigt bryter med den syn på kunskap som ytterst bär upp den första modellens likhetsideal.²² På samma sätt är det tveksamt om en övergång från den andra till den tredje modellens sätt att teoretisera könsfaktorn innebär att man därmed bryter med alla de kunskapsteoretiska förutsättningar som ligger i den andra modellen.²³

Det skulle därför vara en alltför omfattande uppgift att här redogöra för alla de tänkbara ansatser, möjligheter och problem som kan finnas på området kvinnorrätt. Men det kan ändå vara intressant att på något sätt försöka belysa den utveckling vi har kunnat se inom den nordiska kvinno-rätten, särskilt som en sådan diskussion är nödvändig för att det ska vara möjligt att förstå vilka möjligheter som kan finnas om man önskar att utveckla en kvinnorrättslig forskning även på straffrättens område.

²⁰ Se t.ex. Petersen (1989), s. 333 f., jfr Petersen (1992), s. 498.

²¹ Här är det förstås viktigt att komma ihåg att de modeller som presenterats är stereotyper, konstruerade för att uttrycka ett slags ideologisk koherens. De analyser som utförs beror ändå i slutänden av den enskilde forskarens val.

²² Inom kvinnorrätten bygger man ofta sin argumentation på en olikhetsideologi, medan de lösningar som presenteras bygger på ett rättssystem där likhetsidealet råder och de kvinnospecifika rättsliga konstruktionerna i realiteten blir komplementära. Jfr Stang Dahl, i avsnitt 4.2.

²³ När man exempelvis väljer att arbeta utifrån en teori om genus så sammanhänger detta ofta med att man önskar att studera kön som något meningsskapande även i rättsordningen. Frågan blir dock om inte de kopplingar som görs till ett genusystem, eller till ett genus som till sin form kan uppfattas som dikotomt, i praktiken innebär att man fortfarande upprätthåller den kunskapsyn som är typisk för den andra modellen; Se vidare Svensson (4.4).

4.1.3 Framställningen

Det här kapitlet handlar alltså om utvecklingen av kvinnorrätten som ett rättsvetenskapligt kunskapsprojekt, och framställningen behandlar den diskussion som förts inom den nordiska kvinnorrätten. Denna är också intressant i sig, eftersom man här har fört en självständig debatt både kring jämställdhetsfrågorna och kring rättsordningen, där båda faktorerna dessutom är jämförbara mellan länderna.²⁴

Jag har valt att utgå ifrån författare som alla på olika sätt har försökt att ange en teoretisk grund för sin forskning, och som samtliga på något sätt relaterar sin forskning till en allmän diskussion kring kön inom kvinnoforskningen. Även om framställningen alltså avser att återspegla en nordisk diskussion på området, kommer emellertid svenska författare att dominera på ett sätt som kanske kan upplevas som orättvist.²⁵

Framställningen bygger på några texter utifrån vilka jag kommer att behandla några intressanta frågeställningar som uppstår som en följd av det sätt på vilket de olika författarna förhåller sig till kön. *De aktuella texterna fungerar som avstamp för vissa allmängiltiga resonemang, varför man bör understryka att alla kritiska kommentarer som framförs inte träffar den text som analysen utgår ifrån.*

Det faller sig naturligt att börja med att presentera den kvinnorrättsliga forskning som byggts upp av Stang Dahl, i första hand på det sätt som denna presenteras i hennes text "Innledning til kvinneretten".²⁶ Författaren är en förgrundsfigur och pionjär på området och hennes texter är förankrade i rättsvetenskapen på ett sådant sätt att det blir möjligt att identifiera vissa principiella frågor som gäller all kvinnorrättslig forskning.

Stang Dahl utövar fortfarande ett starkt inflytande på kvinnorrätten i Norden, framförallt i en ideologisk mening såtillvida att hennes syn på dessa frågor framförallt ger oss skäl att bedriva en kvinnorrättslig forskning. Författaren är intressant därför att hon representerar det som ytterst är den gemensamma ideologiska nämnaren, samtidigt som hon väljer forskningsansatser vilka är omdiskuterade och ifrågasatta, både när det gäller synen på kön och synen på de kunskapsfrågor som uppstår.

De två följande författarna väljer istället att på olika sätt lägga begreppet "genus" till grund för sin forskning. Jag kommer därför att se när-

²⁴ Jfr Nousiainen/Niemi-Kiesiläinen, vilka framhåller den gemensamma nordiska jämställdhetspolitiken, den funktion välfärdsstaten har i de nordiska länderna, samt en "common legal heritage", (2001), s. 1–4.

²⁵ Något som beror på att jag av andra skäl i det här sammanhanget (en svensk avhandling) har varit särskilt intresserad av att presentera litteratur inom dagens svenska kvinnorrättsliga forskning.

²⁶ I antologin Kvinnerett I (1985), s. 15–105.

mare på två texter, dels Franssons avhandling "Lönediskriminering" (2000), och dels Svenssons avhandling "Genus och rätt" (1997).²⁷

Dessa två texter behandlar genusbegreppet på olika sätt. Fransson följer Stang Dahl tätt i spåren, men anger en annan teoretisk grund i form av en teori om ett genussystem som utgångspunkt för en rättsvetenskaplig forskning som ytterst handlar om hur en könsdefinierad verklighet påverkar arbetsrätten.

Svensson går istället in i en diskussion kring genus som begrepp och väljer en konstruktion "genusrelation", vilken även ges en analytisk funktion i arbetet. Hennes syfte är att nå en mer principiell nivå, där man även kan diskutera rättsvetenskapen i sig och de förutsättningar denna bygger på.

Därefter följer ett exempel där författaren framförallt genom en alternativ metodik försöker närma sig de tankegångar som den tredje modellen ger uttryck för.²⁸ De val som görs i förhållande till objektet kön avser då betydligt mer abstrakta konstruktioner av kön.

Den tredje modellen handlar i första hand om olika sätt att närma sig postmodernismen, även om rent postmoderna projekt fortfarande är sällsynta inom kvinnorrätten. Inom kvinnorrätten förefaller det snarare vara så att en postmodern ansats framförallt syftar till att legitimera ett förhållningssätt till verkligheten där alla aspekter av denna kan ses som konstruktioner, vilka sedan kan analyseras i ett rättsligt sammanhang.²⁹

I avsnitt 4.5 kommer jag därför att diskutera några principiella frågor som uppstår kring Anderssons straffrättsliga avhandling "Hans (ord) eller hennes?" (2004).³⁰

Redan genom en sådan här kortfattad introduktion är det möjligt att se att även den rättsvetenskapliga kvinnoforskningen har utvecklats och förändrats över tid. I min presentation av dessa texter kommer jag därför att koncentrera mig på frågor som handlar om kön som forskningsobjekt, framförallt frågor kring vad kön innebär i de olika författarnas texter och

²⁷ Även andra nordiska författare har närmat sig teorier kring "genus" och "genussystem" som grund för sin forskning. Se t.ex. Petrell, vilken i ett arbete om marknadsföring betonar den komplexitet som framförallt teorin om genussystemet representerar. Petrell (1996), s. 9–13.

²⁸ Om diskursanalyser, se vidare avsnitt 4.5.

²⁹ En ansats som behandlar den föreställda verkligheten blir dessutom ofta av större intresse för rättsvetenskapen jämfört med en mer pragmatisk eller empiriskt orienterad ansats. Det är i realiteten den föreställda verkligheten som återspeglas i rättsordningens uppbyggnad och i den juridiska argumentationen.

³⁰ Även Burman (2006) behandlar det straffrättsliga området med utgångspunkt i en diskursanalytisk metod. Avhandlingen kom tyvärr försent i förhållande till färdigställandet av detta arbete, varför det inte har varit möjligt att ta tillräcklig hänsyn till denna.

den funktion denna faktor ges i de analyser som genomförs. Jag kommer dessutom att ta upp några frågor kring den kunskapssyn som kan återspeglas i de olika arbetena.

De flesta studier på det kvinnorrättsliga området är dekonstruktiva på så sätt att de syftar till att analysera den inverkan faktorn kön har inom rättsordningen. Den diskussion som förs kring kön syftar därför vanligen till att tillfredsställa just sådana analytiska behov. Vilka konsekvenser de förutsättningar som författarna utgår ifrån skulle kunna få, om de istället lades till grund för en rekonstruktion av rätten, förblir dock i hög grad oavklarade. *I detta sammanhang blir det därför också intressant att diskutera de möjligheter att argumentera för ett alternativ till dagens straffrätt som kan uppstå som en följd av de olika författarnas resonemang.*

4.2 Stang Dahl: Innledning till kvinneretten (1985)³¹

4.2.1 Kön som forskningsobjekt

Enligt Stang Dahl är grundproblemet att rättsordningen utgör en del av en manlig kulturell hegemoni. Den manliga norm som rätten bygger på leder till att många frågeställningar som är viktiga för kvinnor helt enkelt faller utanför rättsordningen. Författaren anger därför att ett viktigt syfte med den kvinnorrättsliga forskningen är att fylla de "rättsliga tomrum" som präglar många av de livs- och vardagsproblem som kvinnor har.³²

En central aspekt hos den kvinnorrätt författaren presenterar blir därför att den är "person"-orienterad: Det är framförallt kvinnor, som grupp och som enskilda människor, som står i centrum för hennes forskning, vilket gör att det kvinnorrättsliga området också berör kvinnor i alla tänkbara rättsliga sammanhang.³³

Den person som författaren argumenterar utifrån är inte i första hand en biologisk kvinna utan en individ som lever under traditionellt sett "kvinnliga" villkor. När man anger dessa villkor anförs vanligen sådana biologiska, sociala eller ekonomiska omständigheter som kan uppfattas som typiska för många kvinnors livssammanhang. Den syn på kön man möter här bygger därför på en föreställning om ett annorlunda liv, det vill säga ett liv som skiljer sig från det liv som män generellt sett lever.

En sådan ansats ger forskningen en påtagligt empirisk förankring:

³¹ Ingår i antologin Kvinnerett I (1985), s. 13–109.

³² Stang Dahl (1985), s. 16–19.

³³ S. 29–32.

”Empirisk kunnskap inngår altså både i problemreising, i begreps- og teoridannelse, i tolking av gjeldende rett, og derfor også i rettspolitisk og annen politisk virksomhet.”³⁴

För Stang Dahl är det alltså det vi skulle kunna kalla för ’kvinnors livscykel’ som bildar utgångspunkten för argumentationen, men inte enbart av faktisk (och politisk) nödvändighet utan också som ett slags ideal i sig. Hos Stang Dahl framträder ofta en stark önskan om att framhålla de kulturella och mänskliga värden, som många kvinnor förvaltar i sin funktion av att vara mödrar och husmödrar. Hon framhåller därför gärna de etiska värden som ligger i kvinnors traditionella arbete. Omsorgsarbetet ses som en livsnödvändighet som i sig är av grundläggande betydelse för hela samhället.

Stang Dahl väljer alltså att tala utifrån en kvinnlig position och hon väljer också att placera särskilda och viktiga värden i den kvinnliga sfären, värden som hon menar att även rättsordningen bör omfatta och beskydda. Hon ger därför den livssyn som många kvinnor besitter en helt avgörande betydelse, både för uppbyggnaden av själva rättsområdet kvinno rätt och för den argumentation som anförs på området: Kvinnors ”erfaringer og styrke, som vi ønsker å bygge videre på og helst utbre innover i mannskulturen. Denne søken etter elementene i en alternativ kultur, ved å finne fram til og utvikle en positiv *kvinnkultur*, er en målsetting i kvinneforskningen.”³⁵

För Stang Dahl blir strategin att ge kvinnors liv och arbete ett eget värde i den ekonomiska och rättsliga regleringen av samhället, för att därigenom på sikt uppnå en ökad jämlikhet mellan könen. En sådan inriktning på jämställdhetsarbetet kan uppfattas som en önskan om att utgå ifrån en tanke om lika värde istället för likhet, och för Stang Dahl är det uppenbart att en utveckling där denna kvinnokultur försvinner från samhället överhuvudtaget inte utgör något alternativ.

Om detta etiska ställningstagande även leder till mer vidsträckta implikationer för rättsvetenskapen eller rättsordningen är dock en helt annan fråga. För att kunna besvara den frågan måste man bland annat undersöka vilka ansatser författaren förordar för den rättsvetenskapliga forskningen.

Omedelbart kan man dock konstatera att denna inriktning hos kvinno rätten har haft konsekvenser för rättsvetenskapen. Det personorienterade perspektivet gör kvinno rätten tvärjuridisk, och man har därmed kunnat bygga upp egna kvinnocentrerade rättsområden: ”husmorrett”, ”fødselsrett”, o.s.v.³⁶

³⁴ S. 60.

³⁵ S. 25.

³⁶ Se t.ex. Kvinnerett I och Kvinnerett II (1985).

4.2.2 En rettsdogmatisk metod

En viktig målsætning for Stang Dahl er alltså att förbättra kvinnors faktiska villkor genom att verka for att rettsordningen ska ivarata kvinnors behov på ett bättre sätt. En sådan pragmatisk inriktning på forskningsverksamheten påverkar självklart också valet av metod. En ansats, som går ut på att lösa omedelbara rettsliga problem i ett visst samhälle vid en viss tidpunkt, blir hänvisad till att arbeta utifrån ordinär rettsstillämpning och regeltolkning.

Hos Stang Dahl är denna rettsdogmatiska strategi klar, och hennes kvinnoettslige metodik bygger därför också på en traditionell rettskälle- og tolkningslära.³⁷ Författarens vetenskaplige metod blir därmed i utgångspunkten densamma som den praktiserande juristens, men hon markerar samtidigt att forskaren kan anlägga ett mer vidsträckt perspektiv än denne, eftersom empirisk kunnskap og rettspolitiske ställningstaganden kan ges ett större utrymme i forskarens tolkninger av gällande rätt.³⁸

Stang Dahl utgår ifrån att det finns något som kan definieras som "kvinnerettslige hensyn", vilka jag av systematiske skäl kommer att benämna "kvinnoretslige argument". De argument som dessa "hensyn" representerer bygger i sin tur på de värden som Stang Dahl anger for forskningsområdet.³⁹ De kvinnoettslige argumenten blir derfor sentrale på området. Framförallt fyller de en viktig funksjon i samband med tolkningen av de rettslige reglene, både de lege lata og de lege ferenda, eftersom de också kan relateras till rettskällorna. Ur en annen synvinkel kan de dessutom ses som ett slags forskningspolitiske retningslinjer, når det gjelder vilke spørsmål man bør prioritere. "Kvinnerettslige hensyn har f.eks. sitt utspring i moralfilosofi og politisk ideologi. Man kan finne fram til dem gjennom systematisk empirisk kunnskap om kvinners moralske og interessepolitiske holdninger, eller på et mer subjektivt grunnlag. Slike hensyn bestemmer ikke bare hvilke problemstillinger som tas opp, hvilke kriterier retten vurderes etter eller hva slags reformer man kan tenkes å arbeide for. De er også en del av det rettsdogmatiske kildegrunnlag og kan således få betydning både for lovtolkning og rettshåndhevelse."⁴⁰

Den väg Stang Dahl väljer är alltså att utnyttja traditionell rettskällelära og tolkningslära for att hämta in de kvinnoettslige argumenten i rettsstillämpningen og därmed göra dem till en naturlig del av den juridiske argumentationen. Den rettsdogmatiska metoden är dock varken

³⁷ Metodvalet har diskuterats av bl.a. Dalberg-Larsen (1986), s. 88–92.

³⁸ Stang Dahl, s. 32–35; jfr Doublet/Bernt (1993), s. 30–31; Jareborg (2001), s. 98.

³⁹ Stang Dahl (1985), s. 81–105; Jfr Kvinnerettens rettskilder (1986).

⁴⁰ Stang Dahl (1985) s. 55–56.

någon självklar eller problemfri strategi, och hon påpekar också att detta inte får leda till något slags frirättslig utveckling, eftersom legalismen är oerhört viktig vid värnandet av svaga grupper.⁴¹

Varje försök att utnyttja rättskällevärdet för att förändra en viss rättslig tillämpning reser dock principiella problem. Ett grundläggande syfte med en rättskällevärdet är ju att garantera en konsekvent rättstillämpning inom ramarna för det regelverk som uppställts, något som också begränsar möjligheterna för att använda "nya" eller hittills för rättsordningen "främmande" argument.

De forskare som tillämpat denna metodik har därför också varit hänvisade till ett visst experimenterande, när det gäller att avgöra vilka källor som kan anses vara användbara.

Ett problem ligger i att kvinnors typiska rättsliga problem vanligen diskuteras i andra typer av källor än de som traditionellt ges auktoritativ status. Framförallt tas många av de beslut som är viktiga för kvinnor på lägre nivåer i det rättsliga systemet. När det gäller frågor som relaterar till social- och familjerätt, och som är av grundläggande betydelse för kvinnors ekonomiska och sociala status, ligger ofta rättstillämpningen på det administrativa planet.

Behov av att föra fram argument som är relevanta för kvinnors livsvillkor har därför ibland gjort att vissa rättskällor givits en ny betydelse. Med en metodik där empirisk kunskap är viktig kan även tankar kring vad som t.ex. är "sedvanerätt" på ett visst område få betydelse för rättstillämpningen. Det handlar dock knappast om sedvanerätt i traditionell mening, utan snarare om "den rättslige relevans av kunnskaper om existerande livsforhold".⁴²

I den norska rättskällevärdet som Stang Dahl bygger sin metodik utifrån finns dock av tradition en särskild rättskälla, sk. "reelle hensyn", vilken har utnyttjats för att ge de kvinnorättsliga argumenten auktoritet.⁴³

Man skulle kunna säga att denna rättskälla ger en möjlighet för rättstillämparen att föra mer förnuftsbaseade resonemang vid sidan av de auktoritativa argument som en rättskällevärdet traditionellt ger. Vi måste helt enkelt fråga oss, om den rättsliga lösningen på ett problem verkligen är ändamålsenlig och om den kan uppfattas som rimlig och rättfärdig sedd i relation till de uppfattningar som återspeglas i rättsordningen och i samhället.⁴⁴

⁴¹ S. 78

⁴² S. 65.

⁴³ "Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn." Eckhoff (1997), s. 371.

⁴⁴ Eckhoff (1997), s. 372–378; Doublet/Bernt omtalar detta som en form av "resultatkontroll", Doublet/Bernt (1993), s. 58.

Åtminstone i teknisk mening kan denna rättskälla sägas motsvara det svensk rättsdogmatik anger som olika typer av tolkningsargument. Bland dessa bör man framförallt nämna ändamålsargument, rättfärdighetsargument och argument som kan hänföras till det allmänna rättsmedvetandet.⁴⁵

Enligt Stang Dahl kan sådana redan etablerade former av tolkningsargument fungera som ett slags "språngbräda" för de kvinnorrättsliga argument man önskar föra in i rättsordningen.

Bland dessa är det kanske just rättfärdighetsargument och argument som baseras på en allmän rättsuppfattning, som är de mest karakteristiska för det kvinnorrättsliga tänkandet. Hos Stang Dahl anknyter rättfärdighetsargumenten till de grundläggande värden som bygger upp rättsområdet kvinnorrätt. Man bör dock vara uppmärksam på att dessa argument framförs i en påtagligt konkret form. I relation till rättstillämpning handlar rättfärdighetsargumenten i hög grad om att finna lösningar som kan skapa en för kvinnor mer acceptabel fördelning av tid, pengar och arbete.⁴⁶ På samma sätt kopplas också föreställningar om den allmänna rättsuppfattningen på området till en empiriskt baserad kunskap om hur framförallt kvinnor tänker i olika frågor.⁴⁷

4.2.3 Kvinnorrättsliga argument

Ett generellt problem för allt nytänkande inom rättsvetenskapen är att den alltid i något skede konfronteras med ett visst etablerat rättsvetenskapligt tänkande. Det gäller förstås i allra högsta grad den forskning som följer en rättsdogmatisk metod. Som vi har sett bygger de kvinnorrättsliga argumenten på en personorienterad utgångspunkt, och argumentationen relateras till begreppet "kvinna". För att de kvinnorrättsliga argumenten ska kunna ges en rättslig funktion måste de dock kunna preciseras i rättsliga termer.⁴⁸ Man skulle kunna säga att själva faktorn kön måste ges en form som kan hanteras och appliceras i ett rättsligt sammanhang. Det innebär att man redan av formella skäl blir tvungen att precisera vad som kan vara ett "kvinnorrättsligt argument".

Själva sättet att hantera könsfaktorn ger ett intryck av att det skulle vara faktiskt möjligt att ge grunden för de kvinnorrättsliga argumenten en bestämd innebörd. Men förutsätter inte detta att man också kan defi-

⁴⁵ Jfr Doublet/Bernt (1993), s. 65–67.

⁴⁶ Jfr Stang Dahl (1986), s. 241 f.

⁴⁷ Stang Dahl (1985), s. 79–80.

⁴⁸ Dalberg-Larsen (1986), s. 95, pekar på möjligheten att definiera kvinnliga "idealtyper".

niera begreppet "kvinna"? Som vi såg i föregående kapitel representerar detta ett mycket grundläggande problem i den andra modellen. Här finns alltid en risk för att man endast refererar sociala normer för vad som är kvinnlighet.

En fara med att tala om kön i så en konkret mening, kan vara att diskussionen omedvetet glider från en i första hand kulturellt definierad kvinnlighet över i en diskussion som handlar om kvinnor och män i dagens samhälle. En i första hand deskriptiv version av kön får då plötsligt en form, som inte bara är normativ i en social mening, utan som dessutom kan ges rättslig auktoritet.

Man kan utan förbehåll säga att problemet blir ytterst påtagligt inom rättsvetenskapen eftersom de argument som framförs, förr eller senare kommer att leda till konsekvenser för enskilda människor.

Inom kvinnorrätten har man i praktiken undvikit att utgå ifrån en verkligt "person"-orienterad argumentation, och man har därmed avstått från att försöka definiera "kvinna" i rättsliga termer. Ser man till den argumentation som vanligen förs är den snarare uppbyggd kring "intressen", vilka naturligtvis i högsta grad går att hantera inom ett rättsligt system.

Som exempel kan nämnas att Ketscher bygger sin argumentation utifrån en syn på kön som bygger på ett olikhetsideal. Hon markerar dock samtidigt att det därmed inte är nödvändigt att definiera kön. Det rättsliga sammanhang som aktualiseras, i det här fallet barnomsorg, är ett område som kan definieras självständigt. Slutsatsen blir att eftersom kvinnor är vårdnadshavare på grund av sin biologi och rådande traditioner, så har de också särskilda intressen på detta område.⁴⁹ Dessa intressen kan sedan bli en del av den rättsliga argumentation som berör området barnomsorg.

Om nu de kvinnorrättsliga argumenten syftar till att tillvarata vissa intressen, vilka är i så fall dessa? Med den mycket pragmatiska inriktning som stora delar av kvinnorrätten har haft kommer snart diskussionen att föras i en så konkret form att de faktorer man diskuterar lätt kan föras ned på det rent individuella planet. Men det blir då genast uppenbart att det inte finns *en* kvinnlighet, och därmed inte heller något givet kvinnorrättsligt argument. De argument som kan anföras handlar snarare om mängder av vitt skilda och inte sällan direkt motstridiga intressen. Som Dahlberg har framfört blir förstås de kvinnorrättsliga argumenten alltid beroende av vilket kvinnoliv man väljer att ta utgångspunkt i: "De flesta feminister i den offentliga debatten avvisar fortplantningsteknologin. Det innebär att deras bedömningar av "kvinnors intressen" kan gå stick i

⁴⁹ Ketscher (1990) s. 19–30.

stäv mot önskningarna hos kvinnor som ser teknologin som sin enda möjlighet i en existensiell strävan att få barn.”⁵⁰

För att man ska kunna slita konflikter mellan olika kvinnointressen, eller på annat sätt peka ut vad som är ett relevant kvinnorrättsligt argument, krävs det att det finns några övergripande normer för detta. Stang Dahl är klart medveten om detta. De kvinnorrättsliga argumenten ska ju också präglade rättsområdets grundsatser. När hon närmare anger de värden som bör ligga till grund för rättsområdet är de dock välkända, det handlar om klassiska rättsliga ideal som syftar till att värna individen: ”De overordnede hensyn jeg vil utgå fra, er rettferdighet og frihet. I disse ligger flere sett verdier, først og fremst likhet, verdighet, integritet, selvbestemmelse og selvrealisering.”⁵¹

I valet av dessa ideal blir sambandet med den rättsdogmatiska metoden uppenbar. Rättsområdets grundläggande värden bygger på samma utgångspunkter som varje modern rättsordning. Sett i samband med den pragmatiska inriktning och den rättsdogmatiska ansats som valts, får alltså de kvinnorrättsliga argumenten en för rättsordningen välkänd form.

4.2.4 Kvinnorätt och teori

Stang Dahls ansats förefaller alltså att handla om rättssystemets omedelbara innehåll, och i mindre grad om rättsordningen i sig eller de teorier som bygger upp denna. Det här är en infallsvinkel som i första hand relaterar till den första modellen: det är så att säga fel på reglerna, men inte nödvändigtvis på rätten i sig. Stang Dahl väljer därför att utgå ifrån det traditionella juridiska hantverket, när hon ska finna en metod att förändra lagstiftningens inriktning.

De etiska grunder som Stang Dahl framhåller är välkända för rättsordningen; de avser individens självrealisering genom grundläggande fri- och rättigheter. Det är den kvinnliga, men samtidigt den klassiska autonoma individen, som förefaller att stå i fokus.

Detta intryck förstärks av det teoretiska underlag författaren anför. När Stang Dahl preciserar de kvinnorrättsliga argumenten är det i huvudsak Rawls' rättfärdighetsbegrepp som får representera de bakomliggande moraliska ställningstagandena.⁵²

⁵⁰ Dahlberg (1990) s. 30–32; jfr Stang Dahl (1987), s. 73–74; Jfr också Eckhoff som kritiserat tillämpningen av rättfärdighetsbegreppet, ”Nesten i alle tilfeller hvor det fra kvinnehold argumenteres med rettferdighet, vil det fra motstandere kunne bli anført rettferdighetsargumenter for den motsatte løsning.” Eckhoff (1986), s. 8.

⁵¹ Stang Dahl (1985) s. 81.

⁵² Rawls (1983); Se Stang Dahl (1985), s. 85 f.

Rawls bygger sin lära utifrån den självständiga individen. Det är sedan en typ av samhällsfördrag mellan sådana individer som ger rättvisan en grund. Det som kännetecknar just Rawls teori är en föreställning om ett slags underifrån-perspektiv. Det är i första hand människornas egna moralföreställningar och behov som ska ge rätten dess etiska grunder. Det är därför också en lära som kan verka lockande för kvinnorätten, Stang Dahls utgångspunkt är ju att kvinnors vardagsliv i slutänden ska ge rättordningen dess värden.

Det största problemet med Rawls' teori om rättfärdighet är dock att den, till skillnad från kvinnorätten, bygger på ett ideal om likhet. Rawls väljer att utgå ifrån en hypotetisk situation, ett slags pre-social tillvaro där alla kan uppfattas vara lika på så sätt att de befinner sig i ett tillstånd där alla är ovetande om sina egna förutsättningar och på vilket sätt deras egna villkor kan komma att utformas. Eftersom alla så att säga kommer att välja sina etiska ideal i blindo, kan man garantera dels att de ideal man väljer blir allmängiltiga och dels att dessa kommer att ge rättvisa till de svagast ställda.

För att det ska vara möjligt att närma en sådan teori till kvinnorätten måste man bland annat diskutera huruvida människorna i den ursprungliga situationen har kön, eller om det överhuvudtaget kan vara intressant att tala om kön i förhållande till en situation som inte på något sätt har en social förankring. I kvinnorätten är ju själva poängen att kvinnor framhålls just som grupp. De särskiljs trots allt som en kategori vilken ytterst bygger på en biologisk faktor, och man kan därför redan från början känna sig tveksam till om denna faktor verkligen kan lösas från människan på samma sätt som andra faktorer som har med människors livsvillkor att göra.⁵³

Nousiainen gör också ett försök att placera en individ med kön i denna teori, men utan att uppnå en riktigt trovärdig lösning. Antingen, menar hon, måste man placera en kvinna i en sådan situation av okunskap, vilket ger hennes val av ideal en autenticitet, men ingen allmängiltighet. Eller så är det faktiskt så att den neutrala individ som vi talar om i realiteten, i fråga om sin fysiska enhet och sin sociala lösryckthet, är bilden av en man. Dennes etiska värdering kan vara universell, men kanske inte lika autentisk som en värdering gjord av en kvinna i en sådan situation. Hon konstaterar att "(d)et verkar alltså som om den frihet för individen, som tematiserats i samband med den negativa friheten och som genomförs genom avtal, skulle undertrycka den sociala kvalitet som personifieras i kvinnan – sexualitet, omsorg, förmåga att personligen fästa sig vid

⁵³ Lacey (1989), s. 388 f.; Frost (1988), s. 7–12.

andra”.⁵⁴ Dessa kvinnliga egenskaper förefaller snarare representera ett hinder i vägen för den individuella självständighet som denna etiska lära handlar om.

Det finns alltså något som kan ses som en motsättning hos Stang Dahl. Hennes sätt att tala om kön hos människan kan placeras i den andra modellen.⁵⁵ Det handlar om en ideologi om olikhet som är grundläggande för hennes sätt att beskriva verkligheten, och där tanken om rättsordningen som ett uttryck för en manlig norm har en avgörande betydelse. Hennes strävan är också att ett kvinnoorienterat tänkande på sikt ska förändra rättssystemet och dess grunder.

Frågan blir dock om denna ideologiska och kunskapsteoretiska position verkligen låter sig förenas med förutsättningarna för den rättsteori hon baserar sig på. Man kan alltså ifrågasätta om de mänskliga ideal som författaren eftersträvar verkligen kan finna någon motsvarighet i de etiska förutsättningar hon bygger på. Med den begreppsbildning det här arbetet bygger på kan man därför ställa frågan om den syn Stang Dahl har på kön och kunskap på den faktiska nivån får konsekvenser för utformningen av rättsordningens teoretiska nivå.

Möjligen är det så att hennes resonemang förutsätter att rättssystemet i sig är neutralt, d.v.s. utan ett självständigt etiskt innehåll som kan komma i konflikt med de kvinnospecifika argument hon önskar att anföra. Stang Dahl markerar att det inte är säkert att definitionerna av de rättsliga principerna blir desamma inom kvinnorrätten: ”Begrepene rettferdighet og frihet signaliserer et innhold som det er lett å slutte seg til. I utgangspunktet er de derfor kanskje intetsigende inntil det nøytrale, bortsett fra den betydning som kan ligge i ønsket om å vedkjenne seg verdier som fundament for faglig virksomhet.”⁵⁶

Frågan om rättsordningen överhuvudtaget kan omfatta de kvinnliga värdena är viktig av principiella skäl och inte heller utan praktiska konsekvenser. Ett exempel som kan belysa detta handlar om vad som egentligen är det etiska underlaget för den omsorg som blir ett centralt värde hos Stang Dahl. Det är klart att man på en politisk nivå kan arbeta för att kvinnor ska ha ”en rätt att utöva omsorg”, men om vi ska ta Gilligans argumentation kring en kvinnlig omsorgsetik på allvar, så innebär det att det på en teoretisk nivå blir logiskt omöjligt att hävda just detta.⁵⁷ Om det är så att de kvinnliga värdena, som ligger i omsorgen om andra, skiljer sig från de värden som ytterst är nedfälllda i rättsordningen, så måste de

⁵⁴ Nousiainen (1990) s. 13–14.

⁵⁵ Jfr Petersen (1989), s. 331, samt (1992), s. 499.

⁵⁶ Stang Dahl (1985), s. 82.

⁵⁷ Se Gilligan (1982).

kvinnliga värdena tillföras rättsordningen för att kunna tillämpas i den rättsliga argumentationen. Om omsorgsetiken ska representera det etiska alternativet, så måste den så att säga ingå i den rättsteoretiska grund som kvinnorrättsforskaren ska arbeta utifrån.

Som Frost framhåller bygger det rättighetstänkande som vi finner hos exempelvis Rawls på det abstrakta och individuella, medan det kvinno-rättsliga tänkandet innebär ett tänkande som utgår ifrån det konkreta och kollektiva.⁵⁸ Det förefaller därför som att olikhetstänkandet inom kvinno-rätten faktiskt skiljer sig från de etiska förutsättningar som rätten annars opererar med. Här saknas alltså en rättsteoretisk bas vilken kan motsvara de intentioner som finns i det kvinnorrättsliga tänkandet.

I Stang Dahls texter förefaller det finnas en medvetenhet om behovet av teori på flera plan: "Både teori om rett og samfunn (rettsteori), kvinner og samfunn (feminisme) og kvinner og rett (kvinnerettsteori)."⁵⁹ Hennes lösning blir dock i första hand pragmatisk. Om det är så att de kvinno-rättsliga argumenten är att uppfatta som systemfrämmande, så kommer de ändå med tiden att omfattas av de rättsliga systemet. Det är alltså det långsiktiga juridiska arbetet som tills slut kommer att nöta ned de rättsliga bastionerna och därmed förändra rättens etiska grunder.⁶⁰

Denna grundläggande motsättning mellan en ideologi om likhet och en ideologi om olikhet, vilken här representeras av en motsättning mellan teorinivå och tillämpningsnivå inom rättsordningen, är en välkänd problematik inom kvinno-rätten. Som vi ska se är detta också en motsättning som uppmärksammas av de följande författarna. För Svensson, i avsnitt 4.4, är den dessutom en viktig sida av hennes studium av rättsteorins förutsättningar.

4.2.5 Straffrätten saknar en "kvinnlig" part

Den strategi som Stang Dahl anför är alltså att vi genom en mer utvecklad tolkningslära kan uppnå en "bättre" rättsvetenskap.⁶¹ Genom att tillföra rättsordningen ytterligare kunskap och argument rörande kvinnors livsvillkor kan vi skapa bättre förutsättningar för denna grupp, och på sikt kommer detta även att leda till en förändrad värdegrund.

Det är en intressant tanke, men av flera skäl är det tveksamt om man bör följa den, kanske särskilt på det straffrättsliga området. En möjlighet

⁵⁸ Frost (1988), s. 11–12.

⁵⁹ Stang Dahl (1985), s. 38.

⁶⁰ S. 77.

⁶¹ Författaren har senare utvecklat denna ansats ytterligare i resonemang kring hermeneutisk tolkning, se Stang Dahl (1988). Hennes framställning av hermeneutiken har emellertid kritiserats av Doublet (1989).

att närma sig de problem som kan finnas här är att se närmare på den metodik Stang Dahl väljer.⁶²

En generell karakteristik av Stang Dahls forskning är alltså att den bygger på ett antagande om en viss kvinnlig situation, ofta beskriven mot bakgrund av vissa empiriska omständigheter. Den som befinner sig i en sådan situation har vissa intressen och det blir ett rättfärdighetskrav att rättsordningen erkänner dessa. Kvinnorättsforskaren bör därför i första hand bygga sin argumentation utifrån dessa intressen på en allmän rättstillämpningsmetodik. En sådan ansats ger en möjlighet att genom rättsliga åtgärder skapa bättre villkor för kvinnor, något som också på sikt kan bidra till att förändra rättsordningen.

Det kunde därför vara intressant att söka närma ett sådant tänkande till straffrätten för att se vilka möjligheter en sådan ansats kan ge på området.⁶³

Till att börja med kan man konstatera att det statistiskt sett främst är män som begår brott. Kvinnors andel av framförallt våldsbrottsligheten är förhållandevis liten. Kvinnor uppträder i första hand som offer för brott även om man bör vara uppmärksam på att de också där befinner sig i minoritet. Men om man strävar efter att anlägga ett pragmatiskt kvinnoperspektiv på straffrättens område torde det bli fråga om ett slags "offerperspektiv".

En intressant fråga blir då om inte en ansats med en mycket konkret definierad person kombinerad med en pragmatiskt orienterad metodik, faktiskt förutsätter att det också finns en motsvarande rättslig position utifrån vilken man kan framföra de kvinnorättsliga argumenten. En nödvändig förutsättning skulle i så fall vara att den person som man utgår ifrån, här brottsoffret, faktiskt också går att placera i den juridiska argumentationen och i den rättsliga processen. Detta kan uppfattas vara självklarheter när det gäller civilrättsliga och socialrättsliga frågeställningar. Här finns ju två civila parter, eller en rättslig partsrelation mellan den enskilda rättssökande kvinnan och välfärdsstaten.

I den straffrättsliga läran har emellertid offret ingen omedelbar självständig rättslig position eftersom den rättsliga konflikten handlar om ett

⁶² Författaren har skrivit om straffrättsliga frågor, se Stang Dahl (1994), jfr avsnitt 6.2.2.

⁶³ I det följande kommer jag att pröva metodiken mot det som vi kan uppfatta som en svensk straffrättslig tolkningslära. Mycket talar dock för att resonemangen skulle ha blivit snarlika även om man jämfört med en norsk tradition på området. Den norska straffrätten öppnar visserligen för tillämpningen av "reelle hensyn", men tolkningsutrymmet förefaller dock begränsat på ett sätt som är jämförbart med den svenska straffrättsliga tolkningsläran; Jfr Doublet/Bernt (1993), s. 58, vilka framhåller att möjligheten att tillämpa denna typ av argument överhuvudtaget är starkt begränsad.

krav på ansvar från staten mot den enskilde gärningsmannen. Offret befinner sig inte i någon egentlig partsrelation inom straffrätten, varken i förhållande till gärningsmannen eller i förhållande till staten. Den första fråga som uppstår är alltså vilken rättslig position som ett pragmatisk kvinnoperspektiv kan ges i ett rättsdogmatiskt sammanhang, och hur man i så fall ska kunna föra en kvinnorrättslig argumentation.⁶⁴

Inom straffrätten garanteras brottsoffrets grundläggande intressen genom det s.k. skyddsobjektet. På rättstillämpningsplanet aktualiseras skyddsobjektet i första hand genom kriminaliseringen och tolkningen av denna, men också i samband med vissa straffvärdebedömningar. De intressen som omfattas av skyddsobjekten är emellertid inte omedelbart jämförbara med andra typiska partsintressen inom rättsordningen. I straffrätten avser dessa intressen grundläggande värden den enskilde individen endast i begränsad grad själv kan disponera över.⁶⁵ I ett rättsdogmatiskt sammanhang är det dessutom uteslutet att argumentera för ett skydd av andra intressen än de som skyddsobjektet avser.

Även om man redan vid en första anblick alltså kan ifrågasätta om det verkligen är möjligt att genomföra en kvinnorrättslig studie på straffrättens område med en metodik av den här karaktären, så innebär inte det att det skulle vara ointressant att ändå pröva den principiellt. Efter den debatt som förts kring straffrättsliga frågor under senare år är det uppenbart att både det faktiska och det presumtiva brottsoffret kan ha intressen att försvara i förhållande till den straffrättsliga argumentationen. Det kan därför vara intressant att göra en enkel genomgång av de möjligheter som här erbjuds, när det gäller den rekommenderade strategin: att genom tolkningsläran söka reformera rättsordningen.

Med en ansats av den karaktär Stang Dahl presenterar blir det förstås av helt avgörande betydelse att bestämma vilka argument som är att uppfatta som kvinnorrättsliga. Det gäller särskilt på det straffrättsliga området, där det blir en fråga om vilken etik som straffrätten ska bygga på. I det här skedet finns det dock ingen anledning att gå in i en ytterligare diskussion kring denna frågeställning, det är en fråga som förutsätter mer principiella ställningstaganden.⁶⁶

Jag kommer därför endast att utgå ifrån att det finns argument som handlar om kvinnor i deras egenskap av att vara kvinnor, och som därför kan vara viktiga att uppmärksamma vid tolkning av straffrättsliga regler.

⁶⁴ Jfr Berglund (1995).

⁶⁵ Jareborg (2001), s. 287–289.

⁶⁶ Det innebär att man måste ta ställning till frågan om den andra modellen kan ge ett etiskt alternativ.

Redan det att välja en sådan utgångspunkt, att koncentrera sig på argument som endast relaterar till kvinnor, vållar dock problem i förhållande till straffrättens krav på konsekvent argumentation. Om vi ska uppfylla dessa blir det knappast möjligt att uteslutande tala om specifikt kvinnliga argument. *Vi måste snarare tala om argument som relaterar till kön som en typ av argument som kan vara relevanta i förhållande till straffrätten.*

4.2.6 Att tolka straffbud med hjälp av kvinnorrättsliga argument

Det kan alltså vara intressant att fundera något över möjligheten både att precisera och att genom en rättsdogmatisk metod, tillämpa de kvinnorrättsliga argument som Stang Dahl talar om.

I kapitel 2 framgick att straffrätten är av en mycket dogmatisk karaktär, och att detta i hög grad påverkar tolkningsläran på området.⁶⁷ Jag kommer därför att till en början koncentrera mig på gärningssidan av brottsbegreppet.

En praktisk konsekvens av straffrättens dogmatiska karaktär är att man måste finna argumenten så att säga "inom systemet", alltså i form av de tolkningsargument som omedelbart anges, eller som ligger inom ramen för vad som anges, i de auktoritativa källor som finns att tillgå. Det betyder att de källor som svensk rättskällevärdnad i första hand anger är lagtext, förarbeten och rättspraxis på området. Vid sidan av dessa auktoritativa källor har också doktrinen betydelse, särskilt som denna har en funktion av att systematisera och precisera gällande rätt, begrepp, principer, o.s.v.⁶⁸

Om man därför förutsätter att de argument man önskar att tillämpa är att betrakta som "nya", d.v.s. att de representerar aspekter eller intressen som inte redan är tillgodosedda i straffrätten, så kan man inte heller förvänta sig att finna dem i de auktoritativa rättskällorna.

Argument som relaterar till kön är dock på intet sätt främmande för straffrätten, särskilt inte på tillämpningsnivån.⁶⁹ Rättsområdet är trots allt en del av en kultur, vilken alltid på något sätt kommer att återspeglas

⁶⁷ Tolkningsläran tar sin utgångspunkt i legalitetsprincipen. Frände (1994), s. 29; jfr Jareborg (2001), s. 106.

⁶⁸ Jareborg (2001), s. 96–106; Strömholm (1981), s. 298; Peczenik (1980), s. 48 f.; Frände argumenterar för att lagen är exklusiv som källa, medan tolkningen av denna kan innefatta böra-källor, d.v.s. förarbeten och praxis samt andra källor såsom doktrinen. Frände (1994), s. 50–54.

⁶⁹ Diskussionen kring straffvärdeargumenten i samband med SOU 1976:9 utgör ett mycket bra exempel på detta, se vidare avsnitt 5.4.

i de tolkningar som görs utifrån en faktisk verklighet. Det är därmed inte givet att alla de könsrelaterade argument som förekommer också skulle vara kvinnorrättsliga. Mot bakgrund av den kvinnokritik som framförts mot domstolarnas argumentation är det knappast fallet. Återigen behövs alltså en tydligare precisering av vad som kan kvalificera som kvinnorrättsliga argument för att man ska kunna veta vilka könsrelaterade argument man bör välja. Eftersom straffrätten ytterst handlar om att skilja mellan rätt och fel i en etisk mening, så krävs sannolikt också att en sådan precisering bygger på någon form av moralteori.⁷⁰

Som nämnts ovan innebär skyddsobjektet ett erkännande av offrets rätt till individuell frihet och straffbudet ska därför alltid tolkas mot bakgrund av detta värde. Det är dock tveksamt om man på tillämpningsplanet kan hävda argument utöver dem som redan framgår av kriminaliseringen utan att komma i konflikt med tolkningsläran.⁷¹ Detta skulle i så fall kräva en mer principiell diskussion kring vad individuell frihet egentligen är, men en sådan diskussion är inte möjlig på tillämpningsplanet.⁷²

Det är ändå så att straffrättens tolkningslära förutsätter, inte enbart att det föreligger ett visst logiskt samband mellan de argument som anförs och den straffrättsliga systematiken, utan också att det finns ett visst värdemässigt samband. Det innebär, enkelt uttryckt, att det förutsätts att det är samma etiska grundsyn som ligger bakom såväl kriminaliseringarna som tolkningen av dessa. Det är därför inte möjligt att anföra argument som står i strid med denna etiska grundsyn, eller att vid tolkningen av en viss kriminalisering välja att ta helt andra hänsyn, än vad som annars görs.

De andra tolkningsargument som Stang Dahl nämner är inte heller lika självklara på straffrättens område. Sedvanerätt (av annan karaktär än etablerad rättspraxis) kan dock fylla en viss funktion, när det gäller att fastställa innebörden hos vissa straffrättsliga begrepp, särskilt sådana som förutsätter värderingar.⁷³

Hos Stang Dahl avser dock denna rättskälla framförallt empirisk kunskap som förvisso skulle kunna ges relevans, särskilt när det gäller rekvisit som innebär olika former av graderingar, framförallt vid bedömningar av straffvärde. Även om straffvärdeargumenten endast i liten grad bestäm-

⁷⁰ Det här är frågeställningar som jag återkommer till i kapitel 5 och 6.

⁷¹ Frände anför att rättsgodaargument vid tolkning kan användas inskränkande, men inte som grund för en lösning som är strängare för den åtalade. Frände (1994), s. 59.

⁷² Frågan om vad en individuell frihet innebär beror ytterst av hur man uppfattar den fria individen. En kvinnorrättslig frihet behöver därför inte vara densamma som den frihet som straffrätten skyddar.

⁷³ Jareborg (2001), 104.

mer gränsen för det straffbara området, har de vanligen en avgörande betydelse när det gäller brottsrubricering och straffmätning.

Redan flera av de traditionella *modus operandi*-argumenten kan knytas till den utsatthet som många kvinnor upplever. Det gäller de förutsättningar under vilka ett övergrepp sker, den brutalitet som visas och därmed den skräck som brottsoffret kan uppleva. Detta kan också förklara varför det finns en tendens till att den kvinnokritik som framförs ofta leder till diskussioner kring straffvärdet, och därmed även i slutänden till en högre straffnivå.⁷⁴

Stang Dahl framhåller alltså att de kvinnorrättsliga argumenten faller tillbaka på värden som frihet och rättfärdighet. Detta är viktiga värden som ytterst också bygger upp det straffrättsliga systemet och som motiveerar de principer som styr detta. Men de har därför i första hand relevans just på systemplanet.

På rättstillämpningsnivån anknyter de flesta av dessa principer snarare till krav på återhållsamhet vid straffrättslig tillämpning, framförallt i form av krav på rättssäkerhet för den misstänkte gärningsmannen. Vi talar då om principer som förvisso kan vara intressanta att diskutera utifrån ett kvinnoperspektiv, men de handlar inte om brottsoffret på ett sådant sätt att de därmed skulle ge oss möjlighet att anföra kvinnorrättsliga argument så som den föreslagna metodiken förutsätter.⁷⁵

Den tankegång som ligger bakom Stang Dahls strategi är intressant, och den har också haft betydelse på de rättsområden som i första hand varit aktuella för kvinnorrätten, framförallt socialrätt och familjerätt. Här har sådana tolkningsargument ofta svarat mot de målsättningar som redan funnits i lagstiftningen. Den funktion som t.ex. traditionella ändamålsresonemang har är ju i realiteten att bidra till en utveckling i en viss riktning, och en argumentation som ytterst handlar om att förbättra kvinnors villkor ligger ofta i linje med det officiella jämställdhetsarbetet.⁷⁶

Inom straffrätten finns också ett mycket uppenbart ändamål representerat av den allmänpreventiva idé som kan sägas vara grunden för alla moderna straffrättsliga system. Denna innebär ju att man kriminaliserar

⁷⁴ Om man eftersträvar att särskilt skydda offret så kommer man också att i första hand framföra de argument som handlar om hur allvarig en viss kriminalitet är.

⁷⁵ Det gäller särskilt förutsättningarna för ett straffrättsligt ansvar, se vidare avsnitt 4.2.7.

⁷⁶ Norsk straffrätt öppnar för en viss ändamålstolkning med hänsyn till lagstiftarens syften, så länge denna ligger inom en normalspråklig tolkning av straffbudet. Andenæs (2004), s. 120 f.; Jfr Frände (2003), s. 23–24, som fasthåller analogiförbudet även i dessa fall. Frände ser detta som en konflikt mellan två typer av värden, förutsebarhet och godtagbarhet, där endast förutsebarheten är en straffrättslig princip. Frände (1989), s. 229–233.

och straffbelägger vissa gärningar just i syfte att förhindra dessa. Själva syftet att förhindra brott kan dock inte användas som argument för att straffa andra gärningar än de som är definierade genom kriminaliseringen.⁷⁷ De tolkningsargument som aktualiseras här är alltså principiellt sett inte främmande för straffrätten, men de har en mycket begränsad funktion på rättstillämpningsnivån.⁷⁸

Även de rättfärdighetsargument som Stang Dahl framför torde vara av central betydelse just på straffrättens systemnivå. Redan det faktum att vi har en straffrätt faller tillbaka på människors behov av rättfärdighet. På tillämpningsnivån kan rättfärdighetsargument däremot endast ges en viss begränsad betydelse. När det t.ex. handlar om att bestämma huruvida en viss gärning är straffbar kan rättfärdighetskraven anses vara tillfredsställda redan genom utformningen av kriminaliseringen och skyddsobjektet.⁷⁹

Möjligen skulle argument som kan sägas vara motiverade av rättfärdighetshänsyn kunna få en viss betydelse, eftersom straffrätten förväntas vara en symbol för vissa gemensamma moraliska ställningstaganden, men vi talar då egentligen om argument som kan knytas till ett allmänt rättsmedvetande.

En tänkbar väg skulle då vara att helt enkelt argumentera för att en viss straffrättslig lösning bäst uppfyller de förväntningar människor generellt sett har till straffsystemet. Men återigen är det tveksamt om sådana argument kan få någon självständig betydelse på tillämpningsplanet. Att hänvisa direkt till en viss kvinnoopinion, en möjlighet som Stang-Dahl öppnar för, är uteslutet.⁸⁰ Etiska frågor är svåra att formulera och etablera via enkäter, och de grunder som straffrätten ska bygga på måste vara av en sådan karaktär att de kan överleva opinionens olika svängningar.⁸¹

4.2.7 Det personliga ansvaret som kvinnorrättslig fråga

I den straffrättsliga läran har alltså brottsoffret inte en position som gärningsmannens motpart. Straffrätten fungerar snarare som en uppgörelse mellan staten och den enskilde gärningsmannen. Den rättstillämpning som sker utifrån en partsrelation mellan två civila parter, eller mellan den

⁷⁷ Jareborg (2001), s. 111.

⁷⁸ Jfr avsnitt 2.1.2.

⁷⁹ Om rättfärdighet i ett kvinnorrättsligt sammanhang däremot är att gärningsmannen faktiskt fälls för den aktuella gärningen så kan detta ändå inte uppnås i det enskilda fallet utan att brottsbegreppet är uppfyllt (2.3–2.4).

⁸⁰ Stang Dahl har presenterat argument som hon uppfattar är kvinnorrättsliga på det straffrättsliga området, se vidare avsnitt 6.2.2.

⁸¹ Den forskning som låg bakom förslagen i SOU 1976:9 baserade sig på sådana undersökningar; Se också Jareborg (2001), s. 57.

enskilda kvinnan och välfärdsstaten, finner alltså ingen motsvarighet på straffrättens område. Rättsområdets systematik och tillämpningsmetodik tenderar att istället ge ett slags gärningsmannaperspektiv. Som framgick i kapitel 2 så sker all rättstillämpning på området med utgångspunkt i brottsbegreppet, vilket i sin tur förutsätter en bedömning av den enskilde gärningsmannens gärning och hans personliga ansvar.

Man kan därför ifrågasätta om det överhuvudtaget är möjligt att placera ett kvinno- eller offerperspektiv på de bedömningar som görs på den personliga sidan av brottsbegreppet. Det personliga ansvaret är i högsta grad personligt, och den straffrättsliga skulden avgörs därför utifrån vad den enskilde gärningsmannen faktiskt uppfattade.

Samtidigt är det inte uteslutet att det enskilda brottsoffret kan ha intressen att försvara i anknytning till den aktuella ansvarsbedömningen. Problemet blir uppenbart i de fall där gärningsmannens personliga ansvar avgörs mot bakgrund av omständigheter som handlar om brottsoffret, och där domstolens bedömning därmed indirekt också säger något om det aktuella offret. Det är givetvis så att, trots den funktion som skuldfrågan har inom straffrätten, det ändå kan finnas kvinnorättsliga argument som har relevans för det sätt på vilket man bedömer ett straffrättsligt ansvar. Men eftersom ansvaret på rättstillämpningsnivå är personligt riskerar alltså sådana argument att uppfattas som ovidkommande. Det gör också att en diskussion kring hur man bör hantera det personliga ansvaret inom straffrätten, förutsätter en helt annan analytisk nivå än den som kan uppnås genom en rättsdogmatisk metodik.

På den personliga sidan kan faktorer som gärningsmannens avsikter och motiv ha betydelse för bedömningar av graden av klandervärdhet, men återigen avser dessa bedömningar den enskilde gärningsmannens personliga ansvar.⁸² Frågor som gäller vilka ursäkter som överhuvudtaget kan anses straffrättsligt relevanta befinner sig helt enkelt på en annan nivå inom det straffrättsliga systemet, och en rättsdogmatisk ansats kan knappast ge oss några möjligheter att förändra rättspraxis utöver det begränsade utrymme som jag har redogjort för här.

⁸² Vi vet av erfarenhet att det förekommer argument som relaterar till kön (både när det gäller offer och gärningsman) på den personliga sidan av brottsbegreppet. Den debatt som föregick reformen av BrB 1984 handlade i hög grad om detta, se vidare avsnitt 5.4.

4.2.8 Avslutning

En omvärdering av synen på människan och verkligheten i straffrätten kan ha effekt genom åtgärder på tillämpningsnivån såtillvida att benägenheten att tillämpa vissa argument kan minska om människor alltmer och mer uppfattar dessa som felaktiga eller orättfärdiga. Här kan alltså en forskning, som handlar om att försöka förnya den straffrättsliga argumentationen genom att göra kvinnors livsvillkor till en del av förutsättningarna för regeltolkningen, komma att ha en viss effekt.⁸³

Men en rättsdogmatiskt orienterad metod kan aldrig nå längre än så, eftersom den inte hänför sig till hela den straffrättsliga systematiken och inte heller till den teoretiska nivå som avser straffrättens etiska grunder.

Avslutningsvis kan man dock konstatera att de argument som vi mot bakgrund av forskning eller annan erfarenhet uppfattar som väsentliga för kvinnor, men som av olika skäl inte låter sig placeras inom rättssystemet, inte kan avvisas som irrationella eller irrelevanta enbart på denna grund. Det är viktigt att ha i minnet att rättsordningen i sig är en konstruktion som bygger på vissa ställningstaganden. En kvinnorrättslig forskning på straffrättens område kan därför inte utgå ifrån att kvinnors problem på det här området endast skulle handla om könsfaktorns betydelse på tillämpningsnivån. Här finns helt andra och mer grundläggande problem som rör straffrättens etiska förutsättningar.

Även om man skulle välja att gå in i en sådan diskussion med de förutsättningar som Stang Dahl anger, så kommer varken hennes val av kvinnorrättslig metodik eller val av teori att kunna förändra straffrättens etiska grund. Denna blir snarare bekräftad genom författarens eget val av ideal, nämligen frihet och rättfärdighet i en traditionell liberal moralteori.

4.3 Fransson: Lönediskriminering (2000)

4.3.1 En arbetsrättslig studie

Franssons avhandling är arbetsrättslig och temat är diskriminering på grund av kön i arbetslivet, och då särskilt skillnader i ersättning för förvärvsarbete. Arbetet behandlar således ett civilrättsligt område där huvudprincipen är avtalsfrihet, men där ändå vissa regler uppställs i syfte att skydda en svagare part.⁸⁴

⁸³ Se vidare avsnitt 5.6.–5.7.

⁸⁴ Flera andra författare har behandlat frågor som angår diskriminering, se t.ex. Lerwall (2001), Schömer (1999), Lundström (1999).

Den rättsliga normen både internationellt (ILO-konventionen nr 100), regionalt (EG-fördragets artikel 141) och nationellt (JämstL 18 §, RF 2:16) är att diskriminering på grund av kön i arbetslivet, när det gäller lön eller andra anställningsvillkor, inte längre är tillåten. Den grundläggande principen är att lika eller likvärdigt arbete ska ges lön enligt samma villkor.⁸⁵

Avsikten med studien är att undersöka de normer som rör förekomsten av löneskillnader på grund av kön. De normer som är av intresse följer inte enbart av de rättsliga reglerna, och är inte heller bara av avtalsrättslig karaktär. Fransson menar att rättsutvecklingen på området knappast kan beskrivas som en autonom process. Här finns istället en större kontext, där det vi kan kalla "arbetsmarknaden i sig" utövar ett stort inflytande och där även andra aspekter, såsom kvinnors förhållande både till den offentliga och den privata sfären, kan vara av intresse.⁸⁶ Även om avhandlingen i första hand behandlar de rättsliga reglerna så omfattar analysen både de formella och de informella normsystem som kan finnas bakom rättsordningen.

För att kunna beakta den könsrättsliga aspekten hos denna problematik blir ett syfte med avhandlingen att söka förena en rättsvetenskaplig metodik med ett genusteoretiskt perspektiv.⁸⁷ Hon anger därför att hennes metodologiska position är rättsdogmatisk men samtidigt kritisk.⁸⁸

Studien är "inomrättslig" såtillvida att den handlar om att analysera en rättslig argumentation med utgångspunkt i rättskällorna.⁸⁹ Författarens intresse är dock vidare än så. Det huvudsakliga syftet är inte att klarlägga gällande rätt. Istället väljer hon att se rättskällorna kontextuellt. Den fråga som ytterst intresserar henne är vilka grunder den rättsliga argumentationen vilar på.⁹⁰ I denna del blir det därför även möjligt att behandla rättskällematerialet som ett material av empirisk karaktär.

Arbetets syfte är därmed "att synliggöra vilken betydelse kön har när normer om lön och anställningsvillkor tolkas och tillämpas i olika tidskeden (historiskt), på olika plan och av olika aktörer i förhandlingsprocessen, vid lönesättning, i domstolen, et cetera".⁹¹

⁸⁵ Fransson (2000) s. 22.

⁸⁶ S. 30.

⁸⁷ S. 45.

⁸⁸ S. 38–39.

⁸⁹ S. 32. Författarens analys av domstolarnas argumentation utgår ifrån tre modeller: en normrationell modell, en målrationell modell och en modell som avser intresseavvägning.

⁹⁰ S. 38–39.

⁹¹ S. 30.

4.3.2 Kön

Fransson använder "kön" frekvent i arbetet, men anger att hon härmed endast avser kvinnor och män i fysisk bemärkelse.⁹² En möjlig tolkning är att arbetet handlar om ett diskrimineringsförbud, och om vi ser avhandlingen som en analys av en viss rättslig princip så finns det inte heller något behov av att definiera denna faktor ytterligare. Antingen menar man att kön bör vara en faktor som kan ge konsekvenser vid lönesättning, eller så menar man att denna faktor inte ska ges en sådan betydelse. Eftersom själva poängen med ett diskrimineringsförbud är just det senare, så krävs det inte heller någon ytterligare definition av vad kön är. I detta sammanhang fyller inte faktorn kön någon annan funktion än att vara ett slags sorteringsprincip.⁹³

Nu är det dock en del av arbetets idé att det knappast är så enkelt. Här finns flera faktorer som gör att könsfaktorn blir intressant. Dels befinner sig de könsbestämda aktörerna i ett könssamhälle, och dels handlar mycket av rättstillämpningen på området om bedömningar där denna faktor aktualiseras även i materiell mening. Som författaren påpekar är lönediskriminering inte ett renodlat avtalsrättsligt fenomen, det är snarare en komplex process som väldigt ofta handlar om att de arbeten som ska jämföras på något sätt också är könsrelaterade.⁹⁴

För att ge en närmare förklaring av sin syn på kön i detta sammanhang gör författaren några distinktioner med avseende på kön (som forskningsobjekt), genom att tillämpa ett genusbegrepp. Författaren ger också vissa anvisningar angående den syn på kunskap som arbetet vilar på.

Enligt Fransson är dock inte genus intressant att precisera eftersom det är både föränderligt och kontextuellt. Hon väljer därför att istället koppla begreppet genus till en teori om ett genusystem, och i den mån hon säger något om begreppet genus i arbetet så sker det i relation till denna teori. Genus blir då något som kan "(f)örstås som föränderliga tankefigurer "män" och "kvinnor" (där den biologiska skillnaden alltid utnyttjas) vilka ger upphov till/skapar föreställningar och sociala praktiker, vilka får till följd att också biologin kan påverkas/ändras".⁹⁵ Genus är då inte längre kopplat till kön hos människan i någon konkret mening. Författaren kan förstås som att hon framhåller det meningsskapande hos genus, vilket blir en del av arbetets förutsättningar.

Ett annat skäl till varför författaren inte preciserar genus närmare är att hon väljer att fokusera på genus som något relationellt, hon talar därför

⁹² S. 61.

⁹³ S. 38: "(...) i vissa fall är endast biologiskt kön ett rättsfaktum."

⁹⁴ S. 28.

⁹⁵ S. 47; Se också Hirdman (1988), s. 51.

om behovet av att välja ett relationellt perspektiv.⁹⁶ Det kvinnliga och det manliga utgör två motsatser vilka står i en relation till varandra, och för arbetet är det innebörden av denna relation som är intressant. Det gäller oavsett om vi rör oss på en konkret eller en abstrakt nivå.

Fransson utgår från en indelning mellan det faktiska och det föreställ-da, och preciserar därför ett begrepp "genuskontrakt", som avser det fak-tiska förhållandet mellan män och kvinnor, och ett begrepp "genusrela-tion" vilket avser våra föreställningar kring förhållandet mellan könen.

Enligt Fransson kan begreppet "genuskontrakt" användas för att "kon-kretisera de normativa, praxisskapande relationer och beroenden som implicit och explicit finns mellan könen i olika skeenden och på olika nivåer."⁹⁷ Genom att placera detta begrepp i verkligheten får hon något som kan studeras empiriskt i tid och rum, och som kan studeras på den faktiska och därmed också den individuella nivån.

De analyser som genomförs i arbetet handlar därför både om de aktö-rer, som befinner sig på den faktiska nivån, och om de rättssubjekt som utgör en del av normerna. En viktig förutsättning för argumentations-analysen är därför att både rättssubjekten (i normerna) och de faktiska aktörerna (t.ex. i förhandlingsprocessen) har kön.⁹⁸

4.3.3 Kunskap

Som jag uppfattar det kan man alltså säga att kön principiellt sett inte är intressant att definiera ytterligare: kvinnor diskrimineras oavsett klass, utbildning, ras eller etnisk tillhörighet. Därför blir endast den biologiska aspekten av kön relevant i detta sammanhang.⁹⁹ Kön som grund för olik lönesättning är i denna mening ett brott mot en princip om likhet och därför att uppfatta som otillåten diskriminering.

Samtidigt är det uppenbart att Franssons bok handlar om sambandet mellan reglerna och verkligheten, eller mellan norm och tillämpning. Hon anger också att hennes arbete är besläktat med de ställningstagan-den man finner hos Stang Dahl.¹⁰⁰

Liksom Stang Dahl har även Fransson en stark tro på rättsdogmatiken i sig, och hon betonar särskilt den emancipatoriska möjlighet som ligger

⁹⁶ S. 61. I denna del är författaren inspirerad av Svensson (1997), det finns därför skäl att återkomma till frågan om ett relationellt genusbegrepp i avsnitt 4.4.

⁹⁷ S. 61–62; Tanken på ett genuskontrakt finns bland annat hos Hirdman (1988), s. 54 f., jfr SOU 1990:44, s. 78; Även andra författare har presenterat kontraktteorier som ett sätt att teoretisera kön, se t.ex. Pateman (1989).

⁹⁸ S. 30–31.

⁹⁹ S. 23, jfr s. 38.

¹⁰⁰ S. 45.

i att lyfta fram kvinnors verklighet i rättsordningen. Fransson väljer dock en mer teoretiskt orienterad forskningsansats genom att precisera en teori om normativa grundmönster.¹⁰¹

I denna teori placerar Fransson könsfaktorn som ett bland flera grundmönster. De övriga utgörs av ett skydd för etablerad position, det marknadsfunktionella mönstret, en rättvis fördelning och förbudet mot diskriminering.

Det är möjligt att denna tanke om normativa grundmönster i det här sammanhanget ska ses som ett försök att teoretisera en relation mellan de rättsliga reglerna och samhällets underliggande normer. I så fall handlar det om normer som påverkar de värderingar som görs av kvinnors och mäns arbeten generellt sett. Det senare understryks av de hänvisningar som görs till Hirdmans teori om ett genusystem.

Den teori Hirdman presenterat är i grunden en teori om sambandet mellan den tankevärld vi omfattas av och organisationen av det faktiska. Fransson framhåller att genom det sätt på vilket Hirdman preciserar genus får denna faktor ett systematiserande drag. Man kan säga att genus blir till en del av en ordningsstruktur. Genom att koncentrera sig på detta systematiska drag hos genus blir det möjligt att också identifiera vissa grundmönster, samtidigt som förhållandet mellan könen problematiseras.¹⁰²

Franssons tillämpning av teorin om normativa grundmönster kan jämföras med den syn på kunskap som framträder hos Stang Dahl. Den funktion denna teori ges i det aktuella arbetet är att skapa möjlighet att beskriva normerna från rättssubjektets perspektiv, och då särskilt hur de normativa grundmönstren kan vara beroende av arbetstagarens kön. Men till skillnad från Stang Dahl, som ju i huvudsak legitimerar sitt könsperspektiv genom empiriska argument, strävar Fransson efter att ge en teoretisk grund för arbetet.¹⁰³

Hon väljer därför att analysera kön i rättsordningen med utgångspunkt i Hirdmans teori om ett genusystem. Det innebär att den könsteoretiska grund hon anför principiellt sett handlar om ett könssystem, som styrs av vissa specifika logiker och där makt är en av dessa. Det är därför i hög grad förekomsten av makt som legitimerar forskningen, inte nödvändigtvis möjligheten till ett annat perspektiv med ett annat materiellt innehåll. Enligt författaren är det just denna teoretiska grund, som gör att hon överhuvudtaget kan ställa de frågor som blir relevanta för arbetet: varför

¹⁰¹ S. 49 f.

¹⁰² S. 47–49.

¹⁰³ De empiriska förutsättningarna torde dock vara givna, se t.ex. s. 21 och s. 38.

finns det löneskillnader som endast kan förklaras med att de beror av kön, och varför har dessa löneskillnader varit så beständiga?¹⁰⁴

Fransson väljer alltså Hirdmans teori om ett genusystem för att legitimera sin forskning, för att ange det teoretiska underlaget och den begreppsapparat hon tillämpar. Det finns därför skäl att kommentera detta val av teori ytterligare.

4.3.4 Analysen

Fransson inkluderar den faktiska nivån i sina teoretiska resonemang på ett tydligt sätt: Det här är problem som rör enskilda individer, och det är möjligt att påverka den rättsliga argumentationen i syfte att uppnå förändring. En sådan emancipatorisk strategi ligger redan i begreppet genuskontrakt eftersom ett kontrakt alltid kan omförhandlas.¹⁰⁵ Samtidigt kan både teorin om ett genusystem och det genuskontrakt som presenteras att förefalla vara mycket abstrakta i det här sammanhanget.

När vi talar om rättsliga bedömningar av vad som kan vara ett likvärdigt arbete kommer vi i första hand att röra oss på den faktiska nivån. Vi kommer att tala om kön i den sociala världen, präglad av kulturella föreställningar och den arbetsdelning som Fransson också ser som normskapande i sig.

Om vi tänker oss ett fall där vi konkret ska jämföra om ett arbete är likvärdigt med ett annat, kommer vi att anknyta till könsföreställningar på olika sätt. Det är knappast möjligt att ens diskutera personliga omständigheter eller arbetsinsats fullständigt fritt från sådana referensramar. Vid dessa bedömningar kommer det därför att förekomma mängder av argument som rör den konkreta situationen och de enskilda könsmänniskorna.

Fransson ger ingen närmare bestämning av vad kön representerar i detta sammanhang. I någon mån lyser det dock igenom i den övriga argumentationen. Hos Stang-Dahl är kön hos människan vanligen det samma som vissa typiska kvinnliga livsvillkor, och mycket tyder på att Fransson har samma socialpsykologiska uppfattning: det handlar om köns olika villkor och inte deras olika väsen.¹⁰⁶

Stang Dahl ger dock dessa villkor ett materiellt innehåll och därmed en rättslig betydelse: vi kan minska orättvisorna genom att ta större hänsyn till kvinnors kunskaper och livsvillkor. Fransson uttalar ingen sådan tydlig rekommendation. Den rekonstruktiva sidan av frågeställningarna

¹⁰⁴ S. 48.

¹⁰⁵ S. 63.

¹⁰⁶ S. 59.

blir därför mycket litet diskuterade och vi får inga omedelbara ledtrådar till hur vi bäst bör argumentera i dessa fall.

Författaren pekar visserligen på att de frågor, som uppstår i samband med jämförelser mellan olika yrkesarbeten, inte enbart kan vara rena kunskapsfrågor utan här finns också en normativ dimension.¹⁰⁷ Detta samband mellan norm och verklighet, eller sambandet mellan kvinnors livsvillkor och det sätt på vilket deras arbete rent faktiskt återspeglas i argumentationen i rättsordningen, kunde alltså varit intressant att utveckla vidare.

Om det "Barnmorskemål" som refereras fortlöpande genom arbetet, hade analyserats med utgångspunkt i de förutsättningar som anges av Stang Dahl, hade man kunnat argumentera för att omsorgsarbetet i sig var av mer kvalificerad beskaffenhet än de tekniska arbetsuppgifter det skulle jämföras med.¹⁰⁸ Den alternativa syn på kunskap (både i ett metodologiskt och i ett kunskapsteoretiskt sammanhang) som kan ligga i avhandlingens teoretiska förutsättningar kunde möjligen utnyttjats för en mer ingående diskussion av de principiella frågor som väcks när man ger könsfaktorn relevans på arbetsrättens område.

Fransson pekar istället på de möjligheter som ligger i arbetsstudier och liknande, metoder som vanligen tillämpas i dessa fall. Däremot saknas det enligt författaren en "magic box", med vars hjälp parterna och domstolarna kan lösa värdekonflikterna.¹⁰⁹

I de sammanfattande analyser som avslutar arbetet återkommer både teorin om genussystemet och teorin om de normativa grundmönstren på så sätt att den kunskap som framkommit genom arbetet jämförs med de strukturer som beskrivits genom de angivna teorierna.

Författaren konstaterar att det finns en diskrimineringens egen logik, där redan existerande föreställningar kring kvinnors och mäns arbeten gör att dessa inte går att jämföra på det sätt som lagstiftningen förutsätter, utan att det könskaraktäristiska hos arbetet på något sätt påverkar resultatet.¹¹⁰

När det gäller de normativa grundmönster som presenteras kommer författaren till en liknande slutsats: Kvinnors sämre villkor totalt sett gör att de dels får lägre lön, dels har svårt att få rätt i sina krav i domstolarna.¹¹¹

¹⁰⁷ S. 38, jfr s. 471.

¹⁰⁸ S. 339 ff.; Jfr här Schömer (1999), s. 338.

¹⁰⁹ S. 471.

¹¹⁰ S. 439 ff.

¹¹¹ S. 445 ff.

Fransson gör sin analys av de arbetsrättsliga reglerna mer komplex genom att ge både rättssubjektet och aktörerna kön: De är inte neutrala utan istället är att uppfatta som könsmäniskor. Man kan säga att hon önskar att problematisera relationen mellan normen och tillämpningen genom att utmana det könsneutrala i rättsordningen. Den fråga som då uppstår är hur långt denna syn på människan sträcker sig i avhandlingen.

Diskrimineringsförbudet bygger på ett traditionellt frihetsideal, ingen ska särbehandlas på grund av kön. Själva principen lika lön för likvärdigt arbete handlar därför i grunden om individens rätt till likabehandling. Även om författaren alltså diskuterar utifrån en könsbestämd verklighet, så problematiseras knappast de grundläggande förutsättningarna för rättsordningens sätt att uppfatta individen, eller den syn på människan som ytterst styr den rättsliga argumentationen. Sådana frågeställningar kunde ha varit intressant att diskutera ytterligare, särskilt i förhållande till de konkreta bedömningar som ska göras av vad som är ett likvärdigt arbete.

På samma sätt som hos Stang Dahl så befinner sig de resonemang som förs kring kön i arbetet i ett spänningsfält mellan det jag har kallat "likhet" och "olikhet".¹¹² Den diskrimineringsprincip som Fransson studerar (och som inte omedelbart ifrågasätts i sig) bygger på likhet, medan den könsteoretiska grund hon anför handlar om kön och makt. Dessa står dock i ett ideologiskt samband endast så länge man inte för in kön som en självständig faktor med ett eget materiellt innehåll, och det är på just denna punkt som författaren blir ambivalent. Kön är en del av en dekonstruktiv analys i arbetet, men dess funktion vid en eventuell rekonstruktion av rättsordningen (särskilt vid regeltolkning) förblir oklar.

4.3.5 Genussystem och rättsvetenskap

Hirdmans teori om ett genussystem är alltså en central del av den teori Franssons avhandling bygger på.¹¹³ Författaren understryker också att detta gäller både arbetets "teoriram" och dess begreppsapparat, såväl deskriptivt som analytiskt.¹¹⁴

Hirdmans teori om ett genussystem kan dessutom sägas representera en viktig aspekt av en principiell frågeställning kring makt inom kvinnoforskningen, något som i sig är intressant att uppmärksamma.¹¹⁵

¹¹² S. 56–61.

¹¹³ Hirdman (1988).

¹¹⁴ Fransson (2000), s. 47.

¹¹⁵ Jfr också Svensson (1997), vars analys av rätten utgår ifrån en teori om kön som ett avskiljande, se vidare avsnitt 4.4.

Det grundläggande för genussystemet är enligt Hirdman dess två logiker: det handlar dels om isärhållandet av könen i form av ett motstatspar eller en dikotomi, dels om hierarkin där den manliga sidan bildar normen.¹¹⁶ Enkelt uttryckt är det dessa två logiker, som skapar det sammanhang som vi själva lever inom, och deras funktion blir framförallt att vara meningsskapande och maktskapande. De formar därför också vårt sätt att uppfatta och strukturera verkligheten.

Till sin yttre form framstår teorin om ett genussystem som en relation mellan kön och makt, vilken produceras och reproduceras genom särskiljande och dominans, och där det framförallt är själva dikotomiserandet av kön som skapar legitimitet åt den manliga normen.¹¹⁷

Det sätt på vilket Hirdman presenterar sin teori antyder att denna ändå bygger på ett samhällsvetenskapligt tänkande. Författaren menar att det handlar om en ordningsstruktur för kön vilken också får konsekvenser för andra sociala ordningar, ekonomiska och politiska.¹¹⁸

I ett sådant sammanhang kan också rättsordningen ses som en del av en organisation (och en kultur) där den argumentation som förs återspeglar en kvinnlig underordning. Det gör att tanken om ett genussystem också kan vara intressant för rättsvetenskapen. Men frågan blir i så fall på vilket sätt, och vad en sådan ansats kan ge oss när det gäller de frågor kring kunskap och människa som jag har pekat ut i som särskilt viktiga för mitt eget arbete.

Om man alltså väljer att se genussystemet som ett slags organiserande, så kan man uppfatta detta både på en faktisk (eller konkret) nivå och en teoretisk (eller abstrakt) nivå.¹¹⁹

Ser man detta utifrån en mer konkret utgångspunkt är rättsordningen alltid en del av en organisatorisk helhet, den är en viktig förutsättning både för staten i sig och för möjligheten till en effektiv samhällsstyrning.

¹¹⁶ Hirdman (1988), s. 51 f.; Fransson väljer dock att lägga till den rangordning som skapas, och den rangordningens egen logik som följer av denna, Fransson (2000), s. 47–49.

¹¹⁷ Hirdman opponerar dock mot att ett generellt förtryck måste ha en generell förklaring, och hon betonar också behovet av att kunna tolka kön utan en sådan ansats, Hirdman (1988), s. 51 och s. 59–60.

¹¹⁸ Hirdman (1988) s. 51.

¹¹⁹ Om vi tänker oss förhållandet mellan genussystemet och rättsordningen utifrån den indelning av kön som Harding gör, så kan vi tala om en samhällsorganisation där rättsordningen ingår, om en kultur som ger ett visst sätt att beskriva tillvaron vilket påverkar rättsordningen, och en människa som formas i denna organisation; Svensson (2001a), s. 86, är också inne på tanken att människan påverkas av rättsordningen. Jfr också Svensson (2001) s. 22.

Frågor kring staten och rätten är dock teman som är förhållandevis litet diskuterade inom kvinnorrätten överhuvudtaget.¹²⁰

Om vi däremot istället ser genussystemet som det teoretiska projektet som sannolikt är tänkt att vara, alltså som en teori om ett organiserande av det meningsskapande i tillvaron, så kan detta ge oss en intressant analytisk ansats. Det tankesystem som beskrivs som ett genussystem kan också vara relevant för juridiken: både rättsordningen och rättsvetenskapen är en del av en kultur.

En sådan tankegång är på intet sätt främmande för kvinnorrätten. Ser man exempelvis till Stang Dahl så, talar denna om den manliga hegemonin i rättsordningen, medan MacKinnon talar om hur rätten ser kvinnor såsom män ser kvinnor.¹²¹

På samma sätt kan man säga att det dualistiska system, som teorin handlar om, i hög grad också kan identifieras inom rättsordningen. När det gäller utformningen av straffrätten och tillämpningen av de straffrättsliga reglerna, är det möjligt att identifiera flera motsatspar i argumentationen: t.ex. gärningsman–brottsoffer, aktiv–passiv, över–under, subjekt–objekt, o.s.v.

Hirdmans teori är tilltalande för kvinnoforskare därför att den säger vad många upplever, nämligen att det man studerar hela tiden upprepar sig: det är samma visa om kön och makt överallt. Den är därför också överförbar på många områden där frågor kring människa och kultur aktualiseras. Det finns dock en allmän kritik mot denna teori som just går ut på att den är så generell.

Teorin beskriver konstitueringen av kön och av könsförtryck som en i det närmaste given process, något som kan innebära att teorin saknar den dynamik som krävs för att man ska kunna studera kön som något föränderligt i tid och rum. En teori som så tydligt präglas av ett visst makt-tänkande applicerad på en mycket generell nivå leder gärna till statiskhet, eftersom den endast förmår beskriva ett visst tillstånd.

Sommestad pekar också på att själva tanken om ett "system" är problematisk. Det sätt på vilket teorin är uppbyggd ligger nära den feminism som diskuterades framförallt under 1970-talet. Här handlade det bland annat om att skapa ett patriarkatsbegrepp som ett slags svar på marxismens teori om kapitalet.¹²² (Hirdman drar också själv paralleller till andra system, såsom kapitalism och socialism.¹²³)

¹²⁰ I arbetet har jag valt bort detta tema, jfr avsnitt 2.6.

¹²¹ Stang Dahl (1985) s. 16 f.; MacKinnon, (1987a), s. 135 f.

¹²² Somestad (1992) s. 22; Jfr den s.k. Patriarkatsdebatten, se t.ex. Åquist, (1990).

¹²³ Hirdman (1988), s. 56.

Enligt Fransson bottenar en del av kritiken i en förväntan om att teorin är normativ, när man istället borde uppfatta den som en beskrivning som säger något om "varat".¹²⁴ I så fall säger denna teori inte mer än att den beskriver en tro på ett maktsystem som redan finns inom feminismen, och som i sig är ett skäl till varför vi forskar. Risker finns därför att detta leder till att forskningens teoretiska underlag endast blir en teori om makt, vilket i förhållande till ett straffrättsligt tänkande blir destruktivt.¹²⁵

Fransson argumenterar för att detta problem kan lösas genom att man framhåller att kön är något föränderligt, "genus och genusystem skapas och förändras av människor och teorin kan därmed också innehålla motsättningar och förändringar". Därför kan man också säga att teorin kan innehålla en viss dynamik.¹²⁶ Om författaren har rätt så har hon därigenom också givit teorin en analytisk form, vilket gör att den kan läggas till grund för att studera kön i rättsordningen.

Frågan blir dock om ett sådant påstående verkligen är hållbart. Det grundläggande problemet ligger ändå i synen på makt, framförallt den självklara kopplingen mellan en viss typ av makt och kön. Det är alltså inte kön i sig som skapar det statiska momentet i teorin. Om det hade handlat om ett innehållslöst (eller om man så vill könlöst) maktbegrepp så hade Franssons resonemang om föränderlighet kunnat vara trovärdigt. Men det genusystem som presenteras handlar om en viss specifik köns-makt, den manliga dominansen, och i teorin är denna konstant (den är t.o.m. en del av själva logiken i systemet).¹²⁷ Teorin anger ett system för produktion av kön som är intressant, men i nästa led när denna teori ska läggas till grund för analyser, blir den lätt statisk eller i värsta fall deterministisk. Som vi ska se i kapitel 5 är alla sådana övergripande teorier problematiska i ett straffrättsligt sammanhang, särskilt vid rekonstruktiva analyser på området.¹²⁸

De frågor som blir intressanta att diskutera handlar alltså återigen om teorins allmänna förutsättningar, i första hand frågeställningar som rör synen på kunskap och kön hos människan.

På ett allmänt plan handlar teorin om dualism och makt, och båda dessa kan på olika sätt knytas till alla de tre modeller jag har presenterat.

¹²⁴ Fransson (2000), s. 49. Jfr Svensson (2001a), s. 79.

¹²⁵ Se särskilt avsnitt 5.2.

¹²⁶ Fransson (2000), s. 49; Hirdman försöker också att bygga in en dynamik i det isärhållande som präglar genusystemet. Denna faktor varierar och är i sig därför påverkbar, menar författaren. Hirdman (1988), s. 57–59; Jfr också Svensson (2001), s. 23.

¹²⁷ Jfr Edwards (1995), s. 61, vilken påpekar att Hirdmans genusystem lika gärna kan uppfattas som en teori om en könsmaktsordning.

¹²⁸ Se vidare avsnitt 5.2, 5.5 och 5.6.

Det är därför oklart hur denna teori ska relateras till kunskapfrågorna: vilken kunskapssyn ligger bakom denna teori om ett genussystem?

I ett straffrättsligt sammanhang blir det svårt att med denna utgångspunkt ange vad som är grunden för kunskapen och hur vi mot bakgrund av detta bör beskriva verkligheten. Det blir helt enkelt svårt att med utgångspunkt i ett genussystem säga något om vad som är sant eller falskt, och därmed också rätt eller fel.

Teorin ger inte heller någon klar förståelse av hur man bör se människan i detta genussystem. Teorin har en kollektiv anstrykning eftersom den talar om det kvinnliga som det avskilda och undertryckta. Men vissa sidor av Hirdmans presentation av teorin kan också implicera att det är tankefigurernas makt som påverkar människors utveckling mer än någonting annat.¹²⁹

Teorin om ett genussystem kan hjälpa oss att förstå vissa sidor av hur människan och verkligheten skapas och återskapas, men det är tveksamt om den kan ge ett acceptabelt alternativ när det gäller synen på människan i rättsordningen.

4.4 Svensson: Genus och rätt

4.4.1 Inledning

Svenssons tema är rättsteoretiskt, det handlar om grunderna för rättsordningen. Tanken är att det postmoderna och mångkulturella samhället behöver en rättsordning som kan hantera en värld med många konkurrerande värden. En djupare analys av sambandet mellan rättsförståelse, vetenskapssyn och genus kan därför leda till att rättsförståelsen på ett bättre sätt kan hantera en tillvaro som är komplex och mångsidig. Det blir därför viktigt att studera de antaganden som ligger till grund för rättsförståelsen, framförallt när det gäller den könsmässiga aspekten av samhället och rätten.¹³⁰

Det här är en avhandling som innehåller väldigt många olika komponenter. Här återfinns en mängd ställningstaganden och diskussioner som kunde ha förtjänat en mer ingående studie. I detta sammanhang kommer jag dock att koncentrera mig på de frågeställningar som omedelbart kan kopplas till diskussionen kring kön i forskningen.

Svensson utgår ifrån kön i form av ett genusbegrepp, men hon intres-

¹²⁹ Hirdman (1989), s. 52. Hirdman bygger delvis sin teori på Chodorow (1978) som kritiserats bl.a. av Lundgren (1993), s. 43–45, just för att skapa i det närmaste deterministiska kategorier av kön.

¹³⁰ Svensson (1997), s. 11.

serar sig i första hand för den relation som kan finnas mellan könen på olika plan. Hon anför att i "detta arbete problematiseras alltså föreställningen om rätten med utgångspunkt i genusrelationen som symbolisk och konkret ordning."¹³¹

I syfte att överföra genusrelationen till en analys av rättordningens premisser omvandlas sedan denna till ett analytiskt och relationellt begrepp. Det innebär att flera av de mer grundläggande frågorna kring kön och kunskap diskuteras i anslutning till kön som forskningsobjekt, och jag kommer därför att koncentrera mig på de könsbegrepp som presenteras.

Författaren gör dock vissa grundläggande ställningstaganden till den kunskapssyn som rättsordningen vilar på och hur denna bäst bör analyseras, vilket gör att det är av intresse att inledningsvis presentera några viktiga förutsättningar för hennes arbete.

4.4.2 Kön och kunskap

Svensson ansluter sig till en forskning som innebär att kön inte enbart är en faktor eller en variabel, utan något som bör ges en självständig betydelse inom vetenskapen. På denna punkt är författaren mycket tydlig: En rättsförståelse "som inte ser genus relevans har missat något centralt. Den kan inte vara rättvis och vederhäftig."¹³²

Kön ses alltså som en väsentlig faktor i förhållande till kunskapen, och författaren framhåller även att arbetet väcker kunskapsteoretiska frågor som i liten grad har diskuterats inom kvinnorrättsvetenskapen.¹³³

Ett grundläggande ställningstagande i arbetet går därför ut på att det är omöjligt att vara "positionslös" vid vetenskapliga studier. Det finns helt enkelt ingen neutral position att argumentera utifrån. Svensson avvisar därför den objektivism som hon menar präglar stora delar av den rättsvetenskapliga forskningen.¹³⁴

Författaren poängterar också att hon ser kunskapen som socialt beroende. Den produceras och tolkas alltid i ett visst socialt sammanhang. All kunskap produceras dessutom inom vad författaren kallar en "tankeram", där en viktig förutsättning är att vissa antaganden redan från början uppfattas som självklara och oproblematiska. Enkelt uttryckt representerar detta begrepp de ställningstaganden utifrån vilka människor formar sina liv, och begreppet har också en social anknytning eftersom det är hämtat

¹³¹ S. 25.

¹³² S. 11.

¹³³ S. 14.

¹³⁴ Objektivism definieras i arbetet som "en beteckning för en enhetsvetenskap vilken gör en skarp åtskillnad mellan objekt/subjekt, fakta/värde samt teori/praktik." s. 83; Författaren avvisar dock även postmodernismen som kunskapsteori, s. 62.

ifrån kunskapsantropologin. Den funktion som begreppet tankeram får i arbetet är ändå att representera något generellt och tidsobestämt.¹³⁵

Begreppet tankeram är viktigt för Svenssons arbete och kunde därför varit intressant att diskutera ytterligare, men jag kommer istället att koncentrera mig på de aspekter av arbetet som omedelbart kan hänföras till en könsteori i någon form.¹³⁶

I Svenssons arbete spelar språket en central roll, bland annat därför att det kan ses som ett redskap i de analyser som genomförs.¹³⁷ Det kunde varit givande för presentationen av arbetet att gå närmare in på denna del, men jag väljer alltså att också lägga detta tema åt sidan.

Det finns dock andra ställningstaganden som är centrala för arbetet och som omedelbart kan kopplas till arbetets könsteori. Det gäller framförallt en tankegång om att vår föreställningsvärld bygger på dikotoma relationer, och att den därför också präglas av sambandet mellan det dikotoma i sig och andra maktförhållanden.

De ställningstaganden som görs i denna del kan till viss del återknytas till Hirdmans teori om ett genussystem som presenterats i föregående avsnitt. Men istället för att tala i de maktrelaterade termer som förekommer hos Hirdman, ser Svensson problematiken i form av ett slags "avskiljande". Hon skriver: "Hela myten om den moderna västerländska kultursfären kan med andra ord karaktäriseras som avskiljandet av det icke-rationella, det icke-vetenskapliga enligt en avskiljandets logik. Själva idén om det vetenskapliga, förnuftiga samhället förutsätter alltså ett kraftigt avståndstagande från "det andra" ".¹³⁸

Detta avskiljande genomsyrar även rättsförståelsen, menar Svensson. Det kan handla om frågor som rör definitionen av begrepp, vad som regleras och hur den rättsliga argumentationen är uppbyggd.¹³⁹ Enligt författaren blir därför inte de inomsystematiska kriterierna de viktigaste att studera, utan snarare de ställningstaganden som ligger till grund för hur distinktionerna i sig skapas.

Den avskiljandets logik, som blir en konsekvens av dessa distinktioner, styr sedan våra föreställningar om verkligheten, och påverkar därför också frågor som gäller rättsordningen, exempelvis vad vi uppfattar som relevant i ett rättsligt sammanhang.

¹³⁵ Begreppet "tankeram" uppvisar likheter med "paradigm" men det senare är avgränsat till det vetenskapliga området och har alltså inte samma nedslagsområde som "tankeram", s. 24.

¹³⁶ Det är dock viktigt att vara uppmärksam på att valet av "tankeram" har ett samband med författarens allmänna strävan efter att komma bort ifrån vissa dikotomier, s. 72.

¹³⁷ S. 38 f.

¹³⁸ S. 55.

¹³⁹ S. 43.

Författaren uppfattar därför att det sker ett sådant avskiljande på flera plan: det är en mekanism vilken kan identifieras på det faktiska planet, likaväl som det leder till skapandet av distinktioner vilka verkar normerande för vår föreställningsvärld.

Ett sådant avskiljande genom distinktioner är också kopplat till genus: de föreställningar vi har om tillvaron baseras på motsatser som också är präglade av det sätt på vilket genusrelationen är ordnad.¹⁴⁰

Enligt Stang Dahl är rättsordningen präglad av en manlig hegemoni, ett slags manlig norm, där kvinnors livsvillkor inte passar in och där en formell likhet i rättsordningen inte kan råda bot på problemet. Svensson flyttar så att säga en sådan tankegång till en teoretisk nivå, och lägger till att problemet förstärks genom att "rättens ontologiska, epistemologiska och axiologiska utgångspunkter i sig är ensidiga".¹⁴¹

Svensson intresserar sig därför för den likhetsideologi som präglar den moderna rättsordningen. Den kunskapsstruktur som rättsordningen bygger på kan, menar författaren, ses som ett resultat av ett avskiljande av vissa aspekter av tillvaron. Det är därför snarare avsaknaden av genus som präglar dagens rättsordning. Hennes målsättning blir därför att rättsordningen ska kunna omfatta fler aspekter av tillvaron, framförallt de som kan följa av att man uppmärksammar genus' betydelse. Arbetet handlar därför om att identifiera de teoretiska hinder för detta som kan finnas i vetenskapens självförståelse och i dess teorikärna.¹⁴²

Det finns alltså sidor hos Svenssons resonemang som kan relateras till de tankegångar som kännetecknar den andra modellen, men som vi ska se handlar det inte om att välja ståndpunktsfeminismen. Hennes avsikt är att finna metoder för att undvika ett sådant dikotomt tänkande, och hennes lösning är inte att presentera det kvinnliga som ett alternativ i sig. Det är istället så att en förutsättning för att man överhuvudtaget ska kunna uppnå jämställdhet mellan könen, är att sådana distinktioner går i upplösning.¹⁴³

De analytiska ansatser som presenteras handlar därför om att finna sätt att tala om kön i rättsordningen utan att omedelbart tala om en kulturellt definierad version av "kvinnligt" och "manligt", eller om det kvinnliga som något substansieellt i sig. Svensson väljer istället att förhålla sig "relationellt" till de fenomen och de begrepp som arbetet aktualiserar: genus, makt, människa, o.s.v.

¹⁴⁰ S. 79

¹⁴¹ S. 17.

¹⁴² S. 19.

¹⁴³ S. 34.

4.4.3 Genus och genusrelation

Enligt Svensson är det nödvändigt att tillämpa ett genusbegrepp för att vi ska kunna studera förutsättningarna för den kunskap rättsordningen bygger på. Hon anger därför flera begrepp vilka i sig är intressanta: genus, genusrelation och ett s.k. relationellt genusbegrepp, där avsikten är att det senare ska tillämpas analytiskt i arbetet.

Den beskrivning som författaren ger av genus är sådan att den måste uppfattas som ett slags definition, eller kanske en programförklaring. Hon skriver: "Genus är på svenska ursprungligen en grammatikalisk term. Men genus har dessutom kommit att användas i en mer sammanfatt betydelse, genus avser både den biologiska och den sociala aspekten av könet samt något mer. Det är i denna mening genus skall förstås i detta arbete."¹⁴⁴

En sådan beskrivning av genus är inte alldeles lätt att tillägna sig. Det kunde därför vara intressant att försöka analysera de olika begrepp, och deras inbördes förhållanden, författaren presenterar i detta sammanhang.

Som jag förstår Svenssons tankegång så gör hon först en indelning mellan det faktiska och det föreställda.¹⁴⁵ Kön avser män och kvinnor, alltså även faktiska individer, vilka ses såsom både biologiska och sociala varelser.

Genus hör däremot till den föreställda världen, och det ligger nära till hands att förstå författarens resonemang som att det handlar om det meningsskapande i tillvaron.

Detta genus förekommer sedan i en konkret mening och i en symbolisk mening. Det konkreta genus kan nog antas representeras bl.a. av de föreställningar kring kön, manligt och kvinnligt, som förekommer i ett samhälle. Författaren framhåller också att den faktiska människan utvecklas i det samspel som uppstår mellan den faktiska nivån och genus i konkret och symbolisk mening: "Varje människa förhåller sig till och bekräftas i relationer där genus som föreställning och konkret praktik ingår."¹⁴⁶

Det symboliska genus kan iakttas på många sätt. Det räcker långt med att bara studera de myter som omger vår egen kultur. Klassiska exempel på dessa könsbundna och genusrelaterade tankegångar finns bl.a. hos Aristoteles.¹⁴⁷

¹⁴⁴ S. 12.

¹⁴⁵ Denna indelning och den funktion den får framstår dock som oavklarad, jfr diskussion kring begreppet "genusrelation" nedan.

¹⁴⁶ S. 12.

¹⁴⁷ Se vidare Ekenvall (1966).

Jag antar alltså att genus i den konkreta formen avser allmänna föreställningar kring kön vilka är meningsskapande, och att vi på den symboliska nivån finner den abstraherade versionen av detta genus.

Den faktor som benämns "något mer" är dock svårare att förstå. I ett rättsvetenskapligt sammanhang är den presentation som författaren gör av genus knappast att uppfatta som en begreppsdefinition, och det även om man på allvar tillämpar en sådan öppen metodik som författaren förespråkar.¹⁴⁸ Denna faktor "något mer" kan dessutom uppfattas på flera sätt. Den kan t.ex. ha att göra med det abstraherade könet, men också mer specifikt med de kunskapfrågor som uppstår när man utgår ifrån genus.

En första möjlighet blir då att "något mer" är ett sätt att uttrycka just den symboliska nivån av genus. Inom kvinnoforskningen generellt betonas ju att kön kan ha många aspekter, däribland som en del av vår kultur eller som ett organiserande i någon form, faktorer som kan påverka vår föreställningsvärld – även i ett vetenskapligt sammanhang.¹⁴⁹

En annan möjlighet är att "något mer" har att göra med sambandet mellan kunskap och kön. I samma avsnitt talar nämligen författaren om genusforskning, som enligt henne avser dels forskning som omhandlar vetenskapens teoretiska kärna, dels all forskning som använder kön/genus som begrepp eller kategori.¹⁵⁰ Om "något mer" ska ses i relation till dessa frågor så rör det sig om de kunskapsfrågor som följer av att man tillämpar genus som kategori i forskningen.

I det sammanhang "något mer" presenteras, alltså som en del av genus, och där genus sägs förekomma både i en konkret och en symbolisk mening, är kanske den första tolkningen mest närliggande.

Enligt författaren är dock genus inte intressant i sig, det är istället relationen mellan kön som två motsatser som kan säga oss något om vad genus är, vad som är dess innebörd och funktion: "Med genusrelation, slutligen, avses det sätt på vilket män och kvinnor förhåller sig till varandra, både i en metafysisk och en konkret mening".¹⁵¹

Det här är en definition som komplicerar bilden, men så som jag uppfattar de indelningar som görs tidigare i arbetet avser inte begreppet genus den faktiska nivån (alltså faktiska män och kvinnor). Det skulle alltså ligga närmare till hands att anta att det handlar om det som författaren

¹⁴⁸ Svensson (1997), s. 24. Jfr s. 42, där en förutsättning för arbetet är att begreppen inte är för precist angivna.

¹⁴⁹ Se t.ex. Harding (1986), kapitel 5.

¹⁵⁰ Svensson (1997), s. 12.

¹⁵¹ S. 12.

anger som genus, vilket ju också sägs förekomma både i en konkret och i en symbolisk form.

En sådan tolkning får också stöd av att författaren senare anger ett relationellt begrepp, som till sin form och funktion måste avse genus, och inte kön i faktisk mening.¹⁵² Man bör dock vara uppmärksam på att Svensson i andra sammanhang talar om genusrelation som något som förekommer på både den strukturella och den individuella nivån, och där den senare även avser en "levd praktik".¹⁵³

Det är svårt att göra några självklara tolkningar här, författaren har på gott och ont en tendens till att relatera både till den faktiska och till den föreställda verkligheten samtidigt. Det finns flera exempel på detta i de analyser som genomförs, något som det finns skäl att återkomma till senare.¹⁵⁴

Om vi antar att begreppet genusrelation avser en relation mellan genus så kan en genusrelation, på samma sätt som genus, förekomma i två former, vilket här blir i en konkret mening och en metafysisk mening.

Den konkreta formen kan här antas handla om de två genus som nämndes inledningsvis, i första hand de föreställningar som kan finnas kring manligt och kvinnligt och hur dessa relaterar till varandra. Istället för att intressera oss för genus i sig kan det alltså vara mer givande att studera denna relation. Hur man uppfattar den ena sidan blir alltid beroende av hur man ser på den andra, det faktum att dessa befinner sig i en motsättning är i sig en väsentlig del av den innebörd dessa får.¹⁵⁵

Svårare blir det att förstå vad den metafysiska formen av begreppet "genusrelation" representerar. Vi kan anta att vi rör oss i en föreställningsvärld, eftersom vi vet att genus kan förekomma i en symbolisk form. Den relation som uppstår mellan dessa symboliska genus måste förstås också befinna sig på en sådan abstraherad nivå.

När genusrelationen blir metafysisk skapar det emellertid ett intryck av att denna flyttar sig till en än mer abstraherad och obestämd nivå. Det metafysiska handlar ju enkelt uttryckt om det "upphöjda", det som befin-

¹⁵² Sett i samband med det relationella begrepp som senare anges, så ger det liten mening att i det här sammanhanget återföra något till den faktiska nivån. Det enda skulle i så fall vara om man här önskar förhålla begreppet genusrelation till den rättsordning som ska undersökas, d.v.s. att genus påverkar rättsordningen på flera plan, även i ett faktiskt sammanhang.

¹⁵³ Se t.ex. s. 42. Detta är dock tänkbart eftersom en möjlig tolkning av begreppet konkret genus är att detta handlar just om de föreställningar kring kön som även påverkar individen.

¹⁵⁴ Se t.ex. s. 109, där författaren visar hur genusrelationer också har en individuell och en strukturell sida. Jfr också s. 116, där en metafysisk genusrelation ställs emot en social institutionell sådan.

¹⁵⁵ Jfr Widerberg (1992a), s. 289.

ner sig över den ofullkomliga verkligheten, eller om verklighetens sanna natur.

Metafysiken representerar i sig ett slags vetenskapens verklighetsbild, men som sådan är den knappast längre aktuell inom forskningen. Det är också oklart vilket förhållande denna lära har till feminismen och Svensson ger inte heller någon närmare förklaring.¹⁵⁶

Hon framhåller dock i ett senare avsnitt att genusrelationerna kan urskiljas på olika nivåer, och då även på "de metafysiska tankefigurernas nivå (dvs. olika samhällens arketypiska, mytiska, religiösa, vetenskapliga föreställningar om man och kvinna och om deras respektive insats i skapelseprocessen)".¹⁵⁷

Om detta är en motsvarighet till det symboliska genus som omnämns tidigare, men i form av en relation, eller om detta till sin form eller funktion avser något annat förblir oklart.

4.4.4 Ett analytiskt, relationellt och sammansatt begrepp

Svenssons arbete utgår alltså från ett könsbegrepp baserat på genus, med vilket avser genus som en relation. För att kunna använda denna relation i en analys av rättsförståelsen och den likhetsideologi som präglar denna, väljer författaren att se begreppet som relationellt i sig.

Hon skriver: "Sammanfattningsvis görs därmed gällande att med det genusbegrepp som används i detta arbete – ett analytiskt, sammansatt, relationellt begrepp – är det möjligt att synliggöra den ensidighet som har blivit följderna av att inte se genus som en relevant relation."¹⁵⁸

Författaren har en stark tro på detta begrepp. Det ska lösa vissa teoretiska och metodologiska problem, samtidigt som det ska ge oss vissa rekonstruktiva möjligheter.¹⁵⁹

Hur en sådan analys bäst bör genomföras, men framförallt varför och vilka ställningstaganden som kan ligga bakom detta begrepp, diskuteras dock mycket litet. En tolkning av författarens uppfattning om kön i forskningen kan underlättas om man återkallar något av det som sades om den andra modellen i kapitel 3, och de problem som följer av en ståndpunkts-feministiskt orienterad forskning.

När Svensson talar om ett analytiskt, relationellt och sammansatt begrepp är det tänkbart att detta utgör ett ställningstagande till flera olika teman inom kvinnoforskningen. Som jag ser det finns det åtminstone tre

¹⁵⁶ Jfr Jareborg (1992), s. 19–21.

¹⁵⁷ Svensson (1997), s. 116.

¹⁵⁸ S. 19.

¹⁵⁹ S. 26.

frågeställningar som omedelbart gör sig påminda i det här sammanhanget, och där samtliga har ett samband med att den andra modellen delvis ger kön i forskningen problematiska förutsättningar. Som vi såg i kapitel 3 handlar den andra modellen om en syn på det kvinnliga som något substansieellt, varför en sådan ansats på något plan kommer att förutsätta att det går att definiera detta kön.

Vid frågeställningar som anknyter till kön hos människan blir detta särskilt problematiskt. Det är svårt att säga något om vad som är en kvinna utan att samtidigt göra en tolkning utifrån en viss given kultur.

De diskussionsteman, som kan ligga bakom de val som författaren gör i denna del, kan därför handla om den funktion som själva begreppet ges eller om möjligheten att nå ny och relevant kunskap genom de analyser som görs. Vidare uppstår frågor som gäller vilken kunskap som erhålls och de förutsättningar denna i så fall vilar på. I avsnitt 4.4.5–4.4.6 kommer jag därför att försöka visa på några aspekter av dessa teman vilka kan ligga bakom författarens resonemang.

Det första Svensson anger här är alltså att hennes genusbegrepp är att uppfatta som analytiskt. Svensson är mycket tydlig när det handlar om vilken funktion hon menar att detta begrepp bör ges. Kön är inte endast en variabel eller endast ett tema eller område att studera. Kön i form av en genusrelation ges istället en självständig analytisk funktion i arbetet.¹⁶⁰ Det innebär att begreppet bl.a. får central betydelse vid preciseringen av arbetets frågeställningar och hur man bör argumentera kring dessa. Man får ibland även intryck av att genusrelationen i sig ses som en beskrivning av den problematik som likhetsideologin inom rättsordningen innebär.

Att någonting förväntas vara analytiskt kan även avse andra krav, i första hand sådana som på olika sätt anknyter till mer allmänna frågor om vetenskaplig kvalitet. Det gäller framförallt frågan om en viss ansats kan leda till ny kunskap.

En infallsvinkel avser behovet av analytiska studier i motsättning till deskriptiva. Det är viktigt att man inte endast beskriver kön, utan att man verkligen genomför en analys av vad kön innebär i ett visst sammanhang.

Samma problem kan uppstå om de begrepp man uppställer och analyserar, eller använder i syfte att analysera andra frågeställningar, redan från början har ett givet innehåll. Om de könsbegrepp vi hanterar endast uttrycker en viss kulturell version av kön, är det tveksamt om man kan uppnå någon annan kunskap än den som i så fall redan förutsätts, eller kunskap som inte är präglad av sådana kulturella förutsättningar.

¹⁶⁰ Jfr Widerberg (1992a), s. 294.

Inom kvinnoforskningen finns därför en diskussion som handlar om att välja analytiska begrepp, vilken ytterst handlar om att man inte ska låta sig styras av det redan förutsatta.

Detta blir förstås särskilt problematiskt om man studerar människan i sig, eftersom man då redan från början har uppställt en norm för vad som är en kvinna eller en man, kanske kvinnligt eller manligt. Studier där man alltså inte förhåller sig analytiskt till kön riskerar att leda till viss kunskap om hur kön framstår i ett visst sammanhang, men knappast till någon ny kunskap om vad kön är i sig, hur det konstitueras, o.s.v.

I ett nordiskt sammanhang är det framförallt Lundgren som har framhållit vikten av att de studier som görs verkligen säger oss något om vad som är innebörden av kön. Problemet består alltså i att finna begrepp med vars hjälp man kan säga något om vad det innebär att vara kvinna, och inte enbart vad som kan vara en kulturell definition av "kvinna".¹⁶¹

Diskussionen kring behovet av ett analytiskt könsbegrepp hör därför i första hand hemma i ett sammanhang där kön hos människan studeras. I detta sammanhang blir det då viktigt att betona att rättsvetenskapen aldrig handlar om att studera människan. Kön hos människan i en konkret mening är inte en analytisk ansats inom rättsvetenskapen. Kön i rättsvetenskapen kan aldrig avse något annat än de argument som bygger upp ett rättsområde, formellt eller materiellt.

Rättsordningen är alltid en del av en kultur och de faktorer vi studerar är därför alltid kulturella i någon mening. Det handlar alltid om tolkningar av verkligheten (ofta avgränsade genom processuella och systematiska förutsättningar till ett slags rättslig verklighet) men inte om verkligheten i sig. De flesta faktorer vi studerar är dessutom normativa, de anger normerna för hur företeelser i tillvaron ska förstås och bedömas.

Det är därför inte givet att de teoretiska och metodologiska diskussioner som förts inom andra vetenskapsområden är möjliga att överföra omedelbart till rättsvetenskapens område. Det hindrar dock inte att de kvalitetskrav som dessa diskussioner innebär kan vara eftersträfvansvärda även inom rättsvetenskapen; studier av det kulturellt beroende måste också svara mot uppställda kvalitetskrav.¹⁶²

En annan aspekt hos Svenssons genusbegrepp är att detta är "sammanfatt", men någon närmare förklaring till vad detta avser ges inte i sammanhanget. Sannolikt har dock denna aspekt av begreppet ett samband med en mer allmän diskussion om relationen mellan biologi och sociologi när vi talar om kön. Distinktionen mellan kön som någonting biologiskt och kön som socialt betingat är ett exempel på en typ av indelning

¹⁶¹ Lundgren (1993), s. 87–96.

¹⁶² Jfr avsnitt 3.1.3 samt 4.6.

som skapar många problem inom kvinnoforskningen: Det är helt enkelt omöjligt att säga något om den ena sidan utan att också ta hänsyn till den andra.¹⁶³ Svensson anger också i andra delar av texten att båda dessa sidor av kön ingår i hennes "genus", och följaktligen torde denna aspekt också vara en del av det relationella begreppet.¹⁶⁴

4.4.5 Genusrelation och ett relationellt könsbegrepp

Den sista och kanske viktigaste aspekten i sammanhanget är alltså att det handlar om ett relationellt begrepp. Även denna sida av begreppet kan handla om flera olika tänkbara frågeställningar. Svensson tar också upp flera infallsvinklar kring det relationella momentet. Det handlar då om frågor som avser både dekonstruktiva och rekonstruktiva aspekter av arbetets tema.

De frågor som är av störst intresse här är komplexa och anknyter på flera sätt till problematiken kring det analytiska moment som beskrevs ovan. Svensson anger exempelvis som ett viktigt skäl till varför hon väljer ett relationellt begrepp, att kön i sig är svårt att definiera. I tillägg kan man förstås vara tveksam till om detta överhuvudtaget skulle vara intressant att precisera. Som jag redan varit inne på så finns här alltid en risk för att man endast ger en beskrivning av hur man själv uppfattar vissa kulturella faktorer.

Försök att definiera kön tenderar också att leda till att just det som kanske är det mest intressanta med kön, nämligen att det är kulturellt beroende och föränderligt och därmed varierar i tid och rum, riskerar att försvinna. Det är alltså viktigt att försöka bygga in en viss dynamik i det sätt på vilket man definierar och applicerar kön inom kvinnoforskningen. Fördelen med att tillämpa ett relationellt begrepp, menar Svensson, är just att detta uttrycker ett förhållande som kan förändras. Det relationella begreppet beaktar och synliggör föränderlighet och differens.¹⁶⁵

Det här handlar emellertid också om en annan och mer principiellt viktig fråga, som dessutom har avgörande betydelse för Svenssons arbete. Det är överhuvudtaget ett problem att det kön, som vi är intresserade av, kritiseras för att det innebär ett uppställande i motsatser som får vissa konsekvenser, samtidigt som det vanligen analyseras utifrån någon form

¹⁶³ Jfr avsnitt 3.6.3.

¹⁶⁴ En alternativ tolkning är att "sammansatt" syftar på andra närliggande diskussioner kring kön som följer av övergången från den andra till den tredje modellen, alltså att Svenssons genusbegrepp bör ses mot bakgrund av diskussionen kring "fractured identities" eller "difference", se avsnitt 3.5.

¹⁶⁵ Svensson (1997), se t.ex. s. 42.

av motsatstänkande. Även feminismen och kvinnoforskningen tenderar alltså att skapa sina egna motsatser, något som är särskilt tydligt i den andra modellen. Att analysera kön utifrån en relation har därför uppfattats som ett sätt att inte vidareföra de kritiserade dikotomierna. Bakom tanken på ett relationellt könsbegrepp finns därför en mer principiell diskussion som är intressant i sammanhanget och som Svensson också berör till viss del.¹⁶⁶

När man talar om att kön bör ges en betydelse exempelvis vid forskning, vad är det i så fall som ger detta en kunskapsmässig legitimitet? Ett tänkbart argument är förstås att kön innebär en faktiskt existerande särart, men en sådan tankegång är sällan eftertraktad, dels av politiska skäl och dels därför att den i ett vetenskapligt sammanhang kan leda till ett slags determinism. Vanligen väljer man därför att se kön i första hand som en konstruktion, som kan ha historiska eller sociala rötter, men vilken framförallt är intressant därför att den påverkar människan på flera plan.

Men, som Danius påpekar, när man talar om kön som en konstruktion, bygger ändå konstruktionen ytterst på ett biologiskt faktum. Man riskerar därför alltid att bygga in ett slags essensialism i konstruktionen, men då alltså i en teoretisk form.¹⁶⁷ Konsekvensen blir att det kvinnliga indirekt ges ett eget värde eller kanske snarare ett eget meningsinnehåll. Det innebär också att man inte kan skydda sig helt mot att tala om kön som ett slags särart, även om man talar om kön som något konstruerat eller abstraherat.¹⁶⁸

En möjlighet har då alltså blivit att istället se kön som en relation, där tanken är att man istället ska fokusera på det meningsskapande som en process mellan två poler, där resultatet kan sägas vara viktigare än premiserna.¹⁶⁹

Svensson är också inne på denna tanke, hon menar att man genom att fokusera på relationen mellan genus gör alla dessa orsaksförklaringar överflödiga. Hon anför: "Med hjälp av postmodernismens dekonstruktion har man och kvinna setts främst som kulturella konstruktioner och orsakssammanhangen har tonats ner. Med hjälp av genusystemets begrepp *genusformerande process* och betoningen på relationen mellan man

¹⁶⁶ S. 67.

¹⁶⁷ Danius (1995), s. 145.

¹⁶⁸ Svensson understryker dock att hennes genusbegrepp inkluderar både det biologiska och det sociala, s. 12. Men eftersom det avskiljande som sker i hennes analys i realiteten handlar om det "kvinnliga", så kan man ifrågasätta om hon helt klarar att frigöra sig från denna dimension. Det "kvinnliga" kan kopplas till en kulturell nivå, där det kvinnliga och det manliga är motpoler och där det kvinnliga har ett innehåll, faktiskt eller konstruerat.

¹⁶⁹ Widerberg (1992a), s. 290.

och kvinna, blir både dikotomin likhet – särart och orsaksförklaringarna irrelevanta.”¹⁷⁰

Därmed skapas också möjlighet att studera själva relationen och dess föränderlighet på flera plan. Om man överger dikotomin mellan särart och konstruktion så skapas enligt Svensson, en mindre bunden ansats, och genus blir med denna tolkning inte givet ens inom samma kontext.

Att närma sig kön genom att studera relationer, och göra det relationella till en analytisk utgångspunkt, handlar alltså om att undvika att återskapa dikotomierna och därmed också frågan om vad polerna i sig är för något.¹⁷¹

Frågan är dock om detta låter sig göras. Kan man genom denna ansats helt undvika att hamna i en situation, där man måste ange kunskapens legitimitet med utgångspunkt i ”det kvinnliga”?

4.4.6 Ett relationellt begrepp?

Begreppet genusrelation ser ut att ha många funktioner i Svenssons arbete. Detta beskriver på många sätt det teoretiska ställningstagande som arbetet bygger på: Genus är ett sätt att tänka som genomsyrar våra liv på många plan, men också det sätt på vilket vetenskap och rättsordning avgränsas och preciseras.

Det relationella begreppet bygger också på en sådan föreställning, men ger oss istället genusrelationen i en analytisk form som har stor betydelse framförallt för metodiken i arbetet.

Själva tanken om att närma sig problematiken relationellt är genomgående för många frågeställningar i arbetet, det gäller inte enbart genus utan också människa, makt, o.s.v. I alla dessa sammanhang väljer författaren att diskutera relationer i olika former (både konkret och abstrakt) och anger samtidigt att det relationella i sig bildar utgångspunkten för analysen. I senare texter preciserar författaren att detta i grunden också handlar om en ansats som har betydelse för synen på kunskap.¹⁷²

¹⁷⁰ Svensson (1997), s. 67; Jfr också Svensson (2001a), s. 86–87.

¹⁷¹ I senare texter klargör författaren att det finns ytterligare en dimension här. Att gå från kategorin kön till relationen mellan könen, representerar också en kunskapsmässig förändring, i form av en övergång från en ontologisk fråga ”vad är kön?” till en epistemologiskt orienterad fråga ”hur förstår vi kön?” Svensson (2001a), s. 94; Jfr Svensson (2001), s. 40.

¹⁷² I en senare text anger författaren att ”Genusrelationen uttrycker flera saker. För det första kan det handla om den konkreta relationen mellan en man och en kvinna som individer. För det andra kan man studera relationen mellan flera män och kvinnor i en strukturell eller samhällelig betydelse. För det tredje kan genusrelationen användas i en särskild kunskapsteoretisk betydelse som ett sätt att tänka relationellt.” Svensson (2001), s. 23–24.

Svensson flyttar alltså kön till en nivå där denna faktor inte längre utgör någon omedelbar utsaga om vad kön är, det handlar istället om ett visst sätt att analysera kön. Om detta är korrekt så anger det analytiska och relationella genusbegreppet endast ett funktionellt begrepp utifrån en teoretisk utgångspunkt, tanken om det "avskiljande" som följer av ett genussystem. Det intryck man får är alltså att det genusbegrepp som anges blir ett slags instrument för att analysera rättsordningen utifrån en viss teoretisk utgångspunkt.¹⁷³

Även om syftet är att studera kön utan att ange förutsättningarna för detta i form av två köns kategorier, kan man fråga sig om det principellt sett är möjligt att hantera relationen utan att ta ställning till dess premisser.

Den teori som underbygger tanken om ett avskiljande (främst i form av en teori om ett genussystem) är i sig konstruerad utifrån iakttagelser av vissa kulturella fenomen. Det som avskiljs är ofta sådana faktorer som kan relateras tillbaka till den faktiska nivån, till de människor som kan kallas män och kvinnor och till föreställningar kring dessa.

Principiellt sett är det svårt att överhuvudtaget diskutera innehållet eller innebörden av en relation utan att också säga något om det som ska relateras. Även om det relationella tänkandet är något som appliceras för att vi ska kunna studera innebörden av relationen, så är redan relationen präglad av ett visst innehåll (vilket följer av "polerna").¹⁷⁴

En annan tolkning är att ett sådant relationellt tänkande egentligen handlar om makt, eller att relationen uttrycker en skillnad som gäller makten över kunskapen. Enligt Svensson är även "makt" något som kan beskrivas som en relation, och därför också studeras relationellt.¹⁷⁵ Några inslag i arbetet skulle kunna peka i en sådan riktning, det gäller särskilt den teori om ett genussystem som nämndes i avsnitt 4.4.2. och som också spelar en viss roll i arbetet.¹⁷⁶

Författaren säger på flera ställen att genusrelationen inte är synlig i rätten.¹⁷⁷ Ett underligt uttalande mot bakgrund av det sätt på vilket

¹⁷³ I Svensson (2001), s. 22, sägs att "Genus blir därmed ett analytiskt begrepp som gör det möjligt för forskaren att frigöra sig från den det samtida självklara sättet att förstå kön. (...) För att göra denna analys kan genusbegreppet användas som en abstraktion och frikopplas från det konkreta könsbegreppet."

¹⁷⁴ Symptomatiskt är att den kritik som framförs i studien i grunden avser motsättningen mellan likhet och olikhet, men här representerade av rättsteorin och den fria individen på den ena sidan och utmanaren genus på den andra.

¹⁷⁵ Svensson (1997), s. 110.

¹⁷⁶ I senare texter framgår också att "Genus som relationsbegrepp fokuserar inte på de biologiska könen eller på vad de har för betydelse i en given kontext. Istället fokuserar det på sättet att relatera dem till varandra. Därmed förskjuts intresset samtidigt från våra föreställningar om könen till frågor om makt." Svensson (2001), s. 23.

¹⁷⁷ Svensson (1997), s. 43, s. 233, m.fl.

Svensson definierar genus och genusrelation, om det inte är så att det i realiteten handlar om ett maktproblem. En av feminismens stora principiella frågeställningar handlar ju om hur dominans- och underordningsrelationer mellan individer döljs genom likhetsideologin. Och därmed även av den ideologi som rättsordningen representerar som ju snarare handlar om makten mellan staten och individen.

Mot en sådan tolkning talar dock många andra resonemang i arbetet, bl.a. tanken att det grundläggande problemet för rättsordningen är att någonting substansiellt har avskiljts. Den målsättning författaren presenterar innebär ju en önskan om att rättsordningen ska kunna omfatta fler aspekter av tillvaron, något som måste avse något ytterligare än att enbart vara en reaktion på en viss maktordning.¹⁷⁸

Nu är det dock inte självklart att en kritisk granskning av de möjligheter som ett relationellt begrepp kan ge oss analytiskt är så avgörande i det här sammanhanget. När man talar om att studera hur någonting är, finns det alltid en möjlighet att ange en position, eller som i det här fallet snarare en icke-position, för att sedan analysera utifrån denna. Det innebär att det är möjligt att studera och analysera hur man–kvinna förhåller sig till varandra och hur denna relation förändras, både individuellt och strukturellt.¹⁷⁹ Det är dock ytterst tveksamt om det är möjligt att helt och fullt undvika att definiera kön, direkt eller indirekt.

4.4.7 Rekonstruktion

Svenssons analys handlar om vetenskapens grundläggande strukturer. Det handlar om viktiga distinktioner såsom fakta/värde, subjekt/objekt, teori/praktik. Det avskiljande som intresserar författaren, och som leder till ett likhetstänkande, analyseras alltså på en abstrakt nivå. Samtidigt finns här ett komplicerat samband mellan den individuella och den strukturella nivån, genom hela arbetet. Det ger arbetet en styrka men det leder också till komplikationer.

Som vi har sett har begreppet genusrelation relevans både i ett konkret och i ett abstrakt sammanhang. Författaren anger att genus alltid har en konkret sida, och människan formas i samspelet mellan det faktiska och det föreställda.

¹⁷⁸ Zahle har kritiserat Svensson för att tala om genusrelationen såsom "osynlig" i rätten, när det måste vara uppenbart att könsfaktorn har betydelse för rättsordningen. Den "osynlighet" som Svensson talar om kan dock ha olika förklaringar. Dels görs alltså inte denna till ett eget tema i rättsordningen eller rättsteorin, dels ligger Svenssons genusrelation så att säga före rättsordningen, den utgör redan en del av de teoretiska premisserna och blir därmed osynlig. Zahle (1997), s. 1312–1314.

¹⁷⁹ Svensson (1997), s. 67.

Ett sådant samband mellan teori och verklighet framskymtar i många delar av texten. Ett tydligt exempel förekommer i en diskussion om konstitueringen av genusrelationen. Författaren skriver: "Genusrelationen präglas till stor del av ett agerande av båda parter som formar relationen kring ett maktförhållande". Samtidigt är inte man och kvinna i denna del att uppfatta som män och kvinnor i faktisk mening, utan som symboler eller poler i en relation. Det kön som produceras handlar då snarare om ett visst mönster. Ett mönster som kan studeras i förhållande till grupper av män och kvinnor, o.s.v.¹⁸⁰

När Svensson ska visa de möjligheter som finns till ett alternativt tänkande och som kan ligga i hennes relationella begrepp, så blir den motkraft hon erbjuder ett resonemang kring ett begrepp "balans", vilket kan uppfattas leda till ett slags "både-och".

Hennes rekommendation har ett samband med synen på genus som något relationellt, och med hennes utgångspunkt, att själva problemet kan ses som ett avskiljande av en väsentlig del av tillvaron. Svaret blir därmed logiskt sett en önskan om ett inkluderande, och då av det avskiljda "kvinnliga".¹⁸¹

Rättsteorin måste alltså omfatta både det abstraherade kvinnliga och det abstraherade manliga, och författaren önskar sig: "En annan logik, innefattandets logik, [som] rymmer flera aspekter, symboliskt uttryckt i androgynen."¹⁸² Man kan alltså säga att syftet är att finna en alternativ teori genom vilken det är möjligt att framhålla och balansera värden som idag inte omfattas av rättsteorin.

Frågan blir då vad det är som ska balanseras? Är det inte så att vi förutsätter att de begrepp vi hanterar också har ett materiellt innehåll? Och hur går det om de två aspekter som ska ingå eller balanseras mot varandra representerar "motsatta" värden?

Svenssons svar blir i princip att detta måste lösas genom konstruktionen av nya begrepp: "Det behövs nya begrepp och sätt att definiera tillvaron utifrån en betydligt mer komplex förståelse som rymmer t.ex. *både* rationalitet *och* irrationalitet, enhetlighet *och* mångfald, privat *och* publik sfär, man *och* kvinna."¹⁸³ Men är detta verkligen meningen med det relationella att båda ska ingå eller att de ska ingå vid en bedömning av vad som ska vara rättsordningens innehåll?

¹⁸⁰ Svensson (1997), s. 113 f.; Samma glidande mellan det konkreta och det abstrakta kännetecknar även analysen av människan, se vidare avsnitt 4.4.8.

¹⁸¹ Observera dock att Svensson flera gånger understryker att det kvinnliga eller den kvinnliga principen inte är detsamma som att vara kvinna, se t.ex. s. 130.

¹⁸² S. 258–259.

¹⁸³ S. 300.

Frågan blir alltså vad en alternativ teori ska baseras på? Vilket innehåll bör den ges? Ska den vara baserad på en tanke om likhet som den liberalism Svensson kritiserar, eller praxisbaserad som den omsorgsetik som författaren också nämner, eller?¹⁸⁴

För rättsordningen återstår därför fortfarande en av de viktigaste frågorna: Vilken kunskap ska vi lägga till grund för utformningen av denna och i så fall varför? Och hur ska vi veta vilka värden som ska prioriteras? Svensson anger endast att hon inte önskar att argumentera normativt rörande vilka värden som bör respekteras i rätten.¹⁸⁵

4.4.8 Människan

Svensson ger oss emellertid indirekt några tänkbara utgångspunkter för en alternativ rättsteori, framförallt i den diskussion hon för kring människan. Även människan befinner sig i relationer, och kan också analyseras utifrån ett relationellt tänkande, menar Svensson.

Svensson menar att jämställdhet inte kan uppnås så länge rättsordningen "utgår från en erfarenhet, en uppfattning av tillvaron och människan, präglad av tron på en fri, jämlik individ som därtill primärt rör sig inom en publik sfär."¹⁸⁶

Hennes alternativ till denna beskrivning av människan handlar därför istället om den "relationella människan".¹⁸⁷ Svensson hanterar den relationella människan på ett socialt förankrat plan, och en del av hennes förklaringsbakgrund kan nog i första hand ses som mer socialpsykologisk.

Det principiellt viktiga i detta tänkande handlar emellertid om att människan eftersträvar både individualitet och samhörighet. Människan är alltid en individ, men en individ bland flera och därför också alltid en del av en relation till någon annan, till beroenden, lojalitet och makt.

Vilka principiella faktorer som skulle kunna ingå i en värdeteori utifrån denna syn på människan diskuteras dock inte. Frågan blir alltså om här finns en möjlighet att närmare precisera de faktorer som en alternativ rättsteori förutsätter, särskilt när det gäller synen på kunskapen och på människan, och som en följd därav även rättsordningens värden?

¹⁸⁴ S. 303.

¹⁸⁵ S. 22.

¹⁸⁶ S. 17; jfr också s. 103 f. och 254–56.

¹⁸⁷ S. 49–50, samt s. 105 ff.

4.5 Andersson: Hans (ord) eller hennes? (2004)

4.5.1 Inledning

De tre texter som jag nu har presenterat kan tjäna som exempel på en utveckling där den kvinnorrättsliga forskningen rört sig från en tydlig förankring i den andra modellen (med ett kvinnoperspektiv på faktiska rättsliga problem) och mot en alltmer teoretisk syn på kön (där fokus gärna hamnar på mer principiella aspekter av rättsordningen).¹⁸⁸

I det här avslutande avsnittet kommer jag därför att ge ytterligare ett exempel på en författare som kan sägas bygga vidare på denna utveckling. Det handlar om Anderssons avhandling om sexualbrotten i Brottsbalken.

Det är en text om är av intresse i sammanhanget därför att de förutsättningar som läggs till grund för arbetet skiljer sig från de föregående forskningsprojekten. Det gäller både det sätt på vilket författaren preciserar kön i forskningen, och den syn på kunskap, arbetet utgår ifrån.¹⁸⁹

På samma sätt som ovan kommer jag därför att i första hand se närmare på det sätt som författaren framställer kön i arbetet och vilka konsekvenser detta får för analysen av rättsordningen.¹⁹⁰ De mer principella frågeställningar kring straffrätten som rättsområde som uppstår i sammanhanget, kommer jag att diskutera i de två avslutande kapitlen 5 och 6.

4.5.2 Konstruktionen av rättsskyddssubjektet

Arbetet bygger på ett ”könsperspektiv”, vilket enligt författaren innebär att hon tagit hänsyn till könsaspekter hos ämnet, genom hela forskningsprocessen.¹⁹¹ Preciseringsen av ett könsperspektiv i det här sammanhang-

¹⁸⁸ Se vidare avsnitt 4.6 nedan.

¹⁸⁹ Det hade varit möjligt att välja en annan författare, för valet av Andersson talar alltså dels att det handlar om ett straffrättsligt arbete, dels att denna text tydligt skiljer sig från Svenssons text i avsnitt 4.4. En författare som på sätt och vis skulle kunna placeras mellan Svensson och Andersson är Lundström (1999), som analyserar den rättsliga argumentationen utifrån kön som en abstraherad dikotomi som även kan iakttas i det sätt på vilket EG-domstolen konstruerar sin begreppsvärld. Till skillnad från Svensson väljer dock Lundström en postmodern kunskapsteori. En annan författare är Schömer (1999), vilken väljer en syn på kön som är jämförbar med Anderssons könsbegrepp, alltså placerad i en postmodern tradition med tydliga referenser till Judith Butler. Schömers avhandling är i detta sammanhang särskilt intressant därför att författaren balanserar två forsknings-traditioner i samma arbete. Den första delen avser en kvantitativ studie av jämställdhet på arbetsmarknaden, medan den andra delen innehåller en kvalitativt orienterad diskursanalys av hur kön framställs i Arbetsdomstolens argumentation.

¹⁹⁰ Jfr Niemi-Kiesiläinen (2004), s. 653–659.

¹⁹¹ Andersson (2004), s. 22.

et, kan därför förstås som att författaren markerar tillhörigheten till den kvinnorrättsliga tradition, där kön ges betydelse både för forskningens innehåll och form.

Skälet till varför författaren väljer att betona könsfaktorn är att sexualbrotten i hög grad är relaterade till kön, varför den argumentation som förs kring dessa brott även kan aktualisera principiella frågor kring kön och sexualitet.¹⁹² Det är också dessa "resonemang och argumentationer" som blir centrala för analysen i arbetet.¹⁹³

Den frågeställning avhandlingen syftar till att besvara är hur föreställningar kring kön uttrycks i den straffrättsliga hanteringen av de sexuella övergreppen. Det som intresserar henne är hur kön "konstrueras" i straffrätten, varför arbetets teoretiska förutsättningar bygger på en "konstruktivistisk" tankegång.¹⁹⁴

Andersson preciserar arbetets tema till att avse konstruktionen av "rättsskyddssubjektet" i straffrätten, en ansats som innebär att intresset riktas mot den straffrättsliga konstruktionen av brottsoffret. Rättsskyddssubjektet preciseras därefter som "det subjekt som erbjuds straffrättsligt skydd genom de olika straffbuden".¹⁹⁵

Det är kanske också detta fokus på brottsoffret, i form av en konstruktion av rättsskyddssubjektet, som blir av särskilt intresse i det här sammanhanget. En tes i mitt arbete är ju att en sådan straffrättslig infallsvinkel, i kombination med kvinnoforskningens diskussion kring kön, kan bidra till en diskussion kring människan i straffrätten som i förlängningen kan vara relevant även för frågan om hur man bör precisera straffrättens individ.¹⁹⁶

Andersson uppmärksammar de metodologiska problem som kan uppstå när det gäller att finna en rättslig position utifrån vilken man kan diskutera brottsoffrets intressen. Men hon konstaterar också att i jämförelse med gärningssubjektet, finns det inte några omedelbara straffrättsliga regler som kan läggas till grund för en närmare precisering av rättsskyddssubjektet.¹⁹⁷

¹⁹² S. 21–23.

¹⁹³ S. 14.

¹⁹⁴ S. 15–16.

¹⁹⁵ S. 15, jfr not 9. Författaren talar genomgående om "subjektet" istället för "individen", vilket antagligen följer av den postmoderna ansatsen. Av texten, s. 33, framgår också att subjektet i straffrätten utgörs av det enskilda subjekt som skyddas eller straffas och som därmed blir rättsskyddssubjektet samt ansvarssubjektet. Jfr s. 31, där det sociala subjektet förefaller likställas med rättsskyddssubjekt. Jfr också s. 35 där rättsskyddssubjektet uppges vara "brottsoffrets straffrättsliga konstruktion, såsom det uttrycks i straffrätten".

¹⁹⁶ Se vidare kapitel 6.

¹⁹⁷ S. 15–16; Jfr Berglund (1995); Jfr Eldén/Westerstrand (2004), s. 37–38.

Den fråga som framförallt intresserar författaren är hur "rättsskydds-subjektets kön, kropp och sexualitet" produceras genom de diskurser som kan förekomma i den straffrättsliga argumentationen kring dessa brott.¹⁹⁸

För att kunna studera denna frågeställning väljer författaren att först studera gällande rätt. Av särskilt intresse blir då dels frågor som gäller hur straffbuden är definierade, och de bevisfrågor som kan knytas till dessa. Dels den faktiska tillämpningen av straffbuden, representerad genom hovrätternas domar i sexualmål, under 1999.

Dessa två straffrättsliga studier kan därefter göras till föremål för köns-teoretiska studier med hjälp av en "diskursanalytisk" metod. Genom denna metod kan man, enligt Andersson, ställa mer långtgående frågor kring individens straffrättsliga skydd mot sexuella övergrepp.¹⁹⁹

4.5.3 En postmodern utgångspunkt

Den ansats författaren väljer är tydligt postmodernistiskt orienterad. Hon uttalar också att hennes arbete bygger på Foucaults maktanalys och Butlers konstruktivistiska könsteori.²⁰⁰ Det intryck man får är dock att de resonemang som förs kring en sådan kunskapsteoretisk utgångspunkt i första hand har relevans för valet av könsteori och analysmetod. Hur man bör precisera arbetets postmoderna ansats, eller vilka konsekvenser en postmodern teori kan ha för utformningen av rättsordningen, diskuteras däremot mycket litet.²⁰¹

Den aspekt av ett postmodernt tänkande som intresserar Andersson är språkets betydelse för konstitueringen av verkligheten. Skälet till detta är att den straffrättsliga lagstiftningen och rättstillämpningen kan ses som exempel på diskurser. I detta sammanhang, skriver Andersson, kan språket i rättsordningen ses som en form av institutionell praktik. "Exempelvis formar resonemang och tolkningar om våldsbegreppet rättsskydds-subjektet på ett särskilt sätt."²⁰²

¹⁹⁸ S. 19; Andersson väljer, s. 26–27, att tala om kön istället för genus därför att hennes arbete aktualiserar kroppen, och mot bakgrund av den klassiska indelningen mellan kön och genus blir det då naturligt att välja "kön". Begreppet kön inkluderar därmed genus.

¹⁹⁹ Jfr också Burman (2006), som tillämpar en diskursanalytisk metodik på det straffrättsliga problemet våld i hemmet, och Edgren (2004) som diskuterar sexuellt våld historiskt med hjälp av en liknande metodik.

²⁰⁰ S. 16 samt s. 31–33.

²⁰¹ S. 39–41. Jfr s. 37, not 104, där det sägs att "Foucaults maktbegrepp är också sammanflätat med hans syn på kunskap"; Se vidare avsnitt 4.5.4 nedan.

²⁰² S. 31. Jfr s. 40–41; Jfr Lundström (1999), s. 36–37.

Andersson ansluter sig härmed till en syn på kunskap och makt där makten uppfattas genomsyra alla tänkbara diskurser. I förlängningen får därför makten över diskursen faktiska konsekvenser, exempelvis genom en marginalisering av vissa grupper.²⁰³ Författaren framhåller därför, att frågan om den diskursiva makten över verkligheten även kan vara relevant att ställa i relation till den argumentation, som förs av lagstiftaren och rättstillämparen.²⁰⁴

Av grundläggande betydelse för arbetet är uppfattningen om att innebörden av kön konstitueras genom de diskurser som dominerar. Det innebär att ett studium av sådana diskurser i rättsordningen kan ge möjlighet att identifiera rättsliga argument vilka ytterst handlar om det föreställda könet. Det är i sin tur viktigt eftersom detta kön kan ha en meningsskapande funktion även i rättsordningen.²⁰⁵

4.5.4 Kön

Ett syfte med att presentera dessa texter har varit att försöka beskriva den utveckling som har skett inom den kvinnorrättsliga forskningen, där en viktig fråga har handlat om hur man ser på könsfaktorn. I syfte att ytterligare belysa de diskussioner som förts kring kön inom kvinnorrätten, kan det vara av intresse att försöka identifiera de olika positioner dessa texter representerar, i frågan om hur man bör se på relationen mellan det biologiska och det sociala könet.

I de två första textexemplen understryker författarna det sociala könets betydelse framför den biologiska könstillhörigheten. I deras arbeten uppmärksammas det sociala könets rättsliga relevans, exempelvis när det handlar om hur ett könsbestämt "kvinnligt" arbete kan påverka vad som i rättslig mening är ett "likvärdigt" arbete, eller vad som är "arbete" överhuvudtaget.

Svensson anger i sin tur ett könsbegrepp som omfattar både den biologiska och den sociala aspekten av kön, sannolikt därför att dessa redan hos den enskilda människan är svåra att särskilja helt och därför att båda i en teoretisk mening, alltid kommer att vara konstruerade. Vi kan alltså uppfatta författarens ställningstagande som att ingen människa är enbart

²⁰³ S. 32-33 och s. 37.

²⁰⁴ Här anføres bland annat, s. 37, att "Poängen med att använda Foucaults maktmodell är alltså att synliggöra och analysera *andra* delar av makten än de som betonas enligt den repressiva synen på makt."

²⁰⁵ S. 28, jfr s. 41: "Representationer speglar alltså inte bara verkligheten utan bidrar till att skapa den."

biologi eller sociologi, och att inget könsbegrepp kan definieras helt fristående från den ena eller den andra aspekten.²⁰⁶

Anderssons text kännetecknas av att den innebär att man flyttar positionen ytterligare i denna fråga. Förutsättningarna följer redan av den postmoderna och språkliga förankring könsfrågan ges i arbetet, men den understryks ytterligare genom det sätt på vilket författaren preciserar den syn på kön som läggs till grund för arbetet.²⁰⁷

Författaren anger att hennes arbete vilar på Butlers könsteori, vilken är starkt konstruktivistiskt orienterad.²⁰⁸ Enligt Butler leder själva indelningen i ett biologiskt och ett socialt kön till en förståelse av det sociala könet som något som skrivs på det givna biologiska könet. Butlers lösning kan sägas innebära att hon vänder på resonemanget; det är det sociala könet som föregår det biologiska. Det är inte det biologiska könet som lägger grunden för könskategorierna, det är istället språket och symbolerna som skapar illusionen om att det finns ett givet biologiskt kön.²⁰⁹

Kön är, enligt Butler, att betrakta som performativt. Hon skriver att "acts gestures and desire produce the effect of an internal core or substance, but produce this *on the surface* of the body". Och fortsätter: "Such acts, gestures, enactments generally construed, are *performative* in the sense that the essence or identity that they otherwise purport to express are *fabrications* manufactured and sustained through corporeal signs and other discursive means."²¹⁰

Mycket förenklat kan man säga att Butlers könsteori innebär att vi hela tiden rör oss i föreställningarnas värld, där manus ges av den heterosexuella matrisen, eftersom denna kräver skapandet av två avgränsade kön.²¹¹ Som Danius påpekar har vi därför att göra med en extrem form av konstruktivism, och kritikerna framhåller också att det finns en risk för att man härigenom fråntar kön varje form verklighetsförankring.²¹² Moi

²⁰⁶ Med den abstraherade genusrelation Svensson anför har det inte någon omedelbar betydelse för analysen hur man förhåller sig till denna skillnad. Hennes precisering förefaller mer handla om en markering av ett visst teoretiskt ställningstagande.

²⁰⁷ Andersson (2004), s. 16.

²⁰⁸ S. 25; Jfr Lundström (1999), s. 42–43; Schömer (1999), s. 45–46.

²⁰⁹ Jfr Hirdman där det biologiska könet bildar utgångspunkt för genussystemet; Jfr också Schömer som skriver att "innehörden av konstruktionsbegreppet kan således förklaras i termer av att något givits en viss språklig betydelse. Betydelsen är således inte genuin, utan den kommer till uttryck med hjälp av det mänskliga språket." Schömer (1999), s. 28.

²¹⁰ Butler (1990), s. 136.

²¹¹ Butler (1990), s. 135: "That disciplinary production of gender effects a false stabilization of gender in the interests of the heterosexual construction and regulation of sexuality within the reproductive domain."

²¹² Danius (1995), s. 160; Moi (1998), s. 80–81.

påpekar dock att det inte är självklart att Butler ska tolkas så att det är diskurserna som producerar den materiella verkligheten, det kan handla om att de enbart organiserar den för oss.²¹³

Man får också ett intryck av att Andersson försöker tona ned de motsättningar som kan finnas mellan den konstruktivistiska teori hon har valt, och den faktiska verklighet strafflagstiftningen ska hantera.²¹⁴ Hon understryker därför att Butler inte uttalat att kön är rent lingvistiskt, utan framhåller istället att hennes resonemang leder till att det inte kan finnas något givet, och av språket, opåverkat kön.

I detta sammanhang blir dock författarens egna utgångspunkter otydliga. Hon preciserar sin egen syn på kön som att kön "konstrueras i någon mån", samt att kön är föränderligt och påverkas av det sociala, mentala, o.s.v.²¹⁵ Sådana ställningstaganden blir emellertid i det närmaste intetsägande eftersom de i princip kan uttalas om vilken nutida könsteori som helst.²¹⁶

Andersson poängterar dock att det subjekt som intresserar henne inte är "ett levande, fysiskt subjekt utan ett subjekt som endast "finns" i diskursen."²¹⁷ Sett i relation till den diskursiva verklighet som Andersson syftar till att undersöka, kan Butlers könsteori mycket väl utgöra en funktionell grund för en analys av just detta subjekt.²¹⁸ Analysen av rättskyddssubjektet sker endast i de berättelser om verkligheten som den rättsliga argumentationen kan sägas utgöra.

Samtidigt kan man ana vissa problem, både med avseende på den valda analysmetoden och det angivna könsbegreppet. Den analytiska ansatsen får inte någon egentlig förankring på den faktiska nivån. Detta kan vara problematiskt, redan därför att den kritik som framförts mot brottsoffrens situation, i hög grad har handlat om kvinnors upplevelser av att vara offer.

Det framstår också som oklart på vilket sätt analysmetoden anknyter till straffrättens egna förutsättningar. Om rättsskyddssubjektet inte har en klar

²¹³ Moi (1998), s. 76f.

²¹⁴ Andersson (2004), s. 26, jfr s. 30.

²¹⁵ S. 26; Jfr också s. 36, not 103.

²¹⁶ Kön enligt den valda teorin är ju inte enbart "konstruerat", det är också "konstruktivistiskt"; Jfr s. 30 där författaren gör en indelning mellan det essentiella könet och det konstruerade könet. I denna motsättning torde det konstruerade könet kunna omfatta fler könsteorier än den valda.

²¹⁷ S. 36; Ansatsen är mycket intressant i förhållande till sexualbrotten. Plaza skriver exempelvis att man inte behöver uppfatta sexualiteten (i sig) som ett förtryck. Det är istället den juridiska diskursen som skapar sin egen version av sexualitet, varför denna diskursiva sexualitet kan och bör angripas. Plaza (1981), s. 57.

²¹⁸ Författaren anger också, s. 25, att detta är syftet med att välja denna teori.

rättslig position, samtidigt som analysen av denna ska ske utifrån vad som kan utläsas av den rättsliga diskursen, vilka slutsatser blir då möjliga?

Här finns därför problem som kan vara relevanta för frågan om vilka förutsättningar som krävs för att man ska kunna uppnå en funktionell dekonstruktiv analys. Men framförallt för frågan om vilka möjligheter att rekonstruera straffrätten som kan följa av en sådan diskursanalytisk ansats.²¹⁹

4.5.5 Analysen

Andersson väljer alltså att arbeta utifrån en diskursanalytisk metod.²²⁰ Det innebär att man söker efter textens underliggande innebörd, och författaren talar också om att läsa "bakom ytan".²²¹

Att analysera diskurser handlar om att överskrida en traditionell läsning, man måste ställa sig frågor av karaktären: vad är det som inkluderas eller exkluderas i argumentationen och vad kan vara underförstått?²²² Enligt Andersson handlar därför hennes metod om att dekonstruera texterna så att texterna "närläses". Syftet är att identifiera återkommande mönster, vilka kan bilda de diskurser man söker.²²³

Diskursanalyser är intressanta för rättsvetenskapen just därför att de fokuserar på språket i rättsordningen. En sådan analys innebär därför att man kopplar rätten till humanioran istället för det samhällsvetenskapliga forskningsområdet. Man skapar därigenom andra analytiska möjligheter än de empiriskt orienterade metoder som förekommit tidigare. Rättsordningen, som ett språk som kan analyseras i sig, kan dessutom vara särskilt tilltalande för straffrätten, eftersom detta är ett starkt begreppsorienterat rättsområde.

Anderssons analys av sexualbrotten inleds med en genomgång av vissa frågeställningar kring gärningsdefinitionerna i BrB, samt vissa bevismässiga problem som anknyter till dessa.

Hon argumenterar här kring flera av de teman som förekommit i den kvinnopolitiska debatten kring sexualbrotten och i den feministiska litteraturen. Det gäller bland annat frågor som berör problemet med att tolkningen av ett rättsligt samtycke ofta sker mot bakgrund av en kultu-

²¹⁹ Mycket förenklat kan man säga att frågan blir vilken individ som straffrätten ska bygga på? Den frågan blir dessutom relevant både i förhållande till konstruktionen av verkligheten och av värdeteorin i straffrätten.

²²⁰ Se andra författare som diskuterar semiologin, Fahlgren (1999), s. 56–63; Lundström (1999), s. 77–84.

²²¹ Andersson (2004), s. 41.

²²² Fahlgren (1999), s. 59.

²²³ Andersson (2004), s. 41.

rell föreställning om kvinnlig sexualitet.²²⁴ Hon refererar dessutom vissa resonemang från den diskussion som förts kring den principiella skillnaden mellan ett tvångsbrott och ett utnyttjandebrott.²²⁵

Hon anför också att rättsordningen utgår ifrån att ansvarssubjektet och rättsskyddssubjektet är autonoma individer och att dessa principiellt sett befinner sig i ett jämlikt förhållande. Därigenom tar man inte tillräcklig hänsyn till att den situation parterna befinner sig i, redan från början kan innefatta en könsmässig dominans- och underordningsrelation.²²⁶

Därefter görs en sk. diskursiv analys av ett antal hovrättsdomar, där ett centralt tema utgör "offrets vilja". Andersson visar att när domstolarna bedömer gärningsmannens eventuella våldsutövning, tenderar offrets viljeuttryck att istället hamna i fokus. Offrets vilja görs därmed till ett "gränsdragande rekvirit" för flera av sexualbrotten.²²⁷

Andersson menar att diskursen formar (det diskursiva) rättssubjektets kropp. Att en diskurs kan vara konstituerande i denna mening följer av de analytiska förutsättningarna; Det könsbegrepp Andersson väljer innebär att det är diskursen som formar innebörden av den biologiska kroppen. Det blir därmed möjligt att också säga att den rättsliga argumentationen lägger premisserna för den rättsliga innebörden av rättsskyddssubjektets kropp.²²⁸

Utifrån de diskursiva analyser som genomförs drar Andersson slutsatsen att "rättsskyddssubjektets kropp konstrueras som *öppen* i bemärkelsen tillgänglig och att sexualiteten hos subjektet konstrueras som *tillgänglig* och passiv".²²⁹

För den som intresserat sig för den här typen av frågeställningar tidigare blir det omedelbara intrycket att detta är mycket plausibla slutsatser.²³⁰ Arbetet visar därför att den kvinnopolitiska kritik som riktats mot

²²⁴ S. 69–70; Jfr avsnitt 2.3.3.

²²⁵ S. 104.

²²⁶ Hon går också in på hur vissa processuella aspekter kan förstärka problemet med att fokus hamnar på offrets vilja. Andersson (2004), s. 205–206.

²²⁷ Andersson (2004), s. 234.

²²⁸ Jfr Naffine (1997), s. 86.

²²⁹ S. 17; Författaren preciserar offrets position som i sexuell mening passiv genom hela arbetet, se t.ex. s. 234–242. Grunden för denna slutsats förefaller bygga på en (feministiskt orienterad) tolkning av olika kulturella faktorer. Vilka konsekvenser en annan syn i denna fråga skulle få för straffrätten diskuteras inte. Om man istället väljer att se detta som en kvinnopolitisk fråga, hur skulle man i så fall tala om kvinnors sexualitet? Analysen bygger på en välkänd dikotomi (aktiv–passiv) och en kritik av att kvinnor placeras på 'fel' sida i denna. Med den teoretiska ansats som Andersson har så torde det gå att finna andra infallsvinklar på diskussionen kring subjektet, för varför skulle man ytterligare betona idealet, eller den föreställning om individen som man ytterst opponerar emot?

²³⁰ Se särskilt s. 263–273.

straffrätten kan vara relevant. Det är möjligt att det förekommer problematiska beskrivningar av kön i rättsordningen som även kan leda till att brottsoffrens utsatthet ökar. Andersson konstaterar också att detta sätt att tala om rättsskyddssubjektet i rättsordningen, bidrar till att straffrättens skydd av kvinnors sexuella integritet blir bristfälligt.²³¹

En intressant fråga blir då vad det är hos straffrätten som leder till att man kan tolka innebörden av den straffrättsliga argumentationen på detta sätt. Vad är det som gör att uttryck för kön konstitueras genom den straffrättsliga argumentationen?

En sådan fråga är inte alldeles lätt att svara på med den metodik Andersson tillämpar. Ett problem i sammanhanget är det sätt på vilket författaren kopplar analysmetoden till straffrättens egna förutsättningar.

Hon talar inledningsvis om att arbetet rör sig på två olika nivåer; En *rättslig* nivå vilken avser definitionen av brottet, och liknande rättsliga ställningstaganden. Och en *utomrättslig* nivå som består av den kons-teoretiska diskursiva nivån.²³²

Författaren konstaterar sedan att rättsskyddssubjektet relaterar till tre nivåer, där den första utgör den *materiella* nivå där själva övergreppet sker. Lagstiftningen utgår sedan ifrån händelser på den materiella nivån, och ger dessa ett sammanhang på den *strukturella* nivån. Den *diskursiva* nivån, som är den som analyseras i avhandlingen, består av de rättsliga texter där dessa övergrepp prövas och diskuteras.²³³

Det kan se ut som att författaren härigenom placerar arbetet i förhållande till rättsvetenskapen. Samtidigt saknas det en analys av den funktion subjektet har på olika nivåer inom straffrätten, och en precisering av hur den diskursiva ansatsen bör ses i förhållande till dessa olika funktioner.²³⁴

Konstruktionen av rättsskyddssubjektet i straffrätten följer både av ställningstaganden till en faktisk verklighet och av dess systematiska förankring. Det rättsskyddssubjekt Andersson studerar befinner sig därför alltid i någon form av relation till en beskrivning av verkligheten.²³⁵

²³¹ S. 17.

²³² S. 20; Jfr Burman s. 53–56, som diskuterar problemet med att förhålla olika typer av argument till varandra vid en diskursanalytisk metod.

²³³ S. 34.

²³⁴ Hon registrerar subjektets förankring i en liberal rättsteori utan att inkludera detta i de analytiska förutsättningarna. Se Andersson (2004), s. 47–48. Jfr också de diskussioner som förs i Andersson (2001), s. 332, där författaren diskuterar rättsskyddssubjektets förhållande till straffrättens individ.

²³⁵ Andersson skriver också, s. 42–43, att "diskurserna producerar rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet, vilket implicit berör den sociala praktikens nivå eftersom denna analys i enlighet med mina utgångspunkter har betydelse för subjektet i den sociala praktiken."

De grundläggande premisserna för rättsskyddsobjektet följer av konstruktionen av den fria individen, redan därför att denna avser alla människor. Den fria individen är av grundläggande betydelse för straffrättens teori, varför den mot bakgrund av straffrättens systematik har relevans för den argumentation som förs på alla straffrättsliga nivåer.

Om rättsskyddsobjektet därför framstår som passivt kan detta följa av straffrättens förutsättningar, lika väl som av de föreställningar som finns i en viss kultur beroende av vilken verklighetsbeskrivning man lägger till grund.

Redan begreppsparet gärningssubjekt och gärningsobjekt säger oss något om var den passiva positionen i systematiken placerar sig. Offrets position i straffrätten är dessutom, som vi ska se senare, överhuvudtaget mycket "objektiverad".²³⁶

Den fria individen representerar bilden av en person som både är kompetent och motiverad att handla i enlighet med sina egna intressen. Efter-som konstruktionen av våldtäkt i BrB 6:1 avser en kränkning av denna individs frihet, kan man säga att gärningsdefinitionen i praktiken kräver att offret utövar sin handlingsfrihet såsom denna individ skulle ha gjort, alltså genom ett tydligt avståndstagande.²³⁷

De förutsättningar som följer av straffrättens teori och systematik kan alltså lägga grunden för de resonemang, som utifrån en diskursiv analys, kan tolkas som uttryck för en syn på rättsskyddsobjektet som både aktivt och passivt.

I tillägg kommer den beskrivning av verkligheten som läggs till grund för de tolkningar som görs av övergeppen. Den syn man har på sexualiteten kan vara avgörande för vilka argument som ges relevans, alldeles oavsett hur rättsordningen är konstruerad.²³⁸

När offret beskrivs som tillgängligt, kroppsligt och sexuellt, kan man alltså undra vad detta beror av. Handlar det om en rättsligt konstruerad tillgänglighet, vilken kan följa av att rättsordningen överlåter rätten att disponera den individuella friheten till den enskilde? Eller bygger denna tillgänglighet på en syn på sexualiteten där subjektet av ideologiska skäl alltid presumeras vara sexuellt intresserat? Eller är subjektets sexualitet

²³⁶ Se vidare kapitel 5 nedan.

²³⁷ Anderssons resonemang kring den ideologiska sidan av införandet av BrB kan diskuteras. Även SL krävde ett klart avståndstagande från offrets sida, kravet på tvång var mycket högt (s.k. vis absoluta). Vid införandet av BrB samlades sexualbrotten i ett gemensamt kapitel därför att sedlighetsbrotten omdefinierats till att avse den sexuella självbestämmanderätten. Frågan är dock om detta verkligen påverkade skyddsobjektet för våldtäktsbrottet på något avgörande sätt. Andersson (2004), s. 90–93, jfr s. 254–256; Jfr avsnitt 5.3–5.4 nedan, samt avsnitt 6.2.

²³⁸ Se vidare avsnitt 5.3–5.4 samt 5.7.

passiv därför att frågan bedöms på systematikens ”passiva” sida (hos gärningsobjektet)? Eller bygger konstruktionen av rättsskyddssubjektet på en kulturell förståelse av sexualitet, där kvinnor antas vara passiva?²³⁹

Det intryck man får är att författaren inte tydligt skiljer mellan argument som kan följa av olika rättsliga konstruktioner och argument som kan följa av helt andra ställningstaganden. Om man tillåter alla argument att operera samtidigt och på samma nivå, kan det ha både fördelar och nackdelar för analysen. Det kan t.o.m. bidra till att lyfta fram problemet med att det förekommer så många olika typer av argument i rättsordningen. Men även, att det därför kan vara problematiskt att veta vilka ställningstaganden som genererar vilka argument.

För att man ska kunna dra relevanta slutsatser utifrån analysen, är det emellertid viktigt att det är möjligt att identifiera olika typer av argument; *Vilka straffrättsliga förutsättningar* är det som bidrar till konstituerandet av dessa könskategorier?²⁴⁰ Anderssons analytiska ansats riskerar alltså att sluta i en form av kulturkritik, som inte är annorlunda än den kvinnopolitiska kritik, som framförts mot straffrätten.

Problemet understryks även av andra aspekter av hennes argumentation. Som exempel kan nämnas den dikotomi mellan begreppen aktiv-passiv, som ges stor betydelse i Anderssons arbete. Analysen av rättsskyddssubjektet innebär att författaren kopplar denna motsats direkt till dikotomin kvinna–man. Utifrån dessa premisser konstaterar hon sedan att, konstruktionen av rättsskyddssubjektet, motsvarar den kulturella beskrivningen av en kvinna.²⁴¹

Den här formen av kritik är central för den forskning som bedrivits med utgångspunkt i den första modellen. Eftersom denna framförallt syftar till att avslöja vetenskapens kulturella beroende har de studier som genomförts ofta handlat om att visa på könsmässiga dikotomier i vetenskapen.

Det är dock en sak att kritisera straffrätten för att den kan innehålla bakomliggande kulturella föreställningar, frågan är vilka slutsatser man kan dra utifrån de resonemang som förs. Om man exempelvis väljer att driva denna tes ytterligare ett steg, genom att argumentera för att en utgångspunkt i en föreställning om kvinnor som sexuellt aktiva, skulle kunna skapa ett bättre rättsligt värn för kvinnors integritet. En kvinnlig

²³⁹ Jfr Edwards (1981), s. 23–48; Jfr Andersson (2001), s. 346–347.

²⁴⁰ Se t.ex. s. 238, i en diskurs kring sexualiteten framstår offret som passivt. Men detta kan också vara en konsekvens av den diskurs som följer av systematiken, alltså att det är gärningssubjektets aktiva gärning som ska bedömas. Författaren är själv inne på att offret saknar en tydlig position i straffrätten, vilket kan ge en sådan rättslig icke-position en passiv prägel.

²⁴¹ Även om offret utgör en man, se Andersson (2004), s. 241. Jfr avsnitt 5.6.

passivitet skulle mot denna bakgrund kunna tolkas som ett slags icke-intresse, och därmed som ett uttryck för att offret inte samtyckte.

Kopplingen mellan motsättningen aktiv-passiv och sexuella handlingar är dock problematisk i sammanhanget. Frågan är om man inte då själv har valt att tillämpa motsättningen på ett sätt som kan kritiseras av samma skäl som de motsatser som kan ligga implicit i rättsordningen; Man kan undra vad det är för "fel" med att vara sexuellt passiv?

Det kan alltså se ut som att den argumentation Andersson för i denna fråga i praktiken avser tolkningen av verkligheten. Hon kopplar frågan om kvinnlig passivitet till frågan om kvinnors sexuella intresse, varför hon i grunden uttalar en önskan om en mer demokratisk syn på sexualiteten i straffrätten.²⁴²

Det är en syn på könsproblematiken som kan ha samband med både den första och den andra modellen. En mer renodlad utgångspunkt i den andra modellen hade dock krävt att man frågat sig hur man i så fall borde definiera en kvinnlig sexualitet i straffrätten.²⁴³

Här finns därför en risk för att argumentationen glider från den diskursiva nivån till uttalanden om den faktiska verkligheten, vilka lika gärna kan tolkas som politiska. Detta kan ifrågasättas redan därför att arbetets analytiska förutsättningar inte tillåter det.

4.5.6 Människan

Postmodernismens styrka i det här sammanhanget ligger i att den säger oss att det sätt på vilket vi uppfattar tillvaron i rättsordningen, i grunden är konstruerat utifrån vissa språkliga sammanhang. För rättsvetenskapen blir detta en viktig kunskap eftersom rättsordningen egentligen inte handlar om den faktiska verkligheten. Rätten återspeglar olika beskrivningar av verkligheten, vilka dessutom kan vara anpassade till ett visst rättsligt eller processuellt sammanhang.²⁴⁴

Som vi har sett kan en sådan teoretisk utgångspunkt ge vissa analytiska möjligheter när det gäller att undersöka hur kön framställs i den rättsliga argumentationen, men frågan blir hur en sådan konstruktivistisk ansats kan fungera i ett rekonstruktivt sammanhang?

²⁴² Det är en utgångspunkt som knappast är funktionell för straffrätten. Att skydda en viss beskrivning av sexualiteten är något annat än att skydda rätten till sexuell frihet. Se vidare avsnitt 6.2.6.

²⁴³ Andersson konstaterar att en argumentation som bygger på en sexuell aktivitet hos offret, innebär att rättsskyddssubjektet produceras med en manlig kropp och sexualitet. Andersson (2004), s. 242; Jfr Naffine (1997).

²⁴⁴ Se vidare kapitel 6 nedan; Även Andersson, s. 16, uppmärksammar straffrättens konstruktivistiska prägel.

Ett grundläggande problem handlar om det relativa moment som präglar denna form av kunskapsteori, eftersom detta innebär att det kan vara svårt att ange en grund för en auktoritativ värdeteori. Det blir därför knappast heller möjligt att konstruera en (ideal) individ, redan därför att beskrivningen av människan är beroende av sitt språkliga sammanhang.²⁴⁵

Andersson ger oss visserligen indirekt vissa upplysningar om hur hon ser på människan. En viktig konsekvens av att hon lyfter fram kön och sexualitet hos rättsskyddsobjektet, är att rättsskyddsobjektets kropp ges relevans.²⁴⁶

Det är ett ställningstagande som i grunden öppnar för en annan syn på sexualiteten och människan jämfört med den traditionella straffrättens. När författaren alltså uttalar: "(k)roppen och det kroppsliga är tillsammans med sexualiteten av central betydelse för den sexuella integriteten", kan detta ses som ett uttryck för ett nytänkande jämfört med det sätt på vilket man tidigare hanterat sexualiteten som rättslig fråga.²⁴⁷

I straffrätten behandlas vanligen sexualiteten som ett intresse den fria individen förfogar över och där i praktiken endast rätten till självbestämmande är skyddad. När man väljer att tala om människan som kön, skapas en möjlighet att göra kön och sexualitet till en del av den individuella identitet och integritet, som straffrätten ska skydda.²⁴⁸

Andersson är alltså inne på en viktig tanke när det gäller de straffrättsliga konstruktionerna kring sexualbrotten. Den innebörd man väljer att ge könsmänniskans kropp, är av avgörande betydelse för det sätt på vilket man preciserar den integritet straffrätten ska skydda.

Samtidigt är den könsteori som anges i arbetet tvivelaktig när man talar om en rekonstruktion av straffrätten; frågan är om det utifrån denna teori överhuvudtaget skulle vara möjligt att precisera principer för hur man bör hantera människan inom straffrätten.

Vad jag kan förstå måste vi i så fall utgå ifrån att det är diskursen som formar subjektet.²⁴⁹ Det som därmed ger den här ansatsen analytisk slag-

²⁴⁵ Lundström understryker här att man i "postmodernistisk teori (utgår) från att subjektiviteten är tillfällig, motsägelsefull och i stadig förändring". Det blir då endast diskurserna som kan ange gränserna för subjektiviteten. Lundström (1999), s. 37.

²⁴⁶ Författaren är inne på samma tema i Andersson (2004a), s. 276–278, men diskuterar inte de implikationer detta kan ha för straffrätten.

²⁴⁷ S. 30–31; Se vidare avsnitt 6.2.7 och 6.3.2.

²⁴⁸ Schömer poängterar dock att en könsteori i någon form antagligen i slutänden förutsätter "(a) conception of the subject as multiple". Människan som kön, vare sig faktiskt eller teoretiskt, skulle i så fall aldrig kunna preciseras i form av en viss individ. Schömer (1999), s. 28–29.

²⁴⁹ Det framgår, Andersson (2004), s. 31–32, att författaren menar att subjektiviteten är en konsekvens av ett språkligt sammanhang, och hon säger också att de diskurser som kan

kraft kan här mycket väl också vara dess största svaghet; det diskursiva subjektet har inte någon faktisk kropp och befinner sig inte heller i någon faktisk verklighet.²⁵⁰

Andersson anger visserligen att det enbart är det diskursiva subjektet som intresserar henne. Men hennes val av analytisk ansats visar härmed också på relevansen av den kritik som riktats mot Butler. När Butler talar om konstruktionen av kön hos människan riskerar de förutsättningar hennes könsteori ger, att leda till att "kroppen" försvinner. Butler skriver: "That the gendered body is performative suggests that it has no ontological status apart from the various acts which constitute its reality".²⁵¹ Det kan se ut som att hon avvisar möjligheten av ett inre kön, en könsmässig integritet, som kan vara oberoende av diskursen.

Butlers könsteori innebär ett sätt att tänka om kvinnokroppen och en möjlig kvinnlig identitet, som ligger långt ifrån den kvinnopolitiska debatt som förts kring straffrätten. Debatten har i hög grad handlat om hur det sexuella våldet skadar kvinnor i just denna bemärkelse.²⁵²

Benhabib ifrågasätter också om ett förkastade av dikotomin mellan det biologiska och det sociala könet, måste dras så långt att man i realiteten förkastar det genusformerande jaget. I Butlers föreställning finns det inte längre något jag bakom masken, säger Benhabib.²⁵³

Här finns därför en risk för att den syn på människan Butlers teori leder till blir ännu svårare att acceptera som grund för exempelvis bedömningen av en kränkning, än den fria individ straffrätten utgår ifrån.

Rättsordningen är en diskurs, som åtminstone i någon mån kan kontrolleras, genom de teoretiska och systematiska förutsättningar man ger den. Om man därför önskar att rekonstruera den diskurs inom straffrätten som konstituerar kön, måste man ange vilka argument eller principer som bör ges relevans på området. Men för att detta ska vara möjligt krävs

förekomma inom rättsordningen kan ha betydelse även för det materiella subjektet. Jfr också s. 40.

²⁵⁰ Andersson anger också att arbetet endast avser kroppen i symbolisk mening, s. 28–29; Jfr Lundström vilken försöker ge en definition av kön under samma postmoderna förutsättningar, men där definitionen även inkluderar en individuell identitet. Det könsbegrepp Lundström anger kännetecknas av att det blir beroende av det (sociala/kulturella) sammanhang människan befinner sig inom. Genus blir därmed: "den betydelse det biologiska könet ges i normativa diskurser och social institutioners praktiker samt den individuella subjektiviteten av att vara kvinna respektive man som är resultatet av normativa diskurser och sociala institutioners praktiker." Lundström (1999), s. 43.

²⁵¹ Butler (1990), s. 136.

²⁵² Moi (1998), s. 81, skriver att många poststrukturalistiska arbeten saknar en medvetenhet om det särskilda sätt på vilket kroppen kan vara politisk, historisk och diskursiv.

²⁵³ Benhabib (1992), s. 237–238, som även ifrågasätter om det finns någon möjlighet att påverka föreställningen; Jfr Carlson (2000), s. 5–25;

också någon form av etiskt ställningstagande. Benhabib skriver att en tanke om kön som "performance" utan ett subjekt, underminerar "den normativa visionen i feministisk politik och teori."²⁵⁴

4.6 Rättsordningen som föremål för analys

4.6.1 En sammanfattning

Jag har nu gått igenom fyra exempel på texter där författarna väljer olika sätt att närma sig frågor kring kön i rättsordningen. Den kritik som har framförts ovan skulle mycket väl kunna bemötas med åtminstone två motargument. Dels har syftet med texterna inte varit att rekonstruera rätten, dels kan man ifrågasätta om man ska låsa sig så starkt vid de modeller jag presenterade i kapitel 3.

Syftet har dock varit att diskutera vissa principiella frågor och i detta sammanhang har både texterna och modellerna tjänat som pedagogiska redskap.

Mot bakgrund av presentationen kan man mycket förenklat säga att dagens kvinnorrättsliga forskning befinner sig i det område som uppstår mellan den andra och tredje modellens ideologiska och teoretiska förutsättningar. Det är alltså viktigt att analysera kvinnors rättsliga problem, särskilt om dessa problem uppstår som en konsekvens av det sätt på vilket rättsordningen är uppbyggd. För forskaren blir sedan uppgiften att finna vägar att behandla könsfaktorn på ett sådant sätt att det blir möjligt att också vinna ny och relevant kunskap om de mekanismer som verkar inom detta konstruerade system.

Som vi har sett leder denna diskussion in på olika resonemang kring kön och kunskap, där de olika författare som presenterats väljer helt eller delvis olika ansatser. Samtidigt kan vi se en förändring över tid vad gäller synen på kön inom rättsvetenskapen, både när det gäller vad det är som studeras och utifrån vilka teoretiska förutsättningar detta sker.

Ett enkelt sätt att beskriva denna utveckling är att säga att fokus har flytrats från det faktiska till det föreställda genom flera led, från en diskussion om föreställningar om kön i en viss social kontext, till kön som något meningsskapande i sig, ibland fullständigt frikopplat från den faktiska nivån.²⁵⁵

²⁵⁴ Benhabib (1992), s. 238–239.

²⁵⁵ Jfr Andersson (2004), s. 208 samt not 849. Författaren eftersträvar inte att visa på de fördomar som kan föregå rättstillämpningen, utan istället hur könskategorierna produceras i den rättsliga texten. Jfr också a.a. s. 241, där författaren konstaterar att kön på den faktiska nivån spelar mindre roll, även manliga offer ges en kvinnlig position i diskursen; Det senare kan ifrågasättas, se vidare avsnitt 5.6 och 6.2.6–6.2.7.

Vi kan därför konstatera att kön är ett fenomen som även har implikationer för frågor som inte omedelbart kan relateras till människors köns-tillhörighet. Kön är istället någonting som återspeglas, utvecklas och upprätthålls i en viss kultur på många olika plan samtidigt, och denna faktor påverkar därför också det sätt på vilket vi föreställer oss verkligheten, vad som uppfattas som sant eller falskt, väsentligt eller oväsentligt, o.s.v.

För rättsvetenskapen är denna insikt viktig därför att den öppnar möjligheter för att närma kvinnoforskningen till mer principiella aspekter av den rättsliga argumentationen. Det bli möjligt att exempelvis analysera hur kön konstitueras i rättsordningen, inte enbart på en faktisk nivå genom det sätt på vilket vi hanterar den faktiska verkligheten i den rättsliga argumentationen, utan också mot bakgrund av rättsordningens egna teoretiska förutsättningar.

4.6.2 Kön i de arbeten som presenterats

Avslutningsvis ska jag försöka sammanfatta några av de teman som aktualiserats i detta kapitel. En första fråga blir vad "kön" representerar i dessa texter, dels mot bakgrund av det sätt på vilket författarna preciserar kön i sina forskningsprojekt, dels utifrån vilken syn på kunskap som författarna därigenom ger uttryck för. Frågan blir då enkelt uttryckt: Vad är det författarna studerar och utifrån vilka teoretiska förutsättningar sker detta?

Hos Stang Dahl utgörs kön i första hand av det vi kan kalla "typiska kvinnliga livsvillkor". Det kvinnliga perspektivet i hennes forskning legitimeras dels genom en kritik av en manlig hegemoni som påverkar rättsordningens syn på verkligheten, dels av att kvinnor har andra erfarenheter än män som följd av att de som grupp har andra (biologiska och) sociala förutsättningar. Detta ger Stang Dahl en etisk dimension i form av vad vi kan kalla en "kvinnlig livssyn".

Den valda ansatsen leder dock till problem. Det gäller både i förhållande till de kunskapsfrågor som aktualiseras och den valda metodiken. De principer som rättsordningen bygger på och som författaren också säger sig omfatta, är inte nödvändigtvis koherenta med de kvinnorrättsliga argument som författaren lägger till grund för sin argumentation på tillämpningsnivån. Här finns en grundläggande motsättning mellan synen på den fria och könsneutrala individen i rättsteorin och den kvinnliga person som Stang Dahl önskar att tolka rätten utifrån.

Som utgångspunkt för straffrättslig forskning är denna ansats intressant, men samtidigt ytterst problematisk. I avsnitt 4.2 pekade jag på några metodfrågor som blir komplicerade i sammanhanget. Det gällde särskilt hennes fokus på rättsdogmatiken vilket kan vara kontraproduk-

tivt i sammanhanget. Den straffrättsliga tolkningsläran är konstruerad för att begränsa möjligheterna att anföra alternativa argument.

Ett försök att applicera författarens tankegångar på det straffrättsliga området gav också en viss insikt om varför det kan vara svårt att få gehör för den kvinnopolitiska kritik som framförts mot straffrätten. I den allmänna debatten kring de straffrättsliga frågorna har ofta de aktuella frågeställningarna diskuterats utifrån en tanke om ett "kvinnligt liv", och där särskilt vissa våldsbrott mot kvinnor setts som en del av de villkor gruppen kvinnor lever under. I nästa kapitel kommer jag därför se närmare på detta sätt att närma sig kvinnors problem och även försöka vidareutveckla en kritik mot ett sådant sätt att resonera i förhållande till straffrätten.

Ett annat problem med författarens ansats är att hon inte tar ställning till vad den andra modellen kan innebära för rättsteorin. Stang Dahl väljer att hålla sig till de teoretiska traditioner som redan gäller inom rättsordningen, varför man kan undra om det verkligen skapas några möjligheter att utveckla straffrätten som värdeteori.

Stang Dahl legitimerar sin forskning genom att presentera det kvinnliga som ett alternativ och ger därmed en antydning till en alternativ värdeteori. Det är uppenbart att hon har ett syfte som sträcker sig längre än att lösa vissa rättsliga problem för gruppen kvinnor, men vad detta kvinnliga alternativ innebär på det etiska planet förblir oklart. Som vi ska se i det avslutande kapitlet misslyckas författaren med att presentera alternativa argument på det straffrättsliga området, just därför att hon inte kan ange någon godtagbar etisk grund för sina ställningstaganden.²⁵⁶

Fransson vidareför flera av Stang Dahls idéer i sin avhandling om lönediskriminering. Kön är en faktor som i första hand blir intressant på den faktiska nivån, även om författaren mycket riktigt även uppmärksammar den föreställda nivån. Kön preciseras därför i form av ett genuskontrakt mellan män och kvinnor, ett kontrakt som till sin form är välbekant på detta civilrättsliga område.

Fransson lägger stor vikt vid Hirdmans teori om ett genussystem, vilken bygger på en relation mellan kön och makt i form av ett särskiljande kombinerat med en manlig dominans. Hos Fransson är det också i första hand förekomsten av ett sådant könsmässigt ordnande som ger kvinnoforskningens kunskapssökande en egen legitimitet.

I Svenssons arbete representeras istället könsfaktorn av en abstrakt (eller abstraherad) genusrelation. Denna genusrelation påverkar oss både på ett konkret och på ett abstrakt plan, och dess relevans för rättsordningen är därför mångfacetterad. Denna genusrelation är dock intressant

²⁵⁶ Se vidare avsnitt 6.2.2.

därför att den är meningsskapande; genusrelationen bidrar till att ge olika fenomen i tillvaron en innebörd.

Hernes arbete präglas dock även av den maktproblematik som faller tillbaka på teorier om "genussystem".²⁵⁷ Det avskiljande som dessa uttrycker kan identifieras på flera plan i tillvaron och därmed även i vetenskapliggörandet av denna verklighet. De teoretiska antaganden som bygger upp rätten som kunskapsområde kan därför också studeras mot bakgrund av en sådan relation.

De analyser som författaren utför sker alltså utifrån genus som en relation, i form av ett "relationellt" könsbegrepp. Ett sådant grepp handlar ytterst om att man önskar att undvika den kritiserade (och politiserade) könsmotsättningen och alla andra kulturellt "givna" definitioner av kön.

Även om Svensson därmed väljer en position i förhållande till kön, som nycklet väl skulle kunna placeras i den tredje modellen, och dessutom poängterar att här även finns ett syfte att nå en förändrad kvinnorättslig epistemologi, ställer jag mig tveksam till om hon därmed verkligen lämnar den andra modellens kunskapsyn eller löser de problem som kan följa av denna.²⁵⁸

Det relationella tänkande som Svensson utvecklar är intressant därför att det kan säga oss något om varför rättsordningen prioriterar vissa argument framför andra. Här finns dock vissa principiella problem. Även om hennes syfte inte är att fokusera på det dikotoma så bygger, enligt min mening, analysen (både dekonstruktivt och rekonstruktivt) ytterst på sådana förutsättningar. I Svenssons text framskymtar dessutom att det finns ett slags kvinnlig princip, vilken bör återföras som den förlorade delen av en genusrelation i rättsordningens teoretiska och etiska förutsättningar.

Svårigheten ligger då i svårigheten att skapa ett rekonstruktivt alternativ. Frågan blir om man inte i så fall måste definiera den kvinnliga princip som saknas, varför vi riskerar att hamna i samma återvändsgränd som Stang Dahl.

Det genus man finner hos Svensson (och Fransson) skulle kunna ligga till grund för dekonstruktiva studier av straffrätten. Det gäller särskilt alla de dikotomier som straffrätten innehåller och som här skulle kunna få en intressant alternativ analytisk infallsvinkel.²⁵⁹

²⁵⁷ Ketscher menar att denna typ av forskning hämtar sin energi i en "offerorientering", (2000), s. 184.

²⁵⁸ Författaren har också senare poängterat att hon önskar sig en epistemologi som är "socially-based on both reason *and* experience, situated in specific historical and cultural contexts," Svensson (2001a), s. 94.

²⁵⁹ Ansatser som tar sin utgångspunkt i den klassiska könsmotsättningen blir dock sällan

Det som kanske framförallt är intressant för ett straffrättsligt tänkande är Svenssons resonemang kring "människan", där författaren framhåller en individ som eftersträvar både autonomi och gemenskap. Här finns alltså en början till ett alternativt tänkande kring människan som kan leda till nya förutsättningar för att tala om individen i rätten.²⁶⁰

I relation till de övriga representerar Anderssons text dels en annan kunskapsteoretisk utgångspunkt och dels ett annorlunda könsbegrepp. Det senare är som vi har sett ovan konstruerat och abstraherat till en nivå där det inte längre har några referenser till den faktiska verkligheten.

Om det är så att man önskar att finna ett auktoritativt alternativ, kan man därför känna sig tveksam till den kunskapssyn som det postmoderna representerar. Denna ansats leder alltså inte omedelbart till någon alternativ moralteori, utan i första hand till en mängd olika alternativ beroende av diskurs och kontext. Det senare är inte ointressant för straffrätten, men innebär andra typer av utmaningar. Vi måste ställa oss frågan om vi verkligen behöver en gemensam moralordning eller om det finns andra tänkbara lösningar för att ange straffrättens etiska innehåll.

Även Anderssons val av könsbegrepp väcker frågor som angår straffrätten. Kön blir enligt denna teoribildning, något helt annat än de socialt förankrade könsbegrepp, som beskrevs tidigare i kapitlet.

Genom de diskursiva könsbegreppen kan man möjligen uppnå en kulturellt oberoende definition av kön vilken analytiskt sett kan vara mycket effektiv. Samtidigt blir det svårt att, utifrån denna modell, tala om verkliga människor och deras lidande. För en straffrättsjurist kan det därför se ut som att man här riskerar att förlora möjligheten, att tala om och utifrån "människan", på ett normativt sätt.

Risken finns att vi endast skapar en ny straffrättslig individ, vilken kan kritiserar för att vara en konstruktion som inte har verklighetsförankring och inte heller kan ge en i sammanhanget acceptabel värdegrund.

Sammanfattningsvis kan det vara viktigt att understryka, att samtliga författare diskuterar könsfaktorn, utan att egentligen generalisera denna på något sätt. Alla försöker att på olika sätt bygga in ett slags föränderlighet i sina teoretiska förutsättningar. Hos Fransson representeras detta av det alltid förhandlingsbara genuskontraktet, medan Stang Dahl förefaller sätta tilltro till ett slags utvecklingsoptimism: allt förändras genom tidens gång och mänsklig utveckling. Svensson i sin tur bygger in det relationella momentet som ska ge oss bättre insikter om det ofullständiga och

konstruktiva inom straffrätten, det gäller särskilt motsättningen mellan offer och gärningsman, se vidare kapitel 5.

²⁶⁰ Se vidare avsnitt 6.4.

föränderliga, men också ömsesidigt beroende i beskrivningen av verkligheten i rätten. Andersson väljer det postmoderna där kön är något som skapas och återskapas när verkligheten konstrueras genom språket.

4.6.3 Avslutning

En förutsättning för all kvinnorrättslig forskning är att rättsordningen är en del av en kultur. Den bygger på de värden och verklighetsföreställningar som ett visst samhälle vid en viss tidpunkt önskar att premiera. På samma sätt skapas reglerna genom tolkningar av verkliga händelser i en kontext där de tolkningar som görs bygger på rådande kunskap om verkligheten.

För kvinnorrätten blir därför premisserna för de rättsliga konstruktionerna intressanta att studera. Kvinnorrättens problemområde handlar i realiteten om förutsättningarna för att tala om människan och tillvaron på olika nivåer inom rättsordningen. De fyra texterna handlar om att dekonstruera kön här och nu. De utgör studier av kön i en viss kultur, i en viss rättstradition, i ett visst regelsystem, utförda vid en viss tidpunkt.

Kön har alltid en ideologisk och kunskapsteoretisk funktion i förhållande till rättsordningen. Det gäller oavsett om man väljer att uppmärksamma denna faktor eller inte. Om man väljer att bortse från kön utgör detta också ett ideologiskt ställningstagande som har vissa kunskapsmässiga konsekvenser.

Den diskussion som har förts kring kön i forskningen har därför relevans även för kvinnorrätten. Sammanfattningsvis kan man säga att en kvinnorrättslig analys aldrig handlar om att analysera kön hos människan i någon konkret mening, det kön som undersöks består istället av olika kulturella uttryck, ideologiskt styrda "tankeramar", och liknande. Oavsett abstraktionsnivå kommer frågor kring kön, direkt eller indirekt, att handla om förutsättningarna för en rättslig argumentation.

I kapitel 3 gav jag några exempel på hur man kan applicera kön på en rättslig argumentation. I mitt arbete har jag valt att diskutera förutsättningarna för att tala om människan inom rättsordningen. Jag har också visat att kunskapsfrågorna har relevans för beskrivningen av människan och verkligheten i rättsordningen. Det gäller både på ett faktiskt plan vid lagstiftning, rättstillämpning och på ett teoretiskt plan.

Det som skiljer kvinnorrätten från annan kvinnoforskning är alltså att de teoretiska grunder man utgår ifrån, både när det gäller kön och de kunskapsfrågor som aktualiseras, har normativa konsekvenser. För straffrättens del kan kunskapsfrågorna därför även beröra förutsättningarna för det värdesystem man önskar att främja.

En viktig förutsättning för all kvinnorrättslig forskning är alltså att det sätt på vilket man applicerar könsfaktorn måste innebära att man också tar hänsyn till de förutsättningar som rättsordningen bygger på. Det innebär inte att man måste acceptera dessa. En rekonstruktiv analys kommer sannolikt att handla om att man åtminstone i någon del avvisar dessa.

Det sätt på vilket man applicerar kön måste dock vara relevant för ett studium av en rättslig argumentation. Om man exempelvis är intresserad av att veta hur kön konstitueras, räcker det inte med att visa att denna faktor har relevans för rättsordningen. Man måste också visa på vilket sätt denna faktor får betydelse inom rättssystemet och vilka rättsliga premisser som bidrar till detta.

Det finns annars en risk för att en analys endast uppfattas som kulturkritisk, d.v.s. att man endast säger något om de kulturella tolkningar som kan göras av en viss rättslig lösning, vilket inte är detsamma som att säga något om vad som är rättsordningens innehåll.

I genomgången av författarnas olika analytiska ansatser kan man också se att diskussionen inom kvinnorrätten har utvecklats över tid. De ansatser forskarna väljer blir mer och mer sofistikerade och får tydligare teoretiska ramar. Det finns positiva sidor med denna utveckling. Forskningen blir alltmer självständig i förhållande till den politiska feminismen, varför dess analysresultat även blir mer trovärdiga. En viktig konsekvens är att det inte längre är möjligt att avvisa könsfaktorns betydelse för rättsordningen.

De exempel på texter som jag har visat handlar i hög grad om att analysera just rättens kulturella beroende. Samtidigt kan man alltså undra om inte det faktum att det är kulturella faktorer vi hela tiden studerar kan leda till att det i praktiken är samma könsfördomar, eller dualismer, vi undersöker om och om igen men i allt mer sofistikerade former?

Denna dekonstruktiva infallsvinkel på rättsordningen leder också till att frågan om en rekonstruktion av rättsordningen till stor del lämnas åt sitt sitt öde. Som vi har sett är det inte heller givet att de valda ansatserna är ägnade för sådana studier. Samtidigt är det just när man försöker precisera det sätt på vilket lagstiftningen bör reformeras som de verkligt intressanta frågorna uppstår, och det är också då som den normativa aspekten av rättsordningen kommer att ställa särskilda krav på de teoretiska förutsättningar man väljer.²⁶¹

²⁶¹ Till skillnad från andra studier av kulturella fenomen har vi här att göra med ett system där vi själva kan välja förutsättningarna. Därför är den rekonstruktiva ansatsen viktig för kvinnorrätten.

Avslutningsvis kan det därför vara intressant att sammanfatta några av de problem som kvinnorätten kan behöva diskutera ytterligare för att man ska kunna åstadkomma verkliga förändringar av rättsordningen.

Sambandet mellan kvinnoforskningens förutsättningar och den studerade rättsordningen behöver klarläggas. Man skulle kunna säga att på samma sätt som en utvecklad kvinnoforskning har gjort könsfaktorn mer komplex, behöver den kvinnorrättsliga forskningen utveckla bättre metoder för att kunna studera rättsordningens mångsidighet.

Ett rättssystem inrymmer alltid av en mängd olika argument, politiska hänsyn, verklighetsförståelser, rättstraditioner och andra sådana systematiska och ideologiska förutsättningar. För att kunna påverka detta system blir man tvungen att identifiera på vilket plan könsfaktorn i ett visst sammanhang får en rättslig funktion.²⁶²

De olika sätt att tala om kön som de presenterade arbetena representerar innebär alla att man utgår ifrån ett olikhetstänkande, vilket i sig innebär en kritik mot en ideologisk position som på olika sätt uttrycker likheten som ideal. Samtidigt visar en genomgång av dessa studier att den funktion som en likhetsideologi kan ha inom rättsordningen i grunden handlar om väldigt många olika typer av frågeställningar. Redan här kan vi alltså se att det finns ett behov av att ytterligare strukturera den kritik som framförts mot likhetstanken, särskilt i förhållande till rättsordningens uppbyggnad.

De analyser som görs av den rättsliga argumentationen i de presenterade arbetena ger ökade kunskaper om både rättsordningen och rättsvetenskapen. Man kan därför bli litet beklämd när man ser att samtliga författare, med undantag för Stang Dahl, understryker att deras arbeten på något sätt är "utomrättsliga".²⁶³ Att man inte direkt tillämpar en rättsdogmatisk metod i syfte att fastställa gällande rätt, utesluter inte att man faktiskt också säger något om gällande rätt.

De presenterade arbetena är inte några politiska utsagor eller samhällsvetenskapliga studier. Författarna talar hela tiden om och utifrån det rättsområde som aktualiseras, dess normer och förutsättningar. De forskningsresultat som presenteras visar också att analyserna har relevans för förståelsen av rättsordningen. Författarna kunde alltså lika gärna ha understrukt att deras arbeten handlar om rättsvetenskapliga frågor som har relevans för rättsordningens innehåll och funktion.

²⁶² Det är ju inte givet att alla argument som florerar inom rättsordningen kan hänföras till specifikt "rättsliga" förutsättningar.

²⁶³ Se t.ex. Svensson (1997) s. 33; Fransson (2000) s. 39; Lundström (1999) s. 15–16; Schömer (1999) s. 19–20, jfr s. 46.

5 Kön och kunskap i några reformförslag

5.1 Inledning

5.1.1 Analytiska förutsättningar

Syftet med avhandlingen är att diskutera förutsättningarna för ett närmande av kvinnoforskningen till straffrätten. Skälet till detta är att det kan vara intressant att undersöka om de analytiska möjligheter och de kunskaper, som kvinnoforskningen kan bidra med, kan ge fruktbara diskussioner även på det straffrättsliga området.

Jag har tidigare sammanfattat några av de förutsättningar som jag menar man bör beakta vid kvinnorättsliga studier på straffrättens område.¹ Detta är inte enbart en fråga om val av metodik, den springande punkten handlar snarare om att vissa krav bör vara uppfyllda för att de analytiska ansatserna ska uppfattas som straffrättsligt relevanta.

De ansatser man väljer, metodologiska eller teoretiska, måste alltså på något sätt relateras till den straffrättsliga läran, systematiken eller lagstiftningen. Ett närmande av kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap till straffrätten förutsätter därmed att man tar hänsyn till att den existerande straffrättsliga läran har ett visst innehåll, en viss struktur och ett visst syfte.

En annan viktig målsättning med arbetet är att på olika sätt möta den debatt som förts kring kvinnors straffrättsliga problem. Framförallt är det viktigt att visa att den kritik som framförts kan vara relevant i förhållande till straffrätten, men också att de frågeställningar som uppstår som en följd av kritiken framförallt är av etisk, och inte av politisk, karaktär.

I detta sammanhang uppstår dock vissa principiella problem, eftersom den debatt som förts från kvinnopolitisk sida ofta har tagit sin utgångspunkt i begreppet² "våld mot kvinnor", vilket har en förankring i en radikalfeministisk syn på kvinnors utsatthet för våld.

¹ Se avsnitt 1.2.3.

² Jfr avsnitt 3.1.2. Begrepp kan i det här sammanhanget förstås som "en viss ideologisk syn" på problemet.

En grundläggande förutsättning för detta sätt att tänka är att man ser våldet som ett uttryck för makt, både på ett individuellt och på ett strukturellt plan. Våldet mot den enskilda kvinnan kopplas därmed till en förståelse av ett överordnat förtryck av gruppen kvinnor.³

Det här är en aspekt av våldsproblematiken som kan vara relevant att framhålla i ett kvinnopolitiskt sammanhang, särskilt som redan förekomsten av ett sådant våld i hög grad påverkar enskilda kvinnors liv. Den kvinna som blivit brottsoffer, likaväl som den som är rädd för att bli utsatt för våld, kommer någon gång att ta hänsyn till att detta våld existerar. Ett sådant sätt att förstå våldet som samhällsfenomen har därför fått stor genomslagskraft i den allmänna debatten. Om vissa gruppers livsvillkor blir beroende av förekomsten av en viss form av kriminalitet så kan detta också ses som ett demokratiproblem.⁴

Ibland kopplas även denna analys av ett kvinnoförtryck omedelbart till rättsordningen, vilken då ses som ett instrument för utövande av köns-makt.⁵ Även detta är en diskussion som i första hand bör placeras på en politisk nivå. Som utgångspunkt för en analys av den rättsliga regleringen av våld mot kvinnor kan däremot en sådan utgångspunkt vara ytterst problematisk. Det gäller både vid dekonstruktiva och vid rekonstruktiva analyser.⁶ Det finns därför skäl att säga något ytterligare i avsnitt 5.2.2, om varför denna ansats inte nödvändigtvis skapar de förutsättningar som krävs för att man ska kunna förbättra utsatta kvinnors rättsliga skydd.

I det här arbetet har jag alltså valt att istället fokusera på två frågeställningar som är av grundläggande betydelse för kvinnoforskningen. Det gäller dels synen på kön hos människan, dels de konsekvenser de val man gör i denna fråga kan ha för kunskapsfrågorna. Dessa två aspekter av kön i forskningen har sedan kopplats till det sätt på vilket man beskriver människan på straffrättens teori- och tillämpningsnivå, och till de förutsättningar man ger beskrivningen av verkligheten i rättsordningen.

Den kvinnopolitiska kritik som riktats mot straffrätten, har följt av en diskussion som handlat om det sätt på vilket straffrätten hanterar kvinnliga offer. Kvinnors straffrättsliga problem handlar därför i detta sam-

³ Jfr avsnitt 3.1.3.

⁴ Se vidare avsnitt 5.2.1.

⁵ Se t.ex. Estrich (1987), s. 6.

⁶ Vid dekonstruktiva analyser blir ansatsen gärna kulturkritisk, man ser i första hand till den kulturella tolkning rättsliga argument kan ges. Ett grundläggande problem blir då att analysen saknar förankring i straffrätten. Vid en rekonstruktion krävs att man kan placera den teori om människan och verkligheten begreppet återspeglar, antingen på straffrättens teorinivå, eller såsom en beskrivning av verkligheten utifrån vilken straffrättsliga regler kan definieras eller tolkas. Se vidare avsnitt 5.2, samt 5.5–5.6.

manhang om en upplevelse av att straffrättens skydd av kvinnors integritet är bristfälligt.

Den debatt som förts kring de straffrättsliga problem kvinnor upplever har i hög grad påverkats av den allmänna ideologiska utvecklingen av könsfrågan inom kvinnoforskningen. Det gäller framförallt innebörden av den kritik som framförts eftersom denna givits olika ideologiska och kunskapsteoretiska förutsättningar under olika tidsperioder. Den argumentation som förts kring kvinnors straffrättsliga problem har därför i stora drag följt den kronologi som de olika modellerna i kapitel 3 representerar.

I det här kapitlet kommer jag därför att försöka visa hur olika sätt att beskriva människan och verkligheten kan påverka en straffrättslig argumentation. För att kunna renodla frågeställningarna kommer jag att utgå ifrån några olika reformförslag vilka presenterats från BrB-reformen och framåt.⁷ De exempel som ges handlar i första hand om våldtäktskriminaliseringen (BrB 6:1), men några jämförelser kommer också att göras med förutsättningarna för kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning (BrB 4:4a st. 2).

De straffrättsliga frågeställningar som aktualiseras berör samtliga direkt eller indirekt frågor som rör straffvärde och individuell kränkning. Det här är straffrättsliga frågeställningar som är principiellt intressanta i sammanhanget, därför att bedömningar av dessa förutsätter att man tar ställning till någon form av beskrivning av verkligheten och människan, både i samband med kriminalisering och tillämpning.⁸ Det är också rättsliga problem som aktualiserar olika etiska frågeställningar, och som jag har varit inne på tidigare är de frågeställningar som jag har valt i arbetet sådana att de även rör straffrätten som gemensam moralkodex.⁹

För att belysa den betydelse som beskrivningen av verkligheten och människan kan ha för den straffrättslig argumentationen kommer jag att koncentrera mig på argument som inte omedelbart följer av gärningsdefinitionerna i straffbuden.¹⁰ Som vi ska se är det sätt på vilket man i dessa reformer förhåller sig till argument, som på något sätt relaterar till kön, ofta ogenomtänkt och föga systematiskt. Det gäller i praktiken samtliga reformförslag som diskuteras nedan, alltså både de reformförslag som föregick den offentliga debatten kring kvinnors straffrättsliga problem, och de reformer som presenterats som en följd av denna debatt.

⁷ Det reformförslag som kommer att diskuteras är SOU 1953:14, SOU 1976:9, SOU 1982:61 och SOU 1995:60. Framställningen följer lagförslagen i kronologisk ordning. SOU 2004:14 diskuteras i avsnitt 6.3.2

⁸ Se avsnitt 1.4.

⁹ Jfr avsnitt 2.1.1.

¹⁰ Se vidare avsnitt 5.1.3.

5.1.2 Beskrivningen av människan och verkligheten

I den kritik som framförts mot rättsordningens sätt att bemöta kvinnliga offer kan man framförallt finna argument som handlar om att straffrätten uttrycker könsfördomar. Man kan säga att kritiken riktar sig mot rättsordningen som del av en kultur där det förekommer många olika föreställningar om manligt och kvinnligt, sexualitet, o.s.v. Ofta väljer man då att förstå detta problem som en fråga om makten att definiera verkligheten, vilket enligt en sådan analys kan leda till att den beskrivning av verkligheten som återges även kan innehålla dolda maktrelationer.

Den kritik som då framförs handlar i första hand om de kulturella tolkningar som kan göras av olika rättsliga argument, däremot har kritiken sällan förankrats i de straffrättsliga förutsättningarna.¹¹ Det är därför tveksamt om den kritik som framförts verkligen är tillräcklig för att man ska kunna säga något mer bestämt om vilka förutsättningar som skapar de rättsliga lösningar som kritiseras.

I det här arbetet har jag alltså valt att istället fokusera på mer principiella frågor inom kvinnoforskningen, för att undersöka om det kan finnas andra möjligheter att på straffrättens område applicera de frågeställningar som denna forskningsinriktning behandlar. Ett viktigt syfte med detta är att försöka visa att den kvinnopolitiska kritik som framförs mot rättsordningen också kan ha relevans för utformningen av straffrätten.

I kapitel 3 presenterades tre modeller som angav olika sätt att uppfatta kön hos människan. Till dessa anknöts sedan tre kunskapsteoretiska positioner för att understryka att de val man gör i förhållande till synen på kön hos människan, även kan ha betydelse för hur man mer allmänt beskriver verkligheten. En viktig poäng i sammanhanget var att de olika positionerna innebär att man legitimerar beskrivningen av verkligheten på olika sätt.

Mellan dessa tre modeller går en central ideologisk skiljelinje mellan det vi kan kalla en likhetsideologi och en olikhetsideologi.¹² Mycket förenklat kan man säga att likhetsideologin i detta sammanhang innebär att man uppfattar att kön är något som endast tillskrivs en människa i en viss kultur, vilket i sin tur vanligen leder till att man menar att kön inte bör ges betydelse för hur man talar om människor.¹³ Det mänskliga ideal man då väljer att utgå ifrån blir vanligen den teoretiska konstruktion som den fria individen representerar, en konstruktion vilken också har en stark ställning inom den straffrättsliga teorin.

¹¹ Se vidare avsnitt 5.2.2.

¹² Jfr avsnitt 3.2.3.

¹³ Jfr teorin om könsroller, avsnitt 3.6.2.

En olikhetsideologi innebär däremot att könsfaktorn placeras hos människan som en del av en personlig identitet, vilket gör att man inte kan tala om människor utan att på något sätt uppmärksamma könsfaktorns relevans. En utgångspunkt i detta ideologiska ställningstagande innebär därför att kön är en central aspekt av hur man uppfattar verkligheten, framförallt därför att kön är en viktig sida av det som ger tillvaron en innebörd.¹⁴

Mot bakgrund av framförallt den ideologiska funktion som denna diskussion kring kön får i relation till straffrätten, uppstår i praktiken två principiellt olika sätt att argumentera kring människan och verkligheten i relation till straffrätten. Ser man dessutom till den debatt som har förts kring rättsordningen är det troligt att dessa två principiellt sett motsatta uppfattningar om hur verkligheten bör beskrivas sannolikt även kan återfinnas i den straffrättsliga argumentationen.

En mycket viktig fråga handlar alltså om vilken principiell syn på människan som kan identifieras i det sätt på vilket man argumenterar i de olika utredningarna. Framförallt måste man då ställa frågan om den människa man utgår ifrån har en identitet som är beroende av en social eller kulturellt definierad omgivning, eller om det handlar om en människa som kan bedömas oberoende av sin könstillhörighet.

Den syn på människan man här väljer att utgå ifrån kommer dessutom att i hög grad påverka hur man ser på människans sexualitet.¹⁵ Den ideologiska motsättning som finns mellan de olika modellerna rör i detta sammanhang frågan om vad som är personlig integritet och vad som därmed kan vara en sexuell kränkning. Det blir därför intressant att särskilt undersöka hur innebörden av den sexuella kränkningen behandlats i de olika reformförslagen.

I avsnitt 5.3–5.5 kommer jag att i huvudsak använda kriminaliseringen av våldtäkt som exempel, medan jag i det avslutande 5.6 kommer att ta upp några frågor som rör kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning.¹⁶

När man talar om den typ av gärningar som klassificeras som sexualbrott i lagstiftningen är det också av intresse att undersöka hur man mer allmänt resonerar kring sexualiteten i de olika reformerna. Sexualiteten är i detta sammanhang att uppfatta som en social konstruktion, den är alltså alltid en del av en viss kultur. Vad som uppfattas som "sexuellt" i ett straffrättsligt sammanhang kommer därför att vara beroende av olika kul-

¹⁴ Nedan kommer jag att koncentrera mig på den första och den andra modellen, medan de möjligheter som kan ligga i den tredje modellen återkommer i avsnitt 6.4.

¹⁵ Jfr avsnitt 3.7.

¹⁶ Avgränsningen till BrB 4:4 a st. 2, diskuteras i avsnitt 5.6.

turella föreställningar kring kön och sexualitet. Denna fråga är därför central för det sätt på vilket man beskriver den verklighet utifrån vilken de sexuella övergreppen ska tolkas.

5.1.3 Kränkning och klander

De två första exempel som diskuteras i avsnitt 5.3 och 5.4 är kriminaliseringen av våldtäkt inom äktenskapet, vilken infördes i samband med BrB-reformen 1964, och det reformförslag som presenterades 1976 och som innefattade en diskussion kring förutsättningarna för vissa straffvärdebedömningar vid våldtäkt.

I kapitel 2 beskrev jag de olika rättsliga sammanhang där straffvärdebedömningar kan vara aktuella. I det här kapitlet kommer jag att i huvudsak tala om straffvärde vid rubricering och gradplacering, även om samma principiella frågeställningar kan uppstå vid straffmätning.

Vid tillämpning av BrB 6:1 handlar det om att gradplacera enskilda brott såsom s.k. normalbrott, grova brott eller mindre grova brott. Det handlar alltså om att bestämma dess svårhetsgrad utifrån brottsbegreppet, i relation till den enskilda gärningen och den enskildes personliga ansvar. Eftersom arbetet handlar om vissa principiella problem kring kön och kunskap kommer jag att koncentrera mig på de förutsättningar som anges av lagstiftaren i samband med kriminalisering, alltså sådana som kan utläsas av de förarbeten till lagstiftning som de olika utredningarna utgör.¹⁷

De mest grundläggande förutsättningarna för gradplacering följer av gärningsdefinitionen i straffbudet. Själva gärningen våldtäkt definieras ju i sin grundform som ett tvång som leder till en sexuell handling. Detta tvång består då i första hand av våld eller hot om våld, gärningar som kan graderas efter hur allvarliga de bedöms vara. Ett tvång som utövas genom mycket våld betingar därför ett högre straffvärde än ett betvingande som sker genom en lägre grad av våld.

Även de sexuella handlingar som kriminaliseras kan vara av olika karaktär, och på samma sätt som för tvång har man preciserat olika rekvisit för dessa. Av förarbetena framgår vilka handlingar som kan tolkas in

¹⁷ Det hade varit mycket svårt att diskutera gällande rätt i förhållande till de exempel som ges eftersom dessa dels representerar olika tidsepoker, dels kan vara påverkade av redan genomförda reformer. Det hade dessutom blivit en för stor uppgift att fastställa gällande rätt vid varje enskild tidpunkt. Sådana upplysningar hade inte heller haft någon avgörande betydelse för de principiella frågeställningar arbetet behandlar. I avsnitt 6.3.2 kommer jag att kommentera den utveckling av våldtäktsbestämmelsen som har skett.

under de rekvisit som anges i straffbuden.¹⁸ Indirekt kan man därför utläsa något om vilka handlingar lagstiftaren ansett vara mer kränkande än andra, eftersom de sexuella handlingar som definieras för de grova brotten principiellt sett anses betinga ett högre straffvärde än andra. Vilka principiella förutsättningar som lagts till grund för dessa bedömningar är dock oklart.¹⁹ Vad som är en sexuell kränkning, och utifrån vilka förutsättningar som denna bör bedömas eller graderas, har inte diskuterats i någon större utsträckning i de olika reformförslagen.

För att belysa hur beskrivningen av människan och verkligheten kan påverka förutsättningarna för den straffrättsliga argumentationen kommer jag därför att fokusera på argument som inte kan ges en omedelbar förankring i gärningsdefinitionen. Jag kommer dessutom att koncentrera mig på de argument som vanligen anses vara förmildrande, alltså de som kan motivera en tillämpning av straffbudets lägsta grad.

Tidigare har den här typen av argument ansetts även kunna påverka straffvärdet hos gärningar där det förekommit ett allvarligt tvång eller där dessa i förhållande till gärningsdefinitionen av andra skäl borde rubriceras som mer allvarliga brott. I dagens lagstiftning är det dock klart att denna typ av argument inte kan ges en sådan självständig funktion vid sådana bedömningar.²⁰ Om inte annat sägs kan man därför utgå ifrån att de situationer som diskuteras inte omfattar något allvarligt våld eller på annat sätt utspekulerade eller våldsinriktade sexualhandlingar.

Frågan är då varför just förmildrande argument utan förankring i gärningsdefinitionen kan vara principellt intressanta att lyfta fram? Varje gång man närmar sig gränsen för vilka gärningar en kriminalisering ska omfatta, eller som här vilka gärningar som ligger nära gränsen för vad som överhuvudtaget är straffvärt, måste man identifiera de faktorer som ska vara avgörande för denna fråga. De aktuella argumenten är intressanta därför att de kan säga oss något om hur man uppfattar själva övergreppet våldtäkt och därmed också hur man ser på den kränkning ett sådant övergrepp kan innebära.

I rättsordningen förekommer många argument som inte omedelbart kan hänföras till själva straffbudet. För att kunna fokusera på frågan om vad som är en kränkning i dessa fall kommer jag att i första hand välja straffvärdeargument som på något sätt kan relateras till skyddsobjektet,

¹⁸ Dessa definitioner behandlas inte i detta kapitel. Frågan återkommer till viss del i avsnitt 6.3.2.

¹⁹ Följer dessa av en kulturell förståelse av sexualiteten, eller en bedömning av vad som är mest kränkande för offret? Eller är det straffrättens systematik som avgör frågan, alltså att graden av straffvärde i realiteten fastställs utifrån gärningsmannens gärningar, eller möjligen hans kropp? Jfr avsnitt 2.3.4 och 6.3.2.

²⁰ Jfr prop. 1983/84:105, s. 21; Jareborg (1984), s. 313; Jfr avsnitt 2.3.4 och 2.4.3.

vilket i BrB utgörs av individens självbestämmande på det sexuella området.

Som vi har sett kan man disponera detta självbestämmande på olika sätt vilket också kan få straffrättsliga konsekvenser.²¹ Detta anses kan då även kunna påverka straffvärdet, dels därför att en sådan disposition av självbestämmandet kan leda till att kränkningen av offret uppfattas vara mindre, dels därför att graden av det klander som riktas mot gärningsmannen som en konsekvens av detta kan bedömas vara lägre.²²

Även sexualhandlingen utgör en del av det fysiska övergreppet våldtäkt. Om denna aspekt av våldtäkt inte ansetts representera en särskild kränkning hade man inte behövt ange någon sådan sexualhandling i straffbudet. I praktiken kan man tvingas till många olika saker, men alla andra sådana gärningar faller under tvångsgärningen i BrB 4:4, olaga tvång. Vad det innebär att skyddsobjektet omfattar ett självbestämmande som relaterar till sexualiteten är däremot oklart.

I det första exemplet, avsnitt 5.3, som avser kriminaliseringen av våldtäkt inom äktenskapet i samband med Brottsbalksreformen, berörs frågan om *vem* som skyddas av kriminaliseringen av våldtäkt. Det är en fråga som är mycket central för innebörden av skyddsobjektet. Denna reform aktualiserar också frågan om på vilket sätt den könsmissiga relationen till gärningsmannen kan påverka en gärnings straffvärde eftersom lagstiftaren förutsatte att dessa fall skulle rubriceras enligt den lägre graden av våldtäkt. I detta exempel uppkommer därför frågor som rör synen på människan både på teori- och på tillämpningsnivån.

Det andra exemplet, avsnitt 5.4, är hämtat från SOU 1976:9. Diskussionen avser här i första hand tillämpningsnivån, medan skyddsobjektet är detsamma som i föregående exempel. I avsnittet diskuteras frågan om en föregående samvaro mellan parterna kan leda till att straffvärdet för en viss gärning reduceras. I de situationer som är aktuella att diskutera blir frågan om offrets medverkan uppenbar. Frågan handlar därför om den rättsliga relevansen av den interaktion som kan ske mellan människor i en viss social situation. De rättsliga bedömningar som ska göras blir som vi ska i hög grad beroende av hur man beskriver människan och verkligheten.

I de två första exemplen är det uppenbart att lagstiftaren har argumenterat utifrån ett likhetstänkande i någon form. Vid kriminaliseringen av våldtäkt i äktenskapet i samband med Brottsbalksreformen 1964, fick ideologin om den fria individen på straffrättens teorinivå avgörande betydelse för att även dessa övergrepp kom att rubriceras som våldtäkt.²³

²¹ Se avsnitt 2.3.3.

²² Se vidare avsnitt 5.4.5.

²³ LU 1962:42, s. 44.

Även i det andra exemplet är det möjligt att identifiera ett sätt att se människan som ytterst återspeglar en sådan likhetsideologi. I denna utredning baserades bedömningarna av brottets straffvärde på argument vilka omedelbart kunde relateras till en beskrivning av den faktiska verkligheten. Argumenten avsåg hur man bör se på faktiska människor i sociala situationer och frågan är om inte utredningen valde att argumentera utifrån en syn på människan som bäst kan beskrivas genom den könsrolls-teori som presenterades i den första modellen.²⁴

Den kritik som kan riktas mot de två första exemplen utgör på sätt och vis ett typexempel på den vetenskapskritik som återfanns i den första modellen. Här finns allvarliga problem med de krav på universalitet, neutralitet och objektivitet som vetenskapen hämtar sin trovärdighet ifrån.²⁵

Efter att den senare utredningen presenterats framfördes en del kritik mot förslaget vilket ledde till att en ny utredning tillsattes, Sexualbrottskommittén (SOU 1982:61).

Även denna utredning är intressant i sammanhanget därför att den argumentation som fördes kan tjäna som exempel på de problem som kan uppstå när man försöker åtgärda könsproblematiken i lagstiftningen med utgångspunkt i den första modellens sätt att legitimera kunskap.²⁶

I både SOU 1976:9 och den efterföljande SOU 1982:61 finns dessutom exempel på försök att lyfta ut könsargumenten ur lagstiftningen, men utan att något av dessa kan sägas ge någon funktionell rättslig lösning på problemet med hur man bör beskriva människan och verkligheten i straffrätten.

I de exempel som ges i avsnitten 5.3 och 5.4 handlar en viktig fråga om huruvida offret i något läge kan anses ha disponerat sitt självbestämmande på ett straffrättsligt relevant sätt, vilket innebär att vi kan koppla offrets handlande till skyddet av den individuella friheten.

Vilken funktion den sexuella kränkningen bör ha vid dessa bedömningar är dock oklart. Möjligen är de bedömningar som görs underförstådda mot bakgrund av de mer allmänna förutsättningar utifrån vilka utredningarna väljer att argumentera. Dessa förutsättningar blir då än mer intressanta eftersom det är tänkbart att det är just synen på den sexuella kränkningen som lägger grunden för de rättsliga lösningar som har kritiserats.

²⁴ Jfr avsnitt 3.6.2.

²⁵ Smart (1995), s. 75. Jfr även den kritik som kan riktas mot teorin om "victim precipitation", jfr avsnitt 5.4.6–5.4.7.

²⁶ Se vidare avsnitt 5.4.8.

De två avslutande exemplen, avsnitten 5.5 och 5.6, handlar om förslaget att återinföra kön i själva straffbudet våldtäkt, och om införandet av grov kvinnofridskränkning BrB 4:4a st. 2. Båda förslagen presenterades 1995 av den sk. Kvinnovaldskommissionen. Vid analysen av dessa reformförslag måste utgångspunkten bli en annan, eftersom det är fullt tänkbart att dessa förslag kan ha påverkats av den debatt som förts, särskilt kritiken av rättsordningens sätt att hantera könsargument. Den centrala frågan blir då om olikhetstanken kan ha givits någon betydelse för det sätt på vilket man diskuterar de straffrättsliga frågeställningarna. I förhållande till dessa två exempel är det därför intressant att undersöka om lagstiftaren kan ha förändrat sin syn på människan eller på annat sätt reviderat beskrivningen av verkligheten.

Det första av dessa två exempel rör återigen frågan om *vem* som kan omfattas av kriminaliseringen av våldtäkt. Förslaget om en könsbestämd definition av straffbudet, vilken i första hand skulle omfatta övergrepp av män mot kvinnor, är intressant därför att det tydligt refererar till frågan om hur man beskriver verkligheten i straffrätten. Man kan dock vara tveksam till om kommissionen valde att göra detta på rätt nivå inom det straffrättsliga systemet. En principiellt intressant fråga i sammanhanget är vad som skulle krävas för att införa en könsbestämd reglering, och om de förutsättningar som anges av kvinnoforskningen allmänt sett skulle kunna ge ett tillräckligt underlag för en sådan lösning.

Det andra exemplet, avsnitt 5.6, anknyter också till denna principiellt viktiga fråga eftersom kvinnofridskränkning till sin konstruktion syftar till att omfatta kränkningar som riktas mot kvinnor i deras egenskap av att vara kvinnor. Detta straffbud är alltså avsett att omfatta den särskilda kränkning som det könsmässiga våldet innebär. Man måste därför ställa frågan utifrån vilken syn på kön hos människan som gärningen preciseras och på vilket sätt kränkningen relaterats till denna.

I det här kapitlet kommer jag alltså att diskutera en mängd olika och ibland tämligen disparata straffrättsliga frågor, men syftet är inte heller att fastställa gällande rätt. Arbetet handlar ju om att sammanföra straffrätten med kvinnoforskningen, och framställningen syftar därför till att diskutera de principiella problem som uppstår när man väljer att argumentera utifrån olika ställningstaganden kring kön och kunskap.

5.2 Våldet som uttryck för en maktrelation

5.2.1 Ideologisk bakgrund

Den koppling mellan det individuella våldet och ett universellt förtryck av kvinnor som ofta görs i det här sammanhanget har sina historiska och ideologiska rötter i en debatt som uppstod på 1970-talet.

Tidigare hade förtrycket av kvinnorna förklarats genom olika historiska faktorer, såsom kvinnans förvisning till familjelivet och hennes brist på civila rättigheter²⁷, eller så hade förklaringarna sökts i den historiska materialismen.²⁸ Arbetsdelingen som en grundläggande struktur i varje samhälle blev också en viktig förklaringsmodell under det tidiga 1900-talet.²⁹ Kvinnors undertryckta ställning skulle alltså ses mot bakgrund av samhällets ekonomiska och politiska struktur, det gällde både för den framväxande socialismen och för liberalismen.

Det här var också grundläggande för den inställning till kvinnofrågan som präglade samhällsdebatten under 1900-talet. För socialismen var kampen för arbetarklassens befrielse från kapitalets förtryck även kvinnornas frigöringskamp. För liberalismen sågs individens frigörelse som en lösning även på kvinnornas problem.

Den radikaliserings som skedde av feminismen under 1970-talet var därför i hög grad en reaktion mot detta ensidiga och ofta starkt förenklade sätt att tala om kvinnors villkor. Det var uppenbart att man inte kunde komma tillrätta med förtrycket av kvinnan genom att exempelvis ersätta kapitalismen med socialismen. De problem kvinnor upplevde kunde i realiteten identifieras i alla kulturer och samhällssystem.³⁰ För feminismen och den begynnande kvinnoforskningen kom därför en teori om patriarkatet att bli en feministisk motsvarighet till marxismens teori om kapitalet.

Ur den debatt som följde växte det fram en syn på förtrycket av kvinnorna som inte enbart var förankrad i teorier om sociala och ekonomiska strukturer. Kvinnors problem var i lika hög grad en konsekvens av organiseringen av det privata livet. För den radikaliserade feminismen utgjorde mäns kontroll över kvinnors sexualitet en av det patriarkala förtryckets viktigaste mekanismer.

²⁷ Mill (1989) s. 166 f.

²⁸ Jfr Bebel (1984).

²⁹ Jfr Mead, se vidare exempelvis Illich (1982), s. 85 med hänvisningar.

³⁰ Jfr Janssen-Jurreit (1979).

Inom kvinnoforskningen kan vi därför finna studier som handlar om skapandet av ekonomiska band genom transaktioner av kvinnor i vissa samhällen.³¹ För andra utgjorde istället kvinnors reproduktiva förmåga en viktig faktor i förtrycket av kvinnor.³² Vidare diskuterades utnyttjandet av kvinnors sexualitet och hur denna form av exploatering får avgörande betydelse för kvinnors livsvillkor.³³

Med de utgångspunkter debatten kom att få blev också definitionen av heterosexualiteten en central förklaring till kvinnoförtrycket. Kritiken gällde särskilt det vetenskapliggörande av sexualiteten som skedde under 1900-talet första hälft och som uppfattades legitimera sådana dominans- och underordningsrelationer mellan könen.³⁴

Den ideologiska förändring som radikalfeminismen innebar skapade därför även ett förnyat intresse för problem med sexuella övergrepp mot kvinnor och barn.³⁵ Det sexuella våldet kunde nu kopplas till ett patriarkalt förtryck av kvinnor vilket existerade i alla samhällsklasser och alla samhällssystem. Våldtäkten var därmed inte enbart ett brott som riktades mot den enskilda kvinnan, utan ett vapen genom vilket alla kvinnors frihet kunde kontrolleras.³⁶

Radikaliseringen av feminismen innebar en mycket viktig ideologisk förnyelse av diskussionen kring kvinnofrågan. Fokus flyttades från frågan om kvinnors tillgång till det publika livet, såsom rösträtten, rätten till utbildning och arbete, till det privata livet och då särskilt sexualiteten. Mot bakgrund av detta blev särskilt kvinnors utsatthet för misshandel, våldtäkt och andra sexuella övergrepp viktiga kampfrågor.

Även inom den straffrättsliga forskningen fick denna tankegång sina förespråkare. MacKinnons analys av våldtäktsbrottet uttrycker just de problem som följer av att de övergrepp som begås mot kvinnor vanligen bedöms mot bakgrund av en könskultur vilken bygger på en maktrelation: "Rape is a sexcrime that is not a crime when it looks like sex."³⁷

För rättsordningen kan en sådan analys leda till en önskan om att tydligare skilja mellan våld och sexualitet i syfte att skapa en reglering av de

³¹ Rubin (1971). Författaren använder mönster för familjebildningar som utgångspunkt för en teori om ett könssystem.

³² Se Firestone (1971).

³³ Se t.ex. Greer (1971) och Millett (1971).

³⁴ Se t.ex. Jackson (1988); Jfr Bergenheim (1992).

³⁵ Denna fråga har varit omdiskuterad under mycket lång tid, se t.ex. Jeffreys (1984) och Rover (1970).

³⁶ Brownmiller (1975), s. 15: "It is nothing more or less than a conscious process of intimidation by which *all men* keep *all women* in a state of fear."; Brownmiller har dock kritiserats för att bland annat glida mellan våldtäkt av fiendens kvinnor till våldtäkten av kvinnan såsom fienden. Se t.ex. Eisenstein (1984), s. 28.

³⁷ MacKinnon, (1987a) s. 143; Jfr Bell (1991), s. 96–98.

sexuella övergreppen som är mindre kulturellt beroende. För en analys av fenomenet våldtäkt blir dock denna skillnad alltför konstruerad. Hon skriver: "Rape is not less sexual for being violent; to the extent that coercion has become integral to male sexuality, rape may be sexual to the degree that, and because, it is violent."³⁸

När man valde att analysera det våld som utövas i den privata sfären i relation till det strukturella förtrycket, innebar därför detta att man också omdefinierade våldet från att vara den enskilda kvinnans patologiska förhållande till en man, till att bli en fråga om kvinnors gemensamma problem med våld. Om man betonar att det finns samhällsstrukturer vilka den enskilde inte råder över, leder detta också till en accept av att dessa problem inte enbart kan hanteras på den individuella nivån.³⁹ När våldet definieras som ett uttryck för ett undertryckande av vissa grupper i samhället leder detta till att sådana våldsbrott även kan ses som ett demokrati-problem.⁴⁰

Den radikalfeministiska synen på våldet har därför i hög grad påverkat debatten kring de kränkningar kvinnor utsätts för i olika sammanhang. Förekomsten av ett sexuellt våld riktat mot kvinnor har helt enkelt kommit att uppfattas som en central aspekt av kvinnors livsvillkor.

I den diskussion som förts har därför ofta det makroorienterade sättet att teoretisera kön och makt funnits kvar som en bakomliggande ideologisk premiss.⁴¹ Man har då direkt eller indirekt talat om våldet mot bakgrund av ett patriarkalt förtryck, en könsmaktsordning eller liknande.⁴² En grundförutsättning för analysen av våldet som samhällsproblem blir då att kvinnor är underordnade och män överordnade, och att det mest uppenbara uttrycket för denna dominans- och underordningsrelation är det våld män utsätter kvinnor för.

En förklaring till varför ett sådant sätt att förstå våldsproblematiken har fått så stor genomslagskraft kan vara att det helt enkelt bekräftar den gemensamma ideologiska plattformen. I denna del är inte heller premis-

³⁸ MacKinnon (1987a), s. 141; Jfr också MacKinnon (1987), s. 85–92.

³⁹ Eisenstein (1984), s. 30–34, skriver att denna förändrade syn på sexualbrotten innebär en syn på gärningsmannen där denna inte nödvändigtvis tillhör gruppen avvikande; att våldtäkt är mycket vanligare än vad man tidigare antagit; att våldtäkt är ett brott som berör alla; att våldtäkten är ett fenomen som behöver förklaras istället för att ses som en naturlig del av könsrelationen.

⁴⁰ SOU 1995:60, s. 51–53; Andersson (2004), s. 21–22.

⁴¹ Lundgren omtalar dessa som makroorienterade och monokausala teorier, (1993), s. 32.

⁴² Brownmillers syn på våldtäkt som en del av en manlig ideologi kan därför ha påverkat det sätt på vilket våldtäkt analyserats i olika sammanhang. Se Brownmiller (1975), s. 324; Eisenstein (1984), s. 32, har pekat på att en sådan tanke i sig kan bygga på ett slags biologism, som kan leda till en ytterligare normalisering av våldtäkt.

sen om våldet som uttryck för makt särskilt kontroversiell, problemen uppstår istället när detta ideologiska ställningstagande appliceras på en faktisk verklighet.⁴³

På en överordnad politisk nivå kan man alltså uppfatta att det våld som utövas representerar ett universellt förtryck, men här finns en risk för att man glider från den politiska teorin om ett förtryck till en teori om en social verklighet. De förutsättningar som då anges är i grunden politiska axiom vilka möjligen ger nödvändiga, men ytterst sällan tillräckliga förutsättningar, för att beskriva eller förklara en faktisk verklighet.⁴⁴

En beskrivning av verkligheten som bygger på föreställningen om att det finns ett omedelbart samband mellan våldet och en sådan könsmaktsordning riskerar dessutom att bli statisk. Ett centralt problem är att den beskrivning av verkligheten man då uppnår saknar grundläggande förutsättningar för att utgöra en tolkningsbakgrund för faktiska händelser. Den kan därför av flera skäl inte heller utgöra en funktionell utgångspunkt för en rättslig argumentation.⁴⁵

I det följande kommer jag att visa på några principiella problem som uppstår om man väljer en sådan beskrivning av verkligheten som utgångspunkt för argumentationen på straffrättens teori- och tillämpningsnivå. Skälet till detta är att de två exempel på reformförslag som ges i avsnitt 5.5 och 5.6 bygger på ett ställningstagande till våldet som ett förtryck. Senare kommer jag därför att visa på några sammanhang där ett sådant ideologiskt ställningstagande kan ha påverkat diskussionen, och i vissa fall även påverkat utformningen av de rättsliga lösningarna.⁴⁶

5.2.2 Radikalfeminismen och rättsordningen

”Våld mot kvinnor” bygger alltså ytterst på ett ställningstagande som innebär att det finns en maktordning mellan könen. I ett straffrättsligt sammanhang leder detta till att man kritiserar rättsordningen för att den inte erkänner att det existerar en sådan övergripande könsmaktordning.⁴⁷

⁴³ Se vidare avsnitt 5.2.2

⁴⁴ Segal (1987), s. 70, är kritisk mot denna ansats. Att göra alla kvinnor till offer kan vara direkt kontraproduktivt, s. 102–105.

⁴⁵ En diskussion som handlar om huruvida det är möjligt att välja en radikalfeministisk ansats som utgångspunkt för en rättslig reglering av sexualbrotten, återkommer i avsnitt 6.2.5. och 6.3.1.

⁴⁶ Se vidare avsnitt 5.4.8, 5.5 samt 5.6.

⁴⁷ Det är tänkbart att man skulle kunna vidareutveckla MacKinnons idéer om staten som manlig för att därigenom uppnå en teori om staten vilken innehåller en sådan maktrelation. Se vidare MacKinnon (1987a). Man kan dock ifrågasätta behovet av detta, i det här arbetet hanteras feminismens kritik av rättsordningen i förhållande till beskrivningen

Man bör dock ställa frågan om ett sådant makroorienterat maktbegrepp är ägnat som utgångspunkt för ett rättsområde som straffrätten? Ett sätt att undersöka detta kan vara att välja den omedelbara koppling mellan kön och makt som ett sådant ideologiskt ställningstagande förutsätter, som utgångspunkt för en beskrivning av verkligheten vilken sedan kan prövas mot straffrättens teori- och tillämpningsnivå.

Straffrätten utgår ifrån en teoretisk nivå där rättsområdets etiska förutsättningar anges. Vidare krävs någon form av beskrivning av verkligheten som kan tjäna som utgångspunkt vid kriminalisering av gärningar, och senare även vid tolkning av faktiska händelser. Den ideologiska position man väljer måste därför kunna leda till normativa och värdegrundade lösningar på rättsliga problem.⁴⁸

Ett universellt maktbegrepp skulle förvisso kunna ge en sådan ideologisk grund, eftersom denna teori säger någonting om människan och verkligheten. På samma sätt som den ideologi som dominerar inom straffrätten säger oss att alla människor i grunden är fria individer, så uttrycker denna syn på makt att alla kvinnor är förtryckta genom ett könsmässigt våld. I förhållande till den straffrättsliga läran skulle man med denna utgångspunkt ange en i det närmaste deterministisk syn på människan; ingen av parterna kan undkomma sitt könsbestämda öde. Den könsmotsättning som blir en konsekvens av en sådan beskrivning av verkligheten kan leda till att frågan om det straffrättsliga ansvaret uppfattas som avklarad på förhand.

Om man drar konsekvenserna av ett universellt maktbegrepp i rättsordningen till sin spets skulle detta antagligen leda till ett avskaffande av en straffrätt byggd på rättsstatens principer. De flesta straffrättsliga begrepp som bygger på en fri och oberoende individ skulle överhuvudtaget bli tvivelaktiga om man valde att argumentera kring människan utifrån en sådan maktteori.⁴⁹

Varje teori som bygger på en universell maktrelation leder därför förr eller senare till någon form av fundamentalism.⁵⁰ I den allmänna debatten har det också förekommit exempel på hur den statiska syn på verklig-

av människa och verklighet, en diskussion som inte omedelbart aktualiserar frågan om straffrätten som del av en samhällsstyrning; Se avsnitt 2.1 och 2.6.

⁴⁸ Jag återkommer till frågan om ideologi och verklighetsbeskrivning i avsnitt 6.2. Flera av de problem som feminismen brottas med i de här sammanhanget kan även gälla andra -ismer.

⁴⁹ Möjligen skulle man kunna dra slutsatsen att eftersom män är predestinerade att begå våldsbrott mot kvinnor kan de inte heller anses ha ett straffrättsligt ansvar.

⁵⁰ En feministisk fundamentalism som bygger på könstillhörighet leder därmed också till problem med en form av "rasism" eller omvänd "sexism": kvinnor är goda medan män är onda.

heten som en sådan maktideologi innebär, leder till krav på omvänd bevisbörda eller liknande förslag till rättsliga reformer där man på något sätt åsidosätter grundläggande krav på rättssäkerhet.

Det är dock om man lägger denna utgångspunkt till grund för beskrivningen av verkligheten som de problem som en sådan övergripande maktteori skapar blir som tydligast. En sådan syn på verkligheten är problematisk därför att den saknar den dynamik som krävs för att man ska kunna värdera faktiska händelser, något som är av avgörande betydelse vid många straffrättsliga bedömningar.

Sannolikt skulle det bli omöjligt att exempelvis argumentera för att det kan finnas straffvärdeminskande faktorer i vissa situationer, redan därför att föreställningen om ett överordnat könsmässigt förtryck omöjliggör en diskussion som bygger på andra premisser. De etiska ställningstaganden som alltid måste göras i straffrättsliga sammanhang kommer då ytterst att styras av en högre politisk målsättning om frihet från ett könsmässigt förtryck.⁵¹

Ett grundläggande problem med ett makroorienterat maktbegrepp blir därför att detta tenderar att leda till statiska tolkningar av verkligheten där vissa förhållanden är givna från början. En politisk analys av ett överordnat förtryck låter sig helt enkelt inte omformuleras till en verklighetsbeskrivning utifrån vilken man kan tolka och värdera faktiska händelser.

Ofta blir rättssystemets bristande intresse för den här typen av maktanalyser uppfattat som ännu ett utslag av ett patriarkalt förtryck av kvinnor. Men att sådana argument inte anses funktionella inom rättsordningen beror snarare på att en så fundamentalistisk syn på världen inte är ägnad som utgångspunkt för etiska ställningstaganden.⁵²

Som vi har sett tidigare är straffrätten konstruerad utifrån en individ, medan en feministisk universell teori är orienterad utifrån ett kvinnligt kollektiv.⁵³ Om frågan om kön och makt ska kunna ges betydelse inom straffrätten måste detta problem på något sätt individualiseras, sannolikt genom att man preciserar vad ett sådant förtryck innebär för den faktiska människan. Det innebär alltså att om könsmaktsfrågan ska kunna ges en funktion inom straffrätten måste den ges ett innehåll som kan knytas till någon form av straffrättslig frågeställning. Dessutom måste detta innehåll vara sådant att det kan värderas i ett rättsligt sammanhang.⁵⁴

⁵¹ Samma problem uppstår även för andra rörelser, t.ex. sexualliberalismen, där man ofta låter de sexualpolitiska målsättningarna påverka den straffrättsliga argumentationen. Se vidare avsnitt 5.4 samt 5.7.

⁵² Se vidare avsnitt 5.5–5.6 och 6.2.

⁵³ Jfr avsnitt 2.6.

⁵⁴ Se vidare avsnitt 5.5.

Det är dessutom viktigt att vara uppmärksam på det är litet troligt att den ideologiska utgångspunkt, som tanken om en könsmässig maktordning innebär, i sig skulle kunna leda till några förändringar av den straffrättsliga läran. Sett i ett historiskt sammanhang kan vi konstatera att förtryck av grupper av människor endast har kunnat bemötas med hjälp av en ideologi som handlar om alla människors lika rätt till individuell frihet.⁵⁵ Därför kommer en sådan ideologisk utgångspunkt i praktiken att leda till att man väljer samma etiska grund som straffrätten redan omfattar, vilket i sin tur innebär att förutsättningarna för att precisera de straffrättsliga lösningarna inte förändras.⁵⁶

5.3 Våldtäkt i äktenskapet

5.3.1 Kriminalisera eller ej?

Strafflagen (1864) reglerade huvudsakligen de sexuella övergreppen med utgångspunkt i en kollektivt orienterad sedlighetsmoral. Även om straffbudet våldtäkt (SL 15:12) klassificerades som ett tvångsbrott så fanns här även ett bakomliggande intresse av att skydda samhället i sig mot oönskad sexualitet.⁵⁷

Kriminaliseringen av våldtäkt i Strafflagen innebar därför dels ett mycket starkt krav på tvång, dels en sexuell gärning vilken enligt en sedlighetsorienterad moral var att anse som "otukt".⁵⁸ Övergrepp inom äktenskapet omfattades inte av straffbudet om våldtäkt, eftersom den sexuella gärningen då var inomäktenskaplig och alltså inte att betrakta

⁵⁵ När en postmodern författare såsom Irigaray anger kvinnors rättsliga behov blir uppräknningen misstänkt lik den klassiska frihetskatalogen. Irigaray (1994) s. 123–132.

⁵⁶ Se vidare avsnitt 5.3; Maktrelationer mellan individer är principiellt sett inte främmande för straffrätten. Flera av de övergrepp som är kriminaliserade skulle till sin konstruktion lika gärna kunna tolkas som uttryck för makt. Straffrättens tvångsbegrepp handlar exempelvis om att någon genom maktutövning tvingar en annan människa till en form av underkastelse. Man kan därför undra om inte en kriminalisering utifrån en ideologi om könsmakt anpassad till en individualiserad straffrätt, i praktiken endast skulle leda till varianter av de straffrättsliga lösningar vi redan kan återfinna inom BrB.

⁵⁷ Hagströmer (1911a), s. 362–363, skriver att de sedlighetsbrott vilka placerats i SL kapitel 15 "äro samtliga brott mot kvinnans frihet i sexuellt afseende, hennes rätt att ifråga om könsumgänge förfoga öfver sin person." "Naturligtvis föreligga vid dessa brott ett sedlighetsbrott och ett frihetsbrott. (...) Men betraktad såsom sedlighetsbrott är väl dock gärningen icke värre än mången annan osedlighet, som blott träffas af jämförelsevis ringa straff, t.ex. tidelag."; Jfr också Carlén (1866), s. 278: "Detta brott innefatta angrepp såväl på den personliga friheten, som på den qvinliga äran och blygsamheten."

⁵⁸ De sexuella rekvisiten behandlas inte i detta kapitel. Frågan om det har skett en förändring av vad som är att anse som en sexuell kränkning återkommer i avsnitt 6.3.2.

som en form av "otukt". Sådana övergrepp var dock straffbara enligt andra brott mot person.⁵⁹

När Brottsbalksreformen slutligen genomfördes under 1960-talet innebar denna en viss ideologisk förnyelse av strafflagstiftningen, framförallt därför att man valde att ytterligare betona de individuella skyddsintressena. Därför kom också skyddsobjektet "individens självbestämmanderätt på det sexuella området" att ligga till grund för merparten av kriminaliseringarna av sexualbrotten.⁶⁰ Skyddsobjektets utformning innebar principiellt sett att alla våldtäktsövergrepp mot kvinnor skulle omfattas av kriminaliseringen i BrB 6:1, alltså även övergrepp inom äktenskapet.⁶¹ Straffrättskommittén uttalade att denna omrubricering var en konsekvens av principen om att "det tillkommer varje människa att själv avgöra, om hon skall acceptera sexuellt umgänge".⁶²

Skälet till att dessa övergrepp kom att kriminaliseras som våldtäkt var alltså att övergreppet uppfattades som en individuell kränkning vilken föreligger oavsett vilken relation parterna har till varandra. Kriminaliseringen av dessa gärningar såsom våldtäkt följde därmed som en konsekvens av straffrättens skyddade värde, den individuella friheten.

Mot bakgrund av detta borde en sådan nykriminalisering varit relativt okontroversiell, men reformen kom ändå att debatteras i Riksdagen. En av de riksdagsmotioner som riktades mot förslaget sammanfattade skälen mot en kriminalisering på följande sätt.⁶³ Denna kriminalisering vilken "innebär ett avsevärt ingripande i familjelivet, torde i många fall medföra omfattande polisutredningar, som inte leda fram till åtalsbeslut. Av såväl kommitténs som departementschefens uttalanden framgår nämligen att starka belägg för handlingen erfordras för att åtal ska kunna väckas för dylik våldtäkt. Härigenom torde bestämmelsen sällan komma att åberopas inför domstol, men leda till ett fullkomligt onödigt merarbete för polismyndigheterna, vilket vissa remissorgan även framhållit. Man torde även kunna befara att bestämmelsen kommer att användas i utpressnings-syfte – särskilt i de fall, då söndring uppkommit mellan makarna, och de med alla medel söka skada varandra."⁶⁴

⁵⁹ Sådana övergrepp kunde prövas enligt det ordinära tvångsbrottet (SL 15:22), samt de straffbud vilka kriminaliserade våld (SL 14:10–14) och hot (SL 15:23).

⁶⁰ SOU 1953:14, s. 228; Jfr SOU 1962:10, s. 4a: "Ifrågavarande brott behandlas såsom övergrepp av en person mot en annan person."; Jfr också SOU 1962:10, s. 17B.

⁶¹ Observera att våldtäktsstadgandet vid denna tid inte omfattade övergrepp mot män och inte heller homosexuella gärningar. Jfr avsnitt 5.5 nedan.

⁶² LU nr 42 1962, s. 44.

⁶³ Motion 650 till AK 1962, s. 5–7; Jfr LU nr 42, år 1962, s. 42 f.

⁶⁴ Motion 1962:650, s. 5, jfr LU 1962:42, s. 42.

En kriminalisering kräver bland annat en avvägning mellan två viktiga aspekter av individens rätt till personlig frihet. Det handlar dels om friheten att inte bli utsatt för övergrepp från andra människor, dels friheten att inte bli utsatt för statlig kontroll i form av straffrättsliga åtgärder.

Av den citerade texten framgår alltså att motionären menade att den befarade kränkningen av privatlivet utgjorde ett större problem än behovet av ett likvärdigt straffrättsligt skydd för alla kvinnor. Ett skäl till detta kan vara att äktenskapet ansågs tillhöra det privata området både i en rättslig och i en kulturell mening.⁶⁵ Ur en rättslig synvinkel kan äktenskapet mycket väl ses som ett civilrättsligt avtal mellan två självständiga rättssubjekt. Samtidigt kan den mest intima relationen mellan två personer av andra skäl uppfattas som ett "privat område" som inte är tillgängligt för andra. Den som menar att vi bör undanta människors privata liv från statlig kontroll genom strafflagstiftning kan alltså vara benägen att argumentera mot att det äktenskapliga området ska omfattas av strafflagstiftningen.⁶⁶

Rätten till individuell frihet innebär dessutom att det alltid är möjligt att avtala fritt om själva sexualhandlingen så länge denna inte övergår i våld av en karaktär den enskilde inte anses ha möjlighet att samtycka till.⁶⁷ I debatten återfinns också argument som säger att våldtäkt inom äktenskapet endast handlar om en oenighet om tidpunkten för den sexuella handlingen.⁶⁸ Själva avtalet om ett äktenskapligt och därmed sexuellt förhållande är så att säga redan ingått.⁶⁹ Om man därför uppfattar det äktenskapliga avtalet som en form av samtycke till sexualitet kan detta även påverka bedömningen av den individuella kränkningen, den som samtyckt till viss del blir i straffrättslig mening kränkt i mindre grad.⁷⁰

⁶⁵ Av förarbetena framgår också argumentet att det kunde vara normalt med våld inom könsmässiga relationer eftersom kvinnor var så mycket mer hämmade än män. LU 1962:42, s. 42–43. Det är alltså tänkbart att här finns ytterligare en dimension, den verklighetsbeskrivning man valde att utgå ifrån kan ha varit påverkad av 1900-talets sexualupplysningslitteratur. Se t.ex. Jackson (1984), s. 54, skriver att kvinnor "who is lacking in this kind of fear is lacking, also, in sexual attractiveness to the normal average man".

⁶⁶ Brottsbalksreformen innebar dessutom en utvidgning av själva våldtäktsbegreppet. Kravet på tvång sänktes i jämförelse med SL, samtidigt som den sexuella gärningen, samlag, gavs ett något större tillämpningsområde eftersom denna rättsliga term i praktiken inkluderade även försök till samlag. Vidare hänfördes fall där gärningsmannen försatte offret i vanmakt till våldtäktsbestämmelsen, SOU 1953:14, s. 232.

⁶⁷ Se avsnitt 2.3.3.

⁶⁸ Prop.1962:10, s. 433B.

⁶⁹ Jfr exempel från äldre engelsk common law, där man såg ingående av äktenskap som ett oåterkalleligt samtycke till sexualitet: "mutual matrimonial consent and contract". Pagelow (1988) s. 216

⁷⁰ Se avsnitt 2.5.1.

I den straffrättsliga diskussionen likställs vanligen rätten att slippa fysiska kränkningar med rätten att själv disponera sin frihet utan rättslig inblandning, de uppfattas då som två sidor av samma individuella frihet. Tidigare har jag framhållit att denna jämförelse möjligen kan vara hållbar för den som befinner sig i gärningsmannapositionen.⁷¹

I offerpositionen är det däremot inte givet att dessa situationer är helt jämförbara. Om man uppfattar att straffbudet skyddar en handlingsfrihet kan dessa situationer jämföras, den enskilde kan få sin handlingsfrihet kränkt både av staten och av medmänniskan. Om man däremot anser att människor har en individuell sexuell integritet och att även denna skyddas av straffbudet, kommer den enskilde att bli kränkt på ett annat sätt när hon drabbas av ett sexuell övergrepp, jämfört med om personen påtvingas ett rättsligt skydd som fråntar henne möjligheten att delta i en sexuell gärning utan risk för rättslig inblandning.

Mot bakgrund av detta kan man ifrågasätta om rätten att fritt avtala bort vissa delar av strafflagstiftningen kan jämföras med friheten att slippa integritetskränkningar. En sådan slutsats kan följa endast om man menar att den sexuella kränkningen inte finns eller att den sexuella integriteten inte är av en sådan karaktär att den behöver ges ett särskilt straffrättsligt skydd.

Frågan är alltså om inte den springande punkten här är en uppfattning om att den sexuella kränkningen är mindre allvarlig i dessa fall.⁷² Om det är så att man uppfattar att den sexuella kränkningen är mindre straffvärd i dessa fall kan även denna aspekt av övergreppet bidra till att förklara både motståndet mot kriminaliseringen och varför lagstiftaren valde att ange vissa förbehåll för rättstillämpningen.⁷³

Lagstiftaren valde alltså att låta våldtäktsbestämmelsen omfatta även övergrepp inom äktenskapet. Departementschefen anförde: "Invändningarna kan ha visst fog för sig, men med hänsyn till kvinnans sexuella frihet förefaller det i princip oriktigt att från våldtäktsbrottet avgränsa det fall att make med våld eller hot om våld tilltvingar sig samlag med sin hustru."⁷⁴

Om straffrätten syftar till att skydda den individuella integriteten som sådan kommer en rättslig lösning som innebär att man skiljer ut en grupp och undanhåller denna från ett straffrättsligt skydd att uppfattas som en form av diskriminering. Om man accepterar att människor har ett indi-

⁷¹ Se avsnitt 2.5.

⁷² En intressant kommentar i sammanhanget ges av Thyren (1912), s. 95, som anger att våldtäktsbestämmelsen blir tillämplig i fall där äktenskapet visar sig vara ogiltigt, men att en tillämpning kräver försiktighet "ty kvinnan har ju varit med i leken förut."

⁷³ Se avsnitt 5.3.2.

⁷⁴ SOU 1962:10. s. 158 B.

viduellt sexuellt självbestämmande måste detta gälla alla människor i alla situationer.⁷⁵

När det gällde just den här straffrättsliga frågeställningen var det alltså själva skyddsintresset "individens rätt till sexuellt självbestämmande" som gav ett underlag för reformen. Straffrättens värdegrund innebär att alla människor har lika rätt, och brott mot denna form av likhet blir omedelbart att anse som en form av otillåten särbehandling. Skälet till detta kan vara att vi då diskuterar i relation till straffrättens teorinivå vilken är obeorende av en faktisk verklighet. På denna nivå kan därför argument som följer av en sådan könsmässig relation inte ges betydelse.

5.3.2 Våldförande

Även om lagstiftaren valde att kriminalisera våldtäkt inom äktenskapet, så gavs tydliga anvisningar för tillämpningen, framförallt angående de bedömningar som skulle ligga till grund vid rubricering.

Departementschefen anförde att det fanns ett intresse att vid "utformningen av skalan för påföljden giva uttryck för ett mildare bedömande av brottet, för den händelse detta med hänsyn till kvinnans förhållande till mannen, framstår som mindre grovt."⁷⁶ Dessa fall skulle därför i de flesta fall hänföras till BrB 6:1 st. 2, vilket dels innebar en lägre straffskala och dels en rubricering som "våldförande" i stället för "våldtäkt".⁷⁷ Av lagrummet framgick att övergrepp kunde bestraffas enligt den lägre straffskalan "om det med hänsyn till kvinnans förhållande till mannen, eller eljest framstår som mindre grovt".

De argument som anfördes mot en kriminalisering kom alltså att istället användas som underlag för lagstiftarens rekommendationer till rättstillämparen. Den argumentation som underkänts på straffrättens teorinivå anfördes här som en beskrivning av verkligheten utifrån vilken rättstillämparen skulle bedöma faktiska händelser.

Frågan blir då varför dessa fall redan från början kunde gradplaceras på detta sätt? I denna del anförde lagstiftaren inte några ytterligare argument än de som framgick av debatten kring kriminaliseringen.

Kriminaliseringen av dessa övergrepp såsom våldtäkt avsåg därför inte primärt par som fortfarande levde tillsammans, utan i första hand fall där

⁷⁵ En mindre idealistisk tolkning av lagstiftarens beslut att kriminalisera övergrepp inom äktenskapliga relationer kan istället vara att man inte kunde hålla dessa utanför av pragmatiska skäl. Människor levde i allt högre utsträckning samman utom äktenskap varvid gränsdragningarna mellan det kriminaliserade och det icke-kriminaliserade området kunde bli mycket slumpmässiga. Jfr SOU 1962:10, s. 158 B.

⁷⁶ Prop. 1962:10, s. 158B.

⁷⁷ Prop. 1962:10, s. 159B.

parterna var på väg ifrån varandra. Samtidigt betonades att dessa fall typiskt sett var behäftade med bevisproblem, och att denna typ av anklagelser var vanligt förekommande när äktenskap går i upplösning.⁷⁸ Det tillämpningsområde som reformen avsåg var alltså i praktiken mycket begränsat.

Ett grundläggande problem med reformen var därför att man redan från början definierade dessa övergrepp utifrån själva partsrelationen.⁷⁹ Denna relation är i rättslig mening en omständighet av mer formell karaktär. Att ett parförhållande föreligger i någon form är så att säga lätt att visa, det gäller särskilt i de fall parterna är gifta med varandra. Problemet blir snarare att denna omständighet ges en omedelbar materiell funktion när lagstiftaren anger att man i dessa fall i det närmaste kan presumera att ett lägre straffvärde föreligger. Eftersom man inte i övrigt gav några närmare motiv för *varför* övergrepp inom relationer var att anse som mindre straffvärda, riskerade man alltså att dessa övergrepp kom att rubriceras med en viss automatik.⁸⁰

Man kan alltså konstatera att denna omrubricering, vilken motiverades med behovet av att skydda den individuella friheten, inte föranledde någon ytterligare diskussion om innebörden av kränkningen. I förarbetena fokuserade man nästan enbart på de mer tekniska aspekterna av reformen, framförallt när det handlade om möjligheten att uppnå fällande domar.

En viss vägledning kan man få i en riksdagsmotion, där motionären efterlyste en lägre straffskala för fall vilka från "allmän mänsklig betensedynpunkt är svårbedömda".⁸¹ De uttalanden som görs i detta sammanhang kan möjligen tolkas som att relationer mellan människor kan vara destruktiva, och att parterna ingår i ett slags samspel där båda blir en del av ett destruktivt skeende.⁸²

⁷⁸ Tillämpningsområdet diskuteras bland annat av utredningen i SOU 1953:14, s. 233, samt i samband med vissa motioner till Riksdagen, i LU 1962:42, s. 44.

⁷⁹ Vilket i sig är underligt eftersom kriminaliseringen inte relaterar till frågan om man känner gärningsmannen eller ej, endast till att det är en gärning man inte vill vara med på. Pagelow (1988), s. 208; Estrich poängterar att offrets upplevelse av kränkning inte behöver vara mindre för att hon känner gärningsmannen. Ingen förväntar sig att bli utsatt för övergrepp av dem man umgås med, kvinnor tenderar att vara mer rädda för män de inte känner. Estrich (1987), s. 25.

⁸⁰ Lagutskottet anförde att "I sådana fall torde för övrigt, därest våldet eller hotet icke varit av särskilt grov art, gärningen regelmässigt vara att bedöma som våldförande." LU 1962:42, s. 44.

⁸¹ LU 1962:42, s. 198.

⁸² Från en feministisk sida har man ofta framhållit att våldtäkt inom äktenskapet trivialiseras på olika sätt, trots att dessa övergrepp vanligen förekommer i samband med annat våld.

Straffrättsligt sett skulle detta kunna motivera ett nedsatt straffvärde i enlighet med allmänna principer om en lägre grad av klander av gärningsmannen i vissa fall, delvis därför att offret kan ha medverkat till övergreppet på något sätt, eller att situationen på annat sätt varit sådan att gärningsmannen kan ursäktas. Om man bygger sitt ställningstagande på det faktum att offret har en personlig erfarenhet av en viss man kan detta möjligen leda till slutsatsen att offret redan vet vad hon ger sig in på när hon umgås med gärningsmannen.⁸³

Teoretiskt sett skulle man alltså kunna ge argumentet om att övergrepp inom relationer är mindre straffvärda, en rättslig förankring genom att återigen knyta den aktuella relationen till någon form av föregående disposition av det individuella självbestämmandet.

Samtidigt är det viktigt att vara uppmärksam på att de övergrepp vi talar om här karaktäriseras som sexuella, och begås inom en relation som i sig kan uppfattas som sexuell. Mycket tyder också på att det är just kopplingen till sexualiteten som är det centrala motivet för att anse att den kränkning som offret påförs är mindre straffvärd.

Om man således väljer att lägga tyngdpunkten på det faktum att man här har att göra med ett offer som har en sexuell erfarenhet blir det möjligt att också säga något om varför den sexuella relationen kan ha givits en betydelse vid bedömningen av graden av kränkning.

Så som gärningen är definierad är det förekomsten av tvång som skiljer övergreppsgärningen från andra sexuella handlingar. En tänkbar infallsvinkel blir då frågan om dessa gärningar är jämförbara. Kan man uppfatta att sexuella gärningar som ej innebär övergrepp, och sexuella gärningar som innefattar ett övergrepp, är likvärdiga?⁸⁴

Det här är en frågeställning som kan ha många implikationer för den straffrättsliga argumentationen eftersom många straffrättsliga bedömningar relaterar till graden av kränkning. Mot bakgrund av vad som har sagts tidigare om den betydelse beskrivningen av människan och verkligheten kan ha i detta sammanhang, kan man dessutom utgå ifrån att det sätt på vilket man karaktäriserar övergreppet är av avgörande betydelse för vad som överhuvudtaget ses som en kränkning.

En viss ledtråd till hur lagstiftaren kan ha uppfattat övergreppet finns i straffrättskommitténs precisering av av den sexuella handlingen i BrB 6:1: ”Att en kvinna nödgas underkasta sig sexuella övergrepp av annat slag än

⁸³ Möjligen kan man då också säga att offret i något läge själv försatt sig i en situation som urartar i våld. Se vidare avsnitt 5.4 om offrets medverkan.

⁸⁴ Det här har länge varit en central fråga inom den kvinnopolitiska debatten kring straffrätten, men vanligen formulerar man då problemet som en fråga om våldtäkt bör definieras som ett våldsbrott eller som ett sexualbrott? Se vidare kapitel 6.

samlag behöver visserligen ej alltid innebära ett mindre lidande för henne än då gärningsmannen tilltvingar sig samlag, men det kan i regel dock ej anses i samma grad kränkande för henne." Gärningsdefinitionen i våldtäktsbestämmelsen kom därför att omfatta endast sexualhandlingar vilka kunde tolkas in under rekvisitet "samlag".⁸⁵

Detta uttalande tyder på att lagstiftaren menade att det faktiskt fanns en specifik form av sexuell kränkning som omfattades av kriminaliseringen av våldtäkt.⁸⁶ Den straffrättsliga definitionen av gärningen precisades dock utifrån vad man kulturellt sett uppfattar som vanliga uttryck för heterosexualitet.⁸⁷ Den sexuella handlingen i gärningsdefinitionen gavs inte någon specifik straffrättslig definition som till sin art skiljde sig från vad som kulturellt sett kan vara uttryck för sexualitet. De straffrättsliga begreppen följde därmed vad vi kan kalla allmänt antagna normer för vad som kan vara sexuella handlingar.

När man som här talar om vad som kan vara en individuell kränkning blir frågan om beskrivningen av människan mycket viktig. Om man utgår ifrån en människa enligt den första modellen som beskrevs i avsnitt 3.3, kommer man alltså att kunna tala utifrån en människa vars identitet är oberoende av dess könstillhörighet. Sexualiteten kan då ses som frikopplad från den egna identiteten, vilket gör att könstillhörighet principiellt sett inte har någon relevans vid bedömning av integritetskränkningar.

När denna människa blir utsatt för övergrepp vilka innefattar sexuella handlingar är det därför inte heller givet att dessa tillför någon särskild dimension till kränkningen av självbestämmandet. Om det överhuvudtaget kan finnas någon sexuell kränkning att tala om beror av hur långt man är villig att dra denna tes, men man kan under alla omständigheter argumentera för att den som redan har en sexuell erfarenhet inte kan bli kränkt på något påtagligt sätt.

Om man däremot prövar frågan om vilken betydelse en tidigare sexuell erfarenhet kan ha för graden av kränkning, utifrån den syn på människan som kan utläsas av den andra modellen som presenterades i avsnitt 3.4, blir svaret inte lika självklart. Den människa vars sexualitet är en del av den personliga identiteten kommer att uppleva att varje sexuell handling på något sätt aktualiserar den individuella integriteten. Upplevelsen

⁸⁵ SOU 1953:14, s. 231; Prop. 1962:10, s. 153 B, observera dock att "det är tillräckligt att mannens åtgärder lett till att könsdelarna berört varandra".

⁸⁶ Annars hade man inte behövt precisera någon sexuell handling; man kan tvingas till många olika saker vilka alla kan prövas enligt den allmänna tvångsbestämmelsen i BrB 4:4.

⁸⁷ Jfr t.ex. definitionen av rekvisitet könsligt umgänge i SOU 1953:14, s. 237, "sexualhandlingar av såväl heterosexuell som homosexuell natur, vilka typiskt sett avse att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas sexuella drift."

av kränkningen kommer då att vara kopplad till den påtvingade sexualiteten (inte tvånget i sig), vilket i sin tur kan aktualisera många olika tänkbara faktorer vilka alla kan ha betydelse för innebörden och graderingen av kränkningen.⁸⁸

I förarbetena framförs argumentet att fall där någon redan har en sexuell erfarenhet måste vara mindre kränkande därför att övergrepp mot unga människor utan erfarenhet alltid måste vara värre. Frågan är dock om dessa fall verkligen kan ställas mot varandra på detta sätt. En bedömning av det ena fallet ger ingen ledning för bedömningen av det andra. När man argumenterar på detta sätt uttalar man snarare något om hur man ser på sexualiteten i sig, inte den sexuella kränkningen. Det saknas helt enkelt en analys av vad som är en individuell kränkning för att det ska vara möjligt att uttala något om vilka situationer som kan vara mindre kränkande än andra och i så fall varför.⁸⁹ Det är emellertid mycket intressant att se att man så tydligt kopplar bedömningen av frågan om straffrättslig skada och ansvar samman med den kulturella frågan om skuld i förhållande till sexualitet.

Att redan förekomsten av en sexuell relation bör påverka straffvärdet ansågs vara så självklart att detta inte behövde diskuterades ytterligare, kan därför ha att göra med beskrivningen av verkligheten. Oavsett vilken sexualitetsideologi man argumenterade utifrån var det möjligt att komma fram till att en sexuell erfarenhet, här i form av ett könsmässigt förhållande, hade betydelse vid bedömningen av graden av individuell kränkning.

Enligt en sedlighetsideologi blir skadan mindre när den sexuellt erfarna kvinnan blir utsatt för övergrepp eftersom hon är mindre moraliskt skyddsvärd. Men samma slutsats kan också följa av en liberal syn på sexualiteten. Som vi har sett kan man argumentera för att den sexuellt erfarna människan kanske inte ens kan bli sexuellt kränkt. Även om hon skulle bli detta är det möjligt att argumentera för att hon i något tidigare skede ändå kan anses ha ett ansvar för att ha disponerat sitt självbestämmande på ett relevant sätt i förhållande till det övergrepp hon utsätts för. Hon är då mindre skyddsvärd därför att hon har ett eget ansvar för de val hon själv har gjort.⁹⁰

Här finns alltså en rad olika tänkbara förklaringar till varför det faktum att offret och gärningsmannen har eller har haft en sexuell relation kan

⁸⁸ Den principiella grunden för kriminaliseringen av våldtäkt, alltså en kränkning av den fria individens självbestämmande, ger då sannolikt inte heller en tillräcklig grund för att bedöma den faktiska kränkningen, se vidare avsnitt 6.2.

⁸⁹ Se vidare avsnitt 5.4.4.

⁹⁰ Se vidare avsnitt 5.4.

anses påverka graden av individuell kränkning vid ett övergrepp.⁹¹ Men oavsett hur man argumenterar kommer de olika förklaringarna att direkt eller indirekt kunna kopplas till en föreställning om att sexuella gärningar, och då särskilt sådana som förekommer mellan parter som har eller har haft någon form av intim relation, inte i sig innebär någon påtaglig kränkning av offret.

5.3.3 En alternativ argumentation?

En strafflagstiftning som *inte* skyddar gifta kvinnors sexuella integritet, bekräftar på flera sätt en radikalfeministisk uppfattning om att förtrycket av kvinnan bottenar i mäns kontroll av kvinnors sexualitet. Denna rättsliga lösning kan förstås som att den kvinna som lever i äktenskap ingår i en manlig maktsfär där hennes eget sexuella självbestämmande är begränsat. Slutsatsen blir då att rättsordningen bygger på en föreställning om att kvinnors sexualitet blir "tillgänglig" genom äktenskap eller andra former av relationer till män.

Intressant i sammanhanget är dock att samma rättsliga lösning kan uppnås på flera sätt. Om vi väljer att argumentera utifrån en verklighetsbeskrivning som handlar om kvinnan som mannens egendom kommer denna att leda till att dessa fall inte kriminaliseras. Men samma rättsliga slutsats kan också uppnås om man utgår ifrån att parterna är två självständiga rättssubjekt som fritt kan avtala om innehållet i sin relation.⁹²

Det är alltså inte självklart vilken ideologisk ansats som leder till slutsatsen om att övergrepp inom äktenskapet bör hållas utanför våldtäktsbegreppet. En sådan slutsats kan lika gärna följa av en "gammaldags" syn på äktenskapet där mannen kontrollerar en osjälvständig kvinna, som av ett slags radikal liberalism där man uppfattar att privata relationer ska styras av parterna själva.

Om man därför önskar att argumentera mot en lösning där dessa övergrepp hamnar utanför våldtäktslagstiftningen, riskerar en argumentation som handlar om att rättsordningen syftar till att kontrollera kvinnors

⁹¹ En annan tänkbar förklaring till varför dessa fall gavs ett lägre straffvärde har att göra med den kriminalpolitik som fördes vid denna tid och som i hög grad handlade om att minska den straffrättsliga repressionen. Om man har en sådan syn på strafflagstiftningen kommer man att sträva efter att inte utöka det kriminaliserade området eller på annat sätt höja straffnivåerna. Brottbalksreformen utgjorde i denna del en omrubricering där gärningar vilka tidigare inte varit straffbara som sexualbrott, nu kunde bedömas enligt en bestämmelse vilken avsåg grova våldsbrott. Det är därför inte otänkbart att sådana kriminalpolitiska ställningstaganden även kan ha spelat en viss roll vid rubriceringen av dessa gärningar. Se t.ex. Romander/Nelson, (1970), s. 214.

⁹² Detta kan tyda på att man i realiteten uppfattar sexualiteten på samma sätt, även om man gör olika ställningstaganden i själva kontrollfrågan. Se vidare avsnitt 5.4. och 5.7.

sexualitet att inte träffa målet. Den ideologiska ansatsen kan mycket väl vara den motsatta, att det istället handlar om att framhålla den fria individens rätt att disponera sitt eget liv utanför rättslig kontroll. Ett syfte vilket politiskt sett mycket väl kan vara att uppfatta som ett inlägg i jämställdhetsdebatten.⁹³

Kriminaliseringen av våldtäkt i äktenskapet utgör ett mycket bra exempel på den centrala position som den individuella friheten har inom den straffrättsliga läran, men också på de oklarheter som finns när det gäller hur detta ideal ska tolkas i förhållande till en faktisk verklighet. Den relation, som inte ansågs relevant som skäl för att avstå från att kriminalisera dessa gärningar, gavs istället en avgörande betydelse på tillämpningsnivån.

Att våldtäkt är kriminaliserad inom äktenskapet, därför att man inte önskar att särbehandla olika människors rätt till skydd av sin person, innebär alltså inte något hinder för att bedöma sådana gärningar som mindre straffvärda mot bakgrund av samma sociala omständigheter. Den verkliga händelse som ska prövas mot kriminaliseringen kommer därför alltid att kunna bedömas mot bakgrund av argument vilka följer olika kulturella föreställningar kring kön och sexualitet. Vilken funktion skyddsobjektet har i förhållande till de enskilda människor som drabbas av övergrepp är därför långt ifrån självklart.

Ovan har jag också försökt visa att det saknas en diskussion kring vad som är en sexuell kränkning, och att en utvecklad diskussion kring denna fråga möjligen kan bidra till att förhindra att straffrättsliga bedömningar görs utifrån andra faktorer än den individuella kränkningen. Detta är också en viktig diskussion därför att en föreställning om att det inte kan finnas en sexuell kränkning eller att denna är av marginell betydelse, öppnar för argument vilka till och med kan leda till att kvinnors individuella frihet minskar.⁹⁴

Den radikalfeministiska syn på övergrepp mot kvinnor som förekommit i debatten kommer uppenbarligen att leda till slutsatsen att man bör kriminalisera dessa fall. Om man hävdar att en sådan brist på kriminalisering innebär att någon annan ges rätt att kontrollera den enskilda kvinnans sexualitet, blir motargumentet att alla människor har rätt till personlig frihet. En analys som bygger på en föreställning om ett patriarkalt förtryck kommer alltså sannolikt att leda till samma rättsliga ställningstagande som det angivna skyddsobjektet uttrycker. Men det innebär samtidigt att en sådan ideologisk ansats inte i sig ger något etiskt alternativ till den fria individ straffrätten utgår ifrån.

⁹³ Frågan är dock om inte denna ideologiska utgångspunkt lämnar öppet för väldigt många olika tänkbara beskrivningar av verkligheten, se vidare avsnitt 6.2 och 6.3.1.

⁹⁴ Se vidare avsnitt 5.7.

Som vi har sett är det åtminstone teoretiskt sett möjligt att påstå att man utifrån ett ställningstagande till den fria individen kan välja att inte kriminalisera övergrepp inom äktenskapet som våldtäkt. Det är därför intressant att se att den feministiska diskussion som förts kring kriminaliseringen av våldtäkt i äktenskapet under årens lopp har byggt på samma ideologiska premisser. Även när denna fråga debatterats på senare tid har man valt att luta sig mot ideologin om den fria individen, utan att ta ställning till om en hänvisning till den individuella friheten verkligen kan motverka de problem med patriarkala föreställningar man menar existerar i strafflagstiftningen.⁹⁵

5.4 Vissa straffvärdebedömningar vid rubricering av våldtäkt

5.4.1 Bakgrund

I detta avsnitt kommer jag att se närmare på den s.k. Sexualbrottsutredningen (SOU 1976:9) vars förslag på flera sätt gjorde den kvinnopolitiska diskussionen om våldtäktsbrottet till en del av den offentliga debatten i Sverige.

När förslaget presenterades hade den internationella feministiska debatten rörande dessa brott just tagit fart. Flera centrala radikalfeministiska arbeten om våldtäktsbrottet hade också presenterats under de år som föregick utredningsförslaget.⁹⁶ För dessa författare var våldets politiska implikationer centrala för analysen, och man intresserade sig särskilt för kvinnors problem med att få gehör, både politiskt och rättsligt, för de kränkningar de utsattes för.⁹⁷

Sexualbrottsutredningens förslag innehöll förvisso flera intressanta straffrättsliga lösningar, men det var framförallt de förutsättningar som angavs för bedömningen av straffvärde vid våldtäkt som kom att kritiseras.⁹⁸ Enligt den föreslagna lagtexten skulle man vid rubriceringen av sådana gärningar bland annat ta hänsyn till offrets agerande före övergreppet.

För många inom kvinnorörelsen kom detta att framstå som ett tydligt uttryck för att rättsordningen inte hanterade övergrepp mot kvinnor på ett relevant sätt. Den kritik som riktades mot förslaget handlade därför

⁹⁵ Se t.ex. Pohjonen (1995), s. 197–223.

⁹⁶ Aspelin (1986), s. 119–120, skriver att värderingarna kring sedlighetsbrotten förändrades i grunden under den tid som utredningen arbetade, 1971–1976.

⁹⁷ Jfr avsnitt 5.2.1 samt 3.1.3.

⁹⁸ Se avsnitt 5.4.2.

framförallt om hur rättsordningen återskapade fördomar om mäns och kvinnors könsmässiga relationer, och då särskilt den klassiska föreställningen om kvinnorna som representanter för synden.⁹⁹ Efter den massiva kritiken tillsattes en ny utredning, Sexualbrottskommitten (SOU 1982:61), vilken några år senare presenterade ett reviderat förslag.¹⁰⁰

De rättsliga lösningar som kritiserades i utredningens förslag handlade alltså i praktiken om samma typ av frågeställningar som diskuterats i föregående avsnitt. Även här handlade det om vilka omständigheter som kan leda till att en viss gärning rubriceras enligt den lägre straffskalan. De kritiserade argumenten var dessutom sådana att de inte hade någon omedelbar förankring i själva gärningsdefinitionen. De relaterade alltså inte omedelbart till tvånget eller till det sexuella rekvisitet. Däremot kan dessa argument, på samma sätt som framgått i föregående avsnitt, ha samband med det skyddade värdet och de bedömningar av skada som görs i förhållande till detta värde.

De argument som särskilt kritiserades var alltså sådana som hänförde sig till övergrepp inom en viss könsmässig relation. I motsättning till de övergrepp som diskuterats ovan handlade det här inte i första hand om etablerade relationer, utan istället om mer tillfälliga möten eller andra i utgångspunkten ganska alldagliga sociala situationer. Det var alltså inte givet att de situationer som Sexualbrottsutredningen talade om i praktiken utgjorde några egentliga sexuella relationer, men de bedömdes vara detta mot bakgrund av parternas könstillhörighet och andra sociala omständigheter. Det gör också att de argument som utredningen anför är intressanta därför att de ställer frågan om den könsmässiga relationens betydelse för den sexuella kränkningen på sin spets.

Sexualbrottsutredningen betonade alltså den betydelse det har för frågan om graden av straffvärde att kvinnan på något sätt varit deltagare i den interaktion som föregått övergreppet.¹⁰¹ En rättslig grund för detta skulle då kunna vara att offret frivilligt disponerat sitt självbestämmande på ett sådant sätt att kränkningen av denna blir att anse som mindre. Vanligen argumenterar man då för att offret på något sätt själv genom

⁹⁹ Thielst skriver: "För den strängt kristne är kroppen syndens kärnpunkt, och driftslivet är de förförande och demoniserande makter som i kompanjonskap med Satan försöker avlägsna en från Gud och frälsningen. Och eftersom allt detta i större eller mindre utsträckning överförs på det kvinnliga och kvinnan som person följer logiskt en människosyn som essentiellt sett fjärrar könen från varandra och gör kvinnan till en farlig och förförande person som bär synden i sig. Mannens sexualitet flyttas över på kvinnan, så att han kan framstå som den potentiellt rena och ärliga människan." Thielst (1978), s. 68.

¹⁰⁰ Se vidare avsnitt 5.4.8.

¹⁰¹ Se vidare avsnitt 5.4.5.

sitt eget beteende bidragit till att brottet uppkommer.¹⁰² En situation där offret kan sägas ha ett visst medansvar leder i de flesta fall till att det klander som kan riktas mot gärningsmannen blir att anse som mindre. Vanligen genom att man uppfattar att offret påverkat gärningsmannen till att begå brottet.¹⁰³

Framställningen kommer inte omedelbart att handla om alla de rättsliga frågor som kan uppstå i sammanhanget. I detta avsnitt kommer jag att i huvudsak diskutera hur de två utredningarna förhåller sig till de frågor kring kunskap och kön som utgör arbetets tema. På samma sätt som tidigare kommer jag därför att undersöka hur utredningen och kommittén beskriver verkligheten och människan, och det sätt på vilket sådana beskrivningar kan tänkas påverka de straffrättsliga lösningar man väljer.

Den argumentation som förekommer i Sexualbrottsutredningens förslag är i hög grad av ideologisk karaktär, den visar tydliga tecken på att vara liberalt orienterad.¹⁰⁴ Det finns åtminstone två tänkbara skäl till varför detta ideologiska inflytande är så påtagligt i utredningen.

För det första finns här ett samband med den diskussion om en individualisering och liberalisering av straffrätten som fördes under 1900-talet. Centralt för denna straffrättsliga diskussion var behovet av att skydda individens frihet, inte enbart mot andra människors övergrepp utan även mot en alltför ingripande straffrättslig lagstiftning.

För det andra är det mycket som tyder på att argumentationen i det aktuella förslaget även har påverkats av en sexualpolitisk strömning som var mycket påtaglig under samma tid. Det fanns en allmän uppfattning om att det hade skett en förändring i synen på sexualiteten i samhället vilken även strafflagstiftningen skulle återspegla.¹⁰⁵

Det är svårt att i korta drag sammanfatta hela den sexualpolitiska idé-

¹⁰² Se avsnitt 5.4.6.

¹⁰³ Jfr avsnitt 5.4.7; Hahto (2005), s. 251: "Att offrets beteende ger vid handen att han eller hon *inte är i behov av skydd överhuvudtaget eller endast i begränsad omfattning* samt *reducerad klandervärdhet* från gärningsmannens sida är motiv som ligger bakom den straffrättsliga bedömningen av medverkan."

¹⁰⁴ Om man därför utgår ifrån en sådan syn på verkligheten, kan man också konstatera att BrB var präglad av värderingar vilka lika gärna kunde ses som uttryck för en sedlighetsmoral. Arbetet med den nya Brottsbalken hade också pågått under lång tid, de förarbeten som lagstiftningen utgick ifrån skrevs i realiteten under 1920-talet, se Thyren (1923). Den ideologiska förnyelsen var därför inte heller konsekvent genomförd i lagstiftningen, jfr SOU 1976:9, s. 53–54.

¹⁰⁵ Av direktiven framgår exempelvis följande: "Fördomar och tabuföreställningar har länge hämmat en naturlig och öppen syn på sexuallivet och dess yttringar. En radikal förändring i synsättet har emellertid inträtt under senare tid. Sexualfrågor diskuteras numera öppet såväl i den offentliga debatten som människor emellan." SOU 1976:9, s. 25.

värld som kan ha varit aktuell för utredningen, men gemensamt för de olika riktningar som fanns inom denna rörelse var att de eftersträvade någon form av liberalisering av synen på sexualiteten.¹⁰⁶ Den argumentation som fördes var därför starkt förankrad i en syn på människan där denna i grunden är fri men bunden av borgerlig konvention och liknande. En viktig målsättning blev därför att frigöra människors naturliga sexualitet från ett kulturellt förtryck. Här fanns därför också en jämställdhetstanke som vi kan känna igen från den första modellen som presenterades i avsnitt 3.3.¹⁰⁷

Dessa två liberalt orienterade ansatser handlar dock om två olika typer av frågeställningar. Det värde som straffrätten ska skydda är den enskildes rätt till sexuell frihet, medan den sexualpolitiska ansatsen i grunden handlar om varje människas rätt att ha sex.¹⁰⁸ Som vi ska se premierar båda dessa dock en syn på människan där denna fritt kan välja sin sexualitet, vilket är ett ställningstagande som återigen förutsätter en syn på människan som motsvaras av den första modellen.

Ett gemensamt tema för båda dessa ansatserna var frågan om samhällets kontroll av sexualiteten. Inom straffrätten fördes därför debatten kring sexualbrotten huvudsakligen i förhållande till kriminaliseringsnivån. Den allmänna uppfattningen var att det inte längre fanns några godtagbara skäl att skydda samhället i sig mot en oönskad sexualitet. En sådan målsättning stod i konflikt med både straffrättens individualisering och sexualitetens liberalisering.

Straffrättsliga åtgärder bör i princip inte vidtas om det inte finns åtminstone en risk för en straffrättsligt relevant skada, vilken i detta sammanhang förutsattes vara individualiserad. Med en sexualpolitisk ansats kunde man dock även ifrågasätta det sätt på vilket denna skada preciseras. Som vi ska se byggde utredningen på en tanke om att helt ta bort sexualiteten ur strafflagstiftningen, eftersom man menade att det inte kunde finnas någon särskild sexuell kränkning.¹⁰⁹

I det förslag som utredningen presenterade fanns alltså ett komplicerat samspel mellan den sexuella frigörelse, som man önskade av politiska skäl, och det straffrättsliga ställningstagande, som handlade om att skyd-

¹⁰⁶ Man kan säga att man eftersträvade ett "sundare" sätt att förhålla sig till sexualiteten, i jämförelse med de tabustyrdas ansatser som tidigare dominerat. Se t.ex. Robinson (1976).

¹⁰⁷ I utredningen betonas exempelvis att "(s)exuellt umgänge företas idag i större utsträckning än förr mellan människor som upplever sig som likar med känslomässig gemenskap." SOU 1976:9, s. 52.

¹⁰⁸ Se vidare avsnitt 5.7.

¹⁰⁹ Se vidare avsnitt 5.4.4.

da den individuella friheten på det sexuella området.¹¹⁰ I utredningens argumentation finns därför tydliga kopplingar både till straffrättens teorinivå och till dess tillämpningsnivå, vilka ju båda aktualiserar viktiga frågor som gäller synen på människan i straffrätten.

Den fria individen befinner sig i första hand på teorinivån där denne representerar ett ideal som i sin tur bygger på vissa grundläggande etiska ställningstaganden. De aktuella argumenten var däremot sådana att de innefattade omedelbara referenser till den faktiska verkligheten. Många av de argument som framfördes i utredningen förutsatte därför att man tog ställning till hur människan och verkligheten skulle beskrivas.¹¹¹

5.4.2 Förslaget och kritiken

Sexualbrottsutredningens förslag var mycket intressant framförallt därför att det angav en tänkbar förenkling av våldtäktsbestämmelsen. I den gällande lagstiftningen förutsatte definitionen av våldtäkt (BrB 6:1) ett allvarligt tvång, s.k. råntvång, samt en sexuell gärning vilken kunde omfattas av det straffrättsliga begreppet "samlag". Andra sexuella övergrepp vilka endast kvalificerade till den lägre graden av tvång (jfr BrB 4:4 olaga tvång), eller där den sexuella gärningen endast kunde omfattas av rekvisitet "könsligt umgänge", rubricerades däremot som frihetskränkande otukt (BrB 6:2). Utredningens förslag bestod däremot av en enda definition vilken i praktiken omfattade alla de sexuella övergrepp genom tvång som kunde hänföras till BrB 6:1 och BrB 6:2.

Kriminaliseringen av våldtäkt har vanligen avgränsats som en särskild kategori av gärningar där tvånget varit av särskilt allvarlig karaktär, men här föreslogs alltså att denna formella indelning skulle avskaffas. Denna lösning är intressant i sammanhanget eftersom den feministiska litteraturen ofta inneburit en kritik mot sådana försök att skilja den "äkte" våldtäkten från andra typer av sexuella övergrepp.¹¹² I sin kritik har man

¹¹⁰ Här finns en tendens till att argumentationen glider från den fria individen till den frigjorda människan, från etisk teori till social teori, från teorinivå till tillämpningsnivå, o.s.v. Jfr avsnitt 2.2, särskilt 2.2.5, samt 2.6.1.

¹¹¹ Se vidare avsnitt 5.4.5; Om denna typ av argument kan ses som ett uttryck för en viss beskrivning av verkligheten som även innefattar vissa värdemässiga ställningstaganden, kan samma typ av argument fylla en funktion i andra straffrättsliga sammanhang; bevisning, uppsåt, straffmätning och skadestånd.

¹¹² MB, SL och BrB, har alla inneburit ett strängt krav till tvång vid våldtäkt. I MB och SL byggde definitionen på s.k. vis absoluta vilket förutsatte att det i praktiken inte hade funnits några möjligheter för kvinnan att undkomma. Det råntvång som föreskrevs i BrB ställde inte fullt så höga krav, men var ändå den strängaste formen av tvång i BrB. På samma sätt har man valt att skilja mellan tvång och utnyttjandebrott, mellan överfalls-våldtäkter och s.k. ragningsvåldtäkter (jfr avsnitt 5.4.3 och 5.4.6). I den kvinnopolitiska

därför argumenterat för behovet av att frigöra den rättsliga regleringen från olika kulturella föreställningar kring kön och sexualitet, för att istället eftersträva en mer "övergreppsorienterad" lagstiftning.¹¹³

Med utredningens val av lösning kan man säga att man också i någon mån uppnådde detta mål när det gällde själva definitionen av brottet.¹¹⁴ Detta intryck förstärks av att straffbudet föreslogs bli könsneutralt vilket innebar att övergrepp både mot kvinnor och mot män skulle kunna bedömas som våldtäkt. Detta medförde därför också den viktiga förändringen att homosexuella och heterosexuella övergrepp kunde bedömas enligt samma regler.¹¹⁵

I utredningens förslag gjordes alltså inga definitionsmässiga skillnader mellan olika grader av tvång eller olika typer av sexuella gärningar. Däremot valde man att dela in straffbudet i tre grader där rubriceringen skulle ske genom en bedömning av de enskilda brottens straffvärde. Vid dessa bedömningar skulle även fortsättningsvis graden av tvång vara av mycket stor betydelse för hur allvarligt man uppfattade att övergreppet var, men man kunde även ta hänsyn till andra typer av omständigheter.

I förslaget angavs därför ett s.k. normalbrott i BrB 6:1 st. 1, vilket gavs beteckningen sexuellt tvång. I ett andra stycke angavs sedan kriterierna för ett mindre allvarligt brott, vilket förutsatte att gärningen mot bakgrund av "den tvingades handlande före övergreppet eller eljest" var att anse som mindre grovt.

De grova brotten placerades däremot i BrB 6:2 och benämndes "våldtäkt". Stadgandet avsåg fall där "gärningsmannen genom våld eller hot om våld eller på annat sätt visat synnerlig hänsynslöshet eller råhet". Detta innebar att endast grova brott kunde rubriceras som våldtäkt.¹¹⁶

Den traditionella indelningen i olika typer av övergrepp återkom därför i utredningens förslag i form av olika gradindelningar av samma brott. I princip skulle bedömningarna göras på samma sätt som tidigare. Om ett övergrepp innefattade en hög grad av våld kunde detta rubriceras som våldtäkt enligt BrB 6:2. Men detta var inte längre självklart eftersom ett

debatten har man därför ofta talat om att det finns ett slags "våldtäktsparadigm" vilket styr den rättsliga hanteringen av dessa brott. Jfr t.ex. Estrich, *Real rape*, (1987).

¹¹³ Jfr SOU 1982:61, s. 66–69.

¹¹⁴ Utredningen motiverade dock denna lösning på ett annat sätt, enligt denna kunde olika kringliggande omständigheter leda till att även allvarliga tvångsgärningar kunde rubriceras som mindre allvarliga brott. Detta ledde till ett minskat behov av att upprätthålla en reglering med flera olika straffbud. SOU 1976:9, s. 60–61.

¹¹⁵ SOU 1976:9, s. 136–137.

¹¹⁶ Eftersom andra typer av omständigheter, såsom kvinnans agerande före övergreppet, kunde ges en mycket generell tillämpning var det i praktiken mycket få fall som kunde rubriceras som våldtäkt.

sådant krav inte följde av själva gärningsdefinitionen. Utredningens förslag innebar därmed att även gärningar som inneburit en allvarlig grad av tvång kunde rubriceras som mindre grovt brott, under förutsättning att vissa andra omständigheter förelåg.¹¹⁷ Den del av förslaget som kom att kritiseras handlade därför om att argument, som inte kunde hänföras till gärningsdefinitionen, gavs en så avgörande betydelse vid rubriceringen av våldtäktsövergrepp.

De argument som utredningen anförde och som kunde sammanfattas som "offrets agerande före övergreppet", var i och för sig redan etablerade i rättspraxis. De hade bakgrund i en rättsutveckling som pågått sedan 1930-talet, och de hade införts av kriminalpolitiska skäl i en allmän strävan efter att sänka straffnivåerna.¹¹⁸ I Sexualbrottsutredningens förslag gavs däremot dessa argument en tydlig förankring i kriminologiska teorier kring uppkomsten av brott.¹¹⁹

Den argumentation som utredningen anförde, som skäl för varför vissa övergrepp var att anse som mindre allvarliga, provocerade många människor.¹²⁰ En artikel i Kvinnobulletinen under rubriken "Sexualbrottsutredningen: ett hot mot kvinnans frigörelse", är mycket representativ för den kritik som framfördes mot förslaget. I artikeln sägs bland annat att "vi menar att kvinnorna kommer att betraktas som sexuellt fredlösa i lagen och i det allmänna medvetandet om lagförslaget går igenom. Det konserverar en reaktionär kvinnosyn och underblåser myterna om kvinnors sexualitet som avhängig av mannens. Kvinnor ses som objekt, objekt för männens lust. I motiveringarna till lagförslaget möter man en utpräglad manlig kvinnofientlig och "sexualliberal" syn på sexualitet och på förhållandet mellan könen."¹²¹

Utredningens förslag sågs alltså i debatten dels som ett uttryck för ett slags fördomsfullhet i förhållande till våldtäkten som övergrepp, dels som mycket fördomsfull och stereotyp i förhållande till både gärningsmannen och offret. Mycket tyder också på att Sexualbrottsutredningen var dåligt underbyggd. Den kunskap om verkligheten som lades till grund för argumentationen var redan ur vetenskaplig synvinkel tämligen bristfällig.¹²²

¹¹⁷ SOU 1976:9, s. 60–61; Stöd för denna lösning fanns redan i rättspraxis, se s. 136; jfr också SOU 1935:68, s. 30–31.

¹¹⁸ SOU 1935:68, s. 30.

¹¹⁹ Se vidare avsnitt 5.4.6.

¹²⁰ Boëthius (1981), s. 19–26, beskriver den politiska debatt som fördes kring förslaget.

¹²¹ Kvinnobulletinen nr 2-3/1976, s. 5.

¹²² Boëthius har visat hur bristfälliga de studier som utredningen anförde egentligen var. Enligt författaren hade det inte genomförts några egentliga empiriska undersökningar, utan argumentationen byggde i huvudsak på antaganden om brottets parter och om över-

5.4.3 Argumenten som ett sätt att beskriva verkligheten

För att förstå varför utredningen valde ett så starkt fokus på offrets agerande, är det viktigt att vara uppmärksam på att utredningen uppfattade att dessa gärningar utgjorde en särskild typ av övergrepp. Den situation som utredningen avsåg när man talade om offrets agerande var en s.k. "ragningsvåldtäkt" i motsättning till en s.k. "överfallsvåldtäkt".¹²³ Det kan därför se ut som att utredningen placerade alla situationer där offret på något sätt haft en frivillig kontakt med gärningsmannen före övergreppet i en särskild kategori.¹²⁴

Utredningen var också inne på tanken att åtminstone några av dessa situationer med fördel skulle kunna undantas från det kriminaliserade området, men valde istället att försöka se till att "de bestämmelser som ges för sexuella övergrepp utformas med beaktande av dessa falls särart."¹²⁵

Återigen handlar det alltså om övergrepp vilka sker inom ett slags relation, men till skillnad från de fall som diskuterades i föregående avsnitt avses här i första hand mer tillfälliga bekantskaper.¹²⁶ Parterna kan möjligen känna till varandra sedan tidigare eller så består deras kontakt enbart av den sociala situation de befinner sig i vid den aktuella tidpunkten.

Det sätt på vilket situationen beskrivs bygger därför i första hand på omständigheterna kring samvaron, såsom att man frivilligt sökt sig till varandra, till den plats man befinner sig på eller andra sådana omständigheter som att man umgås, dricker alkohol, o.s.v.¹²⁷ De omständigheter som utredningen lyfter fram som exempel på denna typ av situation är alltså mycket alldagliga och kan i realiteten avse vilket som helst möte mellan människor.

greppet i sig. Ingen av de aktuella studierna byggde på intervjuer med brottsoffer. Boëthius (1981), s. 36–50.

¹²³ Denna distinktion hade uppmärksammats redan tidigare, se t.ex. LU 1962:42, s. 42–43. Här framkommer också ett annat intressant argument nämligen att den våldtäkt som sker mellan människor som känner varandra kan vara nödvändig. "Ett normalt samlag, även mellan människor som håller av varandra, genomföres ofta av mannen med ett visst mått av våld, därför att kvinnans hämningar är så avsevärt starkare förankrade än mannens. Särskilt vanligt torde detta gälla de första samlagen mellan två människor, både i fasta förbindelser och inom äktenskapen."

¹²⁴ Utredningen underströk dock att de omständigheter som anfördes inte var att betrakta som en uttömmande framställning. Andra omständigheter kunde föranleda en annan rubricering. SOU 1976:9, s. 61, 136.

¹²⁵ SOU 1976:9, s. 60; Det hade ändå varit möjligt att döma enligt BrB 4:4, eventuellt i kombination med BrB 3:5.

¹²⁶ SOU 1976:9, s. s. 59, 136.

¹²⁷ Utredningens argumentation utvecklas något i bilagorna, se Sveri, SOU 1976:9, s. 183–184.

I specialmotiveringen nämner man dessutom situationer där det förekommit någon form av interaktion mellan parterna. Det sätt på vilket denna interaktion beskrivs är särskilt intressant, eftersom argumentationen omedelbart relaterar till parternas könsmissiga förhållande.¹²⁸

Utredningen nämner särskilt fall där offret "mer eller mindre medvetet uppmuntrat till sexuella närmanden".¹²⁹ Frågan om vad som är att anse som ett uppmuntrande är dock oklart. Utredningen hade kunnat ge några exempel för att tydliggöra vad som avsågs. Mycket tyder dock på att här finns en underförstådd tolkning av verkligheten som relaterar till föreställningar kring sexualitet.

En sådan tolkning skulle i så fall tala för att ju mer "sexuell" parternas interaktion varit till sin natur, desto mer benägen borde man vara att uppfatta denna interaktion som relevant för straffvärdebedömningen. Av framställningen framgår också att situationer där s.k. "petting" förekommit tillhörde de fall som utredningen kunde tänka sig att avkriminalisera.¹³⁰ I enlighet med utredningens syn på dessa övergrepp utgjorde dessa fall därför typexempel på gärningar vilka kunde föranleda en tillämpning av den lägsta straffskalan.

Utredningens argumentation är dock mycket kortfattad. Några närmare förklaringar till varför man argumenterar på detta sätt ges alltså inte. Det kan därför se ut som att man tar för givet att dessa gärningar bör vara mindre straffvärda.¹³¹

Frågan blir då hur man bör tolka utredningens argumentation i den här delen. Ett sätt att närma sig utredningens resonemang kan vara att säga att när den anger de omständigheter man bör ta hänsyn till vid rubricering, så innebär detta att man relaterar till en beskrivning av en viss situation. Möjligen kan man säga att utredningens argumentation i sig kan ses som en "berättelse" om dessa övergreppssituationer. Denna berättelse ger oss därmed ett slags beskrivning av verkligheten utifrån vilken man kan bedöma faktiska händelser, detaljer kan ändras men händelseförloppet och innebörden blir densamma. Oavsett hur den faktiska situationen ter sig, kan de yttre omständigheterna och parternas konststillhörighet i praktiken bedömas enligt samma mall.¹³²

¹²⁸ Det är vanligen denna interaktion som ges betydelse som handlingsskäl, se avsnitt 5.4.7.

¹²⁹ SOU 1976:9, s. 136.

¹³⁰ SOU 1976:9, s. 60.

¹³¹ SOU 1976:9, s. 60, 136.

¹³² Det mycket kortfattade sätt på vilket utredningen beskriver situationen förutsätter att rättstillämparen är införstådd med vad det är utredningen talar om, samt hur och varför, situationen bör tolkas på detta sätt.

Den beskrivning av verkligheten som utredningen presenterar genom sin argumentation, leder fram till flera principiellt viktiga antaganden vilka alla kan påverka den straffrättsliga argumentationen.

För det första är det uppenbart att det är föreställningar om kön och sexualitet som ger denna situation en specifik innebörd. Beskrivningen av denna sker mot bakgrund av könstillhörighet och olika kulturella förväntningar rörande kön, vilket i sin tur leder till att beskrivningen blir sexuellt kodad på flera sätt.¹³³

Ett sätt att visa hur kön och sexualitet har betydelse för beskrivningen av situationen är helt enkelt att ge omständigheterna andra tolkningsförsättningar. En utgångspunkt i den andra modellens sätt att argumentera innebär en utgångspunkt i kvinnors livsvillkor. I detta sammanhang leder detta till ett ställningstagande som säger att kvinnor blir utsatta för sexuella övergrepp därför att de är kvinnor.

Att klä sig kvinnligt, att följa med en man som man är intresserad av socialt, intellektuellt, sexuellt, o.s.v., är uttryck för ett normalt socialt beteende. Om sådana omständigheter ska ges någon särskild innebörd i förhållande till det sexuella övergreppet måste de kopplas till förväntningar som kan appliceras på varje kvinna därför att vi uppfattar kvinnlighet på ett visst sätt.

I en övergreppssituation kommer dock dessa omständigheter i praktiken att leda till en ökad utsatthet för brottsoffret. Den som befinner sig inom en avgränsad yta med gärningsmannen kommer att vara mer sårbar för övergrepp. Men denna sårbarhet uppkommer då inte enbart av att man faktiskt befinner sig i en viss situation, utan på grund av att brottsoffret redan från början befinner sig i en viss könsrässig position där hon är utsatt för risken för sexuellt våld. Att någon är mer sårbar för vissa övergrepp leder vanligen till att man istället väljer att betona att det finns ett särskilt skyddsbehov. Som vi ska se blir därför själva slutsatsen om att dessa omständigheter leder till ett lägre straffvärde ologisk, om man inte tolkar dessa utifrån en viss beskrivning av sexualiteten.

I det bakgrundsmaterial som utredningen utgick ifrån presenterades den aktuella interaktionen mellan parterna på ett sätt som i sig kan förklara flera av utredningens resonemang. Den sakkunnige skriver här bland annat att i "de fall som leder till övergrepp mot kvinnan har parterna på något sätt missuppfattat varandras intentioner: det sexuella spelets regler har inte följts."¹³⁴ Själva tanken om att situationen kan analyseras som ett spel innebär i praktiken att man anger flera viktiga principella förut-

¹³³ Jfr Smart (1995), s. 83, som skriver att "Her story is reconstructed into a standard form of sexual fantasy or even pornography".

¹³⁴ Sveri, SOU 1976:9, s. 184; Jfr Boethius (1981), s. 42–47.

sättningar för bedömningen av situationen, som även kan få straffrättslig relevans.

När situationen betecknas som ett spel innebär det att man kan utgå ifrån att parternas handlingar kan prövas mot vissa givna normer. Mot bakgrund av det kan man också dra slutsatsen att alla borde känna till reglerna och att offret därför får skylla sig själv om hon inte gör det.

De normer som då kan anföras måste helt enkelt följa av de föreställningar om kön och sexualitet som blir en del av det sätt på vilket man uppfattar tillvaron. Om det hade handlat om andra typer av normer hade utredningen sannolikt preciserat dessa ytterligare.¹³⁵

Den situation som utredningen talar om är därför inte enbart en beskrivning av en viss social situation. Den innebär i sig en tolkning av verkligheten utifrån vissa givna normer. Beskrivningen av situationen ges därefter en normativ funktion såtillvida att den anger förutsättningarna för de rättsliga tolkningarna, varvid de sociala normerna blir till rättsliga normer.

När man utgår ifrån att en viss social situation kan ses som ett spel tillför man även en annan förutsättning. Den blir förutsägbar. Vi vet så att säga redan från början hur historien ska sluta. Det gör också att man kan förledas att tro att parterna har möjlighet till kontroll över situationen, något som i sig lägger grunden för vissa slutsatser. Straffrättsligt sett är det dock enbart den som begår den straffbara gärningen som kan ha kontroll över det händelseförlopp som är relevant för den straffrättsliga bedömningen.¹³⁶

Den beskrivning av situationen som utredningen utgår ifrån är att beteckna som en frivillig social samvaro, vilket leder tanken till ett slags gemenskap. Redan det sätt på vilket situationen beskrivs innebär att man får intryck av att det här finns en viss ömsesidighet.

Parterna befinner sig dock från början i en ojämlig situation, redan därför att våldtäkt är ett könsmissgärningsbrott. Om det sker ett brott är rollfördelningen i det absolut dominerande antalet fall avgjord på förhand.

Tanken om ett spel bygger dessutom på en annan viktig förutsättning. Om det ska vara någon poäng med att tala om människors interaktion som ett spel, måste människorna kunna spela vissa roller. I realiteten måste alla människor kunna spela alla roller. En tanke där människan

¹³⁵ De sociala normer utredningen anförde var grundläggande för de empiriska studier man hänvisade till. Som vi ska i 5.4.6 tenderade de kriminologiska teorier som uttalade normer om verkligheten, att vara beroende av vissa tolkningar av verkligheten, varför de i praktiken blev både cirkulära och moraliska.

¹³⁶ Se vidare avsnitt 5.4.7.

spelar roller innebär i detta sammanhang att man applicerar någon form av könsrollsteori på den faktiska verkligheten.¹³⁷

I det spel som utredningen talar om spelar parterna sina roller efter ett visst givet mönster, som alltså bottnar i vissa föreställningar om kön och sexualitet. Detta är i sig intressant eftersom den syn på människan utredningen sannolikt utgår ifrån i princip innebär att människor ska bedömas oberoende av kön. Kön är så att säga något som människan både kan ha och förlora, vilket gör att man inte kan utgå ifrån att den enskilde har en sådan kulturell förankring att den har en given roll den ska spela.

Samtidigt är det uppenbart att utredningen väljer att ge kön och sexualitet en helt avgörande funktion för det sätt på vilket man beskriver denna situation. Det innebär att utredningen i realiteten utgår ifrån att det finns en viss sexualmoral som ska gälla även vid rättsliga bedömningar. Men det innebär också att Sexualbrottsutredningen i praktiken inte har lämnat något egentligt utrymme för den fria och oberoende människa de ideologiska förutsättningarna kräver.

När man som utredningen introducerar kön som en relevant bedömningsgrund i den straffrättsliga argumentationen uppstår en annan principellt viktig fråga. Vilken funktion ges könsargumenten i förhållande till den straffrättsliga systematiken?

Konstruktionen av offret och dess eventuella medansvar för gärningen följer i praktiken av straffrättens teorinivå, det är idén om den fria individen som anger förutsättningarna för argumentationen. Den fria individen utgör dock ett ideal som kan preciseras oberoende av en faktisk verklighet. Det finns därmed ingen omedelbar straffrättslig grund för att argumentera utifrån offrets könstillhörighet.

Gärningsmannens gärning diskuteras däremot i förhållande till brottsbegreppet där frågan endast avser hans personliga ansvar i den faktiska situationen.¹³⁸ Bedömningar av gärningsmannens person kan naturligtvis inkludera argument som följer av dennes könstillhörighet.

Det innebär att det sätt på vilket kön ges betydelse för den straffrättsliga argumentationen, inte skapar någon straffrättslig könsrättslig gemenskap.¹³⁹

När man talar om den aktuella situationen på det sätt som utredningen gör innebär det dessutom ett slags objektivisering av situationen och parterna. Det är en beskrivning som sker mot bakgrund av vissa sociala an-

¹³⁷ Se avsnitt 3.3.

¹³⁸ Se vidare avsnitt 5.4.7 och 5.7.2.

¹³⁹ När kön applicerades på offret hade det kunnat vara som en del av bedömningen av kränkningen av den enskilde. Här blev istället kön en del av bedömningen av gärningsobjektet i relation till gärningsmannens ansvar. Denna form objektivisering blir problematisk i flera straffrättsliga sammanhang.

taganden om hur kvinnor och män är. De bedömningar som görs sker därför i realiteten av offret som representant för Kvinnan, som också utgör det sexuella objektet.¹⁴⁰ Först av gärningsmannen i den faktiska situationen, sedan av domstolen när den prövar den rättsliga versionen av samma situation.¹⁴¹

Utredningens beskrivning av dessa fall leder därför till en situation där den fria individens förutsättningar appliceras på en person som dels är kvinna, dels är ett objekt. Utifrån denna konstruktion görs sedan bedömningen av en viss människas deltagande i övergreppet mot sig själv.¹⁴² Det är tänkbart att den objektiverade beskrivningen även leder till en motsvarande objektivering av gärningsmannen, men detta är som vi ska se knappast till dennes nackdel.¹⁴³

Det är alltså uppenbart att de premisser utredningen anger för bedömningar av straffvärde förutsätter vissa ställningstaganden till innebörden av kön. Den beskrivning av dessa fall som utredningen utgår ifrån är inte oberoende av kön och kan därför inte heller på något realistiskt sätt sägas återspegla två jämlika spelfigurer.

5.4.4 En sexuell kränkning?

Frågan om vad innebörden av den individuella kränkningen är i dessa fall måste ses mot bakgrund av skyddsobjektet, vilket i samband med införandet av Brottsbalken definierades som ett individuellt självbestämmande på det sexuella området. Straffbudet (BrB 6:1) anger därför den straffbara gärningen som ett betvingande till en sexuell handling.

Den individuella kränkningen kan då prövas mot två principiellt viktiga aspekter av den straffbara gärningen: dels som en kränkning av den individuella friheten, dels som en kränkning av den sexuella integriteten.¹⁴⁴

En intressant fråga blir då vilken betydelse det har för synen på den individuella kränkningen att dessa övergrepp definieras som "sexuella". Detta är en fråga som är mycket litet diskuterad trots att de ställningstaganden man gör kan ha mycket stor betydelse för det sätt på vilket dessa övergrepp behandlas i straffrätten.

Med de principiella förutsättningar som utredningen redovisade kan man utgå ifrån att utredningen avsåg att diskutera frågor kring sexual-

¹⁴⁰ I en manligt normerad värld blir kvinnan den enda bäraren av kön och därmed även av sexualiteten. Se t.ex. Millet (1971).

¹⁴¹ Se avsnitt 2.5.2 samt 5.7.2.

¹⁴² Se vidare avsnitt 5.4.6.

¹⁴³ Se vidare avsnitt 5.4.7.

¹⁴⁴ Straffbudet skyddar dels en abstrakt frihet och dels en fysisk frihet.

brotten utifrån en liberal ideologi. Som jag var inne på inledningsvis finns det i huvudsak två tänkbara infallsvinklar på den straffrättsliga problematiken som kan generera ett sådant ideologiskt ställningstagande.

Det gäller för det första frågan om under vilka förutsättningar man överhuvudtaget kan kriminalisera en viss gärning. Denna frågeställning representerar två typer av problem. Dels handlar kriminaliseringsprinciperna om att skydda den enskilde mot övergrepp från andra medmänniskor, dels handlar det om att skydda individen mot frihetsinskränkningar till följd av en alltför omfattande strafflagstiftning.

För det andra kan ett sådant ideologiskt ställningstagande relatera till beskrivningen av människan och verkligheten och då framförallt sexualiteten. Det sätt på vilket man diskuterade och analyserade sexualiteten i utredningen ger intryck av att vara influerat av en sexualpolitisk diskussion som förekom inom flera olika vetenskapsområden under denna tid. Ett viktigt syfte för denna rörelse var att frigöra människors sexualitet och skapa en större tolerans för olika människors sexuella behov.

Den straffrättsliga och den sexualpolitiska ansatsen hade därför en viktig gemensam målsättning. Man betonade att samhällets kontroll av den enskildes sexualitet borde minska. Kopplingen mellan de premisser som individualiseringen av straffrätten skapar, och en beskrivning av sexualiteten utifrån vissa sexualpolitiska ställningstaganden, ledde till flera konsekvenser för den straffrättsliga argumentationen kring sexualbrotten.

När man diskuterade de sexuella övergreppen i relation till själva kriminaliseringsfrågan hamnade diskussionen med en viss automatik i motsättningen mellan de kollektiva och de individuella skyddsobjekten. På den ena sidan stod alltså behovet av att skydda samhället mot viss sexualitet, medan den andra sidan företrädde ett avståndstagande från denna moral-syn till fördel för en individualiserad skada. Man får därför ibland intryck av att den argumentation som fördes handlar om att markera mot tanken om ett kollektivt ideal, vilket inte i sig innebar att man gick in i någon närmare diskussion kring innebörden av den individuella kränkningen.

Sexualbrottsutredningen byggde sin argumentation på den principella ståndpunkten att man inte skulle anlägga några andra typer av moralnormer på strafflagstiftningen än straffrättens egna värden. I detta sammanhang måste detta förstås som de grundläggande fri- och rättigheterna, i första hand så som dessa återspeglas i kriminaliseringsprinciperna.¹⁴⁵

En sådan utgångspunkt innebär dock endast en hänvisning tillbaka till det individuella skyddsobjektet. Däremot ger inte en sådan hänvisning

¹⁴⁵ SOU 1976:9, s. 55.

någon förklaring till hur detta bör förstås vid med bedömningar av faktiska kränkningar. Övergången från en sedlighetsorienterad moral till en individualiserad skada ser alltså inte ut att ha motiverat någon ytterligare diskussion av vad en individuell kränkning faktiskt innebär.

Det kan finnas flera förklaringar till varför utredningen inte diskuterar innebörden av den individuella kränkningen vid sexualbrotten. Om man uppfattar att all sexualmoral syftar till kontroll, och att all kontroll av människans sexualitet måste motarbetas, kommer man att försöka undvika att ta ställning till frågor där man måste uttala värderingar kring sexualiteten. Samtidigt är det så att varje straffrättslig konstruktion, och varje tillämpning av denna, kräver att man tar ställning till hur människan och verkligheten bör beskrivas. Det blir då helt enkelt omöjligt att göra detta utan att också ge uttryck för värderingar.

När utredningen valde att tala om behovet av att frigöra människors sexualitet, kunde man möjligen även förväntat sig en diskussion kring behovet av att värna människors integritet. Men den sexualpolitiska ansatsen ser ut att snarare leda till en diskussion rörande den andra sidan av kriminaliseringsfrågan, rätten att slippa rättslig inblandning.

Det innebär också att man kommer att argumentera utifrån en ideologisk syn på sexualitet som egentligen avser en annan diskussion med helt andra syften. Tanken om att frigöra människors sexualitet befinner sig på ett plan där människor agerar frivilligt varför denna frivillighet kan behöva skyddas mot samhällets kontroll.

En diskussion av kontrollfrågan innebär att argumentationen befinner sig på en principiell nivå. Den relaterar alltså inte till den nivå där de faktiska kränkningarna uppstår. Man kan därför redan mot bakgrund av ett ideologiskt ställningstagande till sexualiteten göra uttalanden om vad som kan vara kränkande eller inte.¹⁴⁶

Om man därför har den uppfattningen att sexualiteten inte är skadlig i sig utan att en sådan diskussion i grunden handlar om en gammaldags moralsyn, kommer även detta att motverka en närmare analys av innebörden av den individuella kränkningen.

Utredningen avvisade därför på principiella grunder behovet av en separat kriminalisering av de sexuella övergreppen. Det kunde inte finnas någon särskild sexuell kränkning, utan en naturlig utveckling måste vara att dessa specialkriminaliseringar på sikt mönstrades ut ur strafflagstiftningen.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Utredningen gick aldrig in i någon diskussion om innebörden av kränkningen. Man erkände att det fanns ett lidande förknippat med dessa brott, men ger inte detta någon egentlig betydelse för de lösningar man argumenterade för. SOU 1986:9, s. 58.

¹⁴⁷ SOU 1976:9, s. 54–55; Engström (1976), s. 36.

Utredningen glider härmed mellan frågan om en liberal syn på sexualiteten och frågan om hur man bör hantera de sexuella övergreppen. En liberal syn på sexualiteten leder till slutsatsen att man även bör anlägga en liberal syn på de sexuella övergreppen.¹⁴⁸

I det sätt på vilket utredningen beskriver den situation som ska bedömas, blir denna syn på sexualbrotten mycket tydlig. Man ger alltså inte det faktum att det sker ett övergrepp någon avgörande betydelse för det sätt på vilket man uppfattar sexualiteten i gärningen. Istället väljer man att betona det alldagliga och smått triviala i själva situationen, alltså det faktum att människor ibland har sex. Utredningen glider från det som under vissa premisser kan ses som en trivial situation till att uppfatta själva övergreppet som trivialt.¹⁴⁹

Det finns därför flera problem med utredningens sätt att resonera kring frågan om den individuella kränkningen. För det första överför man alltså argumentationen från den överordnade kontrollfrågan, som relaterar till kriminaliseringsnivån, till den individuella nivå där den faktiska kränkningen ska bedömas.

För det andra överförs en beskrivning av verkligheten från en allmän sexualpolitisk diskussion kring människors rätt till sin sexualitet till den straffrättsliga frågeställning som avser kränkningar av denna individuella sexualitet.

På kriminaliseringsnivån utgår diskussionen från den fria individen, vilken i sig är en konstruktion. Den fria individen är en beskrivning av grundförutsättningarna för synen på människan inom straffrätten, vilka handlar om att alla människor i grunden är fria att styra sina egna liv. När man applicerar dessa förutsättningar på en tänkt människa blir denna till en person som fullständigt oberoende av sin omgivning disponerar sina friheter.

Om man menar att det inte kan finnas någon särskild sexuell kränkning, måste man också uppfatta att den sexualitet som utövas under tvång för offret är likvärdig med den som utövas på frivillig basis. Den sexuella aspekten av gärningen är då i praktiken irrelevant för kränkningen. Ett sådant resonemang kräver att vi talar om en människa vars integritet är oberoende av dess sexualitet, alltså en person där sexualiteten inte utgör en del av en personlig identitet. Men detta är en syn på människan som inte omedelbart följer av straffrättens fria individ, utan istället av den frigjorda människa som är den sexualpolitiska debattens mål.

¹⁴⁸ Boëthius (1981), s. 41.

¹⁴⁹ För det enskilda offret kan det verkligt förödande i dessa fall vara just det att övergreppet sker i en vardagssituation där man inte ska behöva ta några särskilda hänsyn i fråga om egen säkerhet. Se vidare avsnitt 5.4.6.

Ett fokus på kontrollfrågan innebär att argumentationen kretsar kring behovet av att minska den straffrättsliga kontrollen av människors sexualitet, vilket i sig tar fokus bort från frågan om en sexuell kränkning. Att detta inte leder till några komplikationer i relation till den andra sidan av kriminaliseringsfrågan, alltså behovet av att skydda människors integritet med straffrättsliga medel, följer av att man redan har avskaffat denna kränkning av ideologiska skäl. Om det inte finns någon skada finns det inte heller några några skäl att upprätthålla de straffrättsliga reglerna.

I detta sammanhang är det intressant att se tillbaka på den lösning som var aktuell i den Strafflag (SL) som föregick Brottsbalken. Våldtäktsbestämmelsen i SL avsåg i realiteten både en kollektiv och en individuell skada. Den individuella skadan representerad av tvångsgärningen blev kvar i BrB, medan den kollektiva aspekten av skadan mönstrades ut ur strafflagstiftningen. Som vi har sett var detta i och för sig en viktig reform när det gäller frågan om vad straffrätten ska kontrollera.¹⁵⁰

Om man däremot ser denna reform i relation till frågan om kränkningen av den enskildes integritet var innebörden av reformen inte lika självklar. För att beskriva problemet kan man säga att det också kan finnas en individuell aspekt av den kollektiva skadan. Denna är av särskilt intresse i sammanhanget eftersom den har en tydlig social förankring. Vi kan så att säga tala om heder och ära i individuella temer, alltså om faktorer som har att göra med en könsmässig kulturell tillhörighet vilken också kan ha relevans för människans identitet.

När det gällde det sätt på vilket denna aspekt av övergreppet hanterades i SL var detta vanligen mycket destruktivt för kvinnor. Det var inte en individuell upplevelse av en kränkt personlig ära, utan föreställningar om kvinnlig ärbärhet, som avgjorde bedömningarna.¹⁵¹

Ideologin om den fria individen, och det sätt på vilket denna påverkar utredningens syn på människan i den faktiska situationen, innebär dock att viktiga förutsättningar för att bedöma själva kränkningen försvinner. Med denna lösning blir man inte kränkt i sin egenskap av att vara en människa tillhörig en social och kulturell sfär, och man blir därför inte heller kränkt i sin egenskap av att vara kvinna i ett visst samhälle.

Om människan är oberoende av andra och oberoende av sitt kön, finns i praktiken inte längre några möjligheter att tala om en sexuell kränkning. Sexualiteten kan då konsumeras på samma sätt som allting annat, och denna frihet att konsumera är det värde som behöver skyddas. Den

¹⁵⁰ Se t.ex. Stjernberg (1929) samt Lundstedt (1933); Jfr hänvisningar i fotnoter i avsnitt 5.4.1.

¹⁵¹ Carlén (1866), s. 278; Thyren (1912), s. 94.

frigjorda människan har inte längre någon egen personlig sexuell integritet som kan kränkas.

Många av de argument som framförts angående kvinnors utsatta situation faller då också bort som irrelevanta. Den ideologiska ansatsen innebär att kvinnor alltid är jämställda varvid deras sexualitet inte behöver skyddas i sig. Snarare är det så att deras personliga frihet måste skyddas mot en överbeskyddande strafflagstiftning. Argument som handlar om att kvinnor behöver ett straffrättsligt skydd i sin egenskap av att vara kvinnor riskerar därmed att falla inom gruppen paternalistiska och därmed icke önskvärda argument.¹⁵²

Dessa slutsatser följer inte omedelbart av straffrättens värden, de är snarare en konsekvens av det sätt på vilket man uppfattar kön hos människan och det sätt på vilket man beskriver sexualiteten.

Om man istället väljer en ansats utifrån den andra modellen blir argumentationen radikalt annorlunda. En utgångspunkt i ståndpunktsfeminismens syn på människan leder till att sexualiteten blir en viktig del av den individuella integriteten.

Den sexuella integriteten blir då central för synen på kränkningen. Sannolikt kommer inte heller frågan om självbestämmande att kunna separeras från innebörden av den sexuella integriteten. Ett sådant ställningstagande får i så fall många konsekvenser för de straffrättsliga bedömningarna.

Den sexuella integriteten är då inte annorlunda därför att man redan deltagit i en frivillig sexualitet innan man blir påtvingad någon annans sexualitet. En sexuell integritet som tillhör människan blir inte mindre kränkt om man deltar i en sexuell situation före ett övergrepp.

Det att man har en sexuell erfarenhet, att man är social med människor med annan könstillhörighet, att man deltar i sexuella handlingar, o.s.v., är därmed inte av den karaktären att de kan minska den sexuella kränkningen hos könsmänniskan.

5.4.5 Offrets medansvar

De situationer som utredningen lyfte fram handlade alltså om att offret genom sitt eget agerande kunde anses medansvarigt för de begångna brotten. Den här typen av resonemang bygger på en uppfattning om att den som medvetet försätter sig i en situation, där risken för att drabbas av skada ökar, också kan ges ett visst medansvar för den skada som faktiskt inträffar. I de flesta fall talar vi då om ett risktagande i någon form, eller möjligen ett samtycke till att utsätta sig för en viss risk för skada.

¹⁵² Jfr avsnitt 2.2.1.

Inom kriminologin har det också förekommit en teoribildning vilken inneburit ett mer allmänt resonemang utifrån den generella risken för att brott ska ske. Man talar då vanligen om att någon skapar en möjlighet eller ett incitament för andra att begå brott.¹⁵³

Centralt för både den straffrättsliga ansatsen och den kriminologiska är alltså att offret på något sätt bidragit till gärningen. Något reellt samtycke föreligger inte, vilket skulle ha kunnat utesluta en straffrättsligt relevant skada. Offrets agerande kan dock ändå anses påverka bedömningen av skadan på ett sådant sätt att graden av straffvärde blir lägre.¹⁵⁴

Den här typen av bedömningar kan också få konsekvenser på den personliga sidan av brottsbegreppet, eftersom de omständigheter som kan innebära att offret ges ett slags medansvar, även kan innebära att graden av klandervärdhet sänks hos gärningsmannen. Vanligen anför man då argumentet att offrets agerande påverkat gärningsmannen på ett sådant sätt att det reducerar graden av det klander som kan riktas mot denne.

Inledningsvis kunde det därför vara intressant att undersöka tanken om att det agerande som utredningen lägger offret till last kan ses som ett sådant straffrättsligt relevant risktagande som kan grunda ett medansvar. Utredningens argument handlade ju om att offret frivilligt gått in i en viss social samvaro där hon i vissa fall även på något sätt varit intim med gärningsmannen.

Klassiska exempel där någon tar en risk den själv får ta ett ansvar för handlar vanligen om att någon medvetet väljer att delta i riskfyllda aktiviteter. Det kan då handla om att delta i en expedition, hoppa bungy-jump eller spela rysk roulett.

Centralt för dessa situationer är dock att någon del av händelseförloppet ligger utanför parternas kontroll. Vid en våldtäkt har däremot gärningsmannen en straffrättsligt relevant kontroll över gärningen. Oavsett hur offret agerar kan denne både påbörja eller avsluta ett övergrepp efter eget gottfinnande.

Det kan ändå vara intressant att pröva frågan om ett risktagande i detta sammanhang. Låt oss därför säga att man uppfattar att offret utsätter sig för något slags risk i de situationer som utredningen hänvisar till, alltså genom att gå in i en situation som är potentiellt sexuell.

Mot bakgrund av att man kan samtycka till sexuella handlingar, kan man också säga att en sådan tanke om ett risktagande angränsar till en annan tänkbar straffrättslig konstruktion, nämligen att man ger någon form av partiellt samtycke vilket kan ha relevans för bedömningen av straffvärdet.

¹⁵³ Se vidare avsnitt 5.4.6.

¹⁵⁴ Jfr Burman (2006), s. 372–375.

Man kan i och för sig samtycka till ett socialt umgänge där det kan ligga en möjlighet till någon form av sexuell handling, men hur man i så fall bör se på en sådan omständighet i förhållande till ett senare övergrepp beror av hur man uppfattar själva brottet våldtäkt.

Som jag har varit inne på tidigare kan skyddsobjektet och gärningsdefinitionen i sig bidra till att man uppfattar att övergreppet endast består av en kränkning av handlingsfriheten. Om man därför anser att den sexuella handling som till slut sker är jämförbar med en situation som inte innefattar tvång, kan man säga att offret i dessa fall genom att delta i ett visst socialt sammanhang har tagit ställning till möjligheten av att vara med på någon form av sexuell handling, även om denna inte tillkommer på det sätt som offret föreställt sig. Ett sådant resonemang kräver dock att man uppfattar att människan har ett förhållande till sexualitet där denna inte är beroende av den egna individuella integriteten.

Om man däremot argumenterar utifrån en människa som har en egen sexualitet, kan offrets föregående samtycke till en förmodad sexuell handling endast bedömas utifrån vad denna själv tagit ställning till, inte vad som rent allmänt kan utläsas av de sociala omständigheterna.

Om man dessutom väljer att betona våldtäkten som ett våldsamt övergrepp och inte ett sexualbrott, kan man ifrågasätta om själva inträdandet i en potentiellt sexuell situation överhuvudtaget är relevant för bedömningen av det senare övergreppet. Vilka ideologiska ställningstaganden man gör i förhållande till sexualiteten i gärningen har därför stor betydelse för vilka straffrättsliga slutsatser som är möjliga att komma till. Resonemanget kräver i realiteten att man tar lätt på sexuella kränkningen eftersom utrymmet för att överhuvudtaget tala om ett medansvar annars skulle vara betydligt mindre.¹⁵⁵

Vissa miljöer skulle mycket väl kunna vara riskfyllda på ett sådant sätt att risken för att utsättas för brott kan vara större där än i andra sammanhang. Ett exempel är sådana sammanhang där kriminella eller våldsbenägna personer uppehåller sig. Man bör dock av principiella skäl ifrågasätta varför man överhuvudtaget skulle ge vissa kriminella eller våldsbenägna människor ett slags frikort genom att reducera straffvärdet av de gärningar de begår med hänvisning till att sådana människor är att anse som farliga i sig?

Den situation som utredningen utgick ifrån handlade inte heller om situationer som i sig kan uppfattas som särskilt extrema, själva poängen var ju snarare att betona det alldagliga i dessa fall.

Man kan därför ifrågasätta om den typ av risktagande man i så fall måste utgå ifrån är applicerbart på en person som går in i en social situa-

¹⁵⁵ Jfr Hahto (2005), s. 253–254.

tion vilken inte i sig handlar om någon form av brottslig verksamhet. För att resonemanget överhuvudtaget ska vara hållbart måste man utgå ifrån att kvinnors umgänge med män är en riskfylld verksamhet i sig, vilket innebär att kvinnors och mäns relationer måste ges en viss innebörd.

Argumentationen skulle i så fall förutsätta att den manliga sexualiteten i sig är så okontrollerad att man redan genom att frivilligt befinna sig i närheten av en man kan anses ha utsatt sig för så påtagliga risker att rättsordningen bör ta hänsyn till dessa.

En sådan riskbedömning kan dock endast ske mot bakgrund av en viss beskrivning av verkligheten. Det är i realiteten denna beskrivning som gör att dessa situationer kan anses riskfyllda på ett sådant sätt att offret måste ta ett ansvar. Men det ansvar man då talar om handlar snarare om att offret kan sägas ha påverkat gärningsmannens förmåga till rationella beslut på ett sådant sätt att det klander som kan riktas mot denne blir lägre.¹⁵⁶

5.4.6 Victim precipitation

Ovan har jag försökt visa att det kan vara svårt att finna någon självklar straffrättslig grund för att konstruera ett medansvar i de fall Sexualbrottsutredningen behandlar. Om man däremot ser till utredningens argumentation, utredningens bilagor samt annan litteratur från samma tid, kan det finnas en annan förklaring till de bedömningar utredningen gör i denna fråga.

Av utredningen framgår att man uppfattade dessa situationer som en ny typ av övergepp, eller åtminstone övergrepp som inte var jämförbara med de s.k. överfallsvåldtäkterna. Genom förändringar av folks sociala mönster hade det helt enkelt uppstått en ny typ av kriminalitet.

Det sätt på vilket utredningen fokuserade på själva situationen och parternas agerande gentemot varandra kan därför också ha samband med ett sätt att analysera kriminalitet som var mycket aktuell inom kriminologin vid den här tiden. Man var inriktad på att särskilt studera offret och offrets del i det uppkomna brottet.

Det centrala hos denna inriktning inom kriminologin var alltså att forskningen gavs ett annat fokus än tidigare. Istället för att laborera med motsättningen mellan gärningsman och offer, valde man att istället se brottet som en interaktionsprocess baserad på parternas relationer

¹⁵⁶ Se vidare 5.4.7.

i en viss social situation. Här fanns därför en grundtanke om ett slags gemensamt ansvar för den uppkomna kriminaliteten. Denna teoretiska utgångspunkt preciserades i förhållande till olika typer av offerbeteenden, men för de aktuella våldtäktsfallen ansågs termen "victim precipitation" den mest relevanta.¹⁵⁷

Denna kriminologiska teori är intressant i sammanhanget framförallt därför att den handlar om att analysera och beskriva empirin. Mycket tyder också på att det sätt på vilket utredningen beskriver de aktuella situationerna bygger på den analysmodell som teorin om "victim precipitation" utgör. När denna modell applicerades på våldtäktsbrottet bedömdes de aktuella situationerna utifrån samma typ av omständigheter som utredningen anförde.¹⁵⁸

Tanken om ett gemensamt ansvar för de brott som begås följde en tradition inom kriminologin vilken studerade skillnader mellan brottslingar och laglydiga. På samma sätt menade man att det var möjligt att fokusera på skillnaden mellan de som blir offer och de som inte blir det.

Ett skäl till att vissa människor kom att bli brottsoffer ansågs därför vara att de själva bidrog till att öka risken för att utsättas för brott. Brottet kunde alltså undgått om inte offret genom sitt agerande uppträtt "carelessly, foolishly, or provocatively". Grundläggande för teorin om "victim precipitation" var därför denna typ av normativa uttalanden kring offrets ansvar i den uppkomna situationen. Karmen skriver att "(t)he words responsibility, culpability, guilt and blame crop up routinely in studies based on the dynamic, situational, interaction process model."¹⁵⁹

Bakgrunden till detta sätt att tänka var en studie av mord vilken utfördes i Philadelphia på 1950-talet. I de studerade mordfallen var parterna bekanta såtillvida att de umgicks i samma sociala miljö, och det våld som utövades skedde också vanligen i samband med ett sådant socialt umgänge.¹⁶⁰

Det som kännetecknade dessa fall var att offret vanligen hade startat själva våldsutövningen. Centralt för kategoriseringen var alltså att offret var den som först tog till våld och därmed inledde en serie våldsamma gärningar vilka ledde fram till offrets död. Sett i relation till det sociala sammanhang vari dessa mord utfördes var det därför ofta rena slumpen

¹⁵⁷ Kamen talar om "Victim Facilitation, Precipitation and Provocation". Karmen (1984), s. 77 f. De aktuella våldtäktsfallen definierades som en form av "victim precipitation". Karmen (1984), s. 105 f.

¹⁵⁸ Karmen (1984) s. 82.

¹⁵⁹ Karmen (1984) s. 73.

¹⁶⁰ Observera dock att det sociala umgänget i den ursprungliga studien inte var tillräckligt för att klassificera ett mord som "victim-precipitated". Clark/Lewis (1977), s. 153.

som avgjorde vem av parterna som råkade bli offer för det aktuella brottet.¹⁶¹

När denna analysmodell överfördes på våldtäktsbrotten betonade man att det var av central betydelse att brotten begicks inom ramen för ett umgänge mellan parterna. Offret ansågs dessutom genom sitt agerande på något sätt ha initierat brottet. Typsituationen för dessa fall var därför när en kvinna initierade sexuella handlingar, verbalt eller genom gester, för att sedan dra sig tillbaka.¹⁶²

Offrets agerande bedömdes i dessa fall utifrån både de gärningar och de underlåtenheter hon kunde påstås ha utfört. Att ta en drink med gärningsmannen, att lifta, att uttrycka sig oanständigt, var handlingar som kunde ses som att ha initierat övergreppet. Till underlåtenheterna kunde räknas att inte i tillräcklig grad avvisa sexuella närmanden.¹⁶³

Det är uppenbart att denna argumentation kräver viss bakgrundskunskap om situationen och parterna, vilken därför även måste inkludera föreställningar om kön och sexualitet.

Ett problem med denna teori är därför att den har en tendens att vara cirkulär, bedömningen av om en person utsätter sig för risken att bli våldtagen bygger på samma omständigheter som definierar själva situationen.¹⁶⁴

I den ursprungliga mordstudien var parterna på något sätt jämförbara i den aktuella situationen. Det var ofta rena tillfälligheter som avgjorde vem som kom att dra sitt vapen först, och det var därför också i de flesta fall rena tillfälligheterna som avgjorde vem som blev offer och vem som blev gärningsman.

Tanken om att det skulle finnas ett slags jämförbarhet är dock problematisk vad gäller våldtäktsbrotten. Redan det att den ena parten är disponerad på grund av sin könstillhörighet att bli utsatt för den här typen av brott gör att denna jämlighet inte är reell. Det är alltså inte en tillfällighet vem av parterna som blir våldtagen, och det är inte heller så att det råder

¹⁶¹ Karmen, s. 78–80.

¹⁶² Det här sättet att tänka var inte helt ovanligt vid denna tid. Situationen tolkades i praktiken utifrån gärningsmannens förmodade förväntningar, varför offrets motstånd sågs som plötsligt och irrationellt. Detta skapade en förvirring hos gärningsmannen som gjorde att denne begick brott. Övergreppet var i grunden att uppfatta som ett tragiskt missförstånd. Jfr LU 1962:42s. 43, där det hänvisas till en engelsk studie som går ut på att våldtäktsproblemet bottenar i kvinnors okunskap om mäns drifter.

¹⁶³ I praktiken kan därmed alla typer av beteenden vara relevanta för denna bedömning. Även ett klart fall av passivitet, kan alltså av gärningsmannen tolkas som att kvinnan inte motsätter sig gärningen, varför man kan dra slutsatsen att offret initierat gärningen. Clark/Lewis (1977), s. 152; Jfr Karmen (1984), s. 107.

¹⁶⁴ Clark/Lewis (1977), s. 153.

några jämlika förutsättningar för parterna vare sig i en faktisk eller en rättslig mening.¹⁶⁵

Denna kriminologiska teori har även kritiserats för att den utgår ifrån en kategorisering av människor som bygger på föreställningar om deras sociala tillhörighet. I våldtäktsstudien angavs att de kvinnor som drabbades var sådana som skiljde sig ut genom "reckless and rash acts", eller "tempted fate by attracting would-be offenders, showing poor judgment."¹⁶⁶

Vid bedömningar av våldtäktsbrott kan argument som bygger på att man kategoriserar människor bli självuppfyllande. Eftersom kvinnor är de som drabbas av våldtäkt måste de per definition också ha ett ansvar.

Teorin om victim precipitation riskerar också att leda till spekulativa resonemang kring vad människor faktiskt önskar. Om man menar att det på sätt och vis är likgiltigt vem som kan vara offer eller gärningsman vid ett mord, så implicerar detta att de deltagande också är likgiltiga inför sin egen död, eller att deras motiv är att bli dödade. Man kommer då lätt att hamna i rena spekulationer kring vad dessa offer hade för motiv när de anföll gärningsmannen.¹⁶⁷

I våldtäktsfallen innebär detta att man också riskerar att hamna i spekulativa diskussioner kring vad offrets verkliga motiv kan ha varit för hennes interaktion med gärningsmannen. Med utgångspunkt i teorins förutsättningar kan man alltså inlåta sig i spekulationer kring vad offret egentligen var beredd att samtycka till.¹⁶⁸ Det innebär att teorin om offrets ansvar också kan lägga grunden för ett resonemang om att kvinnor uppsöker män därför att de önskar att utsätta sig för risken för ett sexuellt våld.¹⁶⁹

En grundläggande förutsättning för tanken om ett slags gemensamt ansvar i dessa fall gick ut på att de angrepp som parterna utsatte varandra för var likvärdiga. I den ursprungliga studien av mord introducerade den ena parten våld vilket ledde till dennes egen död. Om man ska överföra denna teori till våldtäktsbrottet krävs att man kan anse att det offret utsätter gärningsmannen för är detsamma som gärningsmannen utsätter offret

¹⁶⁵ Clark/Lewis (1977), s. 153–154; Jfr Schwendinger/Schwendinger (1983), s. 68: "By maximizing an illusion of equality, these theories mask the degree to which the rapist's chauvinism is still the essential cause, regardless of the "propriety" of the victim's behavior."

¹⁶⁶ Karmen (1984), s. 107; Jfr Wennberg (1990), s. 775.

¹⁶⁷ Karmen (1984), s. 80.

¹⁶⁸ Brownmiller (1975), s. 312, skriver att "Because rape is an act that men do in the name of their masculinity, it is in their interest to believe that women also want rape done, in the name of femininity."

¹⁶⁹ Jfr Träskman (1995), s. 305: "Är inte situationen t.o.m. i campusfallet sådan att "offret" accepterar att bli offer som en del av spelets regler. Är det kanske så att den som accepterar rollen som "litte syster" ger sig in i en lek som svarar mot rysk rulett?"

för. En förutsättning blir då att den situation man talar om definieras i sexuella termer. I så fall kan offret sägas introducera sexualiteten på ett sätt som kan förklara gärningsmannens sexuella agerande.¹⁷⁰

Det sätt på vilket teorin om "victim precipitation" hanterar dessa fall innebär att man kan få den uppfattningen att det finns en möjlighet för offret att själv styra över situationen. Om offret agerat så som man kunde förväntat sig hade brottet inte kommit till. Det är just därför dessa övergrepp skiljer sig från andra våldtäktsövergrepp.

Den utlösande faktorn måste alltså finnas hos den enskilda kvinnan. De kvinnor som blev offer var därför sådana som hade personliga brister, framförallt en oförmåga att kommunicera på ett relevant sätt. Det sätt på vilket kvinnan kommunicerade ledde till att gärningsmannen missförstod situationen. Som Schwendinger påpekar så är det inte möjligt att göra en sådan analys utan färdiga föreställningar om parterna och den situation de befinner sig i. Man kan inte komma fram till att offret är en kausal faktor utan att samtidigt anse att det kan vara ett rationellt handlande av en gärningsman att ignorera offrets krav på självbestämmande, om han anser att hon har frestat honom.¹⁷¹

Om man däremot väljer att betona det våld som straffrättsligt sett utgör skillnaden mellan det kriminaliserade området och det icke-kriminaliserade, blir det svårt att konstruera den ömsesidighet som fanns i den ursprungliga studien: offret angrep med våld varvid gärningsmannen försvarede sig. Karmen skriver att "in homicides, violence begets violence. In rapes, misinterpreted signals beget violence. The two classes of stimuli are not equivalent, in terms of socially approved responses."¹⁷²

För att teorin om "victim precipitation" överhuvudtaget ska vara möjlig att överföra på våldtäkt måste man alltså kunna säga att offret ger gärningsmannen sexuella motiv, varvid gärningsmannen utsätter offret för en sexualhandling. Här uppstår dock nya problem, eftersom offrets agerande blir objektiverat. Med dessa premisser kommer bedömningar av de enskilda offren i praktiken att göras utifrån en objektiverad version av deras kvinnlighet.¹⁷³

Den berättelse om övergreppet som kunde utläsas ur utredningens argumentation, byggde på tolkningar av sociala omständigheter vilka innefattade värderingar. Utredningens beskrivning av den aktuella situationen lider därför av samma svagheter som denna kriminologiska teori. Även denna innebär att man uttalar normativa påståenden om brottet

¹⁷⁰ Karmen (1984), s. 111.

¹⁷¹ Schwendinger/Schwendinger (1983), s. 65–71.

¹⁷² Karmen (1984), s. 111.

¹⁷³ Se avsnitt 5.4.7.

utifrån vissa sociala värderingar.¹⁷⁴ Teorin om "victim precipitation" applicerad på våldtäkt skulle helt enkelt bli obegriplig om den inte hänvisade till vissa traditionella föreställningar kring kön och sexualitet. Det handlar därför inte enbart om ett försök att vetenskapliggöra kriminalitet, det handlar också om ett försök att moralisera. Som Karmen skriver så är på sätt och vis teorins logik att alla till slut får vad de förtjänat.¹⁷⁵

Enligt teorin om "victim precipitation" gavs alltså offret ett ansvar för själva skapandet av ny kriminalitet. Det kan därför se ut som att denna kriminologiska diskussion egentligen handlar om en annan typ av skada än den som är straffrättsligt relevant i sammanhanget. Man talar här om att fördela bördan av brottslighetens samlade kostnader mellan gärningsmannen, offret och samhället. Skada hänför sig alltså i grunden till något som påförs samhället genom kriminaliteten. Detta innebär i realiteten en återgång till samma typ av moralism som sedlighetstanken representerade. Kvinnorna har genom sitt agerande skadat samhället, inte genom att förorsaka mer sexualitet, men genom att förorsaka mer kriminalitet.¹⁷⁶

5.4.7 Klander

Bedömningar av straffvärde sker också på den personliga sidan av brottsbegreppet. Vanligen talar vi då istället om den enskildes klandervärdhet. I det här sammanhanget handlar det om att brottet kan rubriceras som mindre allvarligt därför att gärningsmannen kan ursäktas i någon grad. Den fråga man då måste ställa är om offrets agerande kan ha påverkat gärningsmannen till att begå brottet.

Att någon begår brott överhuvudtaget kan vara en konsekvens av mängder av olika omständigheter. Det kan handla om hämnd, frustration, gängtillhörighet, nyfikenhet, o.s.v. Många sådana omständigheter avser därför gärningsmannens personliga förutsättningar, såsom förmåga att förstå situationen eller på annat sätt kontrollera sig själv. Bakomliggande faktorer som berör gärningsmannens person anses därför i första hand kunna påverka straffmätningen inom den grad vari man av andra skäl väljer att placera brottet.

En viktig faktor som kan påverka rubriceringen eller gradplaceringen av ett visst brott är däremot gärningsmannens motiv för gärningen.¹⁷⁷

¹⁷⁴ "(T)he study of victim precipitation is the least exact of the sociological methods, for it rests in the final analysis on a set of arbitrary standards." Brownmiller (1975), s. 353.

¹⁷⁵ Karmen (1984), s. 97.

¹⁷⁶ Anttila (1985), s. 179: "de som har makt och möjlighet, att påverka frestelserna kan inte undandra sig sitt moraliska ansvar, åtminstone inte i de fall att de medverkat till att vår dagliga tillvaro fylts av en mångfald nya tillfällen att begå brott."

¹⁷⁷ Jareborg (2001), s. 31.

Den relevans som offrets agerande kan ha för gärningsmannens motiv har inom straffrätten att göra med en psykisk kausalitet. Man kan säga att offret har överfört handlingsskäl till gärningsmannen. Offrets agerande ska alltså ha lett till att gärningsmannens psykiska tillstånd påverkats på ett sådant sätt att denne begått den straffbara gärningen.¹⁷⁸

Det finns framförallt två typer av rättsliga argument som skulle kunna vara relevanta att diskutera i dessa fall; det gäller provokation samt något som mer allmänt skulle kunna kallas för "frestelse". Provokation nämns särskilt som en faktor som kan påverka rubriceringen (BrB 29:3 p. 1). Denna rättsliga grund bygger på tanken att det kan vara legitimt att handla i vissa situationer, även om detta inte friar från ansvar.

När det däremot gäller "frestelse" kan man konstatera att denna grund är mer osäker i förhållande till rubriceringsfrågan. Tanken om att den som faller för en frestelse kan vara mindre klandervärd bygger i utgångspunkten på en bedömning som kan sägas vara av humanitär karaktär.¹⁷⁹ Utgångspunkten är att man inte kan ställa för stora krav till människor. En sådan ursäkt handlar därför i realiteten om medkänsla. De fall som skulle kunna vara relevanta att rubricera som mindre grova gäller situationer där man uppfattar att gärningsmannens agerande kan ha en viss legitimitet, den som befinner sig i en viss situation kan vara delvis ursäktad om denne begår ett visst brott.

Om vi jämför med utredningens beskrivning karakteriserades denna av parternas könsmissiga beteende. Det var också uppenbart att den argumentation som utredningen förde var beroende av en viss beskrivning av sexualiteten. De handlingsskäl man vanligen talar om i dessa fall utgör därför någon form av sexuell frestelse, alltså att gärningsmannen ger efter för impulser som följer av offrets agerande. Ingen är så att säga ofelbar, och det kan vara mänskligt att agera impulsivt.

Oavsett om man ger en sådan omständighet relevans i förhållande till rubriceringsfrågan, eller om man menar att den endast kan påverka straffmätningen, medför denna typ av argument samma principiella problem. Jag kommer därför att behandla de frågeställningar som kan uppstå oberoende av på vilken rättslig nivå de kan eller bör ges relevans.

Vilka ursäkter som ska anses relevanta inom straffrätten handlar ytterst om vilka värden som ska gälla på rättsområdet. Oavsett om man väljer att acceptera eller att inte acceptera den här typen av argument, så innebär detta ett ställningstagande till etiska normer.

¹⁷⁸ Om handlingsskäl se Jareborg (1975), s. 57–60, samt (2001), s. 158–162.

¹⁷⁹ Se Wennberg (1990), s. 776–777, jfr s. 822. Att handlande i affekt anses vara mindre klandervärt bottnar i medkänsla för gärningsmannen.

Om man menar att själva argumentet att kvinnor kan fresta män till att begå brott bör kunna ges rättslig relevans, kräver detta en viss verklighetsbeskrivning samt vissa normativa ställningstaganden. Man måste så att säga dels anse att detta är en korrekt beskrivning av verkligheten, d.v.s. att det finns sociala normer som kan leda till en sådan slutsats. Dels att det är socialt legitimt att agera på ett sådant stimuli, och att man därför kan ges fördelen av att bli delvis ursäktad.

Inom kvinnoforskningen finns en tendens till att se dessa fall som en form av provokation. Detta kan ha ett samband med att man vanligen anser att våldtäkt är ett våldsbrott och inte ett sexualbrott.¹⁸⁰ Med utgångspunkt i en radikalfeministisk analys av våldtäkt kan man bli provocerad att använda våld men knappast frestad att använda våld.

Den situation utredningen beskriver skulle kunna analyseras som en form av provokation. Kvinnan är inte eller uppför sig inte så som gärningsmannen förväntat sig, varvid han reagerar med våld som en bestraffning för kvinnans avvikelse från hans förväntningar.

Möjligen kan man säga att det handlar om en upplevelse hos gärningsmannen av att ha blivit provocerad. Däremot är det svårt att tänka sig att detta skulle kunna vara en situation av provokation i rättslig mening. Provokation handlar om att bli allvarligt kränkt och reagera med ett slags hämnd, medan vi här i realiteten har att göra med en form av besvikelse. Även om man accepterar gärningsmannens version av situationen fullt ut så har det inte förekommit någon sådan kränkning som kan karakteriseras som en provokation.¹⁸¹

Detta sätt att analysera motivet för gärningen är dock intressant i sig därför att det relaterar till könsrelationen, men utan att vara direkt kopplat till den sexuella aspekten hos gärningen. Gärningsmannens motiv är då inte heller personlig sexuell tillfredsställelse, utan förefaller mer att handla om att uppnå hämnd för en oförrätt. Även om vi utesluter att dessa fall skulle utgöra en form av rättslig provokation så är denna tankegång intressant, därför att den visar hur avgörande beskrivningen av verkligheten är för den argumentation som förs.

Mot bakgrund av detta är det av intresse att se något på de principiella förutsättningar som krävs för att man ska kunna hävda att den manlige gärningsmannen i den situation utredningen beskriver, blivit påverkad av det kvinnliga offret till att begå en våldtäkt.

Som vi har sett handlar teorinivån inom straffrätten om den fria individen vars individuella frihet skyddas på olika sätt. Vi vet också att denna

¹⁸⁰ Se vidare kapitel 6.2.6.

¹⁸¹ Jfr BrB 29:3 p. 1, "annars grovt kränkande betende".

rätt till integritet kan göra det legitimt att reagera mot andras kränkande beteende i vissa fall.

Om motivet för gärningen är att gärningsmannen upplever att han har förespeglats sex kan man säga att han agerar i eget intresse genom att se till att ändå uppnå en sexuell handling. Ett sådant argumentet är dock inte acceptabelt i förhållande till kriminaliseringen eftersom det är just detta hävdande av egna intressen på andras bekostnad som är kriminaliserat. Det innebär att man måste beskriva verkligheten och människan på ett sådant sätt att gärningsmannens agerande blir ursäktligt trots att det är straffbart.

Beskrivningen av verkligheten inkluderar sexualiteten i dessa fall. Man kan därför ställa frågan om det är någon skillnad om man argumenterar utifrån en traditionell sedlighetsorienterad moral, eller den liberala syn på sexualiteten som utredningen argumenterade för.

En sedlighetsorienterad syn innebär vanligen att man fokuserar på kvinnan såsom mindre skyddsvärd. Redan det att hon befinner sig på det sexuella området kan verka ursäktande för gärningsmannen eftersom detta skapar en viss legitimitet för gärningen.

Ser vi till den frigjorda människa som är sexualliberalismens ideal kan man dessutom ställa krav på offret att spela enligt reglerna, varvid hennes "irrationella" beteende kan skapa en legitimitet för gärningsmannens i sammanhanget rationella handlande.¹⁸²

Utredningens ideologiska ansats implicerar att man bör se människan som fri och oberoende, även av sin könstillhörighet. Om könstillhörigheten är något människan kan disponera fritt, borde det vara ett rent undantagsfall att gärningsmannen påverkas av offret i en sådan grad att det skulle kunna vara relevant att ta hänsyn till detta vid rättsliga bedömningar. Den fria individen styrs principiellt sett alltid av sina egna rationella val, och några andra könsmissiga förutsättningar kan inte appliceras på denne.

Frågan är alltså om inte själva argumentet att någon skulle kunna bli sexuellt frestad så att han handlar impulsivt på ett sådant sätt att han kan bli delvis ursäktad, kräver att man kopplar bedömningen till någon form av förståelse av kön och sexualitet.¹⁸³

Utredningen markerade att man inte önskade att lägga några andra moralnormer till grund än de som följer av straffrätten, något som måste

¹⁸² Denna inställning till andra människor skulle lika gärna ses som exempel på bristande medkänsla. Den beskrivning av situationen som utredningen ger leder till att ett sådant argument blir irrelevant. Dels därför att offret redan disponerat sitt självbestämmande i någon grad, dels därför att den sexuella handlingen inte anses vara avgörande för graden av kränkning.

¹⁸³ Jfr Pineau (1987), s. 225–229.

förstås som att man endast ska utgå ifrån skyddet av den individuella friheten. Men det blir samtidigt uppenbart att den fria individen inte i sig anger tillräckliga förutsättningar för de bedömningar av faktiska människor i en könsmässig verklighet som krävs på tillämpningsnivån.

Den rollteori som utredningen lägger grunden för innebär i det här sammanhanget snarare att man upphöjer vissa kulturella normer för kön och sexualitet till rättslig status. "Roll" syftar alltså inte längre på möjligheten att fritt välja sin egen väg, utan på att man spelar en given "roll" i ett givet skådespel.

Det intryck man får är därför att när den fria individen på detta sätt flyttas från straffrättens teorinivå till dess tillämpningsnivå, blir denne till en person där könstillhörigheten är fullständigt avgörande för dennes sätt att agera.¹⁸⁴

Den ursäkt som är aktuell här, att män frestas av kvinnor på ett sådant sätt att detta kan vara straffrättsligt relevant, är intressant därför att den i realiteten inte följer av några rättsliga förutsättningar. Denna typ av argument är istället helt beroende av hur man beskriver människan och verkligheten i straffrätten. Det är tolkningar av verkligheten som lägger grunden för de rättsliga bedömningarna. Att det finns en straffrättslig möjlighet att mäta graden av klander är inte detsamma som att alla tänkbara omständigheter skulle kvalificera till att vara ursäktande.

I det här arbetet har jag försökt visa att det sätt på vilket man beskriver människan i högsta grad är av betydelse för det sätt på vilket man argumenterar inom straffrätten. Frågan är då om en annan principiell syn på kön hos människan skulle ha kunnat förändra utredningens argumentation på den här punkten?

Med en utgångspunkt i den andra modellen kan människan ses som en person vars identitet och självförståelse är beroende av könstillhörighet. En sådan ansats skulle därför mycket väl kunna leda till ett resonemang om att kvinnor försvagar mäns möjligheter att motstå frestelser, just därför att dessa män är könsmäniskor inom en viss könskultur. Det är alltså inte helt omöjligt att tänka sig att det sätt på vilket utredningen beskriver människan och verkligheten även skulle kunna förankras i den andra modellen, dock med den avgörande skillnaden att man i så fall skulle välja samma ideologiska förutsättningar vid bedömningen av offret.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Jfr Lacey (1998), s. 11, som skriver att "the rational and controlled male of legal subjectivity is also the rape defendant who is vulnerable to feminine wiles and who is, on occasion, incapable of distinguishing 'yes' from 'no'".

¹⁸⁵ Detta skulle sannolikt förändra förutsättningarna för att tillämpa den här typen av argument. En annan definition av kränkningen skulle drastiskt begränsa möjligheten att tillämpa dem. Se vidare avsnitt 5.7.3.

Om det är så att kvinnoforskningens argument, vilka vanligen anförs för att hävda att den här typen av argument inte kan ges relevans, ändå skulle kunna användas för att ge denna ursäkt legitimitet, så säger oss detta något viktigt. Det innebär att det inte kan vara tillräckligt att ta ställning till hur människan och verkligheten bör beskrivas i sig, man måste också ta ställning till värdefrågorna.

Om man ser till det sätt på vilket kön diskuterats inom kvinnoforskningen på senare år så har man betonat vikten av att precisera denna faktor som en analytisk kategori. För att kunna uppnå ny kunskap om vad kön är, måste man undvika att ge denna faktor ett normativt innehåll.

När man applicerar kön som en del av en straffrättslig argumentation krävs dock att man tar ställning till innebörden av denna faktor. Man måste dessutom ta ställning till vilka normativa konsekvenser denna faktor bör ges. I ett straffrättsligt sammanhang krävs att man anger premisserna för hur människor bör bedömas i den faktiska verkligheten.

Det är tänkbart att det skulle kunna finnas möjligheter att definiera människan och verkligheten utifrån de förutsättningar som finns i kvinnoforskningens andra och tredje modell, men det kräver i så fall flera viktiga ställningstaganden.

En möjlig rekonstruktion av straffrätten måste handla om att ange kriterier för den här typen av argument för att de ska kunna appliceras på ett kontrollerbart sätt. Det gör också att de behöver vara förankrade i någon form av etiskt tänkande.¹⁸⁶

Självva tanken om att offret överför handlingsskäl till gärningsmannen på ett sådant sätt att detta kan vara relevant för bedömningen av klander-värdhet är dock intressant i sig. Avslutningsvis kan det därför vara av intresse att utveckla denna frågeställning ytterligare.

Den klassiska formen av påverkan, provokation, förutsätter någon form av kontrollerat beteende. Den som provocerar kränker den andre på ett sådant sätt att denne kan räkna med att den andre reagerar. Man skulle då också kunna anta att den som frestar gör detta på ett sätt som hon har kontroll över. Om man ser till det sätt på vilket utredningen talar om offrets ansvar får man också ett intryck av att det skulle vara möjligt för denna att kontrollera de faktorer som anses leda till brottet. Frågan är dock om det inte istället är utredningens beskrivning av händelsen som leder till denna slutsats.

Den här typen av brott följer alltid av gärningsmannens eget beslut, det är denne som har kontroll över hela händelseförloppet. Dessutom handlar i realiteten de bedömningar som görs inte enbart om den enskil-

¹⁸⁶ Se vidare avsnitt 5.5–5.6.

da kvinnans faktiska agerande, de avgörande förutsättningarna för bedömningen av offrets agerande ligger i beskrivningen av Kvinnan.

Frågan blir då om det överhuvudtaget skulle vara möjligt för den faktiska kvinnan att styra det sätt på vilket hennes agerande kommer att tolkas av motparten. Hur man väljer att argumentera i denna fråga är i hög grad beroende av hur man ser på kön hos människan.

Enligt den första modellen är kön ett slags roll som den enskilde spelar och denna roll kan då spelas mer eller mindre bra. Med det sätt som utredningen argumenterar kan man därför klandras därför att man spelat fel roll eller spelat sin roll på fel sätt.

Av den andra modellen följer att kön är en del av människans integritet. Kön är alltså en sida av det att existera som människa. Den konstillhörighet man då besitter är där vare sig man vill det eller inte. I ett socialt sammanhang kommer denna dessutom att bedömas utifrån normer som inte kan styras av offret. I de fall utredningen talar om förstärks detta dilemma av att det inte finns någon förhandling mellan parterna om vilka normer som ska gälla.

I praktiken anger det sätt på vilket utredningen argumenterar i denna fråga att man kan placera litet av varje hos offret, eftersom den beskrivning av händelsen man utgår ifrån i realiteten är objektiverad. Offret som representant för Kvinnan kommer alltid att kunna tolkas utifrån den roll hon förväntas spela i den givna föreställningen.¹⁸⁷ Ibland talar man exempelvis om att offret utmanar, vilket är en aktiv term som i detta sammanhang kan appliceras även på ett passivt beteende.¹⁸⁸ Vad offrets handlingar består i är därför alltid beroende av det sätt på vilket de tolkas. Man kan alltså anses aktivt fresta gärningsmannen trots att man själv inte har det minsta sexuella intresse för honom.¹⁸⁹ Det är därför i realiteten inte offrets faktiska agerande, utan gärningsmannens tolkning av offret som representant för Kvinnan, som leder till brottet.¹⁹⁰

Om man kopplar argumentet om sexuell frestelse till en ideologisk ansats om sexualitetens frigörande, finns det inte längre några gränser för vad som skulle kunna vara frestande.¹⁹¹ Det blir därför överhuvudtaget mycket svårt för offret att veta var gränserna går i förhållande till

¹⁸⁷ Jfr Moi (1998), s. 49.

¹⁸⁸ Det kan se ut som att passiv tolkas mot bakgrund av ett dualistisk system där den kvinnliga sidan kännetecknas av begrepp såsom passiv, profan, kropp, o.s.v. Se Ekenvall (1966).

¹⁸⁹ Clark/Lewis (1977), s. 153.

¹⁹⁰ Clark/Lewis (1977), s. 154.

¹⁹¹ I en kriminologisk framställning anförs att kvinnor som hänger sina kläder till tork utomhus kan uppfattas som frestande. Se Duffy/Hirschberg (1965).

gärningsmannen, det är ju ändå i slutänden denne som avgör när offret frestat honom tillräckligt.

För att ändå göra någon form av begränsning av vad som skulle kunna vara en relevant påverkan på gärningsmannen nämner utredningen särskilt de fall där det också förekommit en mer intim samvaro. Som vi har sett tidigare ser det ut som att ju mer "sexuell" en samvaro uppfattas vara, desto mer benägen är man att argumentera för att offrets beteende ska ges betydelse vid straffvärdebedömningar.

Principiellt sett är det dock ingen skillnad mellan ett argument som innebär att man endast befinner sig som kvinna i en viss situation som kan tolkas som sexuell, och ett argument som innebär att man deltar i denna. Det är alltså samma typ av argument vi talar om, det handlar om bedömningar som bygger på könstillhörighet. Det leder till att det enda man möjligen kan göra är att diskutera vilken grad av deltagande som ska ge rättsliga konsekvenser. När har offrets frestelser passerat gränsen för gärningsmannens förmåga att göra motstånd?¹⁹²

Från en straffrättslig synvinkel blir då argumentet att bedömningar på den personliga sidan ändå är just personliga och att det i slutänden ändå är den enskildes uppfattning om händelseförloppet som ska styra bedömningar av graden av skuld. Men det vi då talar om är handlingsskäl som i realiteten kan finnas hos gärningsmannen alldeles oberoende av offrets agerande; de behöver alltså inte kopplas till en bedömning av offret överhuvudtaget.

Det som återstår är därmed att man säger att gärningsmannen på rent personliga grunder måste kunna ursäktas och att detta bör kunna påverka straffmätningen. I förhållande till utredningens beskrivning av situationen uppstår då ytterligare ett problem. Det kan se ut som att den beskrivning av verkligheten som utredningen bygger på i realiteten leder till en objektivisering av båda parterna. Man applicerar en könstillhörighet som inte är den enskildes utan endast att förstå som en viss kulturell konstruktion. Utredningens sätt att beskriva dessa situationer kan alltså leda till att även bedömningen av gärningsmannen blir stereotyp.

Om bedömningen av den enskilde gärningsmannens klandervärdhet inte längre är individuell, strider detta både mot synen på människan i straffrätten och mot straffrättens systematik.

Om en individuell bedömning av klandervärdhet ska relatera till mannen som Man, måste man i så fall ange kriterierna för detta. Man måste

¹⁹² Från en kvinnopolitisk synvinkel har man ofta framfört argumentet att med den ideologiska utgångspunkt som utredningen hade borde ju slutsatsen blivit den motsatta;. Kvinnor som på något sätt uttrycker ett sexuellt intresse, uppför sig så som utredningen menar är sexualpolitiskt korrekt, varför de borde skyddas särskilt.

helt enkelt placera ett generellt personlighetdrag hos gärningsmannen som handlar om att män tenderar att styras av sina känslor. Men då måste man också besvara frågan om hur långt detta argument i så fall bör sträcka sig inom straffrätten.¹⁹³

Med utredningens sätt att argumentera riskerar man alltså att bedöma en faktisk situation efter sin egen föreställning om denna, inte efter hur denna situation framstod för parterna. En ursäkt kan alltså grundas i ett påstående om sexuell frestelse, redan därför att gärningsmannen befinner sig en viss situation. Argumentet har därför en tendens till att bli självgående, de yttre sociala omständigheter som definierar situationen ges en omedelbar normativ funktion.

Detta kan förklara varför utredningen med sådan självklarhet argumenterar för att dessa situationer i det närmaste rutinmässigt ska rubriceras som mindre allvarliga. De kan i realiteten appliceras oberoende av den enskilde gärningsmannen. Denne kommer att uppfylla kraven för att ursäktas redan mot bakgrund av sin könstillhörighet. Det är därför också möjligt att konstruera tanken om en frestelse i efterhand. Argumentet kan dessutom alltid anföras utan att det kostar den enskilde något; tanken om frestelse är så konstruerad att den enbart väcker sympati.

Avslutningsvis kan man ställa frågan varför ett argument som relaterar till sexualiteten överhuvudtaget med sådan självklarhet skulle kunna anses reducera straffvärdet vid ett övergrepp? Det är antagligen utredningens ideologiska ställningstagande till själva sexualiteten som leder till detta. Den fråga som prioriterades handlade ju om att minska samhällets kontroll av sexualiteten. Om man dessutom anser att sexualiteten är viktig att främja blir alla sexuella motiv förmildrande.

Detta representerar inte enbart en mycket ensidig bild av sexualiteten. Det utgör också ett mycket ensidigt sätt att se straffrättsliga motiv. Som vi har sett ovan är det inte givet att sexuella brott verkligen är sexuellt motiverade på så sätt att de skulle handla om sexuell tillfredsställelse. Det är utredningens beskrivning av verkligheten som leder till en sådan slutsats.

Hur utredningen egentligen tänkte är oklart. Det saknas helt enkelt en argumentation för varför man ansåg att dessa situationer skulle bedömas enligt den lägre straffskalan. Utredningens sekreterare uttalade senare att man i första hand försökt skilja mellan de fall som handlade om planerade överfall och de aktuella situationerna, vilka kunde ses om mer spontana

¹⁹³ Kvinnors förmodade känslsamhet har traditionellt inneburit att de inte har haft tillgång till högre studier eller rösträtt. Vilka begränsningar gruppen män i så fall bör ges återstår alltså att diskutera.

övergrepp som begås i en pressad eller svårhanterlig situation.¹⁹⁴ Varför en situation där gärningsmannen har offret nära och under kontroll skulle vara mer pressad och svårhanterlig för gärningsmannen förklaras inte. Den bristande kontroll man hänvisar till handlar därför sannolikt återigen om att denne blivit frestad.

Om man antar att gränsdragningen såsom påstods handlade om skillnaden mellan det planerade och det oplanerade, så verkar denna dessutom inkonsekvent. Det som föregår gärningen kan mycket väl ha inneburit att gärningsmannen planerat att ha sex, och därmed är det tänkbart att detta också skulle ske oavsett motpartens intresse. Med utredningens sätt att resonera behöver ett överfall inte vara mer eller mindre planerat än att invitera någon hem med vissa avsikter. Frågan om var gränsen i så fall ska gå mellan vad som är att uppfatta som planerat eller inte planerat blir med den tolkningsbakgrund som utredningen själv ger mycket oklar.

5.4.8 Avskaffa könsfördomarna

Mot bakgrund av den kritik som riktades mot utredningens förslag till-sattes en ny utredning, Sexualbrottskommittén. Redan under kommitténs första år togs initiativ till reformer av lagstiftningen i enlighet med mindre kontroversiella förslag i den tidigare utredningen.¹⁹⁵

I Sexualbrottskommitténs slutgiltiga förslag förändrades definitionen av våldtäkt i viss mån. Straffbudet gjordes könsneutralt, vilket föranledde en viss utvidgning av den sexuella gärningen.¹⁹⁶ Definitionen av tvångsgärningen justerades såtillvida att straffbudet kom att omfatta även gärningar där ett framfört hot för offret framstod som trängande fara.¹⁹⁷

När det gällde den omdiskuterade delen av det tidigare förslaget föreslog Sexualbrottskommittén en förändring i linje med den kritik som framförts. Straffbudet i BrB 6:1 föreslogs därför bli indelat i två grader, dels ett s.k. normalbrott (BrB 6:1 st.1), dels ett grovt brott (BrB 6:1 st. 2). Förslaget innebar inte enbart ett avskaffande av själva termen "våldförande" utan även möjligheten att rubricera ett våldtäktsbrott såsom mindre allvarligt.¹⁹⁸

Kommittén underströk också att de fall som Sexualbrottsutredningen

¹⁹⁴ Engström (1977), s. 41–42.

¹⁹⁵ Jfr Ds Ju 1977:7 och SOU 1982:61, s. 77, s. 151.

¹⁹⁶ Från "samlag" till "samlag och därmed jämförligt sexuellt umgänge", se SOU 1982:61, s. 71, jfr s. 148.

¹⁹⁷ Från "innebar" till "framstod" som trängande fara, vilket innebar att stadgandet anpassades till BrB 8:5. SOU 1982:61, s. 145; Jfr Prop. 2004/05:145, s. 43–45, se vidare avsnitt 6.3.2.

¹⁹⁸ SOU 1982:61, s. 67–68, s. 75.

hade diskuterat särskilt, faktiskt var kriminaliserade. Offrets eventuella medansvar kunde alltså inte leda till att gärningen blev tillåten. Sexualbrottsutredningens argumentation hade ju svävat på målet i denna del, eftersom man gav uttryck för att man menade att dessa fall inte enbart var mindre straffvärda. De kvalificerade egentligen inte till att vara straffbara. För kommittén var det därför viktigt att understryka att gränsen för det straffbara området alltid går vid själva betvingandet, oavsett vad som föregått övergreppet. I detta sammanhang sågs dessutom Sexualbrottsutredningens argumentation kring offrens medansvar som en ytterligare kränkning av de kvinnliga offren, eftersom den uppfattades som ett ifrågasättande av deras rätt till självbestämmande.

Kommittén hade alltså tagit till sig den kritik som handlade om att den här typen av argument kunde leda till att kvinnors rättsliga skydd minskade. Ett genomgående drag i kommitténs argumentation var därför att man framhöll det ideologiska ställningstagande som det skyddade värdet representerar, alltså att alla har lika rätt till skydd av sitt individuella självbestämmande.¹⁹⁹

Kommittén betonade också att kvinnors och mäns villkor i samhället var mycket olika, och mycket tyder också på att man utgick från en klassisk jämlikhetstanke. Tyvärr är kommitténs argumentation sparsam när det gäller vissa grundläggande ideologiska frågeställningar som rör kön. Mot bakgrund av den debatt som förts kunde man kanske förväntat sig ett tydligare ställningstagande. Av särskilt intresse i sammanhanget är dock att man så tydligt betonade sexualitetens historiska och politiska beroende.²⁰⁰

Det är därför tänkbart att man var kritisk mot denna typ av argument därför att man uppfattade att de var uttryck för könsfördomar som skapats genom historien. En syn på sexualiteten, där kvinnan frestar mannen på ett sådant sätt att hon måste ta ansvar för hans handlingar mot henne, står i stark konflikt både med synen på den fria individen och med ett frigörande av människors sexualitet från olika former av moralism.

Om det därför var så att kommittén ideologiskt sett argumenterade utifrån ett slags likhetsideologi, kan detta tyda på att man i realiteten uppfattade frågor gällande kön och kunskap enligt den första modellen, vilket i så fall skulle kunna förklara varför kommitténs sätt att närma sig de omdiskuterade argumenten blir så komplext.

Kommitténs sätt att lösa frågan om hur straffvärdebedömningarna skulle utformas innebar alltså att den lägre graden av våldtäkt avskaffades. Vidare uttalade man att "kvinnans beteende före brottet och hennes

¹⁹⁹ SOU 1982:61, s. 62, 67.

²⁰⁰ S. 57.

förhållande till mannen skall sakna rättslig betydelse".²⁰¹ Hur kommitténs uttalande ska förstås är inte alldeles klart, särskilt som det redan i förhållande till det förslag som presenterades, var ett alltför generellt påstående.

Även om man alltså valde att avvisa tanken om att sådana omständigheter skulle kunna påverka rubriceringen, öppnade man ändå för att den här typen av bedömningar skulle kunna vara relevanta i samband med straffmätning.²⁰² Man valde dessutom att jämka straffskalan i syfte att motverka en förväntad höjning av straffnivån för de mindre allvarliga fallen.²⁰³ Vidare är det uppenbart att kommittén menade att faktorer som avsåg offrets agerande mycket väl kunde åberopas vid uppsåtsbedömningar.²⁰⁴

Kommitténs förslag innebar alltså inte någon principiell uppgörelse med det sätt på vilket utredningen hade argumenterat. Man genomförde exempelvis inga analyser av de förutsättningar utredningen hade byggt sina argument på. Inte heller angav man några tydliga alternativa bedömningsgrunder som kunde ha givit domstolarna en viss ledning vid bedömningar av sådana situationer.

Trots det är det uppenbart att kommitténs förslag syftade till omvärdera den rättsliga hanteringen av själva könsrelationen, såtillvida att man inte önskade att rättsordningen skulle återspegla en syn på människor och deras sociala liv, som var kontraproduktiv i en allmän strävan efter jämställdhet. Ett sätt att tolka kommitténs resonemang är därför att man önskade att förändra verklighetsbeskrivningen i dessa fall.

Av principiellt intresse blir då att kommitténs förslag innebar att man i praktiken tog avstånd från en viss typ av argument, i en viss typ av situationer, vid en viss typ av rättsliga bedömningar. Själva idén, att det skulle vara möjligt att påverka beskrivningen av människan och verkligheten i rättsordningen genom att välja bort några specifika argument, väcker dock principiella frågor både om synen på människan och verkligheten och om förhållandet till straffrättens systematik.

I debatten, men också i förarbetena, uppfattades kommitténs uttalande som ett kategoriskt påstående om att dessa argument aldrig skulle kunna ges betydelse.²⁰⁵ Frågan är dock om det var detta kommittén verkligen menade. Det är fullt möjligt att den argumentation som fördes egentligen handlade om könsrelationens innebörd som ett mer övergripande problem för rättsordningens sätt att beskriva verkligheten.

²⁰¹ SOU 1982:61, s. 74, jfr också s. 61, 63, 67.

²⁰² S. 69.

²⁰³ S. 75.

²⁰⁴ S. 69, jfr också bevisvärdering, s. 149–150.

²⁰⁵ Prop. 1983/84:105, s. 21 och JuU 1983/84:25, s. 17.

Även om detta inte uttalas direkt i förslaget så hade den allmänna debatten varit starkt påverkad av en radikalfeministisk syn på våld mot kvinnor. Om man menar att det våld som män riktar mot kvinnor i grunden handlar om ett förtryck, blir det omöjligt att acceptera den typ av argument som Sexualbrottsutredningen anförde. Om kommittén valt att argumentera för att offrets beteende skulle kunna ges betydelse i vissa situationer, skulle detta i praktiken uppfattats som att man vidareförde maktrelationen mellan könen i rättsordningen.²⁰⁶

En tänkbar tolkning av de uttalanden som kommittén gjorde är därför att de ska uppfattas som mer principiella ställningstaganden. Om man önskar att förändra verklighetsbeskrivningen i straffrätten kan det vara viktigt att understryka den betydelse våldet har för kvinnors livsvillkor. Man kan alltså förstå kommitténs resonemang som ett uttalande på det principiella planet; kvinnor måste ha rätt att umgås med män och delta i samhällslivet i allmänhet utan att riskera att utsättas för övergrepp.

De argument som kritiserades var sådana att de angav normativa premisser för kvinnors sociala beteende, premisser vilka i realiteten kunde innebära problematiska inskränkningar av den faktiska handlingsfriheten. Den handlingsfrihet som gärningsdefinitionen vilar på applicerades därmed i ett större sammanhang, som en del av en kvinnlig frigörelse. Mot denna bakgrund kan kommitténs uttalande ses som ett angivande av de ideologiska förutsättningarna för att bedöma straffvärde, men inte hur dessa ska tolkas på tillämpningsplanet.

Själva idén om att det skulle vara möjligt att komma tillrätta med de principella problem, som denna typ av argument leder till, enbart genom att avskaffa möjligheten att bedöma sådana omständigheter, är dock inte genomförbar på det sätt som kommittén möjligen tänkte sig. En sådan strategi kommer snart i konflikt med de krav på systematik som rättsområdet kräver.

Det är för det första systematiskt sett omöjligt att ta bort själva möjligheten att bedöma straffvärde, både generellt och specifikt för vissa brott. Ett annat argument är att de omständigheter som kan prövas inom vissa delar av straffrätten principellt sett måste kunna prövas i andra motsvarande sammanhang. Man kan därför ifrågasätta möjligheten att, säga att man kan ta hänsyn till de inblandades relationer och deras eventuella sociala umgänge vid vissa typer av brott, men inte vid andra. Redan

²⁰⁶ Den feministiska kopplingen till makt ger här också en syn på straffvärde som i jämförelse med en liberal ideologi snarare diskvalificerar de straffvärdesänkande argumenten. I praktiken kommer därför endast de straffvärdehöjande argumenten att kunna ges en klar funktion.

frestelseargumentet har andra tillämpningar inom straffrätten, exempelvis vid förmögenhetsbrott.²⁰⁷

De argument som kommittén vände sig emot var dock sådana som var omedelbart beroende av olika föreställningar om kön och vilka dessutom återspeglade könsrelationen på ett fördomsfullt sätt.

Frågan om hur kommittén hanterade kön hos människan är därför intressant i sig. Att kommittén inte tänkte sig att kön skulle vara fullständigt irrelevant för rättsordningen framgår av det sätt på vilket man talade om både offret och gärningsmannen.

Kommittén var inne på tanken om att övergreppet, och till viss del även hanteringen av detta i rättsordningen, medförde särskilda kränkningar för kvinnor. Argumentationen rörde alltså frågan om kvinnors livsvillkor, eller det att vara kvinna i en viss könskultur. Men det är svårt att säga att man på något mer principiellt sätt kopplade denna diskussion till de straffrättsliga frågeställningarna eller till de rättsliga lösningar man själv valde.

Däremot är kommittén tydligare när den berör den personliga sidan av brottsbegreppet. Kommittén ifrågasatte exempelvis inte möjligheten att låta offrets beteende påverka bedömningen av det individuella ansvaret. En uppsåtsbedömning kunde alltså även föranleda en utredning av vad som föregått övergreppet.²⁰⁸

I så fall skulle man kunna tolka kommittén så att det handlade om att ta bort vissa typer av könsargument, men nödvändigtvis inte alla sådana argument. Ett grundläggande problem med kommitténs sätt att resonera är dock att det inte finns någon beskrivning av verkligheten som är könsneutral. Det gäller särskilt om man ska bedöma en situation där könsfaktorn är så påtaglig som i dessa fall, både vad gäller parterna och det förmodat sexuella i deras samvaro.

Det gör att det kan vara svårt att omedelbart säga att vissa könsargument ska vara tillämpliga, men inte andra. Det kräver i så fall att man kan hänvisa till andra mer grundläggande ställningstaganden, helst förankrade i någon form av etiska premisser.

En tänkbar infallsvinkel är att man menade att det var de argument som innebar eller skapade en maktrelation som skulle avskaffas. Ett sådant ställningstagande skulle mycket väl kunna grundas i dåtidens litteratur; det var maktrelationen som var problemet, inte könsfaktorn i sig.²⁰⁹

²⁰⁷ JuU 1983/84:25, s. 16.

²⁰⁸ SOU 1982:61, s. 69; Jfr avsnitt 4.2 om de problem som kan uppstå om man försöker applicera ett kvinnoperspektiv på uppsåtsfrågan.

²⁰⁹ "Our issue is not the gender difference but *the difference gender makes*, the social meaning imposed upon our bodies", MacKinnon (1987), s. 23.

Ett sätt att förklara Kommitténs sätt att argumentera i denna fråga är därför att se det som en konsekvens av en viss syn på kön och kunskap. Det är alltså tänkbart att Kommitténs argumentation bottnade i att man ansåg att de argument som kritiserades utgjorde exempel på en snedvriden kunskap om verkligheten inom rättsordningen.

Som vi såg i kapitel 3 är det möjligt att argumentera för att den första modellen, i grunden handlar om att betona vetenskapens ideal, för att därigenom skapa en bättre och mer sann kunskap om människan och verkligheten.²¹⁰ Ett sätt att uppnå en mer rättvisande beskrivning av verkligheten i straffrätten skulle då vara att minska betydelsen av vissa könsargument. De aktuella argumenten uppfattades ju som direkt felaktiga.

Kommittén framförde också en alternativ tolkning av de aktuella omständigheterna. Man menade att dessa lika gärna kunde tolkas som ett sviket förtroende. Ett förtroende som ger offret skäl att gå in i en situation hon uppfattar som oproblematis, men som i realiteten innebär att hennes utsatthet ökar, vilket sedan också utnyttjas. Detta innebär att samma omständighet från att vara självklart straffvärdeminskande snarare kommer att skärpa synen på övergreppet, eftersom denna tolkning inte fokuserar på offrets tillgänglighet utan på dess utsatthet.

En sådan infallsvinkel innebär också ett slags avsexualisering av övergreppet, bort från en sexuellt baserad tolkning och mot en förståelse av dessa övergrepp såsom våldsbrott. Men detta var ett resonemang som kommittén inte slutförde. Några förändrade principer för dessa bedömningar preciserades alltså inte.

Det är tänkbart att kommitténs defensiva ansats i grunden handlade om det sätt på vilket man uppfattade människan. Det är fullt tänkbart att man hade samma grundläggande syn på kön hos människan som den utredning man kritiserade. Man befann sig då i praktiken på samma ideologiska grund som Sexualbrottsutredningen.

Med en sådan utgångspunkt kan det vara svårt att förankra några mer kvinnoorienterade premisser för dessa bedömningar. Om det är den fria individen man argumenterar utifrån, så blir inte heller ett brutet förtroende någon självklar del i en uppgörelse mellan två fria och oberoende sexkonsumenter.

Både Sexualbrottsutredningens och Sexualbrottskommitténs förhållningssätt till kön är därför problematiska. Båda utredningarna söker lösningar vilka innebär att kön inte ska ges betydelse i rättsordningen.

För Sexualbrottsutredningens del handlade det om en strävan att på sikt helt ta bort sexualiteten ur strafflagstiftningen. Men detta ställningstagande innebar samtidigt inte att dessa övergrepp definierades som något

²¹⁰ Se 3.3.3.

annat än just sexuella, varför man endast gick i cirkel. Samma argument kom då att istället appliceras på ett okontrollerat sätt, genom att man valde att beskriva verkligheten utifrån föreställningar kring sexualitet, istället för en precisering av den sexuella kränkningen hos människan.

För Sexualbrottskommitténs del handlade det om att ta ut vissa typer av könsargument ur rättsordningen därför att dessa gav en falsk bild av verkligheten. Men om man på allvar menade att kvinnors villkor skulle vara en del av preciseringen av kränkningen var detta att uppfatta som en mindre lyckad strategi.

En intressant aspekt av motsättningen mellan förslagen är att skyddsobjektet är detsamma. Båda talar om ett sexuellt självbestämmande, båda talar om den fria individen såsom bärare av ett skyddat intresse på den principiella nivån.

Den fria individen på straffrättens teorinivå appliceras sedan som en del av beskrivningen av människan i verkligheten. Det är tänkbart att båda texterna bygger på en syn på människan där denna i grunden är fri, men tvingad in i en förtryckande kultur i form av en viss sexualmoral och andra socialt och kulturellt påtvingade roller.

För Sexualbrottskommittén representerar denna syn på människan ett ideal som ännu inte uppnåtts. Redan argumentationen i den utredning man kritiserade kan ses om ett exempel på att gamla könsroller dör långsamt. Däremot är det klart att dessa roller står i strid med kvinnors frigörelse, varför möjligheten att bedöma de aktuella omständigheterna måste tas bort. Men detta ställningstagande löser inte problemet med hur könsfaktorn bör hanteras i rättsordningen. Om man lägger till den radikalfeministiska synen på våldet, återstår i realiteten endast Kvinnan som det passiva offret, en ansats som inte heller bidrar till att ge några acceptabla förutsättningar för de rättsliga bedömningarna.

Sexualbrottsutredningen utgår däremot ifrån att kvinnor redan har denna faktiska frihet, och att de därför redan disponerar sina rättigheter på ett sådant sätt att de också kan ges ett medansvar. Man applicerar teorins fria individ i den faktiska verkligheten och skapar därmed ett intryck av att tillvaron kan bedömas efter ett slags idealtillstånd, där alla fritt kan välja förutsättningarna för sina liv. Men då talar man inte längre vare sig om de faktiska händelserna eller om den faktiska verkligheten, utan enbart om sin egen dröm om en problemfri tillvaro.²¹¹

²¹¹ Jfr Widerberg (1981), som kritiserar en politik som innebär att målen blir till medlen; Jfr Hirdman (1987), s. 190, som skriver att det officiella sättet att handskas med kön är att se detta som en "eftersläpande verklighet". Ett sätt att se kön som "vilar på en outtalad strukturfunktionalistisk teori, som förlägger könsrelationen till en förgången tid, där den uppstod som en naturnödvändighet och sedan trögt levat kvar."

En ansats i den första modellen riskerar alltså att leda till att man väljer bort möjligheten att tala om könsfaktorns betydelse för det sätt på vilket verkligheten beskrivs. Därmed blir det i det närmaste omöjligt att diskutera och analysera vilka argument som kan vara relevanta att ta hänsyn till vid straffrättsliga bedömningar. Framförallt blir det komplicerat att argumentera för varför man behöver utveckla frågan om innebörden av den sexuella kränkningen, en fråga som är av central betydelse för frågan om hur man bör hantera dessa övergrepp.

Av kommitténs kvinnopolitiska ansats kvarstod därför till slut en allmän jämställdhetspolitisk målsättning baserad på en traditionell ideologi om likhet. Det var en ideologisk utgångspunkt som åtminstone på det principiella planet inte skiljde sig från den som den kritiserade utredningen utgick ifrån.

Vid den politiska behandlingen av förslaget förändrades sedan förslagets innehåll ytterligare. Även departementschefen var principiellt emot att omständigheter såsom offrets agerande skulle tillåtas påverka rubriceringen, och föreslog därför att termen våldförande skulle avskaffas. Mot bakgrund av att det handlade om en ”synnerligen grov kränkning av den personliga integriteten”, måste övergreppet betecknas som våldtäkt oavsett parternas relation.²¹²

Istället för att enbart göra en jämkning av straffsatsen föreslog departementschefen att våldtäktsbestämmelsen skulle innefatta ett mindre allvarligt brott. Vid bedömningar av om ett övergrepp kunde ses som mindre allvarligt skulle man i första hand fästa avsikt vid arten och graden av våldet, samt arten och graden av den sexuella kränkningen. Men man skulle också göra en helhetsbedömning varvid man inte kunde bortse från de omständigheter som föregått ett övergrepp eller sådana som har att göra med parternas personliga relationer.

Hur en sådan helhetsbedömning skulle göras var enligt departementschefen en öppen fråga, men han markerade ändå att: ”(ö)verhuvudtaget bör den omständigheten att ett övergrepp föregåtts av samvaro mellan kontrahenterna inte leda till en mildare bedömning.”²¹³

Justitieutskottet ansåg dock att det senare ställningstagandet var ”något onyanserat”.²¹⁴ I den reform som till slut genomfördes var de omständigheter som Sexualbrottsutredningen föreslagit som kriterier vid rubricering återigen tillbaka som del av den helhetsbedömning som skulle göras både vid gradplacering och vid straffmätning.

²¹² Prop. 1983/84:105, s. 21.

²¹³ Prop. 1983/84:105, s. 24.

²¹⁴ JuU 1983/84: 25, s. 17.

De argument som Sexualbrottsutredningen (1976:9) önskade införa i lagtexten i våldtäktsbestämmelsen preciserades i den nya lagtexten som "omständigheterna i övrigt". Någon garanti för att dessa skulle ges en mer inskränkt tillämpning i Sexualbrottskommitténs anda fanns därmed inte.²¹⁵ Den reform Sexualbrottskommittén uppnådde kunde därför ha genomförts redan mot bakgrund av en straffrättslig kritik; det fanns egentligen inte några skäl att ange de kritiserade argumenten i själva lagtexten.

5.4.9 En sexuell kränkning?

Sexualbrottsutredningens lösningar var alltså motiverade av en förändrad syn på möjligheten att styra människors beteende genom strafflagstiftning. Men också vad man uppfattade som en förändrad syn på sexualiteten. Här fanns en allmän sexualpolitisk målsättning om att frigöra människors sexualitet. Denna ideologiska syn på sexualiteten samverkade med de straffrättsliga förutsättningarna såtillvida att man drog slutsatsen att om sexualiteten i sig inte kunde vara kränkande, fanns det inte heller någon straffrättsligt relevant skada, varför det inte heller fanns något behov av en särskild kriminalisering av våldtäkt.²¹⁶

I förslaget antyds därför att en naturlig utveckling av lagstiftningen skulle vara att ta bort "sexualiteten" ur straffrätten. Det här är en intressant tankegång vilken det därför finns anledning att kommentera ytterligare. Särskilt mot bakgrund av att det är tänkbart att det är synen på kränkningen som utgör ett av de mer grundläggande problemen vid kriminaliseringen av dessa övergrepp. Frågan blir därmed om ett sådant argument kan vara hållbart: vilka problem är möjliga att lösa genom att avskaffa den särskilda kriminaliseringen av våldtäkt?

Det är intressant i sammanhanget att göra en jämförelse med en annan situation av tvång som åtminstone när det gäller den könsmissiga relationen skulle kunna vara likna en sexuell handling, nämligen påtvingad pardans. Exemplet är intressant även mot bakgrund av att Sexualbrottsutredningen betonade att det fanns ett slags "spelets regler" som i förlängningen avgjorde graden av kränkning.

Pardans är också en social aktivitet som i de flesta fall utförs av en kvinna och en man. De yttre omständigheterna är också mycket lika i dessa fall, varför man kan hävda att det inte finns några omedelbara skäl till varför man skulle göra någon väsentlig skillnad mellan dessa två situatio-

²¹⁵ Jfr Meyerson (1984), s. 43.

²¹⁶ Man hade kunnat döma för tvångsgärningen enligt BrB 4:4, samt eventuellt även för misshandel, BrB 3:5–6.

ner. Att det ena implicerar vissa sexualhandlingar behöver alltså inte i sig leda till att denna situation bör bedömas på något annat sätt. Frågan blir alltså om bedömningen av kränkningen bör vara annorlunda, om man tvingas till att dansa tango, eller om man tvingas till en sexualhandling.

En viktig aspekt hos sexualiteten är att den är socialt konstruerad. Den är en del av ett visst samhälle där det förekommer maktrelationer och även våld. En sida av sexualiteten handlar därför om att det förekommer våld, man kan säga att möjligheten till våld också är en del av sexualiteten. När detta våld utövas kommer det också att uttrycka en maktordning, vi vet helt enkelt från början vem som kommer att drabbas av det.

Sällskapsdansen är däremot inte ett område där möjligheten till våld kulturellt sett är implicerad, vilket gör att dessa exempel redan från början skiljer sig från varandra.

I dansen uppstår dessutom möjligheten att spela en roll vilken fullständigt kan skiljas från människan. Kvinnan och mannen skulle mycket väl kunna dansa varandras danssteg utan att detta skulle påverka dem i någon större grad. I motsättning till detta kan man uppfatta att sexualiteten bygger på en könstillhörighet som inte är disponibel på det sätt en social teori baserad på könsroller kan ge intryck av. Att tvingas att dansa de föreskrivna dansstegen innebär inte heller den form av social eller kulturell degradering som det sexuella våldet implicerar.

Det finns inget socialt system som värderar tangodansarnas insatser. Däremot kan man dra slutsatsen att kön är meningsskapande både i relation till våldet och till sexualiteten i våldtäktsgärningen.

Den som blir utsatt för ett sexuellt våld blir det i sin egenskap av att vara kvinna eller man. Offrets upplevelse av integritetskränkning kommer därför att anknyta till dennes könsidentitet. När det man tvingas till dessutom är könsmässigt har detta också betydelse för innebörden och graden av den individuella kränkningen. Redan det att man är människa med ett visst kön i ett visst samhälle kommer därför att vara relevant för innebörden av kränkningen.

Tanken om att hålla sexualiteten utanför lagstiftningen och att endast kriminalisera tvånget blir alltså på många sätt fullständigt meningslös, eftersom den kontext vari dessa övergrepp förekommer fortfarande kommer att uppfattas som sexuell. De rättsliga tolkningar som ska göras, från bevisvärdering till uppsätsbedömningar, kommer alla att på något sätt bli beroende av att situationen betraktas som "sexuell".

Det är därför svårt att förstå hur man skulle kunna kriminalisera, tolka och tillämpa regler utan att det sexuella inslaget på något sätt kommer att påverka de rättsliga lösningarna.

Sexualbrottsutredningens ställningstagande var även motiverat av en önskan om att inte göra straffrätten sexualmoralisk. All straffrätt förutsät-

ter dock etiska ställningstaganden, det kan därför aldrig finnas någon moralfri strafflag. En målsättning som handlar om att härma moralen från strafflagstiftningen är därför misslyckad från början.

Sexualbrottsutredningen valde märkligt nog att betona de argument som kanske allra tydligast uttrycker värderingar rörande sexualitet. I sitt försök att undvika att ge sexualmoralen ett utrymme skapade man sin egen moralism. De normativa påståenden om kön och sexualitet som utredningens argumentation förutsätter handlar om beteendeförväntningar enligt en viss konvention, och mer sexualmoral än så kan det inte bli.

Sexualmoral handlar om normer för sexualitet i ett visst samhälle. Men det gör överhuvudtaget alla frågor som på något sätt handlar om att beskriva sexualiteten. Varför vissa gärningar uppfattas som sexuella, vad som är ett sexuellt beteende, o.s.v., förutsätter att man anger normer för sexualitet. Principiellt sett är det ingen skillnad mellan att uttala sig om sexualmoral eller att uttala sig om vad som är "sexuellt".

Sexualbrottsutredningens förslag är intressant därför att det är ett så tydligt exempel på att redan beskrivningen av verkligheten innehåller moralnormer.

Det sätt på vilket utredningen hanterade frågan om straffvärde är av flera skäl mycket tvivelaktigt. Här saknas de mest triviala analyser av övergreppet. Man tolkade och värderade övergreppet utan att pröva frågan om innebörden av kränkningen. De antaganden som gjordes i denna fråga bygger endast på ideologiska ställningstaganden, vilka gick ut på att man av politiska skäl inte kunde tala om en eventuell sexuell kränkning.

Utredningens ståndpunkt leder sedan till spekulativa antaganden om människan och verkligheten, vilka inte har någon annan förankring i rättsordningen än att de vidareför en mycket traditionell syn på sexualiteten. I detta sammanhang kan man också ställa frågan om det inte egentligen var så att det man spekulerade utifrån var ett slags pornografisk version av händelsen, inte ett kriminaliserat övergrepp.²¹⁷

I denna del är också utredningens val av bakgrundsmaterial intressant. Den beskrivning av verkligheten man utgår ifrån bygger i hög grad på kriminologisk litteratur från samma tid. De antaganden om verkligheten som gjordes i dessa studier var inte heller grundade på analyser av offrens situation, eller andra närmare studier av parternas beteende, i de aktuella situationerna. Studierna bidrog alltså inte till att öka kunskapen om övergreppen på något för straffrätten relevant sätt.

Den springande punkten i diskussionen om hur verkligheten bör beskrivas, handlar om vilka värderingar som ska gälla inom straffrätten.

²¹⁷ Smart (1995), s. 83.

Varken Sexualbrottsutredningen, eller de kriminologiska studier man baserade sin argumentation på, problematiserade frågan om vilka moral-normer man bör välja för en straffrättslig reglering.

Men även om dessa studier hade behandlat den typ av frågeställningar som blir aktuella i ett straffrättsligt sammanhang, hade det inte varit tillräckligt att hänvisa till möjligheten att mäta empirin genom andra vetenskaper. Man är alltid tvungen att ta ställning till på vilket sätt den kunskap man erhåller ska tillåtas påverka straffrätten.

I den kritik som anfördes mot Sexualbrottsutredningens förslag var argumentens kulturella implikationer centrala. Men den analytiska ansatsen, vilken i realiteten handlade om ett slags kulturkritik, skapade inga alternativa förutsättningar för de straffrättsliga bedömningarna. Om man som kommittén väljer att avvisa vissa problematiska argument, utan att ta ställning till frågan om vilken betydelse könsfaktorn bör ges i straffrätten, uppnår man inte heller några godtagbara alternativ.

Det hjälper inte att kritisera beskrivningen av sexualiteten i utredningen för att vara gammaldags. Det innebär endast att man riskerar att fastna i en diskussion om hur verkligheten verkligen är beskaffad. En sådan fråga har sannolikt inget svar, varför man istället bör ägna sig åt frågan om hur verkligheten bör beskrivas i rättsordningen.

Som vi har sett finns det en påtaglig ambivalens hos både utredningen och kommittén i denna fråga. Det är därför viktigt att understryka att frågan om vilken betydelse könsfaktorn bör ges inom straffrätten kräver många olika typer av ställningstaganden. Framförallt är det viktigt att de val man gör är förankrade i någon form av etiska principer.

I det följande två avsnitten, 5.5 och 5.6, kommer jag därför att gå in på några av de principella problem som uppstår om man menar att könsfaktorn bör vara en del av förutsättningarna för straffrättens teori- eller tillämpningsnivå. I det avslutande avsnittet 5.7 kommer jag att sammanfatta några av de slutsatser som är möjliga utifrån de analyser som genomförts i detta kapitel.

5.5 Kön som utgångspunkt för reformer

5.5.1 Bakgrund

Sexualbrottsutredningen betonade allas rätt till skydd av sin sexuella självbestämmanderätt. I förslaget var ideologin om den fria individen det verktyg genom vilket strafflagstiftningen skulle reformeras. Men i utredningens förslag blev denna teoretiska konstruktion helt okritiskt placerad på straffrättens tillämpningsnivå. Man kan säga att det konstruerade etiska idealet blev till en social teori om hur faktiska människor bör behand-

las. Man talade om människan utan att ta hänsyn till att den fria och oberoende idealindivid man då lagstiftade utifrån knappast motsvarade kvinnors sociala eller rättsliga position.²¹⁸

Det flesta våldsbrott mot kvinnor sker dock i ett könsmässigt sammanhang. När det gäller sexuella övergrepp kan man säga att kvinnor angrips därför att de är kvinnor, men också i deras egenskap av att vara kvinnor. Vanligen uppfattar man därför att risken att bli utsatt för ett könsmässigt våld utgör en sida av kvinnors livsvillkor.

Efter den starka reaktion som följde Sexualbrottsutredningens förslag, genomförde Sexualbrottskommittén en ny utredning av sexualbrotten. Som jag har försökt visa ledde inte förslaget till någon större revidering av lagstiftningen på området.²¹⁹ Mycket tyder på att kommittén hade förstått det grundläggande problem kvinnors utsatthet för våld innebär. Men det är möjligt att man inte hade satt sig in vad den ideologiska förändring som skett i könsfrågan innebär. Övergången från den första modellen till den andra modellen förändrade förutsättningarna för diskussionen på flera sätt, framförallt för hur man talar om kön hos människan. Det är därför tänkbart att kommittén i sin argumentation utgick ifrån samma grundläggande syn på kön hos människan som Sexualbrottsutredningen.

Den kvinnopolitiska kritik som riktades mot Sexualbrottsutredningens förslag handlade framförallt om hur den straffrättsliga tillämpningen återspeglade könsfördomar. Kommittén eftersträvade därför att renodla den straffrättsliga argumentationen genom att frigöra den från könsargument som upplevdes som förtryckande. Däremot utvecklade man aldrig någon alternativ argumentation baserad på de förutsättningar som följde av den andra modellen. När man fokuserade på den straffrättsliga argumentationen som en form av snedvriden kunskap, eller möjligen ren fördomsfullhet, kom man inte heller ur den kulturkritiska ansatsen.²²⁰ Det gjorde att man aldrig prövade frågan om vad det är i straffrätten som leder till att denna typ av argument framstår som relevanta.

Resultatet av reformen blev därmed att de kritiserade argumenten tonades ned, även om de fortfarande var möjliga att tillämpa. Kommittén hade därmed satt fokus på betydelsen av beskrivningen av verkligheten i straffrätten, men man hade inte bidragit till att förändra denna på något avgörande sätt.

När man ser till de förändringar av lagtexten som kommitténs förslag

²¹⁸ Jfr MacKinnon (1987a), s. 137: "Its point of view is the standard of point-of-viewlessness, its particularity the meaning of universality. Its force is exercised as consent, its authority as participation, its supremacy as the paradigm of order, its control as the definition of legitimacy."

²¹⁹ Jfr avsnitt 5.4.8.

²²⁰ Jfr avsnitt 5.4.8 och 5.7.

ledde fram till, förefaller den mest genomgripande förändringen vara att våldtäktsbestämmelsen blev könsneutral. Därigenom kom även män att skyddas av våldtäktsbestämmelsen, samtidigt som homosexuella övergrepp gavs en likvärdig behandling.

De skäl som anfördes för reformen var allas lika rätt till skydd av sin person. Reformen följde därmed den individualisering som skett inom straffrätten. Med utgångspunkt i den etiska princip som den fria individen utgör fanns det inte några skäl att behandla övergrepp mot män annorlunda än övergrepp mot kvinnor.

Reformen byggde alltså på en syn på människan, som överförd till en social nivå, kunde kritiseras därför att den representerade en syn på kön som inte längre ansågs vara en funktionell utgångspunkt för att lösa kvinnors problem. Man uppfattade alltså inte längre att lösningen på könsfrågan var att göra de formella villkoren för kvinnor och män så lika som möjligt. Om man önskade att uppnå en jämställdhet utifrån kvinnors livsvillkor var det nödvändigt att även uppmärksamma könsfaktorn.²²¹

Under åren efter det att Sexualbrottsutredningen presenterat sitt förslag hade tyngdpunkten i kvinnodebatten, och kvinnoforskningens teoretiska och metodologiska ansatser, flyttats från den första och till den andra modellen. Mycket förenklat kan man säga att om man tidigare i första hand hade argumenterat mot att behandla kvinnor utifrån olika kulturella könsnormer, argumenterade man nu för att kvinnor måste ses i sin egenskap av att vara kvinnor.²²²

Man kan därför konstatera att om 1970-talet hade dominerats av en debatt i den första modellen, så var den andra modellens förutsättningar mycket tydliga i 1980-talets kvinnopolitiska debatt.

Med denna nya ansats blev kvinnoperspektivet centralt, det var viktigt att studera våldsbrotten utifrån det sätt på vilket dessa framstår för kvinnor. I litteraturen framhölls därför att kvinnor som grupp besitter kunskaper om dessa övergrepp, och om det att leva med en utsatthet för ett könsmässigt våld. Här fanns alltså både ett vetenskapligt perspektiv och en kunskapskälla, som var av central betydelse när det handlade om att skapa ny kunskap om dessa övergrepp. Det sågs därför som viktigt att ge kvinnors erfarenhet av våld genomslag i rättsordningen.²²³

Den kritik som riktades mot den klassiska synen på jämlikhet, vilken baserades på ett slags likhetsideal, handlade om många olika frågeställningar, men framförallt om hur en sådan ansats kan bidra till att dölja en

²²¹ Jfr avsnitt 4.2.

²²² Jfr avsnitt 3.2.3 och 3.4.

²²³ "Its projekt is to uncover and claim valid the experience of women, the major content of which is the devalidation of women's experience." MacKinnon (1987a), s. 137.

manlig dominans i samhället. Även om kvinnor och män ges formellt lika rättsliga villkor kan dessa ge olika resultat för kvinnor och män redan därför att deras livsvillkor är olika.²²⁴

När Sexualbrottskommittén efter en intensiv debatt om kvinnors utsatthet för våld och rättsordningens sätt att bemöta detta våld, valde att reformera våldtäktsbestämmelsen genom att göra denna könsneutral, upplevdes detta av många som provocerande. Man menade att lagstiftaren inte tagit hänsyn till att våldtäkten är signifikativ för kvinnors särskilda utsatthet. Den könsmissiga dimensionen hos dessa brott hade därför inte synliggjorts på ett adekvat sätt. Den reform av sexualbrotten som tillkom som ett slags kompromisslösning 1984, saknade stöd både inom den politiska och den vetenskapliga debatten, om det våld som riktas mot kvinnor.

Det är mot bakgrund av denna diskussion man bör se tillsättandet av Kvinnovåldskommissionen. Av direktiven framgår också att regeringen var uppmärksam på den förnyade debatt som fördes kring sexualbrotten.²²⁵ Direktiven gav därför kommissionen tydligare ideologiska anvisningar för hur man skulle närma sig denna våldsproblematik. Som vi ska senare kan direktiven tolkas som att man eftersträvade en ansats, dels i den andra modellens fokus på kvinnors liv, dels i en syn på våldet som ett uttryck för ett överordnat förtryck.

I de två avslutande avsnitten 5.5 och 5.6 kommer jag att diskutera några av de förslag Kvinnovåldskommissionen presenterade. Mot bakgrund av det sätt på vilket arbetet är strukturerat, blir de ställningstaganden till kön och kunskap som kan återfinnas i kommissionens utredning, av särskilt intresse.

De av Kvinnovåldskommissionens förslag som jag kommer att diskutera, är intressanta därför att de på olika sätt aktualiserar frågor om vilken betydelse man bör ge könsfaktorn i straffrätten. Handlar det om att placera könsfaktorn i straffbudet? Eller handlar kön i straffrätten om förutställningarna för att beskriva människan och verkligheten i straffrätten? Eller är det så att en applicering av könsfaktorn i straffrätten också kräver att man preciserar en alternativ etisk teori? Som vi har sett är den fria och oberoende individ straffrätten utgår ifrån konstruerad på ett sådant sätt, att den ger ett begränsat utrymme för att tillämpa en syn på människan där denne är beroende av sin könstillhörighet och sin kulturella tillhörighet.

Framställningen kommer alltså att i första hand behandla de principiella frågor som uppstår om man som kommissionen försöker skapa en

²²⁴ Jfr Stang-Dahl, avsnitt 4.2.

²²⁵ Direktiv 1993:88, se SOU 1995:60 bilaga 1, s. 5–7.

strafflagstiftning med utgångspunkt i att könsfaktorn bör ges betydelse för de rättsliga lösningarna.

Det första exempel som ges i detta avsnitt handlar om huruvida våldtäktsbestämmelsen bör ange kön på parterna eller om straffbudet bör vara könsneutralt. Kommissionen valde här att applicera kön som en del av gärningsdefinitionen genom att ange en manlig gärningsman och ett kvinnligt offer i straffbudet.

Det andra exemplet som ges i avsnitt 5.6, kommer att behandla några av de principiella frågor som kan ställas kring kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning i BrB 4:4a st. 2. Här valde kommissionen en annan strategi, man kan säga att denna kriminalisering handlar om att definiera ett straffbud med utgångspunkt i utsatta kvinnors livsvillkor.

Mot bakgrund av den diskussion som förts i de föregående avsnitten, och där jag särskilt framhållit behovet av att ytterligare precisera innebörden av den sexuella kränkningen, kunde det varit aktuellt att också belysa kommissionens förslag till ändring av det sexuella rekvisitet i våldtäktsstadgandet.²²⁶ Kvinnovaldskommissionens argumentation var dock mycket begränsad i denna del. Förslaget utvecklades senare av en ny tillsatt Sexualbrottskommitté, vars förslag ledde till ny lagstiftning.²²⁷ Den diskussion den senare kommittén för i denna fråga är intressant därför att den möjligen kan tolkas som ett uttryck för en förändrad syn på den sexuella kränkningen. Det finns därför skäl att återkomma till denna fråga i avsnitt 6.3.2.

5.5.2 Kvinnovaldskommissionen

Kvinnovaldskommissionens uppdrag handlade om att studera problemet med våld mot kvinnor, dess orsaker samt tänkbara åtgärder för att minska detta våldproblem.²²⁸ I direktiven anförs bland annat att "(v)åld mot kvinnor är ett allvarligt allmänmänskligt och samhälleligt problem. Hitills har emellertid det perspektiv som tar sin utgångspunkt i de utsatta kvinnornas situation varit eftersatt."²²⁹

Vidare framgår att mot bakgrund av att dessa övergrepp är könsspecifika, kan problematiken också tolkas som en fråga om ett sexualiserat våld.²³⁰

²²⁶ SOU 1995:60, s. 276.

²²⁷ Prop. 1997/98:55, s. 91; Motsvarande lösning kvarstår även efter den senaste reformen, jfr prop. 2004/5: 45, s. 45–47.

²²⁸ I uppdraget ingick därför att förbättra olika myndigheters bemötande av utsatta kvinnor. Det gällde sociala myndigheter, hälso- och sjukvården samt rättsväsendet. SOU 1995:60 bilaga 1, s. 5–6.

²²⁹ SOU 1995:60 bilaga 1, s. 6.

²³⁰ Se vidare avsnitt 6.2.5–6.2.7.

Därför angavs att en viktig förutsättning för kommissionens arbete var att dessa kränkningar skulle analyseras mot bakgrund av föreställningen om ett överordnat förtryck. Övergreppen kunde alltså kopplas till en föreställning om kvinnans roll såsom underordnad mannens. Kampen mot våldet sågs därför också som en fråga om att bekämpa en maktrelation.²³¹

Ser man till den argumentation som förs i direktiven, och senare även i kommissionens utredning, finns det en tydlig förankring i den andra modellen. Det var de utsatta kvinnornas situation som skulle belysas, och kommissionen angav också att man tillämpade ett kvinnoperspektiv vilket applicerades som ett slags "offerperspektiv".²³²

Jag har redan i ett tidigare sammanhang argumenterat för varför ett offerperspektiv innebär en för begränsad metodologisk ansats på straffrättens område, varför jag inte kommenterar denna fråga ytterligare.²³³ Det kan dock vara viktigt att poängtera att den infallsvinkel kommissionen valde kan ha bidragit till att begränsa kommissionens möjligheter att argumentera kring de straffrättsliga frågor som uppstår i betänkandet.

Kommissionens arbete var alltså primärt inriktat på att studera empirin, den huvudsakliga delen av direktiven och utredningen ägnades också åt dessa frågor. Men här fanns också ett uppdrag att reformera strafflagstiftningen. I direktiven lades särskild viktig vid behovet av att undersöka om straffrättens rekvisit var i samsvar med ett nutida sätt att förstå denna typ av kriminalitet. Ett syfte med kommissionens arbete var därför att göra en utvärdering av sexualbrotten för att se "om de olika rekvisiten i brottsbalkens bestämmelser är adekvat utformade med hänsyn tagen till de värderingar som statsmakterna i olika sammanhang givit uttryck för när det gäller synen på jämställdhet mellan kvinnor och män i allmänhet och på våld mot kvinnor i synnerhet."²³⁴

Hur man bör tolka direktiven i denna del är inte alldeles klart. Handlar det om att förnya texten, alltså att rensa bort uttryck som utifrån ett modernt språkbruk kan anses vara gammaldags? Eller handlar det om att markera en förändrad syn på dessa brott? En sådan tankegång kan i det här sammanhanget ses som en fråga om vilken ideologisk utgångspunkt de straffrättsliga regleringarna bör ges. Om avsikten är att förändra straffrättens ideologiska grund vid kriminalisering av sexualbrott, innebär det att man bör ge rekvisiten andra benämningar, eller är tanken att man också ska ge straffbudet ett annat materiellt innehåll, och i så fall vilket?

²³¹ SOU 1995:60, bilaga 1, s. 7, SOU 1995:60, s. 93 f. och s. 401.

²³² SOU 1995:60, s. 272.

²³³ Kapitel 1 och i avsnitt 4.2.

²³⁴ SOU 1995:60 bilaga 1, s. 13.

Tanken om att pröva straffrättens rekvisit mot rådande värderingar är intressant. Med de ideologiska utgångspunkter som kan identifieras i direktiven kan detta handla om att pröva straffrättens rekvisit mot en beskrivning av människan och verkligheten baserad på den andra modellens förutsättningar, eller att pröva dessa mot en radikalfeministisk syn på våldet.

Som vetenskapskritik handlar den andra modellen om att det finns andra beskrivningar av verkligheten än de som är synliga i rätten. Det finns också skäl att diskutera denna fråga i förhållande till straffrätten. Som vi redan har sett finns det en tendens till att offrets verklighet "försvinner" i den straffrättsliga systematiken.²³⁵

Med en utgångspunkt i den andra modellen kan man argumentera för att det uppstår ett slags dubbelt förtryck. Kvinnor riskerar att drabbas av våld därför att de är kvinnor, men utan att denna form för strukturell utsatthet belyses i rätten. Om kvinnors kunskaper om våldet inte ges relevans får detta betydelse för utformningen av den straffrättsliga argumentationen. Man kan då också ifrågasätta om det verkligen är möjligt att uppnå en adekvat reglering av denna typ av kriminalitet.

På sätt och vis kan man säga att även de förutsättningar kommissionen gavs var dubbla; det handlade både om att hävda de enskilda offrens behov och om att framhålla våldets politiska dimension. Det intryck man får är därför att kommissionen såg offrens problem utifrån en ståndpunkts-feministisk syn på kön och kunskap, medan själva våldet analyserades utifrån ett radikalfeministiskt ställningstagande till en maktordning.²³⁶

Den senare frågeställningen ges stor betydelse i kommissionens argumentation. När man anger sin egen position i dessa frågor, och då särskilt varför man menar det är motiverat med en reform av Brottsbalken, blir denna syn på våldsproblematiken mycket central. Man talar också om ett universellt och historiskt förtryck av kvinnor som den bakgrund mot vilken våldet bör tolkas.²³⁷

I avsnitt 5.2 visade jag hur problematisk en ansats i en föreställning om ett överordnat förtryck kan vara. En ansats som innebär att man kopplar samman frågan om kön och frågan om makt på ett omedelbart sätt, ger i detta sammanhang ingen funktionell utgångspunkt för en straffrättslig argumentation. En sådan analys av våldsproblematiken är därför inte

²³⁵ Jfr avsnitt 2.5–2.6.

²³⁶ Vilket i sig inte är fel, se t.ex. avsnitt 3.1.3 och 3.2.3. MacKinnon (1987a), s. 136: "The feminist theory of knowledge is inextricable from the feminist critique of power because the male point of view forces itself upon the world as its way of apprehending it."

²³⁷ SOU 1995:60, s. 93 f., särskilt s. 100–101.

ägnad som utgångspunkt för studier på straffrättens område, varken vid dekonstruktiva eller vid rekonstruktiva analyser av rättsordningen.

Ett grundläggande problem är att en tanke om ett överordnat förtryck inte kan ge tillräckliga, och kanske inte heller acceptabla, förutsättningar för ett straffrättsligt alternativ. Föreställningen om en könsmaktssystem är som ideologi betraktad alltför generell för att kunna läggas till grund för straffrätten som värdesystem. Det mest uppenbara problemet är dock att en sådan ideologisk ansats saknar den dynamik som krävs för att man ska kunna beskriva människan och verkligheten på ett sådant sätt att beskrivningen kan läggas till grund vid rättsliga bedömningar.²³⁸

Kommissionens ansats i ståndpunktsfeminismen är däremot intressant därför att den kan ge en tänkbar ideologisk utgångspunkt för att beskriva människan och verkligheten. Detta kräver dock att man kan ange innebörden av kön på ett normativt sätt. Man kan säga att om det är så att det fattas en beskrivning av verkligheten i straffrätten, kan man i så fall åter skapa denna på ett sådant sätt att den också kan ges rättslig relevans?

Kommissionen diskuterade dock aldrig frågan om vilka konsekvenser ett ställningstagande till den andra modellen kan innebära för utformningen av straffrätten. Man gjorde därför inte heller någon närmare analys av på vilket sätt en sådan teoretisk och ideologisk ansats kan eller bör relateras till det straffrättsliga systemet. Kommissionen uppmärksammade inte heller frågan om en sådan ansats även innebär en förändrad syn på människan, och vilka implikationer detta i så fall kan ha för straffrätten. Man diskuterade inte heller på vilken nivå inom straffrätten en förändrad beskrivning av människan eller verkligheten bör tillmätas betydelse.

I de föregående avsnitten 5.3 och 5.4, försökte jag visa att en springande punkt i den straffrättsliga argumentationen handlar om hur man ser på den individuella kränkningen. Det finns alltså ett behov av att diskutera innebörden av den individuella kränkningen vid en våldtäkt, och då särskilt vilken funktion den sexuella dimensionen hos övergreppet bör ges.

En utgångspunkt i den andra modellen öppnar därför flera möjligheter, särskilt mot bakgrund av att man kan hävda att kön hos människan därmed bör ges betydelse vid preciseringen av kränkningen. Den tanke om ett kunskapsprivilegium, som är en konsekvens av de ställningstaganden till kunskap som denna ansats bygger på, innebär dessutom att man kan hävda att om innebörden av den individuella kränkningen i straffrätten ska förändras så ska detta ske med utgångspunkt i de kvinnliga offrens erfarenheter.

²³⁸ Jfr avsnitt 5.2.

5.5.3 Kommissionens förslag om ett könsbestämt stadgande

Historiskt sett har våldtäktsbestämmelsen hänvisat till kön. Endast övergrepp mot kvinnor var kriminaliserade som våldtäkt i MB, SL och BrB.²³⁹ Fram till reformen av Brottsbalken 1984 hänvisades därför övergrepp med andra offer eller gärningspersoner i första hand till BrB 6:2, frihetskränkande otukt.

När våldtäktsbestämmelsen blev könsneutral 1984 innebar detta inte enbart att även män kom att skyddas av samma bestämmelse, utan att man också uppnådde en likvärdig behandling av homosexuella övergrepp. Detta var en viktig markering mot den sedlighetsorienterade syn som tidigare dominerat strafflagstiftningen. Det fanns inte skäl att bekämpa homosexualiteten i sig; den behövde därför inte heller ges en annan reglering i strafflagstiftningen än vad som gällde för heterosexuella övergrepp.

Reformen relaterade alltså till den diskussion som hade förts inom straffrätten och som avsåg frågan om vilka värden som bör skyddas genom straffhot. I denna del följde reformen den utveckling mot en ökad individualisering av straffrätten som pågått under 1900-talet.

Den ideologiska grunden för reformen var alla människors lika rätt till skydd av sin person. Mot bakgrund av detta fanns det alltså ingen anledning att göra skillnad mellan olika offer eller mellan hetero- och homosexuella övergrepp. Tanken om ett könsneutralt stadgande låg därför i linje med den målsättning om en mer övergreppsorienterad lagstiftning, som framhölls av Sexualbrottskommittén.

Den andra modellen kan alltså ses som en kritik av en politisk strategi som handlar om att skapa samma formella villkor för kvinnor som för män. Med en utgångspunkt i den andra modellen kan därför det könsneutrala stadgandet tolkas som ett underkännande av kvinnors behov av att få ett straffrättsligt skydd, baserat på den innebörd dessa övergrepp har för kvinnor.

I kombination med en radikalfeministisk utgångspunkt, där våldtäkten ses som själva symbolen för ett kvinnoförtryck, kommer detta att ytterligare förstärka intrycket av att strafflagstiftningen genom sådana könsneutrala lösningar bidrar till att dölja kvinnors faktiska rättsliga behov.

Med en utgångspunkt i dessa två olika ideologiska förutsättningar blev därför kommissionens slutsats att man återigen skulle definiera dessa övergrepp som mäns våld mot kvinnor. I direktiven ansågs det vara av central betydelse att lagstiftningen återspeglade det sätt på vilket dessa

²³⁹ Hagströmer menar att stadgandet i SL av konvention tolkades som en mans övergrepp mot en kvinna, trots att texten inte uteslöt en kvinnlig angripare. Hagströmer (1911), s. 365.

brott utgör ett jämställdhetsproblem. Kommissionen anförde också att det absolut dominerande antalet fall av våldtäkt handlade om ett kvinnligt offer och en manlig gärningsman.

Det är dock viktigt att understryka att kommissionen inte avsåg att helt avskaffa mäns rätt till skydd av sin sexuella integritet, förslaget handlade endast om att dela in bestämmelsen i olika stycken beroende av vem som var offer för gärningen.

Det här är ett förslag till reform av Brottsbalken som väcker många frågor. Det gäller framförallt de principiella problem som uppstår när man försöker applicera könsfaktorn inom strafflagstiftningen. Med utgångspunkt i kommissionens ideologiska förutsättningar är det särskilt två frågeställningar som skiljer sig ut. För det första kan man ställa frågan om hur den andra modellen inom kvinnoforskningen bör tolkas i detta sammanhang. För det andra väcker förslaget frågan om man överhuvudtaget bör ge könsmaktsproblemet en funktion i straffrätten.

Kommissionen hade alltså målsättningen att beskriva "verkligheten" i straffrätten genom att ange parternas könstillhörighet i straffbudet. En första frågeställning blir då vad "verkligheten" refererar till i förslaget?

En mycket central aspekt hos den andra modellen är kunskapsfrågan. Som vi har sett har denna ofta diskuterats i termer av att kvinnors erfarenheter marginaliseras, exempelvis när verkligheten beskrivs i rättsordningen. För ståndpunktsfeminismen blir därför en viktig målsättning att minska den manliga dominansen över kunskapen, framförallt genom att lyfta fram den kunskap som kan vinnas ur kvinnoperspektivet. Vanligen framhåller man då också att kvinnor har särskilda kunskaper och även ett kunskapsprivilegium, eftersom de representerar en grupp som befinner sig i en underordnad position.²⁴⁰

Frågan är dock om kommissionen kopplade frågan om makt till kunskapen om verkligheten och förutsättningarna för att beskriva denna i rätten. Det intryck man får är att man istället såg maktproblemet som just frågan om mäns förtryck av kvinnor genom våld. Det blir därför denna tolkning av verkligheten som återspeglas i förslaget till straffbestämmelse.

Man kan säga att man därigenom beskriver det könsmässiga i övergreppet så som det framstår i den politiska analysen av våldet. Detta är emellertid en helt annan frågeställning än den som handlar om att göra offrets verklighet relevant för de straffrättsliga bedömningarna. Förslaget handlar alltså inte om att reformera den kunskap om verkligheten som appliceras i rättsordningen, eller att på annat sätt försöka påverka de

²⁴⁰ Jfr avsnitt 3.4.

rättsliga konsekvenser som blir följden av den beskrivning man utgår ifrån. Förslaget handlar snarare om att det ska vara möjligt att utläsa den empiriska verkligheten ur straffbudet.

Frågan om vilken beskrivning av verkligheten som bör appliceras i rätten handlar om vilka etiska förutsättningar straffrätten ska utgå ifrån, och utifrån vilka förutsättningar straffrätten bör hantera offret. Kommissionens förslag handlar i praktiken om vilken brottsstatistik som ska framgå av reglerna i BrB.

Det är tänkbart att kommissionen blandar ihop olika frågeställningar som alla bottenar i en tolkning av kön och makt; Relationen mellan mannen och kvinnan i det aktuella fallet och våldtäkten som uttryck för kön och makt, med frågan om att män har dominerat över verklighetsbeskrivningen, särskilt genom det sätt på vilket denna vetenskapliggjorts.

Resultatet blir att den radikalfeministiska analysen av våldet, överskuggar den diskussion om beskrivningen av verkligheten i rätten, som borde varit en konsekvens av en ansats i den andra modellen.

Den valda lösningen innebär i praktiken att man särbehandlar mäns övergrepp mot kvinnor, jämfört med andra våldtäktsövergrepp. Det innebär åtminstone i formell mening att olika offer behandlas olika, däremot förefaller inte avsikten varit göra någon materiell skillnad mellan olika fall av våldtäkt. Ett förslag om att ange separata bestämmelser för övergrepp mot olika offer, kan alltså inte förändra gällande rätt.

Om man önskar att införa skilda stadganden i en strafflagstiftning, vilka innebär att man skiljer mellan olika typer av offer, kräver detta att man tar ställning till flera olika straffrättsliga frågor.

Man bör fråga sig på vilket sätt dessa övergrepp skiljer sig åt; Representerar ett våldtäktsövergrepp mot en kvinna en speciell form av kränkning, vilken inte kan definieras på samma sätt som ett övergrepp mot en man? Eller finns det särskilda aspekter hos gärningen som gör att straffvärdet borde vara högre för dessa fall, varför man bör skilja ut dessa i en egen bestämmelse?

Kommissionen diskuterar inte den här typen av frågeställningar. Man tar därför inte heller tydligt ställning i den centrala frågan, om och i så fall hur det könsmissiga våldet och den maktrelation detta uttrycker, bör ges betydelse vid preciseringen av den individuella kränkningen.

Mot bakgrund av ett sådant resonemang hade det varit möjligt att argumentera för att övergrepp mot kvinnor bör ses som mer straffvärda än övergrepp mot män. Om en viktig sida av dessa övergrepp är just detta att kvinnor drabbas av sexualbrott i sin egenskap av att vara kvinnor, är det alltså inte uteslutet att detta kan påverka gärningarnas straffvärde. Men kommissionen förde inte några sådana resonemang och det fanns inte heller något förslag i den riktningen.

Man kan därför undra om inte förslaget endast var att anse som en politisk markering. Möjligen handlade det om att motverka symboliska brott med symboliska åtgärder. Förslaget ledde i denna del inte heller fram till ny lagstiftning.²⁴¹

I kapitel 2 hänvisade jag till den debatt som förts kring straffrättens funktion, och varför det kan vara problematiskt med symbolisk lagstiftning inom straffrätten.²⁴² Även om man avvisar denna typ av principiella motargument, är kommissionens förslag inte enbart en ofarlig politisk markering av ett våldsproblem i samhället.

När man definierar ett straffbud utgår man ifrån det skyddade värdet. Det straffbud man definierar ska sedan ange de gärningar som kan innebära kränkningar av detta värde. På kriminaliseringsnivån relaterar därför argumentationen till den fria individen som etiskt ideal.

Det sätt på vilket man preciserar den individuella kränkningen har därför samband med dels den skyddade friheten, dels med det sätt på vilket man uppfattar att kränkningen drabbar människan.

Det innebär att man förenklat kan säga att problemet med att skapa en kvinnospecifik lagstiftning inom straffrätten kan angripas på två sätt. Atingen börjar man med att definiera en ny etisk teori för straffrättens teorinivå, vilken tar hänsyn till könsfaktorn. Därefter kan man definiera de straffbud som kan anses relevanta. Det andra alternativet innebär att man utgår ifrån det etiska ideal som straffrätten bygger på, varefter man försöker definiera straffbuden på ett sådant sätt att de tar hänsyn till könsfaktorn.

Det finns inga tecken på att kommissionen eftersträvar en förändrad etisk teori för straffrätten. Kommissionens förslag måste därför tolkas mot bakgrund av ideologin om den fria individen.²⁴³

När kommissionen placerar könsfaktorn i straffbudet som ett särskiljande mellan olika grupper, innebär detta att man kommer i konflikt med straffrättens etiska ideal. Man kan säga att man applicerar kön där denna faktor mest blir att likna vid ett slag sorteringsprincip.

För att åskådliggöra problemet kan man jämföra med det sätt att skapa olika straffbud för olika offer, som presenterades i avsnitt 5.3. Tanken om att dela in ett straffbud efter vem som är offret blir tvivelaktig av samma skäl som man kan kritisera en lagstiftning som särbehandlar gifta kvinnors rätt till skydd av sin individuella frihet. Det finns inget skäl att göra

²⁴¹ Jfr Prop. 1997/98: 55.

²⁴² Se avsnitt 2.1.

²⁴³ Däremot är det möjligt att man bör se förslaget mot bakgrund av kommissionens förslag om en i viss mån förändrad definition av straffbudet våldtäkt BrB 6:1. Denna koppling görs dock inte i kommissionens betänkande.

skillnad mellan människor på den nivå inom straffrätten som handlar om alla människors rätt till skydd av sin sexuella integritet.

Det sätt på vilket kommissionen hanterar frågan om hur verkligheten bör beskrivas i straffrätten leder till en motsättning mellan olika offer för våldtäkt. Kommissionens utgångspunkt i den könsmotsättning som analysen av våldet skapar, innebär att frågan om att reformera straffrätten i syfte att ivarata offrets verklighet, riskerar att urarta i en politisk motsättning mellan män och kvinnor.²⁴⁴

En ansats som ytterst bygger på en föreställning om en övergripande könsmaktsordning kan emellertid vara problematisk även av andra skäl. En sådan utgångspunkt innebär att förutsättningarna för att tolka verkligheten anges på makronivån, varefter de provas på mikronivån. Den övergripande maktordningen blir då den bakgrund mot vilken övergrepp mot enskilda människor ska bedömas.²⁴⁵ En sådan ansats ger inte några funktionella kriterier för de bedömningar som ska göras av människan och verkligheten på straffrättens tillämpningsnivå. Även om man utgår ifrån att kön ska ges betydelse inom straffrätten, finns det alltså ingenting som säger att en sådan maktanalys kan ge konstruktiva förutsättningar för att tala om människan i straffrätten.²⁴⁶

Kommissionen förhåller sig alltså till frågan om beskrivningen av verkligheten inom straffrätten på ett sätt som kan ifrågasättas av principiella skäl. Man relaterar till en omedelbar beskrivning av verkligheten i straffbudet, inte till beskrivningen av verkligheten och människan som en del av straffrättens kunskapsmässiga förutsättningar.

Vidare väljer man att fokusera på själva maktrelationen på ett sätt som blir problematiskt. Denna överordnade konstruktion förs in i rätten och kopplas direkt till gärningsdefinitionens parter.

Möjligen var det så att kommissionen blandade ihop frågan om likhet som en premiss på straffrättens teorinivå, med likhet som en utgångspunkt för att beskriva människan och verkligheten. Den första avser en konstruktion i syfte att uttrycka ett etiskt ideal, varför kön inte har någon betydelse. I alla fall inte så länge man inte anger en alternativ etisk teori som tar hänsyn till könsfaktorn.

Den senare frågeställningen kan däremot ha relevans för utformningen av straffrättens regler eftersom den berör förutsättningarna för den kunskap om verkligheten straffrätten utgår ifrån. Men en förändring av denna

²⁴⁴ Se vidare avsnitt 5.5.5.

²⁴⁵ Jfr problemen med att precisera kränkningen vid kriminaliseringen av kvinnofridskränkning, se vidare avsnitt 5.6.

²⁴⁶ Se vidare avsnitt 5.6.

beskrivning kräver också en analys av hur man i så fall bör beskriva människan och verkligheten i straffrätten. Någon sådan diskussion fördes inte av kommissionen.

5.5.5 Könsmotsättning och politisering

Mycket tyder alltså på att Kvinnovåldskommissionen utgick ifrån en ståndpunktsfeministisk syn på kunskap och kön, samt en radikalfeministisk analys av våldet. Redan detta exempel tyder på att kommissionens argumentation i hög grad kretsade kring just maktfrågan, och som vi ska se i nästa avsnitt finns det flera exempel på hur centralt detta tema var för kommissionen.

När man förankrar de rättsliga åtgärderna i en fråga om könsmakt, för att sedan ange en omedelbar maktrelation mellan könen i straffbudet, leder detta även till andra konsekvenser. Ovan pekade jag på problemet med att man skapar en motsättning mellan olika offer som även implicerar en politisk motsättning mellan kvinnor och män.

Den andra modellen bygger ju på en kunskapsmässig motsättning som mycket väl kan kopplas till en fråga om kön och makt. Den klassiska versionen av ståndpunktsfeminismen handlar om en motsättning mellan ett kvinnligt och ett manligt perspektiv, eller mellan en kvinnlig och en manlig dimension av tillvaron. Problemet handlar om att den manliga tillåts dominera den kvinnliga på ett sådant sätt att detta leder till ett kvinnoförtryck.

I kapitel 4 visade jag exempel på hur man utifrån en sådan ideologisk ansats har analyserat rättsordningen. Stang Dahl talade om problemet med en manlig norm i rättsordningen. Med författarens pragmatiska ansats handlade analysen om hur det typiskt sett manliga livet bildar normen för det mänskliga livet i rättsordningen. Stang Dahls slutsats blev därför att det liv som många kvinnor lever inte stämmer överens med de rättsliga och ekonomiska förutsättningar som anges av rättsordningen.

Svensson applicerade en liknande tanke, men på det teoretiska planet. Rättsvetenskapen som vetenskap uppfattades därmed bygga på ett slags ensidighet. Författaren förklarade detta genom att säga att den "kvinnliga" dimensionen i rätten blivit undanträngd. En viktig slutsats blev att den genusfria rätten inte leder till könsneutrala resultat, utan snarare till en form av könsblindhet.

För den kvinnorrättsliga forskningen har därför den andra modellens syn på människan och på kunskapen varit av central betydelse för de studier som utförts av rättsordningen.

Som framgick i avsnitt 3.4 finns det dock flera problem förknippade med tillämpningen av denna modell. I kapitel 4 diskuterade jag också

några av de lösningar, framförallt i form av definitioner av analytiska könsbegrepp, som presenterats i syfte att undgå vissa av de metodologiska problem som modellen leder till.

I förhållande till rättsvetenskapen aktualiseras dessa problem när det gäller frågan om det skulle vara möjligt att rekonstruera rättsordningen utifrån de förutsättningar denna modell kan ge. I nästa avsnitt kommer jag därför att ta upp några av de principiella frågeställningar som kan följa av en tillämpning av den andra modellen, särskilt med hänsyn till möjligheten att reformera straffrätten.

Det finns dock skäl att avslutningsvis säga något ytterligare om de problem som kan vara förknippade med den könsmotsättning som ligger implicit i den andra modellen. Det sätt på vilket kunskapen om verkligheten legitimeras i ståndpunktsfeminismen kan också vara problematiskt i ett rättsligt sammanhang, särskilt som detta kan kopplas till en omedelbar motsättning mellan de rättsliga parterna.

Kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap leder till slutsatsen att det finns fler beskrivningar av människan och verkligheten än den som framträder i rättsordningen. I avsnitt 5.3–5.4 har jag försökt visa att det sätt på vilket man beskriver människan och sexualiteten är avgörande för hur man preciserar den individuella kränkningen, vilken i sin tur påverkar möjligheterna att argumentera i olika straffrättsliga frågor.

Den kritik som kan följa av den andra modellen kan därför vara relevant även i förhållande till straffrätten som kunskapsområde.

När man ger kön relevans för det rättsliga tänkandet uppstår många intressanta frågeställningar, bland annat implicerar denna ansats en diskussion kring ideologin om den fria individen och den funktion denna har för straffrätten. Som vi redan har sett blir en beskrivning av människan med utgångspunkt i denna konstruerade individ alltför begränsad. Det är därför inte uteslutet att denna konstruerade idealindivid i förlängningen även kan visa sig vara otillräcklig som utgångspunkt för straffrätten som värdeteori.

Ovan har jag visat till två författare som båda argumenterat för att rättsordningen i någon mening är att betrakta som "manlig". Det finns alltså en kritik inom kvinnoforskningen av premisserna för den autonoma individen. Grundproblemet är att man uppfattar att denna inte bygger på "neutrala" förutsättningar.

Som framgick i avsnitt 3.4 argumenterar Illich för att den fria individen är att betrakta som en teoretisk och ideologisk konstruktion som lagts utanpå en verklighetsförståelse som styrs av genus. I så fall är inte det stora problemet att rättsordningen är "manlig" till sin natur. Kritiken av konstruktionen av den fria individen kan därför lika gärna ses som en kritik av en ideologi som inte kan omfatta de faktorer som krävs för att

man ska kunna beskriva och bedöma händelser i verkligheten. Mot bakgrund av detta kan man också ifrågasätta dess trovärdighet som utgångspunkt för ett rättsligt system. En sådan ansats innebär också att det inte är givet att kvinnoforskningens kritik av rätten måste innefatta en konflikt mellan den kvinnliga och den manliga dimensionen.

När man som kommissionen väljer att diskutera med utgångspunkt i den andra modellen, i kombination med en radikalfeministisk analys av våldet, leder detta till att man särskilt betonar könsmotsättningen. Den motsättning, som i den andra modellen handlar om att det finns olika sätt att tolka och beskriva tillvaron, blir därmed till en motsättning mellan kvinnor och män, återgiven i definitionen av ett våldsbrott.²⁴⁷

När man applicerar en ideologi om en könsmotsättning byggd makt och våld i straffrätten kommer denna att ges fler betydelser. Tanken om ett överordnat maktproblem kopplas till parterna och deras rättsliga konflikt. Den rättsliga motsättningen mellan det kvinnliga offret och den manliga gärningsmannen får då även en politisk dimension, där gärningsmannen och offret blir bärare av olika gruppers intressen, vilka står i en omedelbar konflikt med varandra.

När man väljer en sådan utgångspunkt för en reform av rättsordningen kommer frågan om hur lagstiftningen bör utformas i praktiken att ses som en fråga om vems version av verkligheten man bör välja. Vid ett sådant val finns knappast några andra referenser än lojaliteten med det egna könet.

Den andra modellens innebyggda kunskapsmotsättning, kombinerad med en tanke om ett kvinnligt kunskapsprivilegium, kritiserades i kapitel 3. Här finns i slutänden en risk för att man i praktiken endast byter sida, eller att man övergår från ett manligt till ett kvinnligt kunskapsprivilegium.

I ett straffrättsligt sammanhang kan därför en okritisk applicering av den andra modellen leda till många underliga konsekvenser. Om man kopplar samman kunskapsfrågan med den faktiska motsättningen mellan en konkret gärningsman och ett konkret offer, kan man exempelvis argumentera för att det är offret som självt ska peka ut vad som är kränkande och därmed straffbart.²⁴⁸

²⁴⁷ Ett exempel på detta sätt att argumentera finns i inledningen till Sutorius' postumt utgivna avhandling (2003), där författaren beskriver problemet med rättsordningens dolda könsperspektiv genom att hänvisa till "männens normer", "den manliga uppfattningen" och "det maskulina imperativet". Kunskapsmotsättningen överförs då okritiskt till en omedelbar politisk nivå som en motsättning mellan män och kvinnor. Se Sutorius (2003), s. 21–23.

²⁴⁸ Ofta missförstås det kvinnliga perspektivet som kunskapskälla på detta sätt. Jfr Träskman (1995), s. 305, som tolkar denna ansats som en fråga om att utnyttjandefallen ska

Det är därför viktigt att understryka att en ansats i kvinnoforskningen kan ge mer kunskap om dessa övergrepp. Den kan också bidra med alternativa ideologiska förutsättningar för en rekonstruktion av straffrätten. Som jag har försökt visa öppnar kvinnoforskningens diskussioner om kön hos människan för en utveckling av den rättsliga innebörden av den individuella kränkningen. En tänkbar rekonstruktion av förutsättningarna för dessa rättsliga bedömningar, är då till fördel både för det manliga och det kvinnliga offret.

En diskussion om och på vilket sätt, könsfaktorn bör ges relevans inom straffrätten, kan dessutom leda till tydligare förutsättningar för den straffrättsliga argumentationen. En ökad förutsebarhet kan i detta sammanhang mycket väl vara till fördel även för gärningsmannen.

Om man därför ser kommissionens arbete mot bakgrund av de krav en tänkbar rekonstruktion av straffrätten ställer, fanns det överhuvudtaget inte någon anledning att göra könsmaktionsordningen till ett tema i utredningen. Man kan mot denna bakgrund ifrågasätta varför man valde att politisera frågan om straffrätt och kön på detta sätt.

Det är därför viktigt att understryka att det våld som riktas mot kvinnor som grupp är att betrakta som en etisk fråga för rättsordningen. De lösningar man väljer måste därför också vara fundamenterade i någon form av etiskt tänkande. Om man därför önskar att applicera den andra modellen inom straffrätten, måste man också kunna ange tydliga premisser för vad detta innebär, både på straffrättens teorinivå och tillämpningsnivå.²⁴⁹

Ett problem med en kritik av rätten, som handlar om att denna i grunden är "manlig", kan vara att man därigenom uppfattar att det också finns ett färdigt alternativ i form av den "kvinnliga rätten". Men frågan om vad det innebär att ta hänsyn till kön i straffrätten är långt ifrån avklarad. Som vi ska se i nästa avsnitt saknades denna diskussion även i Kvinno-våldskommissionens utredning.

preciseras utifrån "offrets subjektiva uppfattning". Om man däremot utgår ifrån den könsmänniska som blir en konsekvens av den andra modellen, blir det möjligt att tolka den sexuella gärningen som ett angrepp på kroppen likvärdigt med misshandel. Se vidare avsnitt 6.2.6.

²⁴⁹ Se vidare avsnitt 6.4.

5.6 Kvinnofridskränkning

5.6.1 Bakgrund

I föregående avsnitt presenterades ett exempel på hur Kvinnovaldskommisionen applicerade könsfaktorn i straffrätten. I rättslig mening blev dock angivandet av parternas könstillhörighet i straffbudet en åtgärd av formell karaktär. Sett i relation till de ideologiska och teoretiska ansatser som låg till grund för kommissionens arbete var den valda lösningen kanske mest att uppfatta som en politisk markering.²⁵⁰

I det följande kommer jag att diskutera ytterligare ett av de förslag som kommissionen presenterade vilket möjligen kan ses som exempel på ett annat sätt att närma sig frågan om vilken funktion könsfaktorn bör ges i straffrätten.

Det handlar om kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning (BrB 4:4a st. 2) där syftet var att skapa en kriminalisering med utgångspunkt i kvinnors livsvillkor. En sådan ansats är intressant därför att den kan öppna vissa möjligheter att ge könsfaktorn en mer materiell funktion vid straffrättsliga bedömningar.²⁵¹

Införandet av ett särskilt kvinnofridsbrott har sin bakgrund i en diskussion om ett våld som kan betraktas som könsmässigt därför att det är möjligt att koppla till parternas könstillhörighet. Det handlar om ett våld som riktas mot kvinnor därför att de är kvinnor, men också i deras egen-skap av att vara kvinnor. När man karaktäriserar övergrepp som könsmäs-siga kan detta leda till flera olika typer av straffrättsliga frågeställningar.

Redan det att kvinnor utsätts för våld därför att de är kvinnor kan föranleda en diskussion som rör problemet med att gruppen kvinnor utsätts för våld. Om vissa grupper är särskilt utsatta för vissa typer av övergrepp, bör man av kriminalpolitiska skäl reagera med straffrättsliga åtgärder.

När man talar om ett könsmässigt våld innefattar detta vanligen att man också uppfattar att dessa övergrepp måste ses mot bakgrund av ett kvinnoförtryck. Att gruppen kvinnor är särskilt utsatt för vissa typer av

²⁵⁰ Kommissionen föreslog att även andra straffbud (BrB 3:5, 4:1–3, 5:3, 5:5, jfr 6:1 i avsnitt 5.5 ovan, o.s.v) på liknande sätt skulle ange både ett kvinnligt och ett manligt offer. Förslaget kan kritiserats av samma skäl som angavs i avsnitt 5.5. Den typ av formell jämställdhet som förslaget innebär var den ideologiska ansats som kommissionens arbete skulle vara en reaktion emot.

²⁵¹ Burman (2006), har analyserat rättsliga frågor kring våld i hemmet. Författarens till-lämpar en diskursanalytisk ansats, jfr avsnitt 4.5. Burman utgår i sin analys ifrån straffrät-tens ändamålsenlighet och behovet av att förändra denna med hänsyn till att kvinnor har en annan verklighetsbild: Det våld kvinnor upplever bekräftas inte av straffrätten. Bur-man (2006), s. 263–266, jfr även s. 400.

övergrepp tolkas då som symptom på en maktordning, vilken det kan finnas demokratiska skäl att motverka med de medel samhället har till buds, även straffrättsliga åtgärder.

När man väljer att se vissa brott som utslag av könsmässigt våld kan detta också uppfattas som ett led i en jämställdhetspolitik.²⁵² Av förarbetena framgår att den nya bestämmelsen ansågs motiverad mot bakgrund av ett sådant ställningstagande.²⁵³

Tanken om att vissa övergrepp kan ses som uttryck för ett könsmässigt våld har även betydelse för hur man utformar strafflagstiftningen. Ett sådant ställningstagande kräver att man tar hänsyn till könsfaktorn på ett för straffrätten relevant sätt. Man kan därför ställa frågan om hur man i så fall bör applicera könsfaktorn. I förgående exempel placerades könsproblematiken omedelbart i straffbudet vilket inte visade sig vara särskilt konstruktivt.

Som vi har sett kan de premisser som angavs i direktiven tolkas som ett uttryck för den andra modellens syn på kön och kunskap. Därför blir också det aktuella straffbudet av intresse eftersom det kan ses som ett försök att definiera ett straffbud med utgångspunkt i kvinnors särskilda behov.

Den andra modellen handlar om att det finns ett kvinnligt perspektiv på tillvaron vilket kan utgöra ett alternativ till vad man uppfattar som en manlig dominans över kunskapen. Det innebär också att man vanligen legitimerar en specifik kvinnlig kunskap om verkligheten genom att hänvisa till kvinnors gemensamma erfarenheter, som här att leva med en utsatthet för ett könsmässigt våld.²⁵⁴

Tanken om att våldet måste förstås som en aspekt av ett överordnat maktproblem framträder dessutom så tydligt i kommissionens argumentation, att man kan anta att de förslag som presenterades även kan vara påverkade av en radikalfeministisk syn på våldet.

Av de analyser som genomfördes i avsnitt 5.3–5.4 framgick att det är viktigt att vara uppmärksam på att den syn på kön hos människan som följer av en ansats i den andra modellen ger andra förutsättningar för en straffrättslig argumentation. Som vi har sett har denna ideologiska ansats betydelse för hur man uppfattar människans identitet och integritet. Frågan om hur människan upplever verkligheten blir mot denna bakgrund beroende av både människans könstillhörighet och hennes kulturella tillhörighet.

²⁵² Se vidare avsnitt 5.6.6.

²⁵³ SOU 1995:60, s. 401; Burman (2004), s. 137.

²⁵⁴ Se vidare avsnitt 5.5.4 samt 3.4 ovan.

En straffrättslig frågeställning som kan påverkas av en sådan ansats är preciseringen av innebörden av den individuella kränkningen. Den som utsätts för en misshandel drabbas av en kränkning av den individuella integriteten. I dessa fall drabbas kvinnor av våld, inte enbart därför att de är kvinnor, utan framförallt i sin egenskap av att vara kvinnor. Innebär det att man kan tala om en kränkning av en kvinnlig identitet och integritet? En sådan tankegång framskymtar hos kommissionen i det sätt på vilket man beskrev våld i hemmet.²⁵⁵

Kommissionen utgick ifrån en syn på våldet som en "process" mellan parterna. Den analytiska ansats som ligger till grund för denna tankegång handlar om hur våldet konstituerar kön i relationen mellan den enskilde mannen och den enskilda kvinnan. Med en sådan utgångspunkt kan man också argumentera för att våldet bidrar till att definiera parterna och deras relation, varför våldet kan ha betydelse för parternas sätt att uppfatta sig själva och varandra. Att kön kan ha en innebörd i sig, att denna faktor så att säga kan vara meningsskapande för den enskilda människorna, kan därför vara en viktig förutsättning när man ska precisera innebörden av en kränkning.

I det följande kommer jag därför att särskilt diskutera hur Kvinnovalds-kommissionen preciserade den individuella kränkningen vid kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning BrB 4:4a st. 2.

Övergrepp som sker i nära relationer kan av flera skäl vara komplicerade att hantera i ett rättsligt sammanhang.²⁵⁶ Det fysiska våld som aktualiseras är inte alltid att beteckna som grovt i rättslig mening, men trots detta får dessa övergrepp typiskt sett stora konsekvenser för offren.

Att det handlar om kränkningar i offrens personliga livsmiljö gör att det kan vara särskilt svårt för dem att undkomma övergrepp. Vanligen lever offret i en känslomässig relation till gärningsmannen, varför det kan finnas ett beroendeförhållande mellan parterna som försvårar offrens möjligheter att söka hjälp utifrån.

I den typiska situationen är våldsutövningen dessutom ofta oberäknelig. Det ännu outlösta hotet om våld kan därför verka nedbrytande på offrets personliga förmåga att hävda sina intressen. Det som präglar de enskilda offrens situation är därför att de befinner sig i en väldigt utsatt position.

Om en människa utsätts för övergrepp under lång tid är risken generellt sett stor för att det kan påverka henne psykiskt. Vid våld i hemmet förstärks dessutom ofta en sådan negativ påverkan av parternas köns- och

²⁵⁵ Se vidare avsnitt 5.6.2.

²⁵⁶ SOU 1995:60, s. 300–301.

siga relation.²⁵⁷ Det som kännetecknar våld i nära relationer är därför att våldet innebär en långsam psykisk nedbrytning där offrets självbild påverkas negativt. Här finns därför flera omständigheter utifrån vilka man kan argumentera för att det finns en särskild dimension hos våld i parrelationer som kan innebära en allvarlig kränkning av människan.

Misshandel av kvinnor i hemmet har uppmärksammats i den kvinnopolitiska debatten sedan 1970-talet. Som ett resultat av det politiska och det rättsliga arbetet kring denna våldsproblematik har det framkommit kritik mot det sätt på vilket utsatta kvinnor bemöts av samhället, och då särskilt av ansvariga myndigheter.

Bland dem som arbetat med dessa frågor har det även funnits en upplevelse av att våldet varit i viss mån accepterat av samhället. Antingen därför att tolkningar av mäns våld mot kvinnor utgått ifrån ett patriarkalt tänkande, där män anses ha en viss rätt att kontrollera kvinnor, även genom våld.

Som vi såg i avsnitt 5.3 kan även en utgångspunkt i en liberal teori leda till ett liknande resultat därför att man då har en tendens att uppfatta den här typen av våldsproblem som "privata" uppgörelser. Människor som lever samman kommer förr eller senare att bli osams. Deras konflikter kan därför lika gärna ses som en form av ömsesidig destruktivitet, varför det inte finns några skäl för samhället att ingripa.²⁵⁸

En ytterligare tolkning som kan ha påverkat den rättsliga hanteringen av våld i hemmet är sociologiskt orienterade analyser vilka ofta lett till en form av patologisering av parterna. Framförallt därför att man har valt att i första hand framhålla parternas sociala tillhörighet, alkoholmissbruk och liknande faktorer. Mannen och kvinnan har då vanligen betraktats som likvärdiga deltagare i en destruktiv social tillvaro, varför kränkingsproblematiken återigen tappats bort.²⁵⁹

I den feministiska debatten har det därför varit viktigt att understryka att våld i hemmet även måste ses som en del av ett kvinnoförtryck, där även bemötandet av våldet kan ses vara en del av problemet; När våld i hemmet privatiseras och bagatelliseras leder detta till att utsatta kvinnor isoleras ytterligare.

Straffrättens systematik innebär att varje gärning, som uppfyller straffbudets rekvisit och kravet på personligt ansvar, utgör ett enskilt brott. Rättssystemet behandlar därför primärt varje straffbar gärning för sig, inte som del av en större helhet.²⁶⁰ En annan kritik som riktats mot rätts-

²⁵⁷ Burman (2004), s. 143.

²⁵⁸ Jfr Burman (2006), s. 285–291.

²⁵⁹ Pchjonen (1995), s. 206–212.

²⁶⁰ SOU 1995:60, s. 302.

ordningens bemötande av denna typ av våld har därför varit att det särskilda kränkingsproblem som dessa misshandelsrelationer kan innefatta, i form av en livssituation präglad av våld och andra former av undertryckande, inte blir tillräckligt synliggjort i rättsordningen. Den rättsliga bedömningen riskerar därmed att leda till ett slags fragmentisering av den kränkning de enskilda kvinnorna upplever.

Man kan därför konstatera att den verklighet som dessa kvinnor befinner sig i, och de upplevelser de har av våldet, inte motsvarar den beskrivning av människan och verkligheten utifrån vilken rättsapparaten traditionellt sett har definierat och tolkat dessa övergrepp.²⁶¹

Kommissionen presenterade därför ett förslag till ett s.k. kvinnofridsbrott vilket efter vissa justeringar även infördes i lagstiftningen.²⁶²

Den utformning straffbudet fick i BrB 4:4a kräver en ingående redogörelse. Det är konstruerat så att det i praktiken innebär en sammanställning av redan kriminaliserade gärningar vilka bedöms sammantagna som ett brott. Här uppstår därför många olika straffrättsliga frågeställningar som det kan finnas ett behov av att diskutera. Eftersom vi har att göra med en ny lagstiftning, kunde det ha varit intressant att se närmare på hur rättspraxis tolkat straffbudets olika rekvisit.

Avhandlingen handlar dock om möjligheten att sammanföra kvinnoforskningen med straffrätten. Jag har därför valt att fokusera på kvinnoforskningens frågor kring kön och kunskap, samt det sätt på vilket människan och verkligheten beskrivs i straffrätten.

Den centrala frågan för en analys av den nya bestämmelsen blir därmed på vilket sätt könsfaktorn ges relevans vid utformningen av kriminaliseringen. Diskussionen kommer därför att kretsa kring den situation som anges i BrB 4:4a st. 2, där övergreppet begås av en man mot en kvinna han är eller har varit gift med, eller som han bor eller har bott tillsammans med under äktenskapsliknande former.²⁶³

Om man önskar att införa en kriminalisering vilken tar hänsyn till kön samt det maktproblem som kan finnas mellan könen, måste den argumentation som förs kring de straffrättsliga frågorna även innehålla dessa moment.

²⁶¹ Jfr avsnitt 1.4.3.

²⁶² I tidigare avsnitt har framställningen endast följt de olika utredningarnas förslag. Eftersom utformningen av kriminaliseringen av kvinnofrid diskuterades i flera olika sammanhang kommer framställningen att referera till SOU 1995:60 och Prop. 1997/98:55. Straffbudet ändrades dessutom redan efter kort tid varför det finns skäl att också ta hänsyn till denna justering, jfr Prop. 1998/99:145.

²⁶³ De diskussioner som förs i förarbetena utgår i praktiken från denna situation. Det är den form av särreglering som detta innebär och frågan om vad detta implicerar, som leder till de principella frågeställningar som kommer att diskuteras nedan.

En kriminalisering innebär att man preciserar den företeelse man önskar att kriminalisera i form av en gärningsdefinition.²⁶⁴ Preciseringen av gärningen kräver att man fastställer innebörden av den individuella kränkningen.²⁶⁵ Denna diskussion föranleder i sin tur frågor kring vad som är det skyddade värdet.²⁶⁶

Den argumentation som förs i betänkandet är intressant eftersom att den kan säga oss något om hur kommissionen uppfattade kön och på vilket sätt man menade att könsfaktorn var relevant i sammanhanget.

5.6.2 Våldet som en process

När kommissionen beskrev den typ av våldsproblematik som s.k. kvinno- misshandel utgör, betonade man denna som något som utvecklas över tid. I utredningen talade man därför om hur våldet och dess konsekvenser kan ses som en pågående process mellan parterna.²⁶⁷

Det här är en tankegång som kännetecknar en metodik som har utvecklats inom forskningen i syfte att analysera problem kring kön och våld.²⁶⁸ Tanken om att se våldet som en process ger i sig intressanta analytiska möjligheter att studera konkreta händelser och enskilda människor. Med utgångspunkt i en sådan ansats kan man exempelvis ställa frågor om hur en misshandelsrelation utvecklas över tid och hur en sådan process kan påverka parternas sätt att uppfatta sig själva och andra. Vi har alltså att göra med en metodik inom forskningen genom vilken man kan öka kunskapen om familjevåldets mekanismer.

Det kan dock ligga vissa principiella problem redan i det att överföra en analytisk modell till ett normativt sammanhang. En analytisk modell har vanligen ett helt annat syfte än att ange en normativ beskrivning av verkligheten. Det är alltså inte samma sak att analysera en process mellan två parter som att definiera en gärning i syfte att kriminalisera den. Även om metoden kan tillämpas för att uppnå kunskap, vilken kan bidra till att ge oss viktiga principiella förutsättningar för att tolka innebörden av våldet, är det inte givet att metoden omedelbart kan ge relevanta förutsättningar för att ange den straffbara gärningen.

Med en utgångspunkt i en förståelse av våldet som en process kommer

²⁶⁴ Se vidare avsnitt 5.6.2.

²⁶⁵ Se vidare avsnitt 5.6.3–5.6.4.

²⁶⁶ Se vidare avsnitt 5.6.3 och 5.7.4.

²⁶⁷ SOU 1995:60, s. 300–304.

²⁶⁸ Man talar här om en form av normaliseringsprocess, där gränserna för det acceptabla inom relationen hela tiden flyttas hos offret. Man kan säga att offret till slut ser våldet som en del av relationen. Jfr SOU 1995:60 s. 300; Tanken om att studera våldet som en process mellan parterna har utvecklats av Lundgren. I författarens forskning är även konstitueringen av kön genom våld ett centralt tema. Jfr Lundgren (1993), s. 145 f.

man att betona hur våldet utvecklas genom en lång sekvens av gärningar. Det sätt på vilket man uppfattar våldet riskerar därmed att övergå från att vara en process med en viss innebörd och dynamik, till att bli en beskrivning av ett visst händelseförlopp. Man kan säga att fokus flyttas från den inre processen hos parterna till de yttre omständigheterna för deras förhållande.²⁶⁹

Det är därför tänkbart att en del av de principiella rättsliga problem som kan identifieras följer av att man valde att definiera den straffbara gärningen som ett händelseförlopp. Tolkningen av bestämmelsen kommer då att anknyta till frågor som gäller tidsperioder, förhållandets varighet och liknande.²⁷⁰ En alternativ utgångspunkt hade varit att först precisera vad det är som gör att kvinnomisshandel kan ses som en särskild kränkning, och varför den i så fall kräver en särskild kriminalisering.

En viktig poäng med den ansats som kommissionen valde var att den destruktiva processen mellan parterna skulle ses som en sammanhängande straffbar gärning. Kommissionen var därför även inne på tanken om att ange det nya stadgandet som ett s.k. perdurerande brott. Detta är en rättslig konstruktion som kan tillämpas när gärningen består av någon form av pågående verksamhet där det straffbara förfarandet är sådant att man kan säga att detta föreligger under hela händelseförloppet.²⁷¹ Den argumentation som kommissionen förde kring detta förslag till lösning var dock mycket begränsad; frågan om hur ett sådant stadgande i så fall skulle definieras och tillämpas utvecklades inte närmare.²⁷²

Kommissionen anförde dock även en annan tänkbar infallsvinkel på problemet med att beskriva övergreppet som en livssituation av våld. Det handlade då om en processuellt orienterad lösning vilken hade aktualiserats i rättspraxis. Tanken var att gärningar, som begåtts i ett visst sammanhang,

²⁶⁹ "Process" för tanken till en viss form. Den aspekt som blir intressant i förhållande till frågan om kränkning handlar om processens innehåll, vad innebär denna för offret?

²⁷⁰ Man kan exempelvis fråga sig om det krävs något ytterligare än de åtalade gärningarna för att man ska kunna säga att dessa varit ett led i en upprepad kränkning? Hur blir det i så fall med gärningar som ligger utanför tiden för de åtalade gärningarna? Se vidare NJA 1999 s. 102 samt Wennberg (2000), s. 792 f.; I Prop. 1998/99:145 ändrades straffbudet såtillvida att det skulle anses tillräckligt att var och en av de åtalade gärningarna utgjort led i en upprepad kränkning. De nya rekvisiten kan dock knappast anses ha löst alla tänkbara tolkningsproblem i denna del, jfr Lagrådets yttrande i Prop. 1998/99:145, s. 15–16; Även tolkningen av rekvisitet "närstående" har uppvisat liknande problem. Spelar det exempelvis någon roll att det våldsamma förhållandet har varit "slut" under en tid? NJA 2004 s. 97; Jfr Burman (2004), s. 143.

²⁷¹ Jareborg (2001), s. 138. Ett klassiskt exempel är olaga frihetsberövande (BrB 4:2) där brottet pågår så länge offret hålls fångat.

²⁷² I Prop. 1997/98:55, s. 77, understryks att åklagaren även med en sådan lösning fortfarande måste bevisa de enskilda händelser som manifesterar den samlade kränkningen.

ska kunna läggas till grund för ett åtal även om inte samtliga gärningar kunnat preciseras i tid och rum.²⁷³ Det var också denna ansats som fick bilda mönster för konstruktionen av det nya straffbudet, där principen är att de åtalade gärningarna ska bedömas som delar av en helhet.

En viktig principell fråga är dock vilket moment i gärningen som skulle ha kunnat motivera en konstruktion av grov kvinnofridskränkning som ett perdurerande brott.²⁷⁴ Är det enbart det att gärningarna upprepas med en viss regelbundenhet som gör att dessa situationer är sådana att man kan säga att våldet pågår hela tiden? En sådan tankegång kan vara svår att argumentera för eftersom den så tydligt anknyter till empirin. Det är ytterst sällan så att man kan säga att det faktiska hotet är lika överhängande hela tiden, i alla fall inte om man studerar förhållandena över tid på det sätt som kommissionen önskade.

Det är också tänkbart att det finns ett annat problem med ett sådant resonemang. En grundläggande aspekt hos kränkningen var ju att denna utvecklades genom en destruktiv process mellan parterna. Man kan därför säga att analysmodellen i sig bygger på en tanke om en viss personlig och psykologisk dynamik, vilken inte nödvändigtvis motsvarar den form av kriminell verksamhet som ett perdurerande brott vanligen omfattar.²⁷⁵ Det är alltså inte givet att en serie händelser mellan samma parter i sig kan motivera en rättslig lösning som innebär att den kriminella verksamheten anses pågå under hela händelseförloppet.²⁷⁶

²⁷³ NJA 1991 s. 83 samt 1992 s. 446; jfr SOU 1995:60, s. 305–306.

²⁷⁴ En lösning där brottet blivit perdurerande motiverades också av problem med att tillämpa nödvärnsbestämmelsen i fall där kvinnor försvarat sig utan att brottet varit påbörjat eller överhängande på det sätt om BrB 24:1 förutsätter. Den föreslagna konstruktionen hade givit ett mycket stort utrymme för möjligheten att försvara sina intressen genom våld. Jfr prop. 1997/98:55, s. 78; Se även Asp (1999), s. 85–108; Man kan tillägga att nödvärnsrätten bygger på att ett straffbart våld anses berättigat (ej uppenbart oförsvarligt) i det enskilda fallet. Om man som kommissionen kopplar våldsproblemet till maktproblematiken finns det en risk för att det ideologiska argumentet kommer att påverka bedömningen av vad som kan anses berättigat. Vissa kvinnor kan då anses ha rätt att agera med våld därför att det är berättigat mot bakgrund av alla kvinnors gemensamma intressen.

²⁷⁵ Wennberg (2000), s. 794, har diskuterat möjligheten av att jämföra den situation grov kvinnofridskränkning avser med det klassiska kollektivdeliktet vilket består i att driva någon form av verksamhet; Se även Jareborg (2001), s. 446.

²⁷⁶ Kommissionen menade att processen kännetecknades av en växelverkan mellan lugna och våldsamma perioder, och att det är denna dynamik som bidrar till nedbrytningen av offret. Se SOU 1995:60, s. 411; Straffrättsligt sett blir detta en problematisk tankegång eftersom man då också antar att det att man *inte* utövar våld en viss dag i sig är en del av ett straffbart förfarande. Återigen blir alltså problemet att innebörden av kränkningen måste preciseras ytterligare för att man ska kunna konstruera en funktionell straffbar gärning.

Mot bakgrund av kommissionens allmänna ideologiska ansatser finns det då åtminstone två tänkbara utgångspunkter utifrån vilka man kunde ha motiverat varför den straffbara gärningen skulle utformas som ett perdurerande brott.

Ett sätt att närma sig problemet hade varit att se våldet som ett uttryck för en överordnad maktrelation, vilken kan anses föreligga redan vid den första gärningen, för att sedan på grund av parternas könstillhörighet och det könsmissiga våldets art, vara aktuell genom hela händelseförloppet.

Det är dock svårt att argumentera för varför den överordnade maktfrågan överhuvudtaget ska ges en sådan omedelbar relevans vid straffrättsliga bedömningar. Som vi har sett kan en sådan ansats vara mycket problematisk i ett straffrättsligt sammanhang.²⁷⁷

För att en sådan lösning skulle varit möjlig hade det krävts att maktrelationen kunnat kopplas till den individuella kränkningen, och då på ett sådant sätt att denna kränkning förelegat under hela händelseförloppet. En antydning till en sådan tankegång finns i kommissionens resonemang när man anför att kränkningen av offret har samband med hennes könstillhörighet, och att våldet i sig har sin grund i föreställningar om kvinnors lägre värde. Frågan om vilken funktion det överordnade maktproblemet principiellt sett bör ges vid preciseringen av den individuella kränkningen utvecklades dock inte av kommissionen.²⁷⁸

En annan möjlighet hade varit att argumentera utifrån den andra modellens syn på människan för att sedan precisera kränkningen med utgångspunkt i föreställningen om könsmänniskan. Detta hade dock krävt helt andra analyser av innebörden av den individuella kränkningen än de kommissionen redovisade, utan att man därmed kunnat garantera att man verkligen hade uppnått den rättsliga lösning man eftersträfvade. Med en tydligare precisering av kränkningen hos det kvinnliga offret hade man däremot kunnat lösa några av de problem som föranlett kravet på en särskild kriminalisering.²⁷⁹

Det kan alltså vara viktigt att understryka att ett grundläggande drag hos det nya straffbudet är att man dömer flera gärningar som ett brott. Bedömningen av brottets straffvärde följer av de gärningar som föreligger i det enskilda fallet, och det faktum att dessa gärningar begås under vissa skärpande omständigheter. Konstruktionen av straffbudet grov kvinnofridskränkning BrB 4:4 st. 2 bygger därmed i praktiken på en beskrivning

²⁷⁷ Jfr avsnitt 5.2.

²⁷⁸ SOU 1995:60, s. 306.

²⁷⁹ Se vidare avsnitt 5.6.3.

av ett händelseförlopp bestående av flera gärningar vilka sedan bedöms sammantaget.²⁸⁰

De gärningar som enligt den nya lagstiftningen kan ingå som en del av straffbudet är sådana som varit straffbara sedan tidigare. Det handlar om gärningar vilka omfattas av vissa redan etablerade straffbud såsom misshandel (BrB 3:5), vissa fridskränkningar (BrB 4:2, 4:4–4:7), och sexualbrott enligt BrB kapitel 6. Däremot ingår inte grova brott, våldtäkt av normalgraden, olaga frihetsberövande av normalgraden samt överträdelse av besöksförbud, eftersom domstolarna förutsätts döma för dessa i konkurrens med det nya stadgandet.²⁸¹

I kommissionens betänkande föreslogs emellertid att även andra typer av gärningar skulle kunna beaktas vid en samlad bedömning av kränkningen. I den process av psykisk nedbrytning som kommissionen talade om kunde det ingå många olika typer av gärningar. Därför valde man också att låta straffbudet omfatta gärningar som inte varit straffbara tidigare, men vilka ändå var sådana att de kunde bidra till den samlade kränkningen.

Det handlade om förfaranden utan nämnvärt straffvärde, kanske mer att se som exempel på vardagliga konflikter, men som i den aktuella situationen kunde bidra till att offrets tillvaro präglades av ett underliggande hot om våld.²⁸² Den typ av gärningar som Kommissionen talade om var därför typiskt sett exempel på en form av psykisk misshandel.

Psykisk misshandel är dock en form av kränkning som är mycket litet analyserad i svensk straffrätt varför ett sådant förslag kommer att föranleda många oavklarade rättsliga frågeställningar. Kommissionen diskuterade inte heller frågan om hur en kriminalisering av psykisk misshandel

²⁸⁰ Ett motiv kan därför ha varit att genomföra en höjning av straffvärdet för gärningar vilka var och en för sig vanligen inte uppnår något högre straffvärde. Som uttryck för en livssituation präglad av kränkningar kan de däremot anses vara mer straffvärda. SOU 1995:60, s. 307, Prop. 1995:60, s. 76–77; Jareborg (2001), s. 446; Wennberg (2000), s. 795, menar att konstruktionen därför bör ses som en konkurrensklausul vilken anger att ”summan av flera likartade brott betraktas som om den utgjorde en brottsenhet”; Jfr Burman (2006), s. 196–197.

²⁸¹ Av detta kan man också dra slutsatsen att konstruktionen inte är tänkt att motsvara begreppet ”våld mot kvinnor”, även om valet av termen kvinnofridskränkning kan peka i den riktningen; Jfr SOU 1995:60 s. 308; Burman (2006), s. 183, menar att fridskränkningssbrotten fungerar som en svårhetsgrad mellan normalfallet av misshandel och grov misshandel.

²⁸² SOU 1995:60, s. 302. Kommissionen visade till exempel där gärningsmannen gömmer nycklar, förbjuder kvinnan att träffa släktingar, och liknande. Gärningar vilka ofta medför att offret isoleras ytterligare.

principellt sett borde genomföras. Mot bakgrund av detta visade det sig också mycket svårt att genomföra en sådan nykriminalisering.²⁸³

Det är dock möjligt att problemet med att innefatta dessa gärningar i straffbudet även kan ha haft ett samband med att man definierade gärningen med utgångspunkt i en beskrivning av ett händelseförlopp. När de aktuella gärningarna blir en del av en serie händelser där de står för sig själva är de inte godtagbara för en kriminalisering. Framförallt därför att de inte kan anses utgöra tillräckligt straffvärda kränkningar av straffrättens skyddsintressen.²⁸⁴

En kriminalisering av sådana gärningar hade därför åtminstone krävt att man preciserat den form av skada utifrån vilken dessa gärningar i så fall ska bedömas. Här finns alltså ett grundläggande problem med kommissionens sätt att argumentera, det saknas en tillräcklig grund för kunna säga att dessa gärningar innebär en sådan kränkning av offret att de bör kriminaliseras.

Den modell som kommissionen valde för att beskriva problemet med våld i hemmet kan alltså uppfattas som en form av analysmetod. Denna har fördelen att den ger möjlighet att studera ett könsmässigt problem utan att man därmed omedelbart utgår ifrån den ideologiska kopplingen mellan kön, våld och makt. Genom att tala om misshandel i parrelationer i form av en process kan man alltså vinna en funktionell analytisk ansats, vilken inte omedelbart kan kritiserats för att endast återskapa de feministiska ideologiska premisserna.

Ett problem i relation till rättsordningen är emellertid att ett normativt system alltid söker efter någon form av ideologiska premisser för hur man bör tolka och normera tillvaron. Det innebär att även om detta sätt att tänka kan ges en analytisk funktion är det inte denna funktion hos modellen som får genomslag i rättsordningen, utan istället de ideologiska aspekterna.

Man kan därför konstatera att analysmodellen ytterst bygger på en uppfattning av kön som en dikotom relation. Genom den process som parterna deltar i kommer de också att etablera en egen relation präglad av kön och makt. Det sätt på vilket man uppfattar att kön etableras i dessa

²⁸³ Prop. 1997/98:55, s. 76–78; Nordborg/Niemi-Kiesiläinen har argumenterat för att gärningar som kriminaliseras i BrB kapitel 5 även borde varit straffbara enligt BrB 4:4a, eftersom man då hade kunnat fånga in de flesta typer av psykiska övergrepp som är vanliga i dessa fall. Nordborg/Niemi-Kiesiläinen (2001), s. 364–366; Jfr Burman (2006), s. 169–171 och s. 276–284.

²⁸⁴ Förslaget avvisades i prop. 1997/98:55, s. 78, med argumentet att förslaget var så löst formulerat att en lagstiftning utifrån dessa premisser hade stått i det strid med legalitetsprincipen.

situationer är därför starkt förbundet med föreställningen om en köns-
mässig dominans- och underordningsrelation.

Det innebär att även om utvecklingen av ett misshandelsförhållande
kan ses som en process, där kön konstitueras genom våld eller våldsamt
sexualitet, så blir analysmodellens grundläggande ideologiska förutsätt-
ningar ändå jämförbara med den politiska teorin om en könsmakts-
ordning. Den ideologiska versionen av denna analysmodell ger därför
möjlighet att koppla samman kön, våld och makt på ett sätt som blir
problematiskt i ett rättsligt sammanhang.

Ett problem som följer av det sätt på vilket kommissionen beskriver
gärningen är att detta i sig bidrar till att man skapar ett fokus på makt-
problematiken i dessa gärningar, vilket i sin tur kan skapa problem när
kränkningen ska definieras.²⁸⁵

Det är därför tänkbart att redan en beskrivning av våldet i form av ett
händelseförlopp kan medföra problem av samma karaktär som vi såg i
samband med förslaget om att ange kön i våldtäktsbestämmelsen.²⁸⁶ Den
straffbara gärningen blir att betrakta som en deskriptiv version av den
process kommissionen talade om. Man får då en beskrivning av verk-
ligheten i rätten, som anknyter till den politiska debatten kring kvin-
nomisshandel, men inte nödvändigtvis till vad detta våld innebär för den
enskilda offren.

5.6.3 En specifik integritetskränkning?

Man kan alltså konstatera att frågan om vad som är innebörden av den
kränkning som drabbar offret har stor betydelse för hur övergreppet kom-
mer att hanteras av rättsordningen. I tidigare avsnitt 5.3–5.4 har jag också
försökt visa att det sätt på vilket man preciserar den individuella kränk-
ningen är beroende av hur man uppfattar människan.

Det är därför intressant att se närmare på hur kommissionen precise-
rade innebörden av kränkningen av offret och då framförallt om, och i
så fall hur, man tog hänsyn till den könsmässiga dimensionen hos gär-
ningarna.

För att förenkla framställningen kommer jag att dela in analysen efter
de premisser som följer av straffbudet.²⁸⁷ För det första omfattar straff-

²⁸⁵ Se vidare avsnitt 5.6.4.

²⁸⁶ Jfr avsnitt 5.5.

²⁸⁷ Det är ett angreppssätt som kan kritiseras, vid rättstillämpning görs vanligen en samlad
bedömning av rekvisiten. Syftet är dock att visa att det inte är säkert att det är tillräckligt
att ange de omständigheter som typiskt sett föreligger i en sådan situation. Om man menar
att straffbudet ska omfatta en könsmässig kränkning kan detta även kräva andra typer av
bedömningar; Burman (2006), s. 192–193, menar att förarbetena tyder på att rekvisiten

budet vissa redan straffbara gärningar vilka alla innebär fysiska och till viss del psykiska kränkningar av människors rätt till frihet och integritet. I det här avsnittet blir det därför intressant att diskutera på vilket sätt kriminaliseringen av dessa gärningar kan bidra till att precisera en tänkbar könsmässig dimension hos den individuella kränkningen.

För det andra anger straffbudet ett krav på att gärningarna utgör led i en upprepad kränkning av offrets integritet. Jag har redan i föregående avsnitt diskuterat kommissionens förslag om att kriminalisera den särskilda kränkning det innebär att leva i en relation präglad av våld. Där framhöll jag också att ett problem i sammanhanget kan ha varit att det förslag kommissionen presenterade inte förankrades i en precisering av kränkningens innebörd.²⁸⁸

Den lösning lagstiftaren valde innebär att gärningarnas straffvärde ska bedömas mot bakgrund av att de är att betrakta som delar av en helhet. Tanken om att den människa som under lång tid blir utsatt för upprepad integritetskränkningar drabbas av en mer omfattande kränkning är dock inte specifik för könsmässiga övergrepp.²⁸⁹

För det tredje anges att övergreppen begås av någon som är närstående, och att de ska ha varit ägnade att allvarligt skada offrets självkänsla. Dessa två kriterier diskuteras vidare i nästa avsnitt.²⁹⁰

Straffbudet bygger alltså på redan etablerade kriminaliseringar. De gärningar som kan utgöra grov kvinnofridskränkning har alltså redan definierats inom ett straffrättsligt system. Det finns därför anledning att erinra om de allmänna förutsättningar för kriminalisering som följer av straffrättens teori.²⁹¹

Den gärning som kriminaliseras måste principellt sett kunna motive-
ras mot bakgrund av en straffrättsligt relevant skada. Som vi har sett rela-
terar begreppet skada inom straffrätten i första hand till de grundläggande fri- och rättigheterna. En viktig förutsättning är därför att den
gärning som ska kriminaliseras utgör en straffvärd kränkning av dessa
värden. Definitionen i straffbudet ska i sin tur omfatta de faktorer som är
centrala för innebörden av kränkningen på det individuella planet.

ska bedömas separat, men att detta kan kritiseras eftersom dessa rekvisit sammantaget kan sägas ange innebörden av kränkningen.

²⁸⁸ Burman (2006), s. 186–190, diskuterar tolkningen av rekvisitet mot bakgrund av hur många gärningar som avses, under vilken tidsperiod, o.s.v.

²⁸⁹ Under lagstiftningsprocessen framkom även förslag om att kodifiera tidigare förarbetsuttalanden som handlade om möjligheten att bedöma vissa fall av våld i hemmet som en form av grov misshandel. Jfr Burman (2006), s. 399.

²⁹⁰ Se vidare avsnitt 5.6.4.

²⁹¹ Jfr avsnitt 2.2.

Straffrättens teori är intressant därför att den anger de etiska förutsättningarna för rättsområdet. Som vi har sett utgår denna i första hand från en ideologi om den fria individen och den rätt till individuell frihet som denna konstruktion uttrycker. I kapitel 2 valde jag därför att betona två aspekter av kriminalisering vilka handlar om dels rätten till straffrättsligt skydd mot kränkningar av den individuella friheten, dels rätten att slippa kränkningar av den individuella friheten genom en alltför ingående strafflagstiftning. I kapitel 2 försökte jag också visa att dessa två sidor av den skyddade friheten i praktiken är jämförbara endast om man talar om människan utifrån just dessa ideologiska förutsättningar.

Det är alltså viktigt att vara uppmärksam på att premisserna för det sätt på vilket straffrätten skyddar människor följer av vissa ideologiska ställningstaganden, vilka också implicerar det sätt på vilket man talar om människan.

Kommissionen diskuterade inte teorinivån, och man ställde därför inte heller frågan om det övergrepp man önskade definiera förutsatte någon form av hänsynstagande till könsfaktorn på ett mer principellt plan. Man undgick därmed också frågan om ideologin om den fria individen, eller den föreställning om en idealindivid denna producerar, verkligen ger de förutsättningar man behöver för att kunna precisera en kränkning som man anser har en könsmässig dimension.

I den klassiska kvinnorrätten har man ofta valt att utgå ifrån att rättsordningen är neutral och att de rättsliga principerna därför bygger på värden som även kan ge kvinnor rättfärdighet. På så sätt behöver man inte ta ställning till om det kan finnas en teoretisk diskrepans mellan kvinnorrättens utgångspunkt i kvinnors livsvillkor och den fria individrättsordningen utgår ifrån.²⁹²

Eftersom den klassiska kvinnorrätten i huvudsak har kretsat kring mer sociala aspekter av det kvinnliga livet, har man ofta löst problemet med att placera kön i den neutrala rätten genom att formulera denna faktor i form av olika intressen vilka sedan kan hanteras i en rättslig form.

Om man väljer att argumentera med denna utgångspunkt kan man hävda att en kriminalisering som framhäver kvinnors särskilda behov av straffrättsligt skydd för sin individuella frihet ändå kan vara förenlig med straffrättens grunder.

Om man preciserar ett straffbud med utgångspunkt i en beskrivning av ett problem som rör gruppen kvinnor, kan man också sägas ha givit könsfaktorn en viss betydelse för utformningen av kriminaliseringen. Den fråga man dock bör ställa sig är om man därigenom har tagit hänsyn till det könsmässiga i den individuella kränkningen?

²⁹² Jfr avsnitt 4.2.

Kriminaliseringen av de gärningar som omfattas av straffbudet motive-
ras ytterst genom en hänvisning till den fria individen, vilken samtidigt
med utgångspunkt i kvinnoforskningens andra och tredje modell kan
kritiseras för att inte ta hänsyn till könsfaktorns betydelse.²⁹³

Man kan därför ställa frågan om de etablerade kriminaliseringar, som
genom konstruktionen av straffbudet ska omfatta den kränkning offret
utsätts för, verkligen är ägnade att ange någon form av könsmässighet i
själva kränkningen?

Misshandel är kriminaliserad därför att våld mot kroppen anses vara
en kränkning av den individuella integriteten, i form av ett angrepp mot
offrets liv och hälsa. Om man däremot önskar att precisera den kränk-
ning det könsmässiga våldet kan innebära blir frågeställningen något
annorlunda. Det kan då inte enbart handla om ett problem som drabbar
gruppen kvinnor, utan också om något som drabbar det enskilda offret i
hennes egenskap av att vara kvinna.

Om man önskar att definiera en kränkning med utgångspunkt i den
andra modellen måste man därför precisera denna mot bakgrund av en
föreställning om människan såsom beroende av sin sociala och kulturella
miljö. Man behöver exempelvis diskutera om det har någon betydelse för
innebörden av kränkningen att det rör sig om misshandel av en kvinna
vilken befinner sig i en kultur där kön i sig är meningsskapande.

Det finns visserligen en antydning till en sådan diskussion i de hänvis-
ningar som görs till våldet som en process mellan två parter. Här finns
alltså en början till en diskussion om vad kränkningen kan innebära hos
människan, men för att det ska vara möjligt att precisera denna måste
offrets könstillhörighet göras till en relevant faktor. Några förutsättningar
för detta ges dock inte i kommissionens argumentation.

När man som kommissionen väljer att utgå ifrån redan etablerade
kriminaliseringar innebär det att man inte bryter med vare sig de ideologis-
ka och de teoretiska premisser som straffrätten bygger på. Den kränkning
vi talar om kommer då i praktiken att definieras och tolkas mot bakgrund
av de förutsättningar som ideologin om den fria individen anger.

För att kunna motivera varför man väljer att kriminalisera dessa över-
grepp särskilt, måste man därför lägga till de omständigheter som kan
bidra till att precisera innebörden av den särskilda kränkning man i så fall
menar att dessa övergrepp innebär.

²⁹³ Jfr avsnitt 3. 4 och 3.5.

5.6.4 Kön och kränkning

Den fråga som därmed blir intressant är vad det är som gör att man ändå uppfattar att just dessa fall motiverar en särlagstiftning. Mot bakgrund av kommissionens allmänna motiveringar måste detta ha att göra med att man uppfattade att här fanns en könsmässig dimension vilken ska ges betydelse vid kriminalisering och tolkning.

Man kan därför undra om den nya kriminaliseringen endast följer av att det har framkommit mer empirisk kunskap om kvinnors situation, exempelvis genom studier av våldsprocesser mellan män och kvinnor? I så fall kan det finnas skäl att välja de rekvisit som anger det som kännetecknar dessa situationer. Man bör då särskilt framhålla det systematiska i våldet, parternas relation och det sätt på vilket våldet verkar nedbrytande på offret.²⁹⁴

Ovan har jag dock ifrågasatt om inte tanken om en särskild kriminalisering även kräver en ansats i en form av könsmässig kränkning.

Mot bakgrund av kommissionens ideologiska förutsättningar kan man därför ställa flera frågor; Syftar rekvisiten till att uttrycka att innebörden av kränkningen har en förankring i den könsmänniska som blir en konsekvens av den andra modellen? Eller bygger denna särlagstiftning i första hand på ett ideologiskt ställningstagande till en könsmaktsordning, vilken kan sägas komma till uttryck genom det våld som utövas i det enskilda fallet?

Det enskilda brottet ska alltså bedömas mot bakgrund av att det finns en personlig relation mellan parterna, de ska vara att betrakta som närstående.²⁹⁵ När det gäller bestämmelsens andra stycke innebär detta att gärningarna begås i en könsmässig relation. I så fall finns en möjlighet att precisera ett slags könsmässig dimension hos kränkningen. Med utgångspunkt i den andra modellen hade det varit möjligt att utveckla den känslomässiga bindningen mellan parterna ytterligare. Men också frågan om den funktion kön har i parrelationen och i det utövade våldet. Här fanns alltså möjligheten att koppla frågan om en könsmässig kränkning till den destruktiva process mellan parterna som kommissionen talade om. Utifrån denna analys kunde man sedan precisera den betydelse kön har för den individuella kränkningen.²⁹⁶

²⁹⁴ Jfr Prop. 1987/88:14, vilken innebar att denna typ av omständigheter hänfördes till det försvårande momentet i BrB 3:6. Man betonade särskilt den påtagliga integritetskränkning kvinnomisshandel innebär, samt att våldet ofta är av psykiskt nedbrytande karaktär; I Prop. 1997/98:55, s. 76–77, framhålls att domstolarna därför i regel dömer för grovt brott, åtminstone när gärningarna är att anse som mer kvalificerade.

²⁹⁵ I Prop. 1997/98:55 omdefinierades begreppet närstående till att omfatta alla familjereationer, även mellan föräldrar och minderåriga barn; Om begreppet närstående i rättsordningen, se Burman (2004), s. 141–143. Jfr Burman (2006), s. 185, och s. 375–378.

²⁹⁶ Jfr Burman (2004), s. 143–144, vilken menar att rättspraxis har framhållit de känslomässiga

Det sista rekvisitet i straffbudet anger att gärningarna ska ha varit ägnade att allvarligt skada offrets självkänsla.²⁹⁷ Det här är ett intressant rekvisit därför att den bedömning som ska göras av de aktuella gärningarna relaterar till kränkningen av en människa i denna situation. Kan det därför vara så att vi här har att göra med den faktor som syftar till att precisera en könsmässig dimension hos den individuella kränkningen?

Att människor bryts ned av ett upprepat och okontrollerat våld där detta hela tiden typiskt sett ligger under ytan är i sig inte osannolikt och inte heller kontroversiellt i ett straffrättsligt sammanhang. Om det är så att straffbudet handlar om att lyfta fram nya kunskaper, utgörs den könsmässiga dimensionen i straffbudet av att man markerar att det är just *detta* som drabbar kvinnor som utsätts för våld i hemmet.

Om däremot avsikten var att kränkningen ska bedömas utifrån köns-människan, kan man undra om kränkningen av självkänslan hos offret pekar i riktning mot något som är signifikativt för dessa fall. Om ett könsmässigt våld påverkar ett kvinnligt offer borde innebörden av "självkänsla" även ha ett samband med offrets könstillhörighet.

Inte heller denna fråga diskuterades av kommissionen varför man kan konstatera att det är oklart vilken koppling som kan finnas mellan en möjlig könsmässig dimension hos den individuella kränkningen och de rekvisit som placerades i straffbudet. Här fanns alltså flera tänkbara infallsvinklar, men dessa utnyttjades inte av kommissionen på ett sådant sätt att man kan säga att man verkligen preciserade en könsmässig kränkning.

När kommissionen preciserar vilken kränkning det är man talar om framhåller man att det som präglar dessa övergrepp är att de "innefattar en kränkning av en annan person på grund av kön och har sin grund i föreställningar om kvinnors lägre värde i förhållande till män."²⁹⁸ Man kan därför ställa frågan om det var så att man menade att det könsmässiga bestod i att detta våld kan kopplas till den ideologiska frågan om en könsmaktsordning.

I avsnitt 5.2 argumenterade jag för att beskrivningen av verkligheten i straffrätten inte kan bygga på premisser som saknar dynamik. På samma sätt kan man konstatera att premisserna för att beskriva människan inte heller kan vara statiska. Det gör att en könsmaktsordning som anges på

mässiga aspekterna vid bedömningen av rekvisitet närstående; Jfr NJA 2004 s. 97.

²⁹⁷ Jfr Burman (2006), s. 186–192.

²⁹⁸ SOU 1995:60, s. 306–307; På sidan 301 kopplar kommissionen samman kränkningen av självkänslan med gärningsmannens förmodade syfte att dominera kvinnan genom våld. Frågan utvecklas inte mer än så, men detta ger ytterligare ett exempel på hur den överordnade maktproblematiken får betydelse för hur man uppfattar övergreppet. Tanken om att precisera kränkningen med utgångspunkt i gärningsmannens motiv för gärningen kan dock vara mindre lyckad.

makronivån inte omedelbart kan placeras på en nivå där man ska göra bedömningar av enskilda människor. En hänvisning till en könsmaktsordning är därför inte en funktionell utgångspunkt om man önskar att definiera eller tolka en kränkning på det individuella planet.²⁹⁹

Flera av de faktorer som kommissionen belyser i utredningen är sådana att man kan anta att en närmare precisering av deras innebörd kräver att människors könstillhörighet ges en materiell betydelse. Om man därför önskar att argumentera för en precisering av en kränkning som bygger på att någon ges ett lägre värde, måste innebörden av denna på något sätt förankras i den individuella identiteten. Först därefter blir det möjligt att pröva om det är en kränkt självkänsla som ger ett könsmässigt övergrepp dess särprägel.

Man bör dock vara uppmärksam på att kommissionens förankring i ståndpunktsfeminismen kan vara en mycket problematisk utgångspunkt för en sådan diskussion. Som framgick av kapitel 3 leder denna ansats vanligen till analytiska komplikationer, vilka framförallt bottnar i att denna modell bygger på en dikotom relation mellan könen. Att tanken om en könsmotsättning kan leda till problem i ett rättsligt sammanhang blev uppenbart i diskussionen kring ett könsbestämt våldtäktsstadgande i avsnitt 5.5.

Ett annat problem är att den andra modellen innebär att man vanligen utgår ifrån en position i "kvinna" eller i "kvinnlighet". Detta leder bland annat till att man får problem med att precisera innebörden av kön utan att man också återger en viss kulturell föreställning om vad som är "kvinnligt". En sådan utgångspunkt kan därför bli besvärande i ett normativt sammanhang, eftersom man riskerar att återigen införa referenser till rena könsstereotyper.

Den andra modellens grundtanke om att kön har betydelse hade dock kunnat ge kommissionen vissa möjligheter att precisera en könsmässig kränkning. Man hade då kunnat ställa frågan om vad det innebär att vara kvinna i en könsmässig relation präglad av våld. Det vi då talar om är en bedömning som utgår ifrån det att vara offer i en viss situation, inte en beskrivning av situationen i sig. Man kunde därmed preciserat vad vanmakt gör med människor och varför denna fråga är särskilt relevant i dessa fall, istället för att hänvisa till föreställningen om en överordnad maktordning.

Kommissionens syfte var sannolikt att skapa en kriminalisering av ett könsmässigt våld, men man undvek samtidigt att diskutera vilken funk-

²⁹⁹ Om problemen med att applicera maktfaktorn i en faktisk verklighet, se t.ex. Hirdman, SOU 1990:44, s. 79 samt Svensson (1997), s. 110.

tion könsfaktorn principellt sett bör ges i straffrätten.³⁰⁰ Därmed blev också frågan om vad som är innebörden av kränkningen i dessa fall, och vad som mot bakgrund därav kan motivera en särlagstiftning, oavklarad. Om avsikten var att kriminalisera en könsmässig kränkning kan man ifrågasätta om man verkligen lyckades.³⁰¹

Kommissionen, och senare även lagstiftaren, valde att dela in straffbudet i två delar där den avgörande skillnaden var att det ena stycket avsåg mäns våld mot kvinnor, medan det andra var förbehållet övergrepp i andra relationer. Även denna indelning kan belysa bristen på mer principiella ställningstaganden.

Vissa av de problem som kan uppstå som en följd av en sådan indelning har jag redan diskuterat i föregående avsnitt (5.5). Mot bakgrund av frågan om vad som kan anses vara det könsmässiga i övergreppet, och det sätt på vilket kommissionen förankrade kränkningen i maktfrågan, uppstår dock även andra problem. Det gäller framförallt i relation till de offer som inte omedelbart kan kopplas till könsmotsättningen.

I kommissionens förslag motiverades en särbestämmelse för mäns övergrepp mot kvinnor med att dessa övergrepp utgör det stora antalet brott.³⁰² Ett skäl till att dela in bestämmelsen på det sätt som kommissionen önskade var därför att detta kunde bidra till en mer korrekt beskrivning av verkligheten.³⁰³

På samma sätt som i föregående avsnitt (5.5) kan man ifrågasätta om kommissionen tolkade den andra modellens tanke om att beskriva en kvinnlig verklighet som en fråga om straffrättens kunskapsmässiga förutsättningar. Den verklighet kommissionen talar om i detta sammanhang är alltså den statistiska (samt sannolikt även den politiska) beskrivningen av verkligheten, inte den verklighet som de enskilda offren upplever. Den andra modellen handlar ju om att ge alternativa beskrivningar av verkligheten, vilket istället borde föranlett en ingående analys av den kränkning offren upplever.

³⁰⁰ Hur kommissionen uppfattade dels könsfrågan, och dels kunskapfrågan, diskuterades överhuvudtaget inte i betänkandet.

³⁰¹ Om vi ser till de frågeställningar som har aktualiserats i rättspraxis (jfr 5.6.2) i jämförelse med frågan om vad kränkningen innebär, kan det verka som att gärningskonstruktionen tvingar domstolarna att syssla med pseudoproblem. Den process man uppfattade som relevant för innebörden av kränkningen ges en formell karaktär, man måste ta ställning till tidsperioder och händelseförlopp. De materiella frågor som gäller vad processen består i, och vilka konsekvenser den får för parterna, blir därmed inte föremål för någon rättslig prövning.

³⁰² SOU 1995:60, s. 307.

³⁰³ Att det skulle finnas ett rättsligt intresse av att ange kön i stadgandet avvisades av lagstiftaren av formella skäl, Prop. 1997/98: 55, s. 82–83.

Återigen kan man alltså ifrågasätta vad kommissionen egentligen menade med kön och könsmässighet. Om kommissionens avsikt varit att offrets könstillhörighet skulle vara relevant vid bedömningar av den faktiska människan, borde man naturligtvis även ha diskuterat kränkningen av det manliga offret. Kommissionens förslag innebar ju att samma gärningskonstruktion kunde tillämpas oavsett vem offret var. Mot bakgrund av kommissionens övriga resonemang kan en sådan lösning motiveras på åtminstone två olika sätt.

Ett sätt att tänka är att den man som blir utsatt för den här typen av övergrepp kommer att befinna sig i den "kvinnliga" positionen, varför kränkningen blir densamma. Det här en tankegång som kan ha en viss analytisk relevans, särskilt om man önskar att diskutera det meningskapande hos kön.³⁰⁴ Men i detta sammanhang söker vi efter normativa förutsättningar för att bedöma den kränkning som drabbar människan i det enskilda fallet.

Ansatsen kan ifrågasättas redan därför att den förutsätter att "kvinna" principiellt sett kopplas till den underordnade och "man" till den överordnade positionen. Därmed har man återigen endast uttryckt att det könsmässiga i våldet anknyter till könsmaktsordningen.³⁰⁵ Däremot säger det ingenting om hur en kränkning av en man bör preciseras, även denne bör ju bedömas utifrån den köns människa som blir en konsekvens av den andra modellen.

En annan förklaring kan vara att kommissionen utgick ifrån en klassisk straffrätt med en syn på människan som i grunden bygger på den fria individen. På samma sätt som definitionen av misshandel kan tillämpas på alla människor kan därför BrB 4:4a tillämpas på alla människor som blir utsatta för ett sådant övergrepp. Angivandet av kön har då endast en funktion av att belysa en viss grupps problem, vilket i grunden är en politisk fråga.³⁰⁶ Man kan ifrågasätta om detta sätt att applicera kön är konstruktivt om man på allvar menar att kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap ska ges relevans även för rättsordningen.³⁰⁷

³⁰⁴ Se Plaza (1980), s. 31, som kopplar våldtäkten till det sociala könet, varför det blir likgiltigt om offret är en man eller en kvinna; Dumaesq (1981), s. 51–52, som ifrågasätter hur denna slutsats är möjlig om könskategorierna samtidigt uppfattas som avgränsade, och "kvinnan" anges som "könet" och "kroppen".

³⁰⁵ Det är också ett underligt sätt att behandla kön mot bakgrund av den debatt som förts inom kvinnoforskningen och som handlat om att inte göra könsbegreppet statiskt.

³⁰⁶ En sådan reform kräver endast politisk konsensus, inte en omdefiniering av förutsättningar för rättsordningen.

³⁰⁷ I den nya kriminaliseringen blev definitionen av gärningen könsneutral, medan det andra stycket preciserade en situation där en man utsätter en kvinna för en sådan gärning. Båda styckena omfattar därmed samma gärningsdefinition och samma straffvärde.

När den nya bestämmelsen infördes var denna också indelad, men på motsatt sätt. Man införde ett andra stycke vilket avser mäns våld mot kvinnor. Bestämmelsen motiverades av pedagogiska skäl, man behövde markera "den särskilda form av kränkning som brott av förevarande slag mot en närstående kvinna utgör."³⁰⁸ Frågan om vad kränkningen i så fall består i utvecklades dock inte ytterligare.

5.6.5 Avslutning

Den traditionella kvinnorrätten har i hög grad handlat om att rätten bör återspegla verkligheten på ett sätt som är relevant för det liv kvinnor lever. Stang Dahl talade exempelvis om förhållandet mellan "loven og livet", där könsfaktorn placerades i rätten i form av kvinnors gemensamma intressen vilka preciserades genom en analys av ett typiskt kvinnoliv.³⁰⁹

De uttalanden som görs i direktiven till Kvinnovåldskommissionen kan tyda på att tanken var att kommissionen skulle utgå ifrån samma principiella ställningstaganden. För kommissionen handlade det därför om att reagera med straffrättsliga medel mot ett våld som skapar särskilda livsvillkor för kvinnor.

I detta avsnitt har jag visat på några grundläggande problem som följer av den gärningsdefinition kommissionen valde, och att dessa problem sannolikt har samband med det otydliga sätt på vilket man behandlade könsfaktorn.

De straffbud kommissionen utgick ifrån skyddar alla människors rätt att slippa våld, de innefattar inte i sig något hänsynstagande till kön. De omständigheter som angavs för att precisera den situation av våld man önskade att kriminalisera, är inte i sig sådana att de ger dessa övergrepp någon särskild innebörd jämfört med andra integritetskränkningar.

Mot bakgrund av den kritik som framförts mot rättsordningens sätt att hantera våld i hemmet var sannolikt syftet att förändra den rättsliga bedömningen av våld i hemmet, och då särskilt med hänsyn till graden

³⁰⁸ Prop. 1997/98:55, s. 83; Burman (2006), s. 400, menar att det finns en skillnad i diskurs mellan kommissionen och regeringens uttalanden i propositionen i denna fråga. Författaren argumenterar utifrån en motsättning mellan frågan om straffrättens ändamålsenlighet och den "rena" straffvärdediskurs som hon menar att regeringen representerar.

³⁰⁹ Stang Dahl (1985), s. 52–54; Hallberg understryker hur viktig denna ansats har varit för kvinnoforskningen. Den är "kunskapsteoretiskt attraktiv för feminister eftersom den baseras på ett starkt, ontologiskt argument. Det spelar i sammanhanget ingen roll hur könsolikhet hävdas (psykosocialt, biologiskt, socialt)." Hallberg (1992), s. 225.

av straffvärde. Men om reformen enbart handlade om att förändra rättsordningens syn på gärningens straffvärde, hade det inte behövts någon ny kriminalisering.

Om reformen även handlade om att ange ett könsspecifikt brott var kommissionens analys av problemet bristfällig. Det är inte tillräckligt att ange kön på parterna i straffbudet. Man kan också ifrågasätta om det är tillräckligt att ange de omständigheter som karakteriserar kvinnors problem med våld.

Den kvinna som lever med hotet om våld som en del av hennes mest privata relation kan knappast tolkas eller bedömas med utgångspunkt i den fria individen. Hennes personliga möjligheter är därför inte jämförbara med en person som fritt disponerar sina egna intressen.

Redan det att framhålla kvinnors kunskaper om verkligheten kan därför ha en viss betydelse för utformningen av de straffrättsliga bestämmelserna. På straffrättens tillämpningsnivå finns alltid ett visst utrymme för att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i den särskilda situationen.

Om man däremot menar att vi här har att göra med en könsmässig kränkning och att denna även ska omfattas av lagstiftningen, krävs däremot en annan diskussion. Man måste då också ta ställning till vad man menar med kön och på vilket sätt kön är relevant för förståelsen av människan. Med en ansats i en könsmänniska som är beroende av sin sociala och kulturella tillhörighet måste kränkningen förankras i hennes köns-mässiga identitet och integritet.

En diskussion om de straffrättsliga problem kvinnor upplever kräver en annorlunda ansats jämfört med den klassiska kvinnorrättens utgångspunkt i kvinnors gemensamma intressen. En förändring av straffrätten i enlighet med den andra modellen kräver därför en principiell diskussion om innebörden av kön, särskilt kön hos människan.

Ovan har jag visat på några av de problem som kan uppstå om man försöker reformera straffrätten med utgångspunkt i den syn på kön och kunskap som följer av den andra modellen. Det är därför tänkbart att några av de problem som kan identifieras bottnar i att de ideologiska och teoretiska utgångspunkter som angavs i direktiven, inte var ägnade för en rekonstruktion av straffrätten på det sätt som möjligen avsågs.

I direktiven talade man dessutom om våldsproblemet som en jämställdhetsfråga. I kommissionens resonemang kopplas våldet samman med maktproblemet på ett tydligt sätt. Det är fullt möjligt att göra tolkningar av verkligheten på politiska grunder, som vi såg i avsnitt 5.4 är detta knappast en ny tanke. Sexualbrottsutredningen baserade sin tolkningar av verkligheten på sexualliberala grunder.

Som jag har försökt visa skapar emellertid inte detta acceptabla förutsättningar för att göra bedömningar av enskilda människor. Den verk-

lighetsbeskrivning man utgår ifrån bygger då på någonting annat än en analys av offrets verklighet.

Kommissionens betänkande kan därför kritiseras för att frågan om en överordnad könsmaktsordning gavs så stor betydelse vid utformningen av de rättsliga lösningarna. Som vi har sett kan denna premiss spåras i de flesta av kommissionens resonemang.

Den andra modellen handlar om (makten över) kunskapen om verkligheten och om behovet av att lyfta fram den kvinnliga verklighet som inte är synlig i rätten.³¹⁰ Det kan därför vara intressant att beskriva vad det innebär att vara kvinna i en maktordning, eftersom denna kan vara relevant för innebörden av kränkningen. Det finns däremot inga skäl att beskriva maktordningen i sig i rättsordningen.

Att just denna ansats är så påtaglig i betänkandet kan ha många förklaringar. Att ange vad det innebär att vara kvinna utan att ty till kulturella stereotyper är analytiskt komplicerat. För rättsvetenskapen kompliceras frågan av att det inte finns någon "kulturfri" kunskap. Rättsvetenskapen sysslar enbart med normer som bygger på kulturella värderingar i en rättsordning som är anpassad till ett visst samhälle. Om man därför ska reformera denna rättsordning kan man bli tvungen att normativt ange vad man menar med kön, vilket kan visa sig vara även politiskt komplicerat.

Könsmaktsordningen är i någon del gemensam för alla som arbetar för kvinnors rättigheter, den är i sig ett motiv för politiskt handlande. Att hävda att man inför ett nytt stadgande i syfte att markera motstånd mot en maktordning kan därför ge en reform av rättsordningen en viss legitimitet. Men en sådan ansats kan inte bidra med någon funktionell beskrivning av vare sig verkligheten eller människan. Den kan inte heller ge något etiskt alternativ, den frigörelse man i så fall åsyftar bygger ideologiskt sett på samma premisser som ideologin om den fria individen.

Man kan därför ifrågasätta om denna nykriminalisering bidrar till någon egentlig förändring av de straffrättsliga premisserna. Den bidrar inte heller till att motverka fragmentiseringen av kvinnofrågan i rätten, och den löser inte problemet med politiseringen av straffrätten.³¹¹

Tidigare har jag därför argumenterat för att man istället bör verka för att rättsordningen ska motverka det etiska problem som ligger i att *kvin-
nor blir utsatta därför att de är kvinnor*. Mot bakgrund av vad som sagts i avsnitt 5.5–5.6 kan man lägga till att man även bör verka för att de

³¹⁰ Se vidare avsnitt 3.4.

³¹¹ Redan de problem som framgick i avsnitt 5.4 torde vara skäl nog att inte eftersträva en ytterligare politisering av straffrätten. Där var syftet att driva frågan om en sexuell frigörelse även i straffrätten, här handlar det om att driva frågan om en kvinnlig frigörelse genom straffrättsliga åtgärder.

straffrättsliga lösningarna avser den kränkning som uppstår när *kvinnor drabbas i sin egenskap av att vara kvinnor*. Det senare kräver dock en helt annan diskussion kring människan, både i förhållande till kvinnoforskningen och till straffrätten.

5.7 Sammanfattning

5.7.1 Inledning

I det här arbetet har jag valt att överföra kvinnoforskningens diskussion kring kön och kunskap till straffrätten, genom att pröva denna mot frågan om vilka premisser som ligger till grund för beskrivningen av verkligheten och människan inom straffrätten.

I kapitel 5 har jag gått igenom några exempel på förslag till reformer av Brottsbalken för att visa hur och varför beskrivningen av verkligheten och människan kan vara relevant att diskutera även i ett rättsvetenskapligt sammanhang.

Eftersom framställningen i huvudsak har behandlat sexualbrotten har argumentationen kretsat kring dels en liberal ansats, representerad av en individualisering av straffrätten och en sexualpolitisk idé om sexuell frigörelse. Dels en feministisk ansats, vilken i allt väsentligt återspeglar en radikalfeministisk syn på våld mot kvinnor och en ståndpunktsfeministisk syn på kön och kunskap.

Genom att placera en könsmänniska i den rättsliga argumentationen blev det möjligt att visa att rättsordningens sätt att tala om människan alltid faller tillbaka på någon form av ideologiskt ställningstagande. Det finns alltså ingen neutral position att argumentera utifrån, redan det etiska idealet om den fria individen kan ses som en viss avgränsad beskrivning av en människa.

Diskussionen i kapitel 5 leder därför fram till åtminstone två slutsatser. För det första blir det tydligt att frågan om hur verkligheten bör beskrivas inom rättsordningen i grunden handlar om moral. Vilken beskrivning av verkligheten man menar man bör välja följer alltid av ett ställningstagande till värdefrågorna.³¹² Det innebär också att de som argumenterar kring dessa frågor alltid uttrycker någon form av moraliskt ställningstagande. Det gäller även de som eftersträvar att inte ge moralen någon ställning inom straffrätten.

³¹² Rättsordningen återspeglar aldrig enbart värderingar, den bidrar också till att legitimera dem. Estrich (1987), s. 101.

Det andra är att argument som direkt eller indirekt relaterar till kön alltid kommer att finnas inom straffrätten. Det som saknas på området är snarare ett ställningstagande till frågan om vilken funktion denna faktor bör ges inom rättsordningen.

5.7.2 Beskrivningen av verkligheten som moral

Den stora skiljelinjen i debatten kring kriminaliseringen av sexualbrotten har traditionellt gått mellan en liberal syn, och en konservativt orienterad syn, dels på sexualiteten och dels på straffrätten som instrument för kontroll.

I avsnitten 5.3–5.4 har jag därför försökt visa att man kan komma till samma rättsliga slutsatser alldeles oavsett vilken ideologisk position man väljer i kontrollfrågan. En förklaring till detta kan vara att man i praktiken utgår ifrån samma beskrivning av sexualiteten. Själva frågeställningen, om man har rätt att kontrollera människors sexuella beteende genom straffrättsliga åtgärder eller inte, behöver alltså inte förändra vad man uppfattar som sexualitet.

När man uttalar vad som är sexualitet innebär det dessutom att man samtidigt anger normer för denna. Det innebär att man inte kan skilja mellan vad som kan uppfattas som sexualmoral och beskrivningar av sexualitet på ett sådant sätt att man tydligt kan ange att det ena är rättsligt relevant men inte det andra. Därför kan också alla möjliga och omöjliga normer som rör sexualitet komma att ligga till grund för våra rättsliga slutsatser. Det går därför inte att tolka sexuella övergrepp utan att samtidigt implicera olika föreställningar kring både kön och sexualitet. Detta gäller alldeles oavsett om straffbuden innehåller "sexuella" rekvisit eller ej.

På samma sätt visade det sig att beskrivningen av människan var avgörande för hur man argumenterar kring rättsliga problem. En syn på människan där denna fritt kan disponera sin sexualitet oberoende av andra, av egen konststillhörighet, av kulturella föreställningar och liknande, ger i slutänden andra förutsättningar för att bedöma kränkningen jämfört med en ansats som innebär att sexualiteten är en del av människans identitet och integritet.

Ideologin om den fria individen anger vissa etiska ramar för hur rättsordningen bör behandla människor, men som utgångspunkt för att beskriva en faktisk människa är denna konstruktion alltför begränsad. Här krävs alltså någon form av social teori som säger oss hur vi bör se på människan i ett socialt sammanhang.

Den syn på människan som förekommer i exemplen i avsnitten 5.3–5.4 förefaller bygga på den första modellen. Man argumenterar utifrån en människa som fritt kan välja sin sexualitet. Därmed kunde också de

sexualpolitiska idéer som var vanliga vid denna tid placeras i den rättsliga argumentationen. Det innebar att man så att säga kunde glida i den straffrättsliga argumentationen, från den fria individen till den frigjorda sexualkonsumenten.

Man kan redan av principella skäl ifrågasätta varför man så okritiskt överför de teoretiska premisserna från straffrättens teorinivå till dess tillämpningsnivå. Som framgick av kapitel 3 har de förutsättningar för att beskriva verkligheten och människan som lyser igenom här, utsatts för allvarlig kritik inom kvinnoforskningen.³¹³ Som Connell har visat så är idén om att kön hos människan kan behandlas som en av människan disponibel roll, att uppfatta som befängd. Därför är denna syn på människan inte heller funktionell när man ska bedöma människor som drabbas av kränkningar.

Övergrepp sker alltid i ett visst socialt sammanhang och rättsliga bedömningar görs alltid inom en viss kultur. Den människa som kränks har en integritet som är personlig varför den kan vara påverkad av könstillhörighet. Rättsliga bedömningar av integritet kan innehålla en könsmässig dimension redan därför att kön kan ses som meningsskapande.

Förutsättningarna för att tala om offret inom straffrätten bygger i utgångspunkten på ideologin om den fria individen. I de exempel som gavs i avsnitt 5.4 placerades offret i den angivna situationen som representant för en idealmänniska som saknar förankring i den verkliga världen. Redan genom att pröva argumentationen utifrån offret som en kvinna i en könsmässig situation, där det sker ett våldsbrott, blev det möjligt att visa att föreställningen om att offret kan styra situationen inte är reell.

De bedömningar som låg bakom tanken om att offret kunde ges ett särskilt ansvar vid just dessa brott motiverades även utifrån en kriminologisk teoribildning. Denna byggde i praktiken på premisser vilka förutsatte att man redan från början definierade situationen så att ansvaret hamnade hos offret. De bedömningar som sedan gjordes var i praktiken endast en bekräftelse av den uppställda teorin.

Förklaringen till detta "cirkelresonemang" var sannolikt att den beskrivning av människan och verkligheten som lades till grund för teorin endast var att betrakta som uttryck för vissa kulturella föreställningar. Det var därför den kulturellt färgade beskrivningen av verkligheten som kom att ange förutsättningarna för tolkningen av offret, inte en analys av offrets verklighet.

Denna kriminologiska teoribildning är intressant därför att den utgör ett försök att vetenskapliggöra en viss beskrivning av verkligheten, vilken lika gärna kunde ha framförts utan denna form av legitimering. Det stora

³¹³ Se avsnitt 3.3 och 3.6.

problemet var emellertid att teorins premisser inte byggde på någon analys av parterna eller situationen.³¹⁴

För brottsoffret uppstår den bisarra situationen att dess rättsliga förmåga bedöms enligt ideologin om den fria individen, medan dess faktiska förmåga i den faktiska situationen bedöms enligt föreställningen om Kvinnan. Ingen av dessa är dock representativ för det individuella offret och hennes deltagande i situationen. Däremot leder förutsättningarna till att offret kommer att bedömas på ett sätt som gör att denna framstår som ett slags "objektiverat fritt subjekt".

De ideologiska förutsättningarna gjorde det dessutom möjligt att glida mellan vad som framställdes som en trivial situation till att också behandla övergreppet som trivialt. Sett från offrets perspektiv är det stora problemet just att dessa övergrepp sker i så vardagliga situationer. Det gör det svårt att skydda sig mot övergrepp, ett problem som även kan påverka upplevelsen av kränkningen.³¹⁵

När man som Sexualbrottsutredningen väljer att hänvisa till annan forskning för att precisera beskrivningen av verkligheten blir man också prisgiven de värderingar denna forskning kan bygga på. Det hjälper därför inte att hämta in kunskapsunderlaget från andra områden. Tolkningen av de empiriska resultaten måste alltid ske i ett normativt sammanhang. Frågan om vilken rättslig funktion kunskapen om verkligheten bör ges kräver alltid moraliska ställningstaganden.

5.7.3 Kön som argument

I kapitel 5 har jag alltså försökt visa att frågan om vad som kan vara kränkande är beroende av hur man uppfattar människan. Ett problem med Sexualbrottsutredningens ideologiska premisser var att den beskrivning av människan man utgick ifrån var sådan att hon av principiella skäl inte kunde bli kränkt sexuellt. Med en sexualpolitisk ansats som handlade om frigörelse blev det politiskt omöjligt att hävda att sexualiteten i sig kunde vara relevant för kränkningen.

När man däremot utgår ifrån en könsmänniska enligt den andra modellen förändras förutsättningarna för att tala om den individuella

³¹⁴ Den berättelse som diskuterades i 5.4 byggde i hög grad på könsstereotyper vilket också kan ha bidragit till att ge denna en pornografisk anstrykning. Mot bakgrund av den rådande sexualpolitiska ideologin kan man undra om det inte därmed också blev politiskt radikalt att tro på berättelsen.

³¹⁵ Sexualbrottskommittén var inne på tanken om att se dessa fall som exempel på ett missbrukat förtroende. Denna tanke utvecklades dock inte av Kommittén, se avsnitt 5.4.8–5.4.9.

kränkningen. I de exempel som gavs uppstod då en skarp kontrast mellan den rättsliga konstruktionen av våldtäkt, där tvånget utgör gränsen för det straffbara, och offrets upplevelse av att vara utsatt för ett sexuellt våld.

Med denna utgångspunkt blev det också möjligt att avvisa flera av de straffvärdebedömningar som handlar om graden av kränkning hos offret, men där dessa vanligen görs utifrån andra faktorer, såsom parternas relation. Det visade sig alltså att den här typen av bedömningar är möjliga enbart om man utgår ifrån en syn på människan som motsvaras av den första modellen.

Det kan därför se ut som att det saknas argument som relaterar till kön på offersidan, och då särskilt vid preciseringen och bedömningen av den individuella kränkningen. Här förekom visserligen argument som relaterade till könstillhörighet, men dessa var i grunden endast uttryck för stereotyper; de bottnade alltså inte i någon analys av de kvinnliga offrens situation.

Däremot blev det uppenbart att denna typ av argument okritiskt förekom på gärningsmannasidan. När offrens eventuella påverkan på gärningsmannen skulle bedömas var hans könstillhörighet avgörande för vad som ansågs vara ursäktande. Gärningsmannens könstillhörighet behandlades dock på ett sätt som mycket väl kan ses som ett uttryck för en kulturell syn på Mannen. Denna ansats blir då lika problematisk som de referenser som gjordes till Kvinnan, eftersom bedömningarna i praktiken återigen vilar på en könsstereotyp. Sådana bedömningar är inte individuella, varför de principiellt sett står i konflikt med kravet på ett personligt ansvar.

I Sexualbrottsutredningen förstärktes den här typen av generaliseringar genom den sexualpolitiska ansatsen. Om man exempelvis utgår ifrån att frigörelsen av sexualiteten är en viktig målsättning kommer man att välja argument som är i linje med denna ideologiska målsättning. Därmed kommer också frestelseargumentet att få en egen lyskraft. Beskrivningen av verkligheten kan därför vara av avgörande betydelse för vad man är villig att acceptera, som här vilka ursäakter som kan anses vara rättsligt relevanta.

Det är dock inte uteslutet att en alternativ utgångspunkt i könsmänskiskan skulle kunna innebära att frestelseargumentet ges relevans. Om män ska bedömas mot bakgrund av sin könstillhörighet, kan man också säga att de kan påverkas av offret därför att de är män i en viss kultur. Om man överhuvudtaget väljer att föra ett sådant resonemang kräver detta emellertid att man individualiserar bedömningen. Dessutom skulle en applicering av argument som relaterar till offrets könsmissiga upplevelse av övergreppet sannolikt förändra innebörden av kränkningen på

ett sådant sätt att tillämpningsområdet för den här typen av argument skulle minska.

Men detta säger oss samtidigt något viktigt om själva problemet med att applicera kön inom rättsordningen. Det är inte tillräckligt att lägga till kön eller att på annat sätt bygga sin argumentation på att kön ska ges betydelse. Även om man väljer att ta hänsyn till denna faktor i rättsordningen kommer själva grundfrågan att kvarstå: Vilka värden är det som ska styra?

Därför hjälper det inte heller att som Sexualbrottskommittén enbart säga att vissa argument ska tas bort. Man kommer alltid att bli tvungen att ta ställning till någon form av beskrivning av verkligheten där könsfaktorn ingår. Det krävs därför tydligare principer för vilka beskrivningar av människan som bör vara giltiga inom straffrätten.

5.7.4 Avslutning

De analyser som utfördes i kapitel 5 byggde alltså i första hand på de premisser som följer av den andra modellen. Redan det att diskutera rättsliga problem utifrån de kvinnliga offrens villkor kan alltså bidra till att förändra förutsättningarna för den rättsliga argumentationen.

Utgångspunkten för Kvinnovaldskommisionens förslag kan uppfattas som en kombination av radikalfeminism och ståndpunktsfeminism. Denna ansats motsvarar också de ideologiska förutsättningar som i hög grad har dominerat debatten kring kvinnors straffrättsliga problem.

Den andra modellen handlar om att det finns en beskrivning av en kvinnlig verklighet som har trängts undan i vetenskapen. På samma sätt handlar kommissionens diskussion kring våld i hemmet om att det finns rättsligt relevanta frågeställningar vilka inte blir synliga i rättsordningen därför att det är helt andra perspektiv som dominerar. När man därför önskar att skapa en särbestämmelse kring dessa övergrepp följer detta av en upplevelse av att rättsordningen inte förmår hantera kvinnors rättsliga behov på ett tillfredsställande sätt.

Vid kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning inleddes därför argumentationen med att de utsatta kvinnornas situation lyftes fram. Men när man inte kopplade kunskapen om offrets situation till innebörden av kränkningen omformulerades problemet; från en kvinna med ett könsmässigt problem till en beskrivning av en viss situation. En koppling mellan könsmänniskan och den individuella kränkningen kunde ha förändrat förutsättningarna för den straffrättsliga argumentationen. Istället framstår straffbudet endast som ett angivande av vissa faktorer som gör dessa situationer särskilt straffvärda.

Kommissionen argumenterade utifrån den andra modellen, men utan att ta ställning till vilken innebörd och funktion könsfaktorn bör ges inom straffrätten. Vilka premisser som ska läggas till grund vid bedömningen av kränkningen blir därmed oklart. Kommissionens hänvisning till våldet som ett maktproblem ger inte i sig några premisser för bedömningen av en sådan kränkning.

Reformer av den karaktär som kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning BrB 4:4a st. 2 representerar, är därför inte sådana att de kan leda till en förändring av straffrätten. Kön behandlas helt enkelt i en alltför politisk och pragmatisk form.³¹⁶

Frågan om hur kön bör behandlas i forskningen har diskuterats ingående, men diskussionen har i första hand handlat om könsfaktorn analytiska funktion. Denna ansats har varit en konsekvens av ett behov inom kvinnoforskningen av att inte behandla könsfaktorn normativt.

När man talar om att reformera straffrätten mot bakgrund av att kön har betydelse för vårt sätt att förstå verkligheten, leder analysen till att man måste uttala något normativt om vilka konsekvenser denna faktor bör ges för straffrätten. Om man ska lägga könsfaktorn till grund för straffrättens sätt att tala om människan måste denna även ges ett materiellt innehåll.

Problemet med hur man bör beskriva verkligheten och människan är inte säregen för kvinnoforskningen, i senare års straffrättsliga forskning framträder liknande frågeställningar. I ett straffrättsligt arbete som handlar om att precisera förutsättningarna för att bedöma kränkning och straffvärde, diskuterar författarna en tänkbar modell med utgångspunkt i begreppet "Living Standard".³¹⁷ Författarna har inspirerats av författaren Sen som diskuterar en utveckling av de ekonomiska begrepp som syftar till att ange människors välfärd. Tanken är att välfärd inte enbart kan mätas i pengar. Författarna anger därför att de önskar att lägga till grund begreppet "understood in this broader sense".³¹⁸

Författarnas tanke är att graden av kränkning hos offret kan bedömas mot bakgrund av i vilken grad en viss gärning kan antas försämra levnads-

³¹⁶ Jfr Nordborg/Niemi-Kiesiläinen (2001), s. 70: "As the law now stands, the new crime prescribes more severe sanctions for crimes that have already been sanctioned according to the Swedish Penal Code. As feminists, we may ask whether this result is what we really wanted. (...) Severe sanctions have hardly ever been the political goals of the feminist movement. Rather, women have demanded that laws be enforced with the same rigour when the victims are women as when the victims are men."; Jfr avsnitt 2.2.

³¹⁷ Modellen har kritiserats i flera sammanhang, se vidare Burman (2006), s. 138–139.

³¹⁸ von Hirsch/Jareborg (1991), s. 7; Jfr också von Hirsch (2001), s. 62–66.

standarden (möjligen livskvaliteten), eller förutsättningarna för att uppnå denna.³¹⁹

Den diskussion som förts i det här kapitlet har visat på behovet av att precisera tydligare kriterier för det sätt på vilket man talar om människan i straffrätten. Kritiken har gällt de förutsättningar som anges både på teorinivå och på tillämpningsnivå.

Konstruktionen av den individ som straffrätten utgår ifrån är viktig eftersom den anger de grundläggande förutsättningarna för hur man bör tala om människan i straffrätten. Den fria individen är också central för innebörden av de skyddade värdena. Som vi har sett finns det en tendens till att den föreställning om människan som den fria individen innebär också påverkar det sätt på vilket man talar om människor på tillämpningsnivån. Teorin lägger grunden för ett visst sätt att se människan vilket även påverkar preciseringen av den individuella kränkningen och det sätt på vilket denna prövas mot enskilda människor.

Författarna väljer här en syn på individen som inte nödvändigtvis är förenlig med de ideologiska grunder straffrätten av tradition bygger på. Jaggar menar exempelvis att den ansats Sen utgår ifrån, i sig kan ses som en kritik av en traditionell liberal syn på människan. Hon betonar att den tanke som varit grundläggande för en liberal rationalitet, nämligen att människan alltid eftersträvar sin egen fördel, kan ifrågasättas mot bakgrund av Sens teori.³²⁰ Författarnas val att göra ett avsteg ifrån "the economic man" är lovvärt, här finns exempelvis en kritik mot det sätt på vilket Feinberg anger skada.³²¹ Konstruerandet av en modell som handlar om att mäta människors välfärd, eller förutsättningarna för att uppnå välfärd, kräver mot denna bakgrund att man även problematiserar de straffrättsliga grunderna för att tala om individ och skada.

Detta problem blir än tydligare i det sätt på vilket författarna talar om människan och verkligheten. Det valda begreppet refererar till en bedömning av ett mänskligt liv. Man måste alltså tänka utifrån någonting, det krävs en beskrivning av en människa. Därför krävs också någon form av standardiserad människa.

Författarna är inne på tanken om att innebörden av begreppet skada kan variera med exempelvis social standard och därmed mellan olika kulturer. Det sätt på vilket författarna anför möjliga skillnader handlar dock om yttre omständigheter såsom vissa ekonomiska förutsättningar.

³¹⁹ Jfr även Asp/von Hirsch (1999), s. 168, som anger några exempel som avser fysisk skada och levnadsstandard.

³²⁰ Jaggar (1983), s. 45.

³²¹ von Hirsch/Jareborg (1991), s. 7–10.

Den fråga kvinnoforskningen reser handlar däremot om att kunskapen om verkligheten är situerad. Det finns ingen neutral verklighet och det finns ingen neutral beskrivning av människan. En beskrivning av människan och verkligheten utgår alltid ifrån någon form av position och bygger därför även på vissa antaganden. Därför krävs en mycket tydlig precisering av *vem* det är man talar utifrån. I mitt arbete har jag försökt visa att det sannolikt är just beskrivningen av människan och verkligheten vi är oeniga om och att detta inte enbart handlar om yttre faktorer som vissa sociala möjligheter. Den kritik som innefattas är så grundläggande att den enligt min mening även har implikationer för straffrättens teori.

Mot bakgrund av vad som sagts tidigare leder författarnas sätt att tala om människan tanken till den första modellens människa. Denna är möjlig att beskriva oberoende av dennes könsmissiga och kulturella tillhörighet, varför denna kan standardiseras i en viss form för att sedan appliceras på alla som drabbas av brott. Det är alltså möjligt att beskriva en sådan människa, men frågan är om den är funktionell som utgångspunkt för att precisera graden av kränkning?

När den människa som blir kränkt ses som del av ett socialt sammanhang kräver en diskussion om livskvalitet att man också placerar denna diskussion där som frågan om kränkning ska bedömas. Författarna gör en poäng av att skada inom straffrätten alltid måste relatera till ett gärningsmanna-orienterat perspektiv. Den systematik som lägger grunden för ansvaret leder till att denna premiss gäller vid tillämpning. En precisering av innebörden av den individuella kränkningen sker dock på ett tidigare stadium.

Ståndpunktsfeminismen har försökt lösa problemet med hur man ska kunna tala om den situerade människan och hennes verklighet genom att istället utgå ifrån en könsmissiga. Den människa man talar om i ett straffrättsligt sammanhang måste kunna förankras i en könsmissig tillvaro. Det sätt på vilket denna ansats definierats i litteraturen, med en tydlig koppling till könsmotsättningen, har dock vanligen lett till att man till slut måste kunna säga någonting om vad som är innebörden av begreppet "kvinna". Som vi såg i avsnitt 3.4 ovan, kan därför just denna version av kvinnoforskningens teoribildning kritiseras därför att det inte finns En kvinna. Gruppen kvinnor är alltför heterogen för att man ska kunna ange något normativt innehåll bortsett från det rent biologiska.

I jämförelse med ståndpunktsfeminismens problem verkar författarnas dilemma svårare att lösa. Vi vet betydligt mer om vad som konstituerar en kvinna och vilka livsvillkor kvinnor generellt sett har, än vad som är möjligt att veta om en standardiserad människa.

Det är därför möjligt att det här finns ett problem som liknar det som diskuterats tidigare i kapitlet. Att förutsättningarna för den människa

man utgår ifrån inte är preciserade på ett sådant sätt att det är möjligt att uppställa standarder för att bedöma kränkningar.

Det är mycket möjligt att författarna vet *vem* det är de talar om, att den individ man talar om är given från början. Man kan få en viss ledning genom de exempel som ges. Ett av dessa anknyter till den diskussion som förts i det här kapitlet, det handlar om s.k. "daterape".³²² Det konkreta exempel på en verklig händelse som ges av författarna, anknyter dels till frågan om offrets deltagande i det sociala sammanhang som övergreppet sker inom, i det här fallet avses kvinnliga studenters deltagande i studentfester. Dels till frågan om den skillnad man traditionellt gör mellan övergrepp som begås genom tvång och övergrepp som utgör en form av utnyttjande. I det aktuella exemplet handlar det om ett utnyttjande som sker därför att den kvinnliga studenten blivit berusad och därmed oförmögen att göra verkligt motstånd.

Att presentera all den litteratur som innefattar någon form av kritik mot detta sätt att behandla våldtäktsproblematiken blir en omöjlig uppgift i sammanhanget. För att belysa frågan om hur författarna ser på den människa som utgör grunden för standardindividen, kan det dock vara tillräckligt att anföra ett exempel från denna diskussion.

Indelningen mellan olika former av våldtäkt sker vanligen med utgångspunkt i att våldtäkt ses som ett brott som sker genom tvång i form av våld (eller hot om våld). Därför graderas olika gärningar efter mängden våld. Mot bakgrund av detta ses inte utnyttjandebrottet som ett våldsbrott.

De straffvärdebedömningar som görs i exemplet, och som läggs till grund för de olika rubriceringarna, utgår ifrån en sådan traditionell straffrättslig ansats. Bedömningen av livskvalitet bygger därför på den grad av våld offret utsätts för. Utnyttjandebrottet ges en lägre grad av straffvärde därför att detta inte avser denna typ av våld. Reduceringen av offrets livskvalitet anses därför vara mindre i dessa fall.

En utgångspunkt i kvinnors livsvillkor hade möjligen givit en annan lösning. Som vi har sett leder en ansats i den andra modellen till andra förutsättningar för att bedöma kränkning. En utgångspunkt i könsmänniskan ger vid handen att man inte kan skilja mellan den kränkning som följer av våldshandlingen från den som följer av sexualhandlingen. Båda är att betrakta som fysiska angrepp mot kroppslig integritet. I denna mening kan dessutom både våldet och sexualiteten vara meningsskapande för innebörden övergreppet. Man kan mot denna bakgrund inte utgå ifrån att det ena är våld men inte det andra, eller att det ena är mer kränkande än det andra.

³²² von Hirsch/Jareborg (1991), s. 26; Exemplet diskuteras även i Berglund (1994).

Den straffrättsliga definitionen av våldtäkt bygger ytterst på ideologin om den fria individen. Det är en konstruktion som också anger förutsättningarna för den syn på kränkning som i det här sammanhanget bidrar till att man gör en viss straffvärdebedömning av s.k. "date rape". Man kan därför undra i vilken grad författarnas utgångspunkt i Amartya Sen innebär att de bryter med konstruktionen av den individ som är en viktig förutsättning för straffrättens teori. Någon förändring av straffrättens etiska förutsättningar ser inte heller ut att ha varit avsikten med preciseringen av en modell som tar sin utgångspunkt i livskvalitet. Även om man väljer att endast tala om exempelvis de yttre sociala förutsättningarna för möjligheten att uppnå en viss levnardsstandard hade det exempel som ges varit intressant eftersom det anknyter till frågan om kvinnors möjligheter till utbildning och socialt liv.

Mot bakgrund av vad som sagts i arbetet kan tanken om att skapa en standardiserad människa därför kritiseras antingen därför att den inte innehåller ett ställningstagande till faktorer såsom kön, varför den redan från början saknar relevanta kriterier för att bedöma faktiska människor. Eller så kan den kritiseras för att redan bygga på vissa förutsättningar som samtidigt exkluderar andra, varför bedömningen av livskvalitet under alla omständigheter inte sker utifrån någon neutral position. Den modell författarna presenterar löser därmed inte de problem som ligger i straffrättens grundförutsättningar och som ofta blir synliga just när dessa ska prövas mot en könsbestämd verklighet.

Avslutningsvis kan man konstatera att den alternativa straffrättsliga ansats som kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning utgör, innebär att straffbudet är annorlunda till sin konstruktion, men det bryter i realiteten inte med de rättsliga idealen. Straffbudet bryter till viss del med ett vetenskapligt ideal som säger att vi bör skapa delikt som kan omfatta alla situationer av en viss kränkning. Men i denna mening har olikhet alltid kunnat ges betydelse inom rätten.³²³ Själva utgångspunkten i form av den särskilda situation som kräver särskilda åtgärder, innebär inte att man bryter med rättens fragmentisering av den avgörande frågan; hur bör man hantera könsfaktorn i straffrätten?³²⁴

Det är en frågeställning som dock även kräver en principell diskussion kring straffrättens teoretiska förutsättningar. Om man väljer den ansats som varit vanlig i debatten kring straffrätten, måste man också ställa frå-

³²³ Jfr barnadrap BrB 3:3, hets mot folkgrupp BrB 16:3, våld mot tjänsteman BrB 17:1, o.s.v.

³²⁴ För en diskussion kring hur särskilda kvinnliga rättigheter kan motiveras, se Nieminen (1992).

gan om den andra modellen kan ange ett etiskt alternativ till den fria individen.

Som framgick i avsnitt 3.4. handlar stånpunktsfeminismen ytterst om att det finns alternativa beskrivningar av verkligheten. Kritiken av den manliga rätten innefattar därför också en tanke om att det går att precisera ett alternativ som kan ivarata kvinnors straffrättsliga intressen.

Det har också förts en diskussion inom stånpunktsfeminismen kring detta tema. Den forskning som presenterats har handlat om kvinnliga värden, om omsorgsetik som alternativ till rättighetsetik, om religiösa ansatser i skepnad av den kvinnliga guden, o.s.v.³²⁵

Ett problem med de alternativa ansatser som kan finnas här är dock att dessa vanligen handlar om något annat än att precisera etiska principer. Det gör dem inte ointressanta för rättsvetenskapen; Gilligans kritik handlar om att det kan finnas könsmässiga skillnader i etiskt tänkande, men framförallt om att det kan finnas ett dolt könsperspektiv i etisk teori.

Genom de olika ansatser som förekommer inom kvinnoforskningen kan man därför få incitament och kunskaper som kan vara relevanta att ta i betraktande när man diskuterar utformningen av straffrättens teoretiska nivå. En ansats som utgår ifrån synen på människan i straffrätten kan troligen ge vissa rekonstruktiva möjligheter. Framförallt därför att man då talar om frågeställningar som berör både straffrättens teori- och tillämpningsnivå. I straffrätten förekommer dessutom människan på båda dessa nivåerna, och både i form av en föreställd och en faktisk människa. Det sätt på vilket vi hanterar människan i straffrätten är av avgörande betydelse för straffrättens etiska innehåll.

³²⁵ Se vidare avsnitt 3.4.

6 Människa och kränkning

6.1 En feministisk kritik

6.1.1 Inledning

Den straffrättsliga diskussionen om principerna för kriminalisering har i hög grad handlat om att skydda "individen". Detta ideologiska ställningstagande har varit särskilt tydligt när det gäller sexualbrotten. Ur en straffrättslig synvinkel har det varit viktigt att understryka att straffrätten är en typ av våldsutövning som endast kan användas i syfte att skydda rätten till individuell frihet.

I föregående kapitel har jag försökt visa att det finns en feministisk kritik av strafflagstiftningen. Kritiken har framförallt handlat om hur beskrivningen av verkligheten påverkar utformningen och tolkningen av lagstiftningen. Vid bedömningar av sexuella övergrepp blir denna problematik särskilt tydlig; det finns ingen beskrivning av sexualitet som inte innefattar sociala normer.

Det är därför inte heller så att synen på sexualiteten nödvändigtvis förändras samtidigt som straffrätten liberaliseras. Man kan säga att kvinnor är kvinnor och sex är sex, alldeles oavsett vilken uppfattning man har i den straffrättsliga kontrollfrågan.

Även beskrivningen av människan är relevant i sammanhanget. Som vi har sett får den konstruerade individ, som preciseras på straffrättens teorinivå och som syftar till att uttrycka etiska värden, ofta betydelse även på den straffrättsliga tillämpningsnivån.

Den beskrivning av människan som bildar tolkningsbakgrund vid bedömning av den enskilda människan kommer därför att bygga på vissa kriterier. Vid jämförelse med de modeller som presenterades i kapitel 3 motsvarar denna beskrivning av människan de premisser som gavs i den första modellen. Man kommer då att beskriva människan på ett sådant sätt att det blir möjligt att ange den individuella kränkningen oberoende av könstillhörighet och kulturell tillhörighet.

Skyddsobjektet anger att våldtäktsbrottet utgör en kränkning av handlingsfriheten. Skyddsobjektet och gärningsdefinitionen leder därför till att den sexuella handlingen principiellt sett inte är relevant vid precise-

ringen av den individuella kränkningen. Som vi har sett har dock lagstiftaren varit ambivalent i denna fråga. När man bedömer en gärnings straffvärde har den sexuella handlingen betydelse för graden av kränkning varför den även påverkar graden av straffvärde. Ett genomgående problem i de exempel som presenterades har varit att den sexuella kränkningen har nedvärderats av ideologiska skäl.

Ur en feministisk synvinkel är den sexuella aspekten av övergreppet av central betydelse. Den leder till att den könsmissiga dimensionen blir relevant även vid preciseringen av innebörden av övergreppet. Som jag har visat tidigare finns här två aspekter av den könsmissiga kränkningen som kan vara relevanta att ta hänsyn till. *Kvinnor drabbas av övergrepp därför att de är kvinnor, det är så att säga signifikativt för övergreppet. Redan det att vara disponerad för sexuellt våld kan sägas vara en del av kvinnors livsvillkor. Men kvinnor drabbas även i sin egenskap av att vara kvinnor. Den kränkning som drabbar dem är relevant även i förhållande till deras könsidentitet; det är deras kvinnliga kroppsliga integritet som utsätts för våld.* Könsfaktorn är därför av intresse både vid utformning och vid tolkning av lagstiftning avseende sexuella övergrepp.

I det här kapitlet kommer jag att sammanfatta och avsluta den diskussion som förts i arbetet. I avsnitt 6.4 kommer jag också att säga något om förutsättningarna för att reformera straffrätten med utgångspunkt i den kritik som framkommit i arbetet.

6.1.2 Feminism eller konservatism?

Den feministiska kritiken av straffrättens hantering av sexualbrotten tolkas vanligen mot bakgrund av den traditionella motsättningen mellan en liberal och en konservativ syn på statens möjlighet att kontrollera människors sexualitet genom straffrättsliga åtgärder.¹

Träskman skriver att "(d)enna strävan efter att skärpa strafflagstiftningen bygger på uppfattningen att utvecklingen efter 1960-talet skall ses som ett tecken på ett *fortgående moraliskt förfall* som måste stoppas."²

Även andra skribenter vänder sig emot senare tids lagstiftning därför att den kan tolkas som en kränkning av individens rätt till självbestämmande, men utan att samtidigt reflektera över att reformerna är en reaktion på de konsekvenser föreställningen om den fria individen leder till när straffrätten ska hantera faktiska människor i en viss kultur.³

¹ Den feministiska kritik som riktades mot SOU 1976:9 tolkades även den som ett försök att skydda en gammaldags moral. Se t.ex. Sveri (1981), s. 31.

² Träskman (1993), s. 355; Jfr Lernestedt (2004), s. 398.

³ Se t.ex. Alexius (1995), s. 597 f.; Jfr Lernestedt/Hamdorf (1999), s. 847, som kritise-

Det finns en tendens till att en tolkning av feminismen som antiliberal leder till att man också drar slutsatsen att feminismen syftar till att återinföra den konservatism som kännetecknade 1800-talet.⁴ Jag har tidigare argumenterat för att kontroll av sexualitet leder till kontroll av kvinnor, varför en sedlighetsorienterad moral inte kan vara ett feministiskt intresse. Däremot kan man säga att om moralen ytterst syftar till att skydda de svaga, så är moral ett självklart krav från den som befinner sig i en utsatt position.⁵

I motsättningen mellan den konservativa och den liberala ansatsen är skyddet av den individuella friheten av grundläggande betydelse för feminismen. Feminismens kritik av den liberalism som styr den straffrättsliga argumentationen handlar därför inte om att välja bort liberalismen till fördel för konservatismen. Ferguson skriver att "Feminism is theory of social change. That is, all of them are unalterably opposed to conservatism and desire some minimum change in the social order as to better accommodate women's rights."⁶

En feministisk kritik leder istället till ett ifrågasättande av det sätt på vilket en liberalt orienterad ideologi skyddar människors integritet. Om man väljer att istället skydda människors könsmissiga integritet utifrån ett ställningstagande till kön såsom meningsskapande, kommer man också att föra in ett element av kultur som i någon mån alltid kommer att vara kollektivt. Det är dock inte detsamma som att man måste förankra ett tänkbart straffrättsligt värde i kollektiva ideal såsom "samhällets väl".⁷ Även frågan om det finns ett feministiskt alternativ till dagens straffrätt kräver alltså ett ställningstagande till värdefrågorna, framförallt när det gäller hur man bör beskriva människan.

I föregående kapitel visade jag några exempel på den kritik som kan riktas mot straffrättens bristande förmåga att skydda enskilda människors rätt till frihet. I det följande kommer jag att sammanfatta dessa exempel för att visa vad den feministiska kritiken handlar om och varför denna är relevant i förhållande till utformningen av straffrätten.

rar kriminaliseringen av sexköp därför att den kan ses som ett uttryck för moraliserande och därför att den bryter med en traditionell liberal syn på den fria individen.

⁴ Zita (1990), s. 11–12.

⁵ Howard (1988), s. 105.

⁶ Ferguson, (1989), s. 9.

⁷ Jfr avsnitt 6.2.2; Denna gränsdragning kan dock vara svår att göra. Hein skriver exempelvis att "Somethings must be learned by oneself. But intervention is justified to preserve the vestiges of human dignity that reside in that person for the sake of the rest of us. In this case, it is human dignity as such that is being defended." Hein (1982), s. 88.

6.1.3 Två friheter

Principerna för kriminalisering bygger alltså på tanken om att skydda den individuella friheten. Vid en kriminalisering får denna frihet två funktioner: dels innebär den en rätt att slippa kränkningar från andra människor, dels ger den en rätt att fritt disponera sin frihet utan rättsliga begränsningar. Principiellt sett är dessa två aspekter av den individuella friheten likvärdiga vid straffrättsliga bedömningar. I praktiken innebär det att man också kommer att utgå ifrån att människan i varje situation har en rätt att utöva båda friheterna.

I relation till det kvinnliga offer som utsätts för ett sexuellt övergrepp blir dock denna premiss problematisk. Om målsättningen är att inte begränsa människors handlingsfrihet mer än vad som är absolut nödvändigt innebär det att man på kriminaliseringsnivån inte kan ange vad som är en lämplig sexualitet och vad som inte är det. Man kan då endast kriminalisera gärningar mot bakgrund av i vilken grad de kränker grundläggande fri- och rättigheter. Därför kriminaliseras gärningen våldtäkt som en kränkning av handlingsfriheten. Utöver detta är det däremot inte möjligt att med rättsliga åtgärder inskränka den enskilda kvinnans rätt att fritt utöva sitt sexuella självbestämmande eftersom detta skulle stå i strid med det principiella förbudet mot paternalism.

Vid en bedömning av den kvinna som blir utsatt för ett sexuellt övergrepp kommer därför de två friheterna att handla om rätten att slippa integritetskränkningar från andra människor, och rätten att utan rättslig inblandning delta i sexuella handlingar som kan vara kränkande.

Individens frihet att slippa rättslig kontroll är en stark frihet därför att den avser individens relation till staten. Den har därför också påtagliga straffrättsliga konsekvenser. Som vi har sett är det principiellt sett så att den som samtycker inte drabbas av en straffrättsligt relevant skada. Individen har en rätt att disponera sin frihet varför samtycket utesluter en individuell kränkning.

I kapitel 2 visade jag att de två friheterna kan prövas på ett likvärdigt sätt om man befinner sig i "gärningsmannens" position, alltså i en situation där man hävdar rätten att agera fritt. Den som är homosexuell kan hävda rätten att slippa övergrepp från andra människor, och rätten att fritt utöva sin homosexualitet utan rättslig kontroll så länge han inte begår övergrepp mot andra.

I "offrets" position är de två aspekterna av frihet endast möjliga att jämföra, om man utgår ifrån att den rätt till frihet som den enskilda människan hävdar, utgörs av den abstrakta frihet som den fria individen representerar. Det innebär att dessa två aspekter av frihet i praktiken endast är jämförbara hos den konstruerade individen på straffrättens teo-

rinivå. För att de ska kunna bedömas på ett likvärdigt sätt i offrets position krävs därför även en viss beskrivning av människan.

I kapitel 5 gavs några exempel på hur förutsättningarna för att precisera innebörden av den individuella kränkningen förändras om man utgår ifrån den beskrivning av människan som följer av den andra modellen. Det blir då uppenbart att dessa två friheter inte är jämförbara hos den könsmänniska som drabbas av övergrepp. Den integritetskränkning som drabbar denna människa är något annat än en kränkning av den rätt till individuell frihet som förvaltas av den fria individen.

Rätten till självbestämmande på det sexuella området blir därför komplicerad i relation till det kvinnliga offret. Kvinnor måste ha rätt att disponera sin sexuella frihet utan att bli utsatt för statlig kontroll genom strafflagstiftning. Därför kan man inte heller utgå ifrån att en kvinna som drabbas av våldsam sexualitet inte kan ha varit en frivillig deltagare. Även om det har förekommit våld är det alltså inte säkert att det sexuella umgänget varit ofrivilligt. Våld kan vara en del av sexuell upplevelse.⁸

Det innebär att det är den konstruerade individens rätt att disponera sin frihet som anger premisserna för tolkningen av den enskilda människan i den faktiska situationen. Kvinnors deltagande i sexuella handlingar bedöms därför mot bakgrund av en frihet som preciseras utifrån en konstruktion av en individ som varken motsvarar kvinnors sociala eller rättsliga position.⁹

Vid dessa bedömningar samverkar beskrivningen av verkligheten med de straffrättsliga förutsättningarna. Eftersom sexualiteten är en social konstruktion kan denna i sig innehålla maktrelationer. En sexuell frigörelse leder därför inte nödvändigtvis till att kvinnors sexuella självbestämmande ökar. Det finns snarare en risk för att rättsliga lösningar som bygger på en ideologi om sexuell frigörelse leder till att kvinnors sexuella tillgänglighet rättsligt sett blir större. Ju mer sexuellt "liberal" man är desto mer är man beredd att i ett rättsligt sammanhang acceptera som uttryck för frivillig sexualitet.

Ett intressant exempel, som följer av principen om individens rätt att disponera sin frihet, utgör diskussionen om offrets medansvar. Om man utgår ifrån att det finns en rätt att utsätta sig för sexualitet i alla former, kan man inte dra slutsatsen att kvinnor inte medvetet uppsöker möjligheten att delta i olika former av våldsam sexualitet. Även denna rätt är ju skyddad inom ramarna för det straffrättsliga samtycket.

I avsnitt 5.4 försökte jag visa att det sätt på vilket offret ges ett medansvar i de aktuella fallen följer av hur man beskriver situationen och

⁸ Jfr avsnitt 2.3.3 angående det straffrättsliga samtycket, och avsnitt 6.2.3.

⁹ Jfr avsnitt 5.4 där det konstaterades att offret framstår som ett objektiverat subjekt.

gärningen: En kvinna går in i en könsmässig situation där hon utsätts för en sexuell handling.

Mot bakgrund av det sätt på vilket situationen beskrivs anses händelseförloppet vara förutsägbart för offret. När sedan offrets deltagande i situationen objektivteras blir det också möjligt att säga att offret har en möjlighet att kontrollera händelseförloppet.

De rättsliga förutsättningarna för att hävda att offret disponerar sin frihet i detta sammanhang följer av ideologin om den fria individen. De bedömningar som görs i den konkreta situationen bygger däremot på könsstereotyper, varför de i grunden endast uttrycker en viss sexualmoral. Den "roll" offret tilldelas i denna verklighetsbeskrivning ligger mycket långt ifrån idealet om den fria individen. Den bryter dessutom med den syn på människan som var utgångspunkten för den ideologiska förändringen av straffrätten, nämligen att man ska utgå ifrån att människan är oberoende, även av sin könstillhörighet.

Som framgick i avsnitt 5.4 kan detta sätt att beskriva situationen och parterna även leda till spekulativa antaganden om vad människor önskar. Med utgångspunkt i den kriminologiska teori, som gavs som exempel, blev det möjligt att hävda att mordoffret i exemplet kan ha utsatt sig för risken för våld därför att han önskade att bli dödad. Den beskrivning våldtäktssituationen ges leder därför också till denna typ av spekulativa antaganden om vad kvinnor önskar.

Vardagslivet är fullt av risktaganden. Den som går hem sent en kväll medveten om att andra blivit rånade, väljer inte att göra detta därför att den räknar med att bli rånad. Personen utgår snarare ifrån att det ska gå bra, om inte annat så har det gjort det tidigare.

På samma sätt kan man säga att kvinnor umgås med män därför att de räknar med att inte bli utsatta för våld. De tror inte att män som umgås socialt med dem ska visa sig vara våldsamma. Det finns i utgångspunkten ingenting extremt i det att umgås med män.

Tanken om att kvinnor medvetet utsätter sig för risker utgår vanligen ifrån jämförelser med andra risktaganden. Här finns dock en avgörande skillnad. Vid en våldtäkt är det inte slumpen som avgör om skadan uppstår. Det är gärningsmannen som avgör när våldtäkten ska ske, inte ödet. Eftersom brottet typiskt sett är könsmässigt är det inte heller en jämlik situation, vi vet redan från början vem som är offret.

För att få situationen att framstå som okontrollerad måste man därför lägga till en faktor. Man måste beskriva sexualiteten som om den hade en given form. Det frestelseargument som diskuterades i avsnitt 5.4 är ett tydligt exempel på denna strategi. Man har då beskrivit sexualiteten på ett sådant sätt att kvinnan blir en medspelare som av oförsiktighet utlöser ett okontrollerat beteende hos motparten.

Det sätt på vilket offret ges ett medansvar bygger i hög grad på att det kvinnliga offret uppfattar och deltar i situationen på samma premisser som gärningsmannen. I litteraturen blir denna presumtion ofta uppenbar. Gärningsmannen anses vara ursäktad därför att offret agerar irrationellt. Det är hon som plötsligt och oförklarligt drar sig ur en upplagd situation.

Det här är ett tydligt exempel på den kunskapskritik som den andra modellen handlar om; Beskrivningen av verkligheten sker utifrån mycket begränsade förutsättningar. Det är också ett mycket bra exempel på hur konstruerad beskrivningen av människan blir om man utgår ifrån det idealtillstånd som ideologin om den fria individen implicerar. I de aktuella fallen förutsätter en tillämpning av offrets medansvar att man beskriver både situationen och offret på ett objektiviserat sätt.

När man skyddar rätten att slippa våldtäktsövergrepp från andra människor sker detta genom att man preciserar ett skyddsobjekt. Detta anges i form av ett skydd av den fria individens (abstrakta) handlingsfrihet. Det ideal den konstruerade individen utgör är i detta sammanhang överförbart på en beskrivning av en människa som får sin frihet kränkt.

Även rätten att disponera den individuella friheten preciseras med utgångspunkt i den fria individen. När någon hävdar sig ha blivit utsatt för ett fysiskt övergrepp, kräver en tillämpning av rätten att disponera sin frihet att man lägger till grund en viss beskrivning av människan. Det är en beskrivning som ideologiskt sett utgår ifrån det ideal som den fria individen utgör.

Det innebär att den beskrivning man utgår ifrån inte innefattar en människa med könstillhörighet som lever i en viss kultur. Beskrivningen av människan begränsar möjligheten att ta hänsyn till det könsmissiga i övergreppet vid bedömningen av situationen eller parterna. Ett annat problem är att denna beskrivning av människan inte ger ett underlag för att bedöma en könsmissig kränkning förankrad i en könsidentitet.

Den fria individen är en konstruktion som syftar till att ange vissa etiska principer. Idealindividen kan aldrig utsättas för kränkningar helt enkelt därför att den inte existerar, den är enbart en konstruktion. Denna individs möjlighet att disponera sin frihet motsvarar därför inte heller den faktiska människans förutsättningar.

När man prövar rätten att disponera den individuella friheten hos en människa som hävdar sig ha varit utsatt för ett övergrepp, är det i praktiken konstruktionen av den fria individen och dennes handlingsfrihet som skyddas. Det gör också att man kan ifrågasätta varför dessa två friheter ställs mot varandra när man ska bedöma kränkningar av den faktiska människans frihet.

Man kan alltså kritisera en applicering av rätten att disponera sin fri-

het, på den människa som utsätts för ett fysiskt angrepp, redan mot bakgrund av att kvinnor utsätts för övergrepp därför att de är kvinnor. Man kan därför inte heller tolka en övergreppssituation med utgångspunkt i en beskrivning av en människa som saknar förankring i kön och kultur.

Men här finns också en annan frågeställning som är central för en feministisk kritik av straffrättens sätt att hantera människan. När man placerar den skyddade friheten i rättsordningen, samtidigt som man förvisar sexualiteten till det privata området, skapar man mycket tvivelaktiga grunder för preciseringen av kränkningen.

Med en utgångspunkt i kvinnoforskningens andra eller tredje modell, blir en integritetskränkning alltid en kränkning av könsmänniskans kropp och könsidentitet.¹⁰ För att man ska kunna hävda att rätten att skada sig själv principiellt sett även ska anses vara relevant hos den människa som utsätts för våld, är det en absolut förutsättning att man håller denna dimension av kränkningen utanför det straffrättsliga området.

Det innebär att de principer som gäller för kriminalisering inte enbart förutsätter en hänvisning till ideologin om den fria individen, utan att man även utgår ifrån en viss beskrivning av människan.

I debatten har man ofta underbyggt detta ställningstagande med att framhålla en viss ideologisk syn på sexualiteten hos människan. Med denna utgångspunkt har man därför även kunnat hävda att man måste skydda de minoriteter som kanske vill utsätta sig för en våldsam sexualitet. Om man ska argumentera på detta sätt krävs det alltså att man kan anföra en sådan beskrivning av sexualiteten att det framstår som plausibelt att människan fritt kan disponera sin individuella frihet genom att oberoende av både könstillhörighet och det kulturella sammanhanget delta i alla former av sexualitet.

Med en utgångspunkt i könsmänniskan blir inte denna möjlighet lika självklar. Människans integritet är en del av sitt sociala sammanhang. Könsmänniskans integritet är beroende av en könsidentitet som är både fysisk och psykisk. Det är därför inte möjligt att fritt välja sin "kvinnlighet" i en situation där man är objekt för andras sexuella handlingar. Man kan inte fritt spela rollen av det kvinnliga offret om man samtidigt är utsatt för andras våldsutövning. Med denna utgångspunkt är det därför inte heller likgiltigt för den typ av värdesystem som straffrätten utgör att någon objektiverar sig själv.¹¹ En syn på människan som kan förankras i kvinnoforskningens andra eller tredje modell leder därför i förlängningen till att även förutsättningarna för kriminalisering förändras.¹²

¹⁰ Jfr Lacey (1998), s. 110–117.

¹¹ Denna ansats kräver dock ytterligare precisering, se vidare avsnitt 6.4.

¹² Det är tänkbart att det är denna förändring som anger den etiska grunden för krimi-

Mot denna bakgrund kan man därför lika gärna säga att dessa två friheter handlar om en motsättning mellan den som faktiskt önskar att utsätta sig för ett sexuellt våld och den som önskar att vara skyddad mot andras våldsutövning. Att hävda att någon har rätt till skydd av sin sexualitet är i detta sammanhang inte detsamma som att säga att alla människor även ska ha rätt till sex.

Feminismens kritik handlar om att kvinnors rätt till värn av sin fysiska frihet måste skyddas. Detta kan mycket väl vara ett kollektivt krav, men kränkningen är alltid att betrakta som individuell. Den diskussion som förts i arbetet handlar emellertid om att det också finns en könsmässig kränkning. Det gör att en precisering av en individuell kränkning bör ta sin utgångspunkt i en ideologi som innefattar en könsmänniska, hennes identitet och fysiska kropp. I nästa avsnitt kommer jag därför att pröva olika sätt att beskriva en våldtäkt mot några viktiga krav som kan ställas på strafflagstiftningen.

6.1.4 Att beskriva en händelse och en människa

Sexualbrotten har diskuterats under hela 1900-talet. Som vi har sett har debatten vanligen förts mot bakgrund av motsättningen mellan en liberal och en konservativ syn på sexualiteten, och mellan en liberal och en konservativ syn på straffrättens funktion som instrument för samhällsstyrning.¹³

Den senare kontrollfrågan har överhuvudtaget varit mycket påtaglig i debatten, den har på flera sätt styrt förutsättningarna för straffrättens hantering av sexualbrotten.

Ser man till den debatt som förts, ger dock denna motsättning en alltför begränsad beskrivning av de frågeställningar som har diskuterats. Den diskussion som förts inom feminismen har ytterst handlat om tolkningen av övergreppen och det sätt på vilket verkligheten och människan beskrivs i rättsordningen. Som en avslutning kommer jag därför att sammanfatta

naliseringen av sexköp. Den kritik mot lagstiftningen som framförts av exempelvis Lernerstedt/Hamdorf (2000) och (2001), och som går ut på att den valda lösningen strider mot klassisk liberalism, kan sägas skjuta över mål eftersom konstruktionen knappast bygger på denna ideologiska utgångspunkt. Det är inte den fria individen i den form denna anges av klassiska författare som Hart eller Feinberg som skyddas av denna lagstiftning. Se vidare avsnitt 6.2.7 och 6.4.

¹³ Ibland framhåller man även en tredje och betydligt äldre beskrivning där skadan inte ens avsåg dem som faktiskt varit föremål för övergreppet, jfr avsnitt 6.2.1 nedan.

och pröva de olika sätt att beskriva och problematisera händelsen våldtäkt som kan återfinnas i debatten.¹⁴

Jag kommer att formulera ett antal exempel som beskriver olika sätt att uppfatta övergreppet "våldtäkt".¹⁵ Samtliga exempel är möjliga att finna i debatten kring sexualbrotten under 1900-talet, i förarbeten och reformförslag, kvinnovetenskapslitteratur och liknande. På samma sätt som vid presentationen av modellerna i kapitel 3, syftar dessa beskrivningar till att strukturera olika sätt att argumentera.¹⁶

En intressant aspekt av de exempel som ges här är att de är konstruerade utifrån ideologiska ställningstaganden, de beskrivningar av verkligheten som ges i dessa exempel följer alltså inte av kunskaper om empirin.

För att understryka att de olika exemplen faktiskt kan ha relevans för de rättsliga bedömningar som görs kommer jag att utgå ifrån en framställning av själva händelsen våldtäkt som är förenlig med den straffrättsliga grundkonstruktionen: "Ett betvingande av en (kvinnlig) människa till sex".

Vi talar alltså om en enkel beskrivning av händelsen till vilken man kan koppla olika föreställningar kring verkligheten och människan. Det innebär att man på samma sätt som tidigare kan ställa frågor som rör den kunskap som läggs till grund för rättsordningen, och det sätt på vilket man uppfattar kön hos människan.

Eftersom framställningen syftar till att strukturera olika sätt att uppfatta händelsen våldtäkt kommer jag inte att diskutera med utgångspunkt i BrB 6:1. Ett skäl till detta är att diskussionen kring sexualbrotten i hög grad har handlat om grundläggande skillnader i synen på kränkningen. Det kan därför vara intressant att diskutera de aktuella frågeställningarna så förutsättningslöst som möjligt.¹⁷

Denna sammanställning är intressant därför att den väcker två frågor. Den första handlar om att dessa olika sätt att uppfatta händelsen våldtäkt kan påverka rättstillämpningen. Detta beror för det första av om de aktu-

¹⁴ Omarbetad version av tidigare artikel, se Berglund (2002); Jfr Niemi-Kiesiläinen (2004), s. 167–189, som gör en liknande genomgång av några sexualpolitiska ställningstaganden och hur dessa påverkat finsk straffrätt.

¹⁵ Jfr Liljeström (1996), s. 504 och 507, som talar om ett "våldtäktsmanuskript" som kan förändras.

¹⁶ På samma sätt som när gällde modellerna är det inte säkert att en viss debattör enbart befinner sig inom en viss beskrivning. Man kan precisera en ansats i våldtäkten som tvång (6.2.4) och samtidigt ha en syn på sexualiteten som följer av våldtäkten som erövring (6.2.3). Man kan ange en ansats i våldtäkten som våld (6.2.6) utan att samtidigt ange att man då också förutsätter att våldtäkten måste ses som uttryck för makt (6.2.5), o.s.v.

¹⁷ En sådan diskussion hade dessutom krävt en rättsdogmatisk framställning som faller utanför arbetet.

ella argumenten är ideologiskt och systematiskt konsistenta med BrB. Det innebär bland annat att argument som följer av det exempel som ges i avsnitt 6.2.1 blir diskvalificerade på grund av att skadan inte placeras hos den som blir utsatt för gärningen.

En problematisk sida av all rättstillämpning är dock att vi tolkar en verklighet vi förutsätts känna till, varför de erfarenhetssatser som anges vid tillämpning ofta är beroende av olika kulturella föreställningar. Man kan därför inte utesluta att de argument som följer av de olika exemplen inte skulle kunna påverka den verklighetsbeskrivning som händelsen tolkas utifrån. Ett skäl att studera dessa exempel är därför att de indirekt kan påverka den straffrättsliga argumentationen.

Den andra frågan handlar om möjligheten att reformera den straffrättsliga regleringen med utgångspunkt i de olika sätt att beskriva verkligheten och människan som kan identifieras här. Det sätt på vilket man beskriver människan och verkligheten kommer att påverka vad man uppfattar som en relevant skada, och på vilket sätt människan kränks.

Jag kommer därför att pröva dessa exempel mot de krav som ställdes i föregående avsnitt. Lagstiftningen ska bygga på att det handlar om en individuell skada. Det värde som ska skyddas ska alltså vara möjligt att individualisera. Preciseringsen av kränkningen ska dessutom ske utifrån "offrets" position. Det innebär att frågan om innebörden av kränkningen bör relatera till en individuell integritet hos könsmänniskan.¹⁸

Mot bakgrund av den traditionella debatten mellan den liberala och den konservativa ansatsen finns det också skäl att undersöka om de skyddsintressen som kan identifieras är att betrakta som individuella eller kollektiva.

Om man sammanfattar dagens debatt kan man säga att vi är överens om att välja en individorienterad syn på straffrätten. Däremot är det inte självklart på vilket sätt man bör skydda individen. Det är en frågeställning som rör straffrättens teorinivå, i form av vilken värdeteori som ska styra straffrättens lösningar. Men den rör också hur man bör tala om människan för att skapa ett tillräckligt underlag för bedömningar av faktiska kränkningar.¹⁹

¹⁸ Det handlar om att skapa principer för precisering och bedömning av individuell kränkning.

¹⁹ Se vidare avsnitt 6.4.

6.2 Verklighetsbeskrivning och våldtäkt

6.2.1 Våldtäkten som förmögenhetsbrott

Med denna utgångspunkt uppfattar man att gärningen riktas mot en annan mans rättssfär. Kvinnan ses som en ekonomisk tillgång därför att kontroll över henne är avgörande för möjligheten att kontrollera släktskap.²⁰ Liljeström skriver att "i dylika uppfattningar formuleras våldtäkt som stöld".²¹

Den skada som uppstår vid en våldtäkt handlar därför ytterst om kontrollen över en viss ekonomi. I denna representerar den kvinnliga sexualiteten en viktig handelsvara; den är viktig för framtida uppgörelser om ekonomiska och politiska maktrelationer.²²

Frågan om kontroll av släktskap har också betydelse för frågan om arv; endast den som kan knytas till en viss släkt kan arva ekonomisk och politisk makt. Därför är också kontrollen av kvinnans sexualitet viktig för släktens heder och ära.²³

Skadan kan ses som kollektiv eftersom den relaterar till möjligheten att upprätthålla ett visst samhällssystem. Med en sådan utgångspunkt blir det möjligt att straffa både gärningsman och offer. I praktiken blir offret straffat därför att hennes ekonomiska värde är förbrukat. Som sinnebild för en skadad familjheder måste hon dessutom elimineras.

Skadan kan även individualiseras, eftersom den kan sägas drabba den maktperson som anser sig ha rätt att kontrollera kvinnan. Det övergrepp som drabbar kvinnan är däremot inte föremål för bedömning.

I svensk rätt är detta en syn på våldtäktsövergreppet som endast är av rättshistoriskt intresse. Efter senare års invandring har dock denna syn på övergreppet återigen blivit aktuellt för rättsordningen. Tanken om att kvinnor kan kränka en familjs heder på ett sådant sätt att de kan bli föremål för ett s.k. "hedersmord" bygger i praktiken på samma ideologiska förutsättningar.²⁴

Det sätt att argumentera kring kvinnors sexualitet som förekommer här ger kvinnan ett ansvar för den sexualitet hon deltar i, vare sig den är frivillig eller ofrivillig. Eftersom det här är ett sätt att beskriva verkligheten finns det ingenting som säger att denna syn på sexualiteten förändras

²⁰ Edwards (1981), s. 6–9.

²¹ Liljeström (1996), s. 509; Brownmiller (1975), s. 16–30.

²² Rubin (1975) diskuterar "the exchange of women" som del av ett samhällssystem. Se särskilt s. 169 f.

²³ Att våldta fiendens kvinnor är ett sätt att kränka fienden. Se t.ex. Brownmiller (1975), s. 78 f.

²⁴ Se vidare Eldén/Westerstrand (2004), s. 35; Jfr Wikan (2003).

därför att definitionen av skyddsobjektet förändras. Man bör därför vara uppmärksam på att en sådan beskrivning av verkligheten kan påverka tolkningen av den faktiska situationen oavsett vilken ideologi de straffrättsliga reglerna utgår ifrån.

Mot bakgrund av de krav som ställdes i avsnitt 6.1.3 ovan, är inte denna ansats möjlig som utgångspunkt för en rekonstruktion av straffrätten. Den ger inte underlag för att precisera en individuell skada hos offret, varför det inte heller är möjligt att precisera en kränkning utifrån offrets upplevelse.

6.2.2 Våldtäkten som omoral

I Strafflagen ansågs våldtäktsövergreppet vara en kombination av en kränkning av ett individuellt skyddsintresse av handlingsfrihet preciserad i form av ett tvång, och en kränkning av ett kollektivt skyddsintresse i form av samhällets moral.²⁵

Mot bakgrund av vad som sades i avsnitt 6.1.4 är den lösning som förekom i Strafflagen intressant därför att den innefattar en individuell skada. Samtidigt har det kollektiva inslaget stor betydelse för utformningen och bedömningen av de straffrättsliga reglerna, varför skyddet av den individuella friheten i den enskilda fallet kan begränsas av det kollektiva intresset av god moral.

Sedlighet handlar om en önskan om att skydda samhällets moral. Sexualiteten bör begränsas till äktenskapet eftersom den annars kan hota samhällsordningen.²⁶ Mot bakgrund av detta blir det viktigt att upprätthålla sexualmoralen även med straffrättsliga medel.²⁷

Våldtäkten kan då tolkas som en av samhället oönskad sexualitet. I denna mening kan därför övergreppet sägas även vara riktat mot kollektivet.²⁸

När moralen uppfattas vara ett kollektivt värde innebär det att alla människor kan ges ett ansvar för upprätthållandet av sexualmoralen. Endast kvinnor som är att betrakta som riktiga offer bör därför skyddas av lagstiftningen. I Strafflagen innebar detta att våldtäktsbestämmelsen ställde mycket höga krav till tvång för att ett övergrepp skulle anses föreligga.

²⁵ I Strafflagen placerades sedlighetsbrotten i kapitel 18, medan våldtäkt placerades i kapitel 15 samman med andra kränkningar av frihet och frid.

²⁶ Jfr avsnitt 5.3 ovan.

²⁷ I princip var även prostituerade skyddade av lagstiftningen, men man kunde samtidigt utgå ifrån att "hennes motstånd ej varit så allvarligt menadt." Carlén (1866), s. 278.

²⁸ Se t.ex. Devlin (1965), s. 25.

Jag har tidigare argumenterat för att kontroll av sexualitet leder till kontroll av kvinnor. I föregående exempel var denna form av kontroll en fråga om liv eller död. Kulturellt sett placeras kvinnor på den kroppsliga sidan av motsatsen själ och kropp. "Kvinnan" är själva symbolen för könet och sexualiteten, varför de också måste kontrolleras. Kvinnors liv är starkt förbundet med sexualiteten och dess sociala och medicinska konsekvenser. Det finns därför inget feministiskt intresse av att införa en moral där sexualiteten i sig undertrycks genom denna typ av moralnormer särskilt som det är dessa normer som i hög grad leder till negativa konsekvenser för gruppen kvinnor.

Som jag har varit inne på tidigare kan det dock finnas en principiellt sett intressant aspekt av sedlighetstanken eftersom denna uttrycker att människan är en del av det samhälle hon lever i. Carlén skriver att "(d)essa brott innefatta angrepp såväl på den personliga friheten, som på den kvinliga äran och blygsamheten".²⁹

Här finns alltså en möjlighet att se angreppet som en kränkning av gärningsobjektets ära. Innebörden av en sådan kränkning har samband med människan som del av ett socialt sammanhang där detta värde är grundläggande.³⁰ Sedlighet är en intressant ideologisk konstruktion i det här sammanhanget därför att det handlar om ett slags individuellt värde som bestäms av det sociala sammanhanget. Begreppet "ära" kan hänföra sig till både kön och social kontext.³¹ I de diskussioner som förts kring den straffrättsliga hanteringen av sexuella trakasserier har därför tanken om att precisera en kvinnlig ära framförts. Petersen talar exempelvis om "dignity" som ett begrepp som utgår ifrån "the experience of the subjugated women".³²

När värdet av kollektiv sedlighet var aktuellt i rättsordningen bedömdes emellertid inte äran med utgångspunkt i det enskilda offrets "dignity", det handlade snarare om den enskildes ärbarhet bedömd utifrån samhällets moral. Man bör därför vara uppmärksam på att angrepp på äran i så fall måste preciseras som en individuell kränkning. Stang Dahl gör i detta sammanhang en mycket problematisk koppling mellan den individuella frihetskränkningen och en "kjønnsære", som handlar om behovet av att ha ett gott rykte.³³

²⁹ Carlén (1866), s. 278.

³⁰ Thyren påpekade att det var en brist i rättsordningen att Strafflagen inte tog tillräcklig hänsyn till det kvinnliga offrets personliga ställning. Därmed gavs övergrepp mot prostituerade ett för högt straffvärde. Thyren (1912), s. 94.

³¹ Se vidare avsnitt 6.2.7 nedan.

³² Petersen (1989), s. 332.

³³ Stang Dahl (1994), s. 199–206. Jfr även avsnitt 4.2.4 ovan som behandlar författarens syn på förhållandet mellan teori och tillämpning.

Jämfört med de krav som ställdes i avsnitt 6.1.4 ovan, kan man konstatera att tanken om att skydda moralen i samhället innebär att man sätter det kollektiva intresset av moral före det individuella intresset av personlig frihet. Vid en sådan kollektiv skada preciseras kränkningen ytterst av de förutsättningar som anges av kollektivet, inte hos den människa som drabbas av kränkningen. Därför kvalificerar sig inte denna lösning som utgångspunkt för en rekonstruktion av straffrätten.

6.2.3 Våldtäkten som erövring

Gärningen innebär ett utlopp för ett sexuellt behov som finns hos mäns människan. Det våld som utövas kan ses som "sexigt" eftersom det skapar det moment av erövrande som också är sexualitetens idé.

Det är dessutom av grundläggande betydelse att man inte försöker hindra uttryck för sexualitet. Eftersom den fria sexualiteten är en så viktig frihet för individen kan den också vara skyddsvärd i sig. Mot bakgrund av detta kan man dra slutsatsen att all sexualitet bör vara tillåten.³⁴

Om man utgår ifrån ett libertinskt ideal blir alla dessutom förpliktade att underkasta sig. Sexualiteten ses då som ett intresse som är av högre dignitet än individens fria val. Ett skäl till detta är att sexualiteten ses som frigörande för alla även om inte alla deltagare har lika tillgång till kontroll. Ett tillstånd av verklig sexuell frihet är därför i realiteten likvärdigt med tillgång till alla kvinnor.

En beskrivning av händelsen våldtäkt som uttryck för en acceptabel form av sexualitet leder till att det inte blir möjligt att kriminalisera sådana gärningar; det finns ingen straffrättsligt relevant skada. I ett straffrättsligt sammanhang blir därför denna beskrivning av verkligheten problematisk därför att den inte skyddar grundläggande fri- och rättigheter.

Det libertinska idealet lägger grunden för en extrem form av liberalism där behovstillfredsställelsen, oavsett vad denna går ut på, kan ses som skyddsvärd i sig. En sådan syn på sexualiteten har också förekommit exempelvis i debatten kring pedofili, där en avkriminalisering då anses kunna motiveras utifrån intresset av att frigöra barns sexualitet.

Eftersom vi här har att göra med en beskrivning av verkligheten kan denna syn på sexualiteten utöva ett visst inflytande på tolkningen av "sexuella" situationer. Bedömningen av den situation som diskuterades i avsnitt 5.4, och som avsåg offrets medansvar för den straffbara gärningen, kan exempelvis påverkas av en sådan syn på sexualiteten. Offret uppfattas då som ett objekt som är nödvändigt för utlevelsen av sexualiteten.

³⁴ "By sexual liberation I mean permitting acts that were earlier defined as criminal or perverse to be re-defined as normal and accepted." Kutchinsky (1981), s. 33.

Man kan också hävda att mannen som representant för den fria individen handlar rationellt när han tillfredsställer sina behov.

Om man tolkar verkligheten utifrån en sådan syn på sexualiteten innebär det att man i praktiken inte erkänner möjligheten av en individuell sexuell kränkning. Här finns också en risk för att tvånget normaliseras vilket leder till att man accepterar ett stort mått av våld i samband med sexuella gärningar. Därför kommer även en utgångspunkt i en sådan förståelse av människan och verkligheten att påverka det sätt på vilket man tolkar faktiska händelser.

Det finns en feministisk ideologisk ansats som är besläktad med en sådan starkt liberalt orienterad ansats. Den är dock inte jämförbar med det libertinska idealet, eftersom den utgår ifrån att heterosexualiteten är förtryckande. Den är därför snarare besläktad med det exempel som ges i avsnitt 6.2.5 nedan. Den skiljer sig däremot från de exempel som ges i avsnitten 6.2.5 och 6.2.6 såtillvida att den leder till uppfattningen att en frigörelse av kvinnors sexualitet även kräver att kvinnors frigörs från en kulturellt pådyvlad "kvinnlig" sexualitet. Med denna liberala ansats uppfattas kvinnors sexuella beteende följa av den roll kvinnor tilldelats historiskt och kulturellt, och inte av kvinnors individuella behov.

Ferguson benämner denna sexualpolitiska uppfattning "pluralist", eftersom den framförallt syftar till att värna de sexuella minoriteterna.³⁵ Den bygger därför på en kritik av hur sociala institutioner försöker skilja mellan det normala och det onormala i syfte att förorda vissa sexuella uttryck framför andra. Därigenom institutionaliseras ett sexuellt förtryck och en social hierarki av sexuella identiteter. Eftersom sexualiteten är en social konstruktion kan man inte skilja mellan god eller dålig sexualitet, enbart mellan samtycke och icke-samtycke. Det finns därför inget skäl att förbjuda något som helst, vägen till frihet går genom total frihet.

Vi kan känna igen denna tankegång i den jämställdhetsideologi som präglade den första modellen. Målet om frihet används som medel för att uppnå individuell frihet. En sådan frigörelseideologi utesluter dock inte möjligheten av en individuell kränkning eftersom man ställer krav till samtycke. Den feministiska liberala idealet om fri sexualitet är därför mer att jämföra med den tolkning av händelsen våldtäkt som förekommer i nästa exempel.

I jämförelse med de krav som ställdes i avsnitt 6.1.4 är inte det libertinska idealet acceptabelt som utgångspunkt för en rekonstruktion av straffrätten eftersom detta innebär att händelsen våldtäkt inte föranleder någon straffrättsligt relevant skada.

³⁵ Ferguson (1984), s. 109 och (1989), s. 150–151.

6.2.4 Våldtäkten som tvång

Även denna tolkning av händelsen våldtäkt bygger på att sexualiteten är en naturlig drift som är av grundläggande betydelse för människan. En sådan drift behöver därför inte ha något särskilt mål, en önskan om personlig tillfredsställelse är fullt tillräcklig. Här finns därför grundläggande likheter i synen på sexualiteten med det libertinska idealet. Den avgörande skillnaden är dock att individen har en rätt till självbestämmande som även kan skyddas genom straffrättsliga åtgärder.³⁶

Däremot blir slutsatsen att sexualiteten inte bör vara en del av strafflagstiftningen. Staten har överhuvudtaget ingenting att göra med enskilda människors sexualitet så länge den inte kränker andras rätt till individuell frihet. Eftersom den enskilda människan är kapabel att råda över egna intressen har hon inte något behov av lagstiftningens skydd mot sexuella handlingar utöver vad som följer av rätten till självbestämmande. Det straffbara momentet vid en våldtäkt kan därför enbart vara den gärning som kränker offrets handlingsfrihet.

Tanken om att sexualiteten kan kontrolleras med straffrättsliga medel därför att den kan skada kollektivets intressen ser därför ut att övergå i motsatsen: sexualiteten kan disponeras fritt av individen. När den fria sexualiteten inte längre uppfattas leda till en kollektiv skada, blir slutsatsen att det inte heller finns någon individuell skada vid sidan av tvånget. Detta förstärks av uppfattningen att en frigjord sexualitet inte kan vara kränkande och den frigjorda människan därför inte heller drabbas av någon specifik sexuell kränkning. Som framgick i avsnitt 5.4 leder detta till ett krav på avkriminalisering: det finns inget behov av en särskild våldtäktsbestämmelse eftersom vi redan har en tvångsbestämmelse.³⁷

Detta sätt att argumentera innebär att den sexualitet som gärningen innefattar inte problematiseras. Diskussionen handlar endast om det yttre förtryck som läggs på sexualiteten och som innebär ett hinder för individens sexuella frigörelse.

Som framgick i kapitel 5 kan en sådan verklighetsbeskrivning påverka den rättsliga argumentationen. Framförallt därför att den befrämjar en syn på sexualiteten som innebär att övergreppet i praktiken tolkas utifrån en icke-övergreppssituation. En sexuell gärning som sker i samband med

³⁶ Med denna ansats utgår man ifrån att vuxna rättskapabla personer har rätt att fritt delta i sexuella handlingar. Det är enbart deras privata angelägenhet. Se t.ex. Nelson (1971), s. 144.

³⁷ Man skulle kunna avkriminalisera våldtäkt och enbart döma för tvång även om man uppfattar att det finns en sexuell kränkning. Denna dimension skulle då kunna vara straffskärpande vid bedömningen av kränkningen.

ett övergrepp ges inte någon annan innebörd, eller annorlunda rättslig bedömning, än den sexuella handling som sker under frivilliga former. På samma sätt som i föregående exempel bidrar därför en sådan ansats till att dölja en eventuell sexuell kränkning av människan.

Detta sätt att tala om sexuella övergrepp förutsätter en viss syn på människan. I tidigare kapitel har jag därför hänvisat tillbaka till en beskrivning av människan som följer av den första modellen. Människan anses då kunna bedömas oberoende av könstillhörighet och kulturell tillhörighet. Det gör att parterna även kan betraktas som jämbördiga i ett fritt utövande av en moralfri och icke-kontrollerad sexualitet. På samma sätt som i den första modellen uppfattar man därför att en viktig förutsättning för att ge människor ett självbestämmande är att bortse från könsfaktorn.

Jag har tidigare argumenterat för att man då också väljer att bortse ifrån att sexualiteten är en social konstruktion som kan innehålla maktrelationer som inte upphör därför att man undantar det sexuella området från rättslig kontroll.

Ferguson skriver att "The hidden presupposition of a pluralist power/knowledge endorsing a 'democratic sexual morality' is that consensual pleasure empowers, whether or not one partner has more options or a greater control than the other. But this does not take account of the fact that sexual practices are embedded in social structures like age, gender roles and economic power which tend to give one partner greater control over the other."³⁸

Sexualitetens egna normer försvinner inte ur den rättsliga argumentationen därför att man dömer enbart för tvång. De gärningar som begås kommer ändå att bedömas mot bakgrund av en sexuell kontext. När rättsordningen inte uttalar premisser för hur den sexuella gärningen ska bedömas innebär det att sociala Umgängesregler och andra moralnormer ges ett större spelrum. Vi får i praktiken en kulturell definition av sexualitet som indirekt skyddas som ett gemensamt värde.

Den mest genomgripande förändringen av straffrättens kontroll över sexualiteten blir att möjligheten att ge en rättslig definition av en sexuell kränkning hos offret, försvinner. Detta sätt att tala om händelsen våldtäkt avgränsar därför i praktiken möjligheten att precisera innebörden av kränkningen i den position offret befinner sig. Man privatiserar moralen och sexualiteten, inte enbart på ett samhällsplan utan också hos den enskilda människan. Hon blir reducerad till en deltagare i ett sexuellt spel, där dennes integritet endast skyddas av möjligheten att välja om hon

³⁸ Ferguson (1989), s. 71.

vill delta eller att avstå. Sexualiteten betraktas däremot inte som en del av en personlig integritet.

Sexualbrottsutredningen gör i detta sammanhang en poäng av att det inte kan finnas en väsensskild sexuell integritet.³⁹ Man kan säga att det inte spelar någon roll om den är väsensskild eller inte, poängen är att även sexuella handlingar påverkar människans integritet. Med utgångspunkt i den andra modellen kan man lägga till att eftersom sexualiteten implicerar en könstillhörighet kan denna också relatera till en könsmässig integritet.

Den stora frågan blir därför var den enskilda människan tar vägen i detta frigörelseprojekt? Ett grundläggande problem är att det även förefaller finnas en annan målsättning än att skydda individens frihet. Resonemanget syftar till att även frigöra den enskilda människans sexualitet. Här finns därför även ett problem som handlar om ett försök att politisera straffrätten.

Preciseringen av kränkningen påverkas därför av en annan målsättning: skyddet av den fria sexualiteten. Ett värde som lika gärna skulle kunna vara kollektivt. Mot bakgrund av att sexualiteten inte blir en del av den straffrättsligt relevanta kränkningen blir det svårt att uppfylla de krav som ställdes i avsnitt 6.1.4.

6.2.5 Våldtäkten som makt

För att man ska kunna hävda att människors sexuella liv inte behöver kontrolleras utan att man kan överlåta åt parterna att förhandla, måste man utgå ifrån att människor är jämlika och oberoende.

Feminismens kritik blir då att denna jämlikhet under alla omständigheter inte existerar. Med en radikalfeministisk syn på problemet blir sexualiteten istället det instrument vilket patriarkatet verkar genom. Kvinnoförtrycket bottenar i en sexuell objektivering av kvinnor.⁴⁰

Makt etableras genom den kulturella definitionen av det kvinnliga och det manliga, som även är central för det sätt på vilket vi uppfattar heterosexualiteten.⁴¹ Heterosexualiteten i sig bygger på föreställningen om att män är överordnade medan kvinnor är underordnade. Relationen mellan kön och makt ger näring åt mäns våld mot kvinnor. Verklig sexuell frihet förutsätter därför även frihet från det överordnade förtrycket. "The ideal

³⁹ SOU 1976:9, s. 55.

⁴⁰ Ferguson (1989), s. 148–149.

⁴¹ Se t.ex. Zita (1990), som sammanfattar den feministiska diskussionen kring sexualiteten.

sexual relationship is between fully consenting, equal partners who are emotionally involved and do not participate in polarized roles.”⁴²

Det är därför ett absolut krav att de institutioner som upprätthåller objektiveringen av kvinnorna avskaffas. Man bör därför arbeta för att avskaffa pornografin och förbjuda sexuella handlingar vilka bygger på objektivering och våld, såsom sadomasochism och pedofili.⁴³

Utifrån ett sådant ställningstagande kan man också dra slutsatsen att heterosexualiteten är omöjlig så länge vi lever i ett patriarkalt samhälle. Så länge det finns en överordnad maktordning kan sexualiteten aldrig vara ömsesidig.⁴⁴ (En sådan utgångspunkt är dock inte möjlig att hävda i ett rättsligt sammanhang, om heterosexualiteten aldrig kan ses som våldsfri kan man inte skilja ut de straffbara gärningarna.)

För radikalfeminismen blir våldtäkten själva symbolen för ett förtryck av kvinnor. Våldtäkten representerar ett betvingande av kvinnans vilja och ett utnyttjande av hennes kropp.⁴⁵

Våldtäkten kan därför relateras till ett förtryck både på ett makroplan och på ett mikroplan. Mot bakgrund av detta kan det sexuella våld som riktas mot den enskilda kvinnan även betraktas som ett strukturellt problem. Det blir viktigt att framhålla att redan hotet om våld kan bidra till att skapa kontroll över den enskilda kvinnans liv.⁴⁶

Radikalfeminismens analys av det sexuella våldet representerar därför en viktig skiljeväg i debatten om de sexuella övergreppen. Förklaringen till våldet övergår här från att vara ett uttryck för personliga brister hos offret eller gärningsmannen, till att bli en fråga om en könsmaktsordning. Den våld som utövas mot kvinnor kan därför inte längre ses som den enskilda kvinnans problem utan som ett kollektivt problem för alla kvinnor.

I tidigare avsnitt har jag visat att denna koppling till föreställningen om en överordnad maktordning kan vara ytterst problematisk i ett rättsligt sammanhang. Om man väljer denna ansats som utgångspunkt för en rekonstruktion uppstår därför flera olika problem.

Analysen av våldet bygger på en kollektiv tanke, det är ytterst gruppen kvinnor som drabbas av ett våld som utövas av gruppen män. Om man definierar en straffrättslig skada utifrån en sådan teori kommer man att i någon del precisera denna med utgångspunkt i det kvinnliga kollektivets

⁴² Ferguson (1984), s. 108.

⁴³ Ferguson (1984), s. 108–109.

⁴⁴ Då kan även lesbiskhet vara en politisk strategi, se exempel Ferguson (1989), s. 188.

⁴⁵ Jfr Liljeström (1996), s. 508.

⁴⁶ Se t.ex. SOU 1995:60, s. 272.

intressen. En sådan utgångspunkt blir emellertid problematisk i ett normativt sammanhang.

Ett grundläggande problem med att placera en könsmaktsordning i straffrätten är att denna analys bygger på en statisk syn på verkligheten. En sådan beskrivning är därför inte funktionell som utgångspunkt för bedömningar av övergrepp mot enskilda kvinnor. Alla kvinnor är inte offer och skadan kan inte överföras på alla kvinnor.

Feminismens teori om det universella förtrycket har ett ideologiskt samband med liberalismens frihetstanke. I ett straffrättsligt sammanhang leder detta till att om man hävdar att om någon blir förtryckt kommer den omedelbara lösningen vara att argumentera utifrån en ideologi om den fria individen. Man kan därför ifrågasätta om denna ansats i sig kan bidra till en förändring av straffrättens etiska förutsättningar.

En ansats som bygger på ett förtryck av kvinnor riskerar alltså att leda till samma slutsats: att man bör skydda rätten till individuell frihet. Man kan säga att kvinnor är förtryckta och att detta står i strid med likhetsidealet, samtidigt som detta likhetsideal kan kritiseras därför att det inte tar hänsyn till att kvinnor blir förtryckta. En ansats i en analys av våldtäkten som uttryck för makt ger därför i praktiken mycket begränsade rekonstruktiva möjligheter.

Om man menar att övergreppet bör ses som en del av ett system av förtryck måste man ge denna dimension betydelse för innebörden av kränkningen. Övergreppet måste därför innefatta något mer än en kränkning av en människas rätt till handlingsfrihet på det sexuella området.

Det kan finnas vissa möjligheter att ta hänsyn till detta maktproblem inom det straffrättsliga systemet. Om man väljer att se våldet som en del av kvinnors livssituation så kan denna dimension av ett kvinnoförtryck ha en viss betydelse vid bedömningen av graden av kränkning. Kriminaliseringen av grov kvinnofridskränkning BrB 4:4a bygger på tanken om att precisera en situation som är särskilt problematisk för kvinnor. Kränkningar som relaterar till denna situation kan därför ges ett högre straffvärde än de skulle ha haft om de bedömts oberoende av det könsmissiga sammanhanget.

En annan möjlighet är att jämföra könstillhörighet med den form av etnicitet som skyddas i BrB 16:8 hets mot folkgrupp. Man kan då hävda att sexism i form av en våldtäkt drabbar kvinnan därför att hon är kvinna, på samma sätt som rasism drabbar andra utsatta grupper. Man kan alltså på olika sätt utveckla en syn på våldet som en del av kvinnors livssituation. Men om detta kan leda till något annat än ett högre straffvärde är mycket oklart.

Om man önskar att placera föreställningen om ett överordnat förtryck i straffrätten måste emellertid denna dimension vara en del av förutsätt-

ningarna vid preciseringen av kränkningen. I samband med kriminaliseringen av BrB 4:4a utgick lagstiftaren ifrån att det uppstår en särskild kränkning när kvinnor utsätts för våld av män. Vad innebörden av denna form av kränkning är preciserades dock inte på något tydligt sätt. Det kan se ut som att man menar att maktrelationen bidrar till en ytterligare nedvärdering av offret i tillägg till den kränkning det innebär att vara utsatt för annans våld.

I det enskilda fallet innebär våldtäkten ett bemäktigande. Man kan därför säga att den straffrättsliga definitionen av gärningen innehåller ett uttryck för makt. Men detta tvång är inte detsamma som det universella förtrycket. Det tvång som straffrätten definierar befinner sig på ett annat plan än den könsmakt feminismen anger.

Hur denna maktproblematik ska kunna relateras till straffrätten som etisk teori är mycket oklart. Man kan vara tveksam till om det är möjligt att föra en konstruktiv diskussion kring frågan om hur kränkningen av individens integritet bör preciseras med utgångspunkt i en feministisk teori som bygger på en överordnad maktordning. Det är tänkbart att en konsekvens blir att den enskilda kvinnan mot bakgrund av denna syn på problemet aldrig kan avge ett samtycke som inte är påverkat av den patriarkala makt som styr hennes liv.

Våldtäkten som uttryck för ett universellt förtryck lider därför av samma grundläggande problem som andra ideologier som innefattar en högre målsättning: Idealen är överordnade den enskilda människan.

På samma sätt som i de exempel som gavs i avsnitt 6.2.1–6.2.4, kan man kritisera denna ansats för att den uttrycker andra målsättningar än att skydda individen. I de föregående exemplen handlade det om att skydda en samhällsordning, samhällets sedlighet, sexualiteten och människans sexuella frigörelse.

I det här exemplet är kvinnors frigörelse från ett patriarkalt förtryck en grundläggande målsättning med arbetet mot det sexuella våldet, varför detta också förväntas påverka de straffrättsliga lösningar man väljer. Därmed kan det också vara svårt att precisera en individuell skada och en kränkning som utgår ifrån offrets upplevelse av övergreppet och som är oberoende av den överordnade målsättningen.

6.2.6 Våldtäkten som våld

Om man är av den uppfattningen att sexuell frigörelse kräver jämlikhet mellan könen, så är det svårt att acceptera att sexuella handlingar som sker under tvång verkligen är att betrakta som "sexuella".⁴⁷

Det enskilda offret utsätts för ett övergrepp som enligt definitionen innefattar en tvångsgärning och en sexuell gärning. Ur offrets synvinkel finns det dock ingen anledning att skilja mellan dessa olika typer av gärningar: samtliga innebär våldsamma angrepp mot offrets fysiska integritet. Man kan därför lika gärna se våldtäkten som ett våld som riktas mot offrets kropp. Kränkningen består därför av ett angrepp som närmast är att jämföra med misshandel.

Det är intressant att jämföra detta sätt att resonera med det exempel som gavs i avsnitt 6.2.4 ovan. I båda fallen finns en strävan efter att minska betydelsen av den kulturella beskrivningen av sexualiteten. I det förra exemplet kan sexualiteten ses som separat från det våld som utövas. Att det rör sig om ett tvång till sexualitet har i principiellt sett ingen betydelse för övergreppet. Sexualiteten behöver inte kontrolleras, endast den kränkning av den individuella friheten som sker vid övergrepp.

I det här exemplet betraktas heterosexualiteten som en sida av en förtryckande patriarkal kultur. För att man överhuvudtaget ska kunna tala om att en gärning är sexuell är det av grundläggande betydelse att denna är våldsfri. Man bör därför inte behandla dessa övergrepp som om de var uttryck för sexualitet. Verklig sexualitet befinner sig därmed utanför det straffbara området.

Om man ska komma tillrätta med ett förtryck som utövas genom det sätt på vilket heterosexualiteten definieras, kan man inte heller acceptera en föreställning om att påtvingade sexuella gärningar kan jämföras med frivilliga. Man bör istället motverka varje försök att normalisera sexuellt våld.

Det finns flera problem med detta sätt att tänka.⁴⁸ Är det enbart förekomsten av våld i det konkreta fallet som avgör vad som är att betrakta

⁴⁷ I denna framställning har jag valt att följa en linje som kan sägas vara förankrad i en radikalfeministisk och ståndpunktsfeministisk tradition. Jfr Foucault som argumenterar för att avsexualisera våldtäktsbrottet mot bakgrund av ett avståndstagande från en diskurs som leder till att vissa delar av kroppen blir definierade som "sexuella" medan andra kroppsdelar inte blir det. För en närmare diskussion om motsättningen mellan feminismen och postmodernismen i denna fråga, se Bell (1991), särskilt s. 90–91.

⁴⁸ Dumaresq (1981), s. 50, skriver att om "rape is only about physical power, domination and humiliation, why doesn't the perpetrator simply beat up his victim".

som kränkande? Hur ska man hantera det faktum att även våldsam sexualitet kulturellt sett betecknas som just sexualitet?⁴⁹

Ett problem är alltså att det kan uppstå tillämpningsproblem av den karaktär som diskuterades i avsnitt 6.2.4. Man kan exempelvis ställa frågan hur man ska bedöma en situation där gärningsmannen hävdar att han hade uppsåt till en sexuell gärning, men inte till denna gärning som en form av våld.

När man argumenterar på detta starkt ideologiska sätt utgår man därför ifrån att det finns ett slags sexualitetsideal. Vidare uppställer man en målsättning om att förändra sexualiteten så att den kan uppfylla de krav på ömsesidighet som kan anses prägla ett jämlikt förhållande.⁵⁰ Om man väljer att betona de förutsättningar som följer av den andra modellen kommer denna målsättning att även innefatta en strävan efter att framhålla en "kvinnlig" form av sexualitet.

Här kan det därför uppstå problem som är jämförbara med den principiella kritik som riktats mot den andra modellens sätt att hantera kön. Om man väljer denna ideologiska ansats som utgångspunkt för en precisering av det värde straffrätten ska skydda, riskerar man att bli tvungen att definiera vad som kan vara en ideologiskt acceptabel sexualitet.⁵¹

Om vissa gärningar kan uppfattas som sexuella medan andra är diskvalificerade därför att de är våldsamma, måste man ange några kriterier för vilka gärningar som kan vara kränkande och i så fall varför. Ett problem med denna ansats är därför att den kan sluta i en diskussion som påminner om den klassiska diskussionen om vad som är en normal och därmed godtagbar sexualitet.⁵²

Skillnaden är dock att bedömningen ska ske utifrån vissa jämlikhetsideal. Om det skyddade värdet ska påverkas av tanken om en ideal sexualitet kan det även leda till definitionsproblem. Straffrätten opererar med negativa definitioner, inte positiva. Straffbuden anger vad som är förbjudet, men inte vad som är påbjudet.

⁴⁹ Förutsättningarna för detta ställningstagande har ifrågasatts av bl.a. MacKinnon (1987a), s. 141 f. Jfr MacKinnon (1989), s. 6, där hon skriver att "(v)iolence is sex when it is practiced as sex."

⁵⁰ Jfr Plaza (1980), s. 35. Författaren skriver att "(one) can of course dream of a good heterosexuality: non-violent and orgasmic. But it is no more than a dream and what reality shows us instead is sexuality as a very precise and very organized mechanism of oppression."

⁵¹ Jfr Zita (1990), s. 6–7, som konstaterar att ansatsen leder till att man uppfattar att det finns ett slags sexualitetens innersta väsen som måste skyddas genom politisk kamp.

⁵² Jfr Davion (1999), s. 239; Jfr Pineau (1989), s. 233–237, som argumenterar för en kommunikativ sexualitet istället för en kontraktbaserad. Författaren menar att en sådan omdefiniering skulle kunna skapa förutsättningar för ett annat samtyckesbegrepp.

Ofta slutar märkligt nog tanken om en mer demokratisk sexualitet med att man understryker vikten av kvinnans samtycke. En ömsesidig sexualitet förutsätter avtal.

Den bakomliggande tanken förefaller vara att ett rättsligt krav på ett kvinnligt samtycke skulle kunna bidra till en förändra synen på kvinnlig sexualitet i straffrätten.⁵³ Kvinnan skulle då inte längre betraktas som en passivt objekt för andra handlingar, utan istället som en människa med ett eget sexuellt intresse. En sådan syn på kvinnors sexualitet skulle alltså göra det möjligt att rikta klander mot gärningsmannen därför att han inte har efterfrågat kvinnans inställning.

Det finns skäl att kritisera straffrättens tvångskonstruktion. Ett av de grundläggande problemen är att denna faktor bidrar till flytta det rättsliga intresset från gärningsmannens handling till offrets eventuella frivillighet. Men de problem som följer av tvångskonstruktionen ändras inte på något grundläggande sätt med en lösning som fokuserar på offrets samtycke.⁵⁴ I ett rättsligt sammanhang är samtycke något man ger till andras handlingar.⁵⁵

För att verkligen kunna förändra förutsättningarna för den straffrättsliga bedömningen måste man i så fall ge det straffrättsliga samtycket en särskild rättslig form.⁵⁶ Frågan är dock om man då inte överdriver möjligheten att ändra människors beteenden med hjälp av straffrättsliga åtgärder.

I kapitel 2 har jag argumenterat för att utrymmet för att acceptera ett visst våld i samband med sexuella handlingar knappast blir mindre därför att man omdefinierar våldtäktsbestämmelsen.⁵⁷ Att en övergång till ett straffbud med ett krav på samtycke skulle kunna förändra de rättsliga förutsättningarna på något genomgripande sätt är därför tvivelaktigt. Man kan i förlängningen även ifrågasätta på vilket sätt en sådan konstruktion skulle påverka straffrättens etiska förutsättningar. Bör allt som sker med samtycke vara tillåtet?

Tanken om att definiera våldtäkt som ett rent våldsbrott följer av ett ideologiskt ställningstagande. Slutsatsen bygger inte på en analys av vad som är en individuell integritet vid ett övergrepp, utan på en tolkning av verkligheten utifrån vissa politiska målsättningar.

Om man tar bort sexualiteten ur den straffrättsliga definitionen av gärningen, så tar man också bort en viktig premiss för att tala om köns-

⁵³ SOU 2001:14, s. 125–126.

⁵⁴ Jfr SOU 2001:14, s. 127–129; Jfr Smart (1989), s. 36 f.

⁵⁵ MacGregor (1994), s. 242.

⁵⁶ SOU 2001:14, s. 133–134.

⁵⁷ Se avsnitt 2.3.3.

människans kropp, kön och självförståelse. Det blir därmed inte längre möjligt att till fullo hantera den sexuella kränkningen, enbart som en följd av ideologiska ställningstaganden.

I detta exempel finns en målsättning som handlar om något annat än att skydda individens frihet: man bör motarbeta en definition av sexualiteten som är styrd av makt i syfte att uppnå en frigörelse av kvinnorna. Här finns alltså även ett kollektivt intresse.

Det avgörande argumentet mot denna ansats är dock att den inte ger de förutsättningar som efterfrågades i avsnitt 6.1.4. Kränkningen preciseras inte utifrån en analys av integritet i offrets position.

6.2.7 Våldtäkten som sexuell våld

Det föregående exemplet kan ses som ett försök att minska betydelsen av en kulturell beskrivning av sexualiteten i rättsordningen. Det är en tankegång som framförallt följer av en önskan om en tydligare övergreppsorientering på området.⁵⁸

Den bakomliggande ideologiska målsättningen om att bekämpa en förtryckande heterosexualitet visade sig dock problematisk i ett rättsligt sammanhang. Även försök att i ett analytiskt sammanhang separera de sexuella övergreppen från vad som kan anses vara uttryck för sexualitet har visat sig vara misslyckade. För att man ska kunna studera innebörden av det sexuella våldet måste detta även relateras till det sätt på vilket kön och sexualitet etableras i en viss kultur. Det är därför oundvikligt att uppfatta våldtäkten som ett *sexuellt* övergrepp i en kultur där kvinnor definieras som sexuella objekt. Om man väljer att från början avsexualisera våldtäkten riskerar man att dölja viktiga sidor av våldsproblematiken.⁵⁹

Detta sätt att argumentera leder till att våldtäkten kan ses som en "process av sexualiserat könsskapande".⁶⁰ Plaza skriver att "It is very sexual in the sense that rape is frequently a sexual activity, but especially in the sense that it opposes men and women: it is *social sexing* which is latent in rape."⁶¹

Tvångskonstruktionen i våldtäktskriminaliseringen implicerar att de fysiska handlingarna kan definieras självständigt. Tanken om att dessa kan ses som två separata och artskilda faktorer leder till att man tenderar

⁵⁸ Se vidare avsnitt 6.3.2.

⁵⁹ Liljeström (1991), s. 506.

⁶⁰ Liljeström (1991), s. 509.

⁶¹ Plaza (1980), s. 31; Plaza har kritiserats av Dumaresq (1981), s. 50–51, eftersom våldtäkten enligt denna teori bidrar till att konstruera könsskillnaden och kvinnokroppen, samtidigt som ett övergrepp mot en man kan tolkas enbart utifrån det meningskapande i kön; Jfr avsnitt 5.6.

att tolka sexuella övergrepp mot bakgrund av en beskrivning av en våldsfri sexualitet.

Det är också denna begreppsliga indelning som leder fram till den lösning som presenterades i avsnitt 6.2.4. Som jag har visat kan man dock kritisera detta försök att hålla det sexuella momentet utanför när man preciserar innebörden av kränkningen.

Våldtäkten riktas mot kvinnor därför att de är kvinnor, men den drabbbar framförallt kvinnor som könstillhöriga. Redan det att det finns ett moment av maktutövning, i form av ett fysiskt eller psykiskt våld, påverkar därför innebörden av sexualiteten i gärningen. Mot bakgrund av detta har det sexuella momentet relevans vid preciseringen av den individuella kränkningen. Att det rör sig om ett sexuellt övergrepp är alltså centralt för innebörden av kränkningen av offret i hennes egenskap av att vara kvinna. Det innebär också att det sexuella momentet får en avgörande betydelse för frågan om vad som är innebörden av kränkningen vid en våldtäkt.

Den utgångspunkt som denna beskrivning av människan och verkligheten bygger på representerar en syn på människan som bygger på "olikhet". Det innebär att det skapas andra förutsättningar för att bedöma människan och hennes kroppsliga integritet.

Kön blir med denna utgångspunkt en del av människans identitet och hennes kulturella tillhörighet. Kön är meningsskapande i det sätt på vilket vi uppfattar tillvaron. Den fysiska och psykiska integritet som vi försöker skydda genom de straffrättsliga konstruktionerna är därför ett resultat av alla dessa faktorer.

Jämfört med de tidigare exemplen innebär denna ansats stora fördelar. Den handlar om en skada som är individuell, man kan mycket förenklat säga att denna lösning leder till att det är "människan" som skyddas på samma sätt som "individen" skyddas i straffrätten, även om denna jämförelse kräver ytterligare preciseringar på teorinivå.⁶²

Preciseringen av kränkningen utgår ifrån könsmänniskan. Istället för att utgå ifrån en ansats som handlar om att ange vilka gärningar som ska anses vara sexuella, eller vilka kroppsdelar som ska vara implicerade för att något ska vara sexuellt, blir det möjligt att diskutera utifrån gärningens innebörd hos offret.⁶³

Ansatsen har också den fördelen att den inte bygger på någon omedelbar politisk målsättning utöver syftet att skydda den individuella friheten. Den kräver exempelvis inte att man kopplar kränkningen till

⁶² Se vidare avsnitt 6.4.

⁶³ Se vidare avsnitten 6.3.3 samt 6.4.

könsmotsättningen. En ansats i könsmänniskan ger därför möjligheter att behandla olika offer efter samma grundläggande premisser.

Däremot är det möjligt att gränserna för kriminalisering kan förändras eftersom förutsättningarna för att precisera och bedöma den individuella kränkningen förändras. Den klassiska kontrollfrågan kan därför aktualiseras, men då som en aspekt av en bedömning av graden av kränkning.

Förutsättningarna för att överföra denna lösning till straffrätten är dock långt ifrån avklarade. I det avslutande avsnittet 6.4 kommer jag att sammanfatta några av de frågor man i så fall bör ta ställning till.⁶⁴

6.3 Sammanfattning

6.3.1 Resultat

I avsnitt 6.1.4 angav jag några krav som bör ställas på en beskrivning av verkligheten och människan för att den ska kunna läggas till grund för lagstiftning. Det första var att skadan skulle vara individuell, det andra var att kränkningen skulle preciseras utifrån "offrets" position.

I de sex första exemplen på beskrivningar av händelsen "våldtäkt" är det möjligt att spåra kollektiva intressen som har en omedelbar påverkan på utformningen av de rättsliga lösningarna. Även om de inte alltid är klart uttalade kan man sammanfatta dessa som det kollektiva intresset av en viss maktordning (6.2.1), det kollektiva intresset av sedlighet (6.2.2), det kollektiva intresset av att skydda sexualiteten (6.2.3), det kollektiva intresset av frigöra människors sexualitet (6.2.4), det kollektiva intresset av frigörelse av kvinnorna (6.2.5) och det kollektiva intresset av att reformera sexualiteten (6.2.6).

I det första exemplet (6.2.1) kan inte skadan individualiseras hos offret, varför kränkningen inte heller kan bedömas där. I det andra exemplet (6.2.2) är skadan inte enbart individuell, varför kränkningen inte heller kan preciseras i sin helhet hos offret. I det tredje exemplet (6.2.3) finns i praktiken ingen skada. I det fjärde exemplet (6.2.4) är skadan individuell, men kränkningen bygger inte på en bedömning utifrån offrets position utan snarare på ett sexualpolitiskt ställningstagande. För att kränkningen i detta fall ska kunna sägas vara preciserad utifrån offrets position krävs att man beskriver människan utifrån de förutsättningar som anges av den fria individen.

⁶⁴ Det krävs sannolikt att man utvecklar premisserna för en etisk teori som bygger på att människor är beroende av sin sociala och kulturella tillhörighet, se vidare avsnitt 6.4.

I det femte exemplet (6.2.5) uppstår samma problem som gällde det andra exemplet, skadan är inte enbart individuell. Kränkningen av den enskilda människan blir beroende av de kollektiva intressena. Här finns ett bakomliggande intresse av att skydda kvinnors gemensamma intressen.

I det sjätte exemplet (6.2.6) är skadan individuell, men kränkningen är på samma sätt som i det fjärde exemplet preciserad utifrån en viss politisk målsättning. Även här handlar det om att skydda en viss beskrivning av sexualiteten. Det fjärde exemplet kan sägas handla om att skydda sexualiteten i sig (mot samhällskontroll), medan det sjätte exemplet handlar om att skydda den våldsfria sexualiteten.

Det sista exemplet (6.2.7) bygger på en annan syn på människan i form av en utgångspunkt i "olikhet". Detta exempel avser en individuell skada, och kränkningen bedöms utifrån en människa vars identitet är förankrad i kön och kultur.

Även här kan man ställa frågan om också denna ansats innefattar andra politiska målsättningar utöver det att skydda individen. Eftersom varje beskrivning av verkligheten har någon form av ideologisk grund är det inte otänkbart att man även kan härleda politiska intressen ur de förutsättningar som denna ansats ger. Svaret på frågan om denna ansats även kan sägas representera andra politiska målsättningar beror därför sannolikt av om man själv omfattas av någon av de övriga ideologiska ansatserna.⁶⁵

Som jag har varit inne på tidigare är det möjligt att förutsättningarna för att kriminalisera ändras eftersom premisserna för att precisera en kränkning blir annorlunda med denna utgångspunkt. Om detta leder till att det kriminaliserade området blir större eller mindre är omöjligt att svara på utan en högre grad av precisering av förutsättningarna för diskussionen.

De exempel som gavs i avsnitten 6.2.4 och 6.2.7 skiljer sig ut på så sätt att de faktiskt säger oss något om hur man ser på människan. Dessa två ansatser representerar två mycket olika sätt att beskriva människan. När de appliceras på sexualbrotten ger de därför radikalt olika förutsättningar för att precisera den individuella kränkningen.

Den syn på människan som återfinns i avsnitt 6.2.4 är utvecklad ur principen om den fria individen. Man kan förenklat säga att man i detta fall överför en etisk teori till en social nivå. Från att ange vissa grundlägg-

⁶⁵ Den som anser att sexualiteten inte har något att göra i straffrätten kommer antagligen att motsätta sig en ideologisk utgångspunkt som bygger på en tanke om att sexualiteten är en del av integriteten, eftersom detta leder till att sexualiteten blir en självklar aspekt av den straffrättsliga argumentationen.

gande principer omvandlas den till att bli en teori om hur man bör tala om människor i ett socialt sammanhang. Som vi har sett har denna ansats varit funktionell när man talat om behovet av en frigörelse av människors sexualitet. I denna diskussion har det varit av grundläggande betydelse att framhålla att människor har en grundläggande kapacitet att göra självständiga val. Det gör också att det område som kan bli föremål för en precisering av kränkningen är just denna förmåga i sig, inte sexualiteten. Det innebär samtidigt att människans integritet preciseras och bedöms oberoende av könstillhörighet.

Den syn på människan som framträder i avsnitt 6.2.7 bygger på ett annat sätt att tänka. Det är en människa som har en identitet som är förankrad i könstillhörighet och kulturell tillhörighet. Det blir då därför särskilt viktigt att vara uppmärksam på att kön är en meningsskapande faktor i den kultur vi lever i. Övergreppet våldtäkt handlar om en köns-människa som i ett visst socialt sammanhang utsätts för ett fysiskt angrepp. Detta angrepp är riktat mot människans integritet, som är beroende av hennes könsidentitet och könsbestämda kropp. Innebörden av den fysiska kränkningen är därför i högsta grad beroende av att det rör sig om ett angrepp mot en kropp som är definierad i ett viss kulturellt sammanhang. Därmed kan man inte heller precisera och bedöma kränkningar av människans integritet utan att ta hänsyn till kön.

Niemi-Kiesiläinen menar att det har skett en förändring av synen på de sexuella övergreppen, från en kränkning av ett sexuellt självbestämmande till en kränkning av en sexuell integritet.⁶⁶ Som vi ska se i följande avsnitt är det tänkbart att denna ideologiska förändring kan spåras i den senaste reformen av det sexuella rekvisitet i BrB 6:1.

Avslutningsvis finns det anledning att också säga något om de olika sätt att se sexualiteten som kan iakttas i de olika exemplen. Man kan säga att de angivna exemplen även motsvarar en utveckling av synen på sexualiteten hos människan.

I de två första exemplen bygger sannolikt beskrivningen av sexualiteten på att denna utgör ett slags biologiskt sakförhållande. Sexualiteten är reproduktiv och någon annan funktion är inte socialt acceptabel.

Från det tredje exemplet övergår sexualiteten till att bli en mänsklig drift som kan anta många former och där personlig tillfredsställelse är ett tillräckligt skäl för att sexuella handlingar ska anses vara socialt godtagbara. Sexualiteten har då inte längre någon given form varför man inte längre uppfattar att sexualiteten är given av naturen. Den är snarare beroende av den kultur den förekommer inom, sexualiteten är i grunden en kulturell konstruktion.

⁶⁶ Niemi-Kiesiläinen (2004), s. 185–194.

Denna utgångspunkt kan leda till olika slutsatser. Antingen kommer man fram till att man just därför kan och bör överlåta åt människorna själva att styra över sexualitetens innehåll. Eller så drar man slutsatsen att det som definieras i en makt- och våldskultur kommer att bygga på kulturens egna premisser, varför sexualiteten måste kontrolleras.⁶⁷

Det senare är grundläggande för feminismen som ju utgår ifrån att kvinnor förtrycks inom den rådande kulturen. Om sexualiteten kan ses som en kulturell konstruktion innebär det att den kan ifrågasättas, varför även sexualiteten i våldtäktsgärningen kan problematiseras.

I de exempel som gavs någon form av könsmässig förankring (i viss mån 6.2.3 samt 6.2.5–6.2.7) kan det se ut som att sexualiteten försvann ut ur argumentationen för att så komma tillbaka i det sista exemplet. Det är dock viktigt att vara uppmärksam på att när sexualiteten återkommer i det sista exemplet handlar det inte om samma sätt att närma sig sexualiteten.⁶⁸

Vi har istället att göra med en utveckling från den radikalliberala syn som omtalades i avsnitt 6.2.3, till en förståelse av att sexualitet, makt och våld står i ett samband med varandra varför sexualiteten kan vara förtryckande (6.2.5–6.2.6), och till en ansats som innebär att sexualiteten bidrar till att konstituera kön (6.2.7).

Det sista exemplet bygger därför också på en syn på sexualiteten som innebär att denna även har en meningsskapande funktion. Man kan säga att sexualiteten även bidrar till uttrycka manligt och kvinnligt i en viss kultur. Därmed blir det också möjligt att förklara varför våldet enligt det libertinska idealet i avsnitt 6.2.3 kan vara "sexigt" i sig. Med en utgångspunkt i det sista exemplet kan man säga att den sexuella dimensionen hos övergreppet snarare är att betrakta som en aspekt av det våld som utövas.

6.3.2 Utvecklingen av BrB 6:1

Mot bakgrund av den sammanställning som gjordes i avsnitt 6.2 är det av intresse att också säga något om den senaste reformen av kriminaliseringen av våldtäkt i BrB 6:1, särskilt med avseende på de förändringar som skett av det sexuella rekvisitet i straffbudet.

I kapitel 5 diskuterade jag några av de problem som är förknippande med den tvångskonstruktion som BrB 6:1 bygger på. Man kan säga att konstruktionen av våldtäkt leder till konflikter som ytterst handlar om hur det sexuella momentet i övergreppet bör bedömas inom straffrätten.

⁶⁷ För feminismen har tanken om sexualiteten som en social konstruktion varit av central betydelse, se t.ex. Zita (1990), s. 5–7.

⁶⁸ Jfr Bell (1991), 91.

Som vi har sett är denna frågeställning i hög grad beroende av hur man väljer att beskriva sexualiteten, men framförallt vilka förutsättningar man lägger till grund för beskrivningen av människan och hennes sexuella integritet.

Det sexuella rekvisitet i BrB 6:1 reformerades så sent som i slutet av 1990-talet, varefter det justerades något i samband med den större reform av sexualbrotten som genomfördes 2005.⁶⁹ Det blir därför intressant att fråga sig utifrån vilka förutsättningar denna reform har skett, och om utvecklingen av BrB 6:1 kan förstås mot bakgrund av den förändrade syn på människan och den sexuella kränkningen som kunde identifieras i avsnitt 6.2.7.

Som jag har varit inne på tidigare har det sexuella rekvisitet i BrB 6:1 av tradition byggt på begreppet "samlag".⁷⁰ Denna sexualhandling har ansetts utgöra den mest kränkande formen för sexuell kränkning, varför detta rekvisit även bidragit till att avgränsa tillämpningsområdet för våldtäktsbestämmelsen. I kapitel 2 argumenterade jag för att denna lösning kan ha följt som en konsekvens av att man utgått ifrån en viss kulturell beskrivning av vad som är sexualitet, eller vad som utifrån en viss kulturell tolkning av sexualitet har uppfattats som mest riskfyllt för offret.

En annan tänkbar förklaring kan ligga i brottsbegreppets krav på gärning och orsakande. I så fall är detta den gärning som vid en bedömning av gärningsmannens handlande kan framstå som den mest sexuellt avancerad.

En kritik som riktats mot denna lösning har varit att konstruktionen av den sexuella kränkningen har byggt på en beskrivning av sexualiteten i sig, alltså att det straffrättsliga begreppet vilar på en föreställning om "normal" eller om man så vill, en "våldsfri" sexualitet. Om kritiken är riktig innebär det att redan förutsättningarna för att tala om en sexuell kränkning hos offret är begränsade. En annan kritisk invändning har varit att kränkningen mot denna bakgrund inte definieras med utgångspunkt i offrets perspektiv.

Sexualbrottskommittén, SOU 1982:61, framförde därför behovet av att göra lagstiftningen på området mer övergreppsorienterad.⁷¹ Den gången ledde reformförslaget endast till en viss justering av rekvisitet såtillvida att lagstiftaren utökade antalet straffbara gärningar genom att lägga till ett rekvisit "jämförligt". En förklaring kan vara att reformen var motiverad av att våldtäktsbestämmelsen gjordes könsneutral, varför vissa

⁶⁹ Prop 1997/98: 55, s. 90–92 och Prop. 2004/5: 45, s. 45–47.

⁷⁰ SOU 1953:14, s. 231.

⁷¹ Jfr avsnitt 5.4.8.

homosexuella samlagsgärningar inkluderades i definitionen av våldtäkt.⁷² Såsom reformen motiverades framstår den jämförelse som skulle göras som en fråga om att de sexuella handlingarna skulle jämföras med ett heterosexuellt samlag.

Kvinnoväldskommissionen vidareförde Sexualbrottskommitténs resonemang i sitt betänkande, SOU 1995:60. Kommissionen föreslog därför att bestämmelsen borde reformeras så att kapitlet i huvudsak skulle innefatta ett sexuellt rekvisit, och att bedömningen av detta skulle ske med utgångspunkt i den sexuella kränkningens natur.

I propositionen ändrades förslaget såtillvida att att de sexuella handlingar som våldtäktsbestämmelsen skulle omfatta skulle vara möjliga att jämföra med samlag. Den jämförelse som skulle göras syftade dock istället på att den aktuella sexualhandlingen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt, kunde jämföras med ett påtvingat samlag. Ändringen var viktig eftersom den innebar att vissa andra allvarligt kränkande sexualhandlingar, vilka inte tidigare ansetts jämförliga med samlag, nu kunde hänföras till våldtäktsbestämmelsen.⁷³

När 1998 års Sexualbrottskommitté presenterade sitt slutbetänkande, SOU 2001:14, hade man flyttat sin position ytterligare i denna fråga. Förslaget innebar att jämförelsen med samlag skulle tas bort helt och hållet och att utgångspunkten enbart skulle bli en bedömning av graden av den kränkning offret utsattes för.⁷⁴ Avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen skulle därmed utgå ifrån en bedömning av graden av kränkning, där den sexuella handlingen och våldshandlingen skulle bedömas sammantaget.

Lagstiftaren valde däremot att utgå ifrån den senaste reformen och gjorde därför endast vissa mindre justeringar av det straffbara området genom en förändrad terminologi.⁷⁵ Det nya rekvisitet kan därför sägas vara mer offerorienterat eftersom de jämförelser som ska göras ska bygga på en bedömning av kränkningen. Däremot innebär det att våldtäktsbestämmelsen avgränsas till att gälla vad man uppfattar som mer kränkande sexuella gärningar. Vid denna bedömning utgör forfarande det heterosexuella samlaget en viktig referensram.

Det betänkande, SOU 2001:14, som kommittén presenterade är intressant därför att det öppnar för ett annat sätt att se människan och verkligheten. Kommittén markerade visserligen inledningsvis att man

⁷² Prop. 1984/85:105, s. 17.

⁷³ Det gällde exempelvis de övergrepp som innebär att gärningsmannen för in ett främmande föremål i kvinnans slida. Jfr Prop. 1997/98:55, s. 91.

⁷⁴ SOU 2001:14, s. 156–158.

⁷⁵ Jfr SOU 2001:14, s. 148–150.

uppfattade sig som en ”straffrättslig kommitté”. Det är därför möjligt att man häri kan läsa in ett avståndstagande från tanken om att göra jämställdhetspolitik av strafflagstiftningen.

I avsnitt 5.5–5.6 har jag diskuterat några av de problem som kan uppstå om man placerar en teori om ett överordnat förtryck i en lagstiftning som syftar till att bedöma människor i en faktisk verklighet.

I föregående avsnitt 6.2, visade jag också att flertalet av ansatser som har förekommit på detta område kan kritiseras därför att de medför en form av politisering av de straffrättsliga frågeställningarna. Kommitténs val av position i denna fråga är därför viktig i sammanhanget. Det är inte referenser till våldtäkt som del av en könsmaktsordning som leder till att det finns ett underlag för att reformera bestämmelsen i denna riktning.

Kommitténs ställningstagande till skyddsobjektet visar i denna del att man i någon mån är inne på tanken om en förändring av premisserna för bestämmelsen. Kommittén skriver att ”Den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten är de viktigaste skyddsintressena bakom regleringen av sexualbrotten.”⁷⁶

Mot bakgrund av reglernas utformning i BrB kapitel 6 kan skyddet av självbestämmanderätten i praktiken endast avse de övergrepp som riktas mot vuxna. I jämförelse med de övriga reformförslag som diskuterades i kapitel 5, vilka alla framhöll rätten till självbestämmande på det sexuella området, är dock kommitténs betonande av skyddet av den sexuella integriteten särskilt viktigt. Det är tänkbart att denna markering har ett samband, inte enbart med skyddet av den grupp som inte har kapacitet att utöva ett självbestämmande, utan också med den diskussion som förts kring den kränkning ett sexuellt övergrepp kan innebära för vuxna offer.

I betänkandet kopplas dock även frågan om den sexuella integriteten till den traditionella förståelsen av individuell frihet inom straffrätten. Kommittén skriver att ”Den sexuella självbestämmanderätten medför dock inte bara en rätt att välja att avstå. Det innebär också en rätt att få välja att ge utlopp för sin sexualitet. På motsvarande sätt menar kommittén att respekten för den sexuella integriteten har två sidor. Den kan åberopas som ett stöd mot sexuella övergrepp och som ett stöd för att få utöva sin sexualitet, t.ex. välja att leva som homosexuell.”⁷⁷

I arbetet har jag försökt visa hur begränsat skyddsobjektet kan vara när det handlar om att ange premisserna för de straffrättsliga bedömningarna. Den individ som förekommer på straffrättens teorinivå är i första hand att betrakta som ett ideal. Den fria individen är konstruerad

⁷⁶ SOU 2001:14, s. 13.

⁷⁷ SOU 2001:14, s. 109.

i syfte att ange vissa grundläggande etiska premisser för hur människor bör behandlas.

Regelkonstruktioner och andra tolkningsförutsättningar måste där-
emot alltid utgå ifrån någon form av beskrivning av människan och verk-
ligheten. I de analyser som genomförts har jag också visat hur viktig
beskrivningen av människan och verkligheten är för frågan om hur den
individuella kränkningen bör preciseras.

Om man väljer att förpassa könsfrågan till det politiska området leder
det till att man också väljer bort mycket viktiga aspekter av de etiska
frågeställningar som uppstår kring könsmissiva övergrepp. Men även om
kommittén inte uppfattade sig om en kvinnopolitisk kommitté kan man
konstatera att kommittén ändå indirekt tog ställning i flera av de frågor
jag har belyst i arbetet.

Kommittén markerade genom sitt förslag till precisering av den sexuel-
la kränkningen att man utgick ifrån att offret drabbas av en sexuell kränk-
ning. Den definition som anfördes var inte heller omedelbart kopplad till
en viss beskrivning av sexualitet: det var inte den kulturella förståelsen av
sexualitet i form av det heterosexuella samlaget som stod i centrum för
bedömningen. Innebörden av kränkningen skulle preciseras och bedömas
med utgångspunkt i offrets integritet.

Det är därför inte heller otänkbart att kvinnoforskningens diskussion
kring könsfaktorn indirekt kan ha påverkat Kommittén. Om kön även är
en social faktor kan våldtäkten vara sexuell utan att vara genital.⁷⁸

Som framgick i avsnitt 6.2.7 innebär en förändrad syn på människan
även förändrade förutsättningar för att tala om sexuella kränkningar.
Man kommer då att i huvudsak uppfatta övergreppet som ett angrepp på
människans könsmissiva integritet, istället för ett ofrivilligt deltagande i
sexuella handlingar.

I kommitténs förslag var även tvångsgärningen densamma i BrB 6:1
och 6:2, vidare övefördes vissa former av utnyttjande till våldtäktsbestäm-
melsen. Mot bakgrund av den diskussion som förts i arbetet är det också
intressant att konstatera att kommitténs förslag till reform av BrB 6:1
och 6:2, innebar att man inte gjorde någon egentlig begreppsmässig skill-
nad mellan de två bestämmelserna. I praktiken byggde indelningen mellan
dessa på en skillnad i straffvärde, där de mer straffvärda formerna av tvång
och sexuella handlingar hänfördes till bestämmelsen i BrB 6:1.

Det kan därför finnas skäl att påminna om Sexualbrottsutredningens
förslag, SOU 1976:9, som byggde på tanken om att man inte skulle göra
några definitionsmissiva skillnader mellan de olika straffbara gärningar-
na. Man skulle endast skilja mellan olika grader av straffvärde.

⁷⁸ Bell (1991), s. 95.

Man kan därför konstatera att Sexualbrottsutredningens förslag vilket sågs som kvinnofientligt, av den nya Sexualbrottskommittén presenterades som ett förslag i syfte för att göra lagstiftningen mer kvinnovänlig. Av detta kan man dra slutsatsen att det måste vara så att även andra faktorer än definitionen i straffbudet påverkar lagstiftningens innehåll.

Sexualbrottsutredningens förslag innefattade i denna del en ideologisk ansats som innebar att man i syfte att minska strafflagstiftningens kontroll över sexualiteten, minskade den rättsliga betydelsen av den sexuella kränkningen. Kommitténs förslag handlade däremot om att minska betydelsen av den kulturella definitionen av sexualiteten i gärningen, i syfte att betona det sexuella momentet som en central del av den individuella kränkningen.

Det slutliga lagförslag som presenterades i propositionen var ändrat jämfört med kommitténs förslag. Det sexuella rekvisitet ändrades till "samlag" eller en "sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag".

Historiskt sett har man betonat våldtäktsbestämmelsens exklusivitet genom att ställa mycket höga krav till tvånget. I de reformer som genomförts sedan Strafflagen infördes 1864 har kravet på tvång sänkts flera gånger. Efter den senaste reformen utgörs bestämmelsens tvångsbegrepp av ett s.k. våld mot person som innebär att kravet till tvång har sänkts ytterligare.⁷⁹ I tillägg har gränsen mellan våldtäkt BrB 6:1 och sexuellt utnyttjande BrB 6:3 förändrats genom att vissa gärningar som innebär ett otillbörligt utnyttjande av någon som befinner sig i hjälplöst tillstånd har flyttats till BrB 6:1 st. 2 och rubriceras numera som våldtäkt.

Denna reform kan sägas vara motiverad med utgångspunkt i ett offerperspektiv, eftersom det mot denna bakgrund, inte finns någonting som omedelbart motiverar varför den ena eller den andra gärningen i sig skulle vara mer eller mindre straffvärd.

Även efter den senaste reformen är våldtäktsbestämmelsen indelad i tre grader med en bestämmelse om mindre grova brott i BrB 6:1 st. 3.

De mer principiella förutsättningarna för definitionen av våldtäkt har alltså inte ändrats genom de reformer som genomförts. Konstruktionen anger fortfarande att det är förekomsten av tvång som utgör skillnaden mellan det straffbara och det icke-straffbara området. Som vi har sett bygger lagstiftningen i praktiken även på samma skyddsobjekt som tidigare.

⁷⁹ I BrB 6:1 stadgas tvång genom våld mot person, medan BrB 6:2 avser det vidare begreppet olaga tvång, jfr BrB 4:4. Tvångsgärningen i BrB 6:1 har även förändrats på så sätt att fler gärningar än tidigare kan kvalificera som hot. SOU 2001:14, s. 162–164, Prop. 2004/05:45, s. 43–45.

Det är dock inte omöjligt att den senaste utredningen förebådar den förändrade syn på människa och kränkning som kan följa av en ansats i kvinnoforskningen. Det är därför inte uteslutet att lagstiftningen på sikt ytterligare kommer att utvecklas i denna riktning. En mer genomgripande förändring av förutsättningarna för våldtäktsbestämmelsen kräver dock att diskussionen även innefattar straffrättens teorinivå.

6.4 En rekonstruktion av straffrätten

6.4.1 Rättsordningens människa

I det här arbetet har jag valt att analysera ett urval av de teman som förekommit i debatten kring sexualbrotten. Med utgångspunkt i några reformförslag har jag prövat de rättsliga argumenten mot de förutsättningar som följer av kvinnoforskningens utgångspunkt i "olikhet".

Jag har framförallt valt att fokusera på förutsättningarna för att beskriva "människan". När det gäller frågan om hur innebörden av den individuella kränkningen bör preciseras har ideologin om olikhet visat sig vara särskilt intressant. Med utgångspunkt i de analyser som genomförts kan man ifrågasätta om inte den kritik som riktats mot de straffrättsliga lösningarna har samband med att den människa som kvinnoforskningen talar om i praktiken inte är en del av straffrätten.

Straffrättens teorinivå anger ramarna för det sätt på vilket man talar om människan på området. Genom de analyser som genomförts har det varit möjligt att visa att den frihet som straffrätten skyddar förutsätter en viss beskrivning av människan. Man kan säga att den fria individen redan från början har en viss given form, den är "någon". Straffrättens människa är därför inte att betrakta som "neutral".⁸⁰

Som vi har sett står den syn på människan som straffrätten prioriterar i konflikt med den syn på människan som är grundläggande för kvinnoforskningen. Här finns därför en möjlig förklaring till varför det uppstår konflikter kring straffrätten, och varför regler som formellt sett är snarlika, ändå uppfattas ge uttryck för fullständigt olika sätt att uppfatta verkligheten.⁸¹

Den kvinnostraffrättsliga forskningen har kritiserat rättsordningens människa. I de arbeten som jag diskuterade i kapitel 4 förekom denna kritik både direkt och indirekt. Stang Dahl kritiserade rättsordningen för att

⁸⁰ Lacey skriver "the idea of a viewpoint which is not formed in part by gendered experience is something which we have yet to encounter." Lacey (1998), s. 66.

⁸¹ Jfr avsnitt 6.3.1.

vara konstruerad utifrån ett typiskt sett "manligt" liv, vilket inte tog hänsyn till de villkor kvinnor generellt sett lever under. Fransson visade att det inte går att tala om rättigheter utan att också ta hänsyn till att kön också är meningskapande, exempelvis när det gäller att bedöma innebörden av ett arbete. Svensson argumenterade för att rättsordningen bygger på förutsättningar som innebär att andra dimensioner av verkligheten har trängts undan. Det är därför som genus inte blir synligt i rättsordningen, menar författaren.

Andersson visade att det är fullt möjligt att det rättssubjekt som rättsordningen beskriver inte enbart bygger på vissa antaganden om individuell autonomi, utan att detta subjekt även har en kropp som är definierad på ett sådant sätt att kvinnors rättsskydd försvagas.⁸²

I arbetet har ideologin om olikhet i första hand prövats mot frågor som gäller straffrättens tillämpningsnivå. Kvinnor har inte samma sociala position och därför inte heller samma sociala möjligheter. Detta problem blir särskilt tydligt när det gäller de sexuella övergreppen: *kvinnor drabbas av sexuella övergrepp därför att de är kvinnor*. Det är så att säga signifikativt för övergreppet. I kapitel 5 visade jag att detta är så grundläggande för de övergreppssituationer som diskuterades att rättsordningen måste ta hänsyn till den könsrättsliga dimensionen. I de exempel som gavs blev det uppenbart att det var beskrivningen av människan och verkligheten som gav sådana tolkningsförutsättningar, att det rättsliga resultatet kunde kritiseras utifrån kvinnors rätt till skydd av sin individuella frihet.

Straffrätten ger vissa möjligheter att ta hänsyn till sociala och personliga förutsättningar. Detta är argument som ofta förekommer, särskilt vid straffvärdebedömningar, på olika nivåer inom det straffrättsliga systemet. Förbättrade kunskaper om det sätt på vilket könsrättsliga övergrepp drabbar kvinnor kan därför bidra till att förändra förutsättningarna för den straffrättsliga argumentationen.

Konstruktionen av den fria individen i straffrätten ger inte några neutrala förutsättningar för den straffrättsliga argumentationen. Detta blir särskilt tydligt när man försöker precisera innebörden av den individuella kränkningen. Ett grundläggande problem är att vissa dimensioner av kränkningen som är relevanta vid sexuella övergrepp inte helt omfattas av rättsordningens förutsättningar. I arbetet har jag argumenterat för att det

⁸² Jfr Naffine som argumenterar för att rättsordningens individ har en "manlig" kropp. Den kropp som befinner sig i den kvinnliga positionen blir därför logiskt sett en negation av den manliga kroppen. Föreställningen om den skyddade individen är därför inte överförbar på en kvinna eftersom hon inte definieras utifrån samma principer. Naffine (1997), s. 86–88; Jfr Grbich (1991), s. 71–73.

därför också är viktigt att vara uppmärksam på att: *kvinnor drabbas av sexuella övergrepp i sin egenskap av att vara kvinnor*.

Det krävs helt enkelt något ytterligare för att man ska kunna skapa möjligheter för precisera den kränkning som drabbar offren, särskilt vid sexuella övergrepp. Grosz menar exempelvis att det inte är möjligt att enbart lägga till kvinnor i en annars neutral rättsordning. Kvinnorna råkar inte vara bortglömda utan är snarare att betrakta som bortvalda.⁸³ Det är därför tänkbart att, redan det att tala om den individuella kränkningen med utgångspunkt i en kvinnokropp, kan ge andra förutsättningar för att precisera de rättsliga begreppen.⁸⁴

Kritiken mot straffrätten handlar alltså inte enbart om utformningen av regelsystemet, här finns en kritik som även drabbar rättsområdets teornivå.

Lacey skriver att "The idea of feminist legal theory, however, goes much further, in that it suggests that there is something not merely about particular laws or sets of laws, but rather, and more generally, about the very structure or method of modern law, which is hierarchically gendered."⁸⁵

Den kvinnorrättsliga litteraturens traditionella förankring i ståndpunktsfeminismen har lett till en kritik av rättsordningen som "manlig". Denna slutsats är förståelig av flera skäl. Som Jaggar skriver är det svårt att tänka sig att en kvinna skulle ha uppfattat det som relevant att bygga en etisk teori utifrån en syn på självständighet som till sin innebörd (oberoende av andra människor) är främmande för det liv som kvinnor som grupp lever.⁸⁶

Mot bakgrund av den kritik som framförts både i detta arbete och i de kvinnorrättsliga projekt som diskuterades i kapitel 4, finns det skäl att anta att *den fria individen inte är en kvinna*. Det kan dock vara viktigt att understryka att det därmed inte är sagt att den fria individen är sinnebilden för en man. Som vi såg i kapitel 3 menade Illich att den ekonomiska individ som kännetecknar det moderna samhället är en konstruktion som bryter med en tidigare kultur som byggde på genus. I jämförelse med ett klassiskt manligt ideal, som det att ta ansvar för andra, kan den fria individen därför lika gärna framstå som ett exempel på en narcissist. Det är därför inte heller givet att konflikten kring utformningen av rättsordningens människa måste kopplas till könsmotsättningen.

⁸³ Grosz (1993), s. 206 kallar det för en form av strategisk minnesförlust.

⁸⁴ Jfr Lacey (1998), s. 116.

⁸⁵ Lacey (1998), s. 2.

⁸⁶ Jaggar (1983), s. 44–46.

6.4.2 Ett straffrättsligt alternativ?

Frågan om hur man bör beskriva verkligheten och människan i straffrätten är av etisk karaktär. Den kritik som har framförts i den allmänna debatten kring sexualbrotten kan därför inte avvisas som enbart politisk. Däremot kan man ifrågasätta om det ligger någon rekonstruktiv strategi i att bygga ett straffrättsligt alternativ på föreställningen om en könsmaktss-ordning.

De problem som kan identifieras i straffrätten handlar inte enbart om kön och makt som en social struktur. Här finns också en kritik som handlar om straffrätten som kunskapsområde. Som vi har sett är kanske konflikten som tydligast när det gäller beskrivningen av rättsordningens människa.

I arbetet har jag argumenterat för att man bör se könstillhörighet som en aspekt av människans integritet. Kön är inte enbart en grundläggande premis för den personliga identitet som blir kränkt. Kön är framförallt en viktig aspekt av den kropp som blir utsatt för kränkning. En viktig premis för en straffrättsligt skyddad integritet är därför att denna innefattar en fysisk kropp som både är individuell och kulturell.⁸⁷ Tanken om att det finns en (neutral) mänsklig natur som föregår den sociala kontexten och som är oberoende av kön och kropp, följer endast av vissa ideologiska ställningstaganden.⁸⁸

Det är därför av grundläggande betydelse att den människa som preciseras på straffrättens teorinivå ger förutsättningar för att tala om människan som social och kulturell varelse. Lacey skriver att "It is implicit in this view that political theory must concern itself with real, embodied, gendered, socially situated persons, and not persons in an idealised society which we have never seen and which we have little idea how to bring about."⁸⁹ En grundläggande uppfattning inom kvinnoforskningen är alltså att människan inte kan beskrivas oberoende av de sociala och kulturella förutsättningar hon lever under.

Med en utgångspunkt i den tredje modellen kan man även ifrågasätta möjligheten att ange ett självständigt subjekt som kan fungera som utgångspunkt för en etisk teori. Skälet till detta är att den tredje modellen förändrar synen på människan ytterligare. Som vi har sett menar postmoderna författare såsom Butler att människan konstrueras genom diskursen; även kroppen materialiseras genom språket. Med en sådan utgångspunkt finns det inte heller en individens "kärna" som kan sägas vara opåverkad av kulturen. Det finns helt enkelt ingen "människa" som

⁸⁷ Se vidare Grosz (1993), s. 194–196; Lacey (1998), s. 102 och s. 118–119.

⁸⁸ Jaggar (1983), s. 37–43.

⁸⁹ Lacey (1998), s. 67–68.

föregår språket. Den "individ" man i så fall kan ta utgångspunkt i befinner sig snarare i en form av ständig tillblivelse.

Benhabib understryker dock att det krävs ett subjekt för att man överhuvudtaget ska kunna tala om frihet och frigörelse: det finns ett jag som föregår kulturen. I så fall blir slutsatsen att man istället bör verka för en omformulering av den fria individen.⁹⁰

I förhållande till straffrätten är den senare ansatsen viktig. Den människa som drabbas är kulturellt beroende, men hon är ändå "sin egen". Den människa som drabbas av övergrepp har alltid en personlig upplevelse av den kränkning hon utsätts för. Därför måste skyddet av den enskilda människan stå i centrum för varje straffrättslig konstruktion.

Subjektivitet är emellertid att betrakta som beroende av kultur, språk och kön. Man kan säga att varje människa är utsatt för det meningsskapande hos kön. Här finns därför flera mycket grundläggande frågeställningar som rör premisserna för hur man bör precisera och bedöma självbestämmande på straffrättens område.

I avsnitt 6.1.3 argumenterade jag för att en förändrad syn på människan förändrar förutsättningarna för att tala om individuell frihet. Därför är det också möjligt att en precisering av kränkningen utifrån könsmänniskan även påverkar förutsättningarna för kriminalisering.

Det här är frågor som är omöjliga att ta ställning till utan en högre grad av precisering av förutsättningarna för diskussionen. Vad som är innebörden av *kön* hos människan och hur man bör förstå individuell *integritet* är frågeställningar som är alltför litet utvecklade inom både kvinnoforskningen och straffrätten.⁹¹

Jag kan bara hoppas att mitt arbete kan bidra till en vidareutveckling av diskussionen om straffrättens grundläggande förutsättningar i allmänhet och sexualbrotten i synnerhet. "I hope also to have suggested the extent to which feminist scholarship has to swim against a very strong current of intellectual convention – something which, for feminist scholars as well as students, is occasionally both exhausting and disorienting."⁹²

⁹⁰ Se vidare Carlson (2000), som jämför hur författarna Butler och Benhabib producerar subjektet.

⁹¹ Danus (1995), s. 163, skriver att feminismen har en identitetspolitik utan identitetstänkande.

⁹² Lacey (1998), s. 12.

Summary

This project grew out of a much earlier draft on sexual offences in Swedish criminal law. Since the time when this research work was carried out and to the publication of this book, feminist theory has developed a great deal. The Swedish criminal code (*Brottsbalken*) has also been altered on several occasions.

It seems though, that the discussions on the political level are still very much the same as they were when I first became interested in feminism and the problem of violence against women. What appear to have changed the most are the analytical positions of feminist theory (*kvinnoforskning*). Feminist theory has become less political and far more theoretical than it was only a few years back. This can also be seen in feminist legal theory (*kvinnorätt*). In what way the debate within feminism has contributed to the reforms of the criminal code is an interesting question.

This project starts, not in criminal law, but in feminist theory and the debate on sex/gender and knowledge. There are two lines of inquiry, one in criminal law and one in feminist theory that interconnect throughout the book. Their common grounds are the depiction of the individual. Both areas of research, criminal law and feminist theory, deal with problems concerning how "man" (*människa*) should be described.

In criminal law "man" is found first of all on the theoretical level as part of the legal theory. Criminal law is based on the traditional liberal ideal of the autonomous individual (*den fria individen*). When criminal law is applied legal reasoning also demands some sort of idea of what a human being is. Legal reasoning is therefore always dependent on descriptions of both "man" and "reality".

Feminist theory, in turn, deals primarily with sex/gender (*kön*) issues. In an attempt to structure this field of research, and in order to highlight important differences in feminist theory, I have constructed three positions (*modeller*). The three positions are defined in terms of what can be seen as ideological aspects of the sex/gender debate and the epistemological theories that can be related to these different ideological positions (3.3–3.5). The three positions in feminist theory are roughly based on the epistemological distinctions made by Harding (1986); feminist empiricism, feminist standpoint and feminist postmodernism.

The first position is distinguished from the other two in that it is based on the ideal of sameness (*likhet*). People must be treated as equals, but also in an “equal” manner. This position therefore relates to an understanding of sex/gender usually known as a sex role theory. It rests on the idea that there is a fundamental neutral core in every human being which makes it possible to describe “man” in a gender neutral way. It is then possible to talk about a person independently of her gender.

The other two positions are based on the ideal of difference (*olikhhet*). Gender is seen as a basic precondition for the life of every human being. According to these positions, it is therefore impossible to talk about a person’s identity or integrity without reference to gender.

In feminist theory based on difference, gender is seen as a defining factor. It is important for the way in which reality is constructed (*menings-skapande*). One important conclusion is that there is no neutral version of reality as there is no neutral “individual”.

Different descriptions of “man” and “reality” can lead to profoundly different conditions for legal reasoning. In the present book, it is the contradiction between the idea of sex as a role played by a neutral individual and the idea of gender as a fundamental aspect of human life, that is used as a starting point for the analyses of legal arguments.

On the theoretical level, the autonomous individual is constructed to set the defining conditions for how individuals should be treated in criminal law. The autonomous individual represents a certain ethical ideal. But this construction also relates to reality, it gives the characteristics of a certain person. Criminal law will give priority to a description of “man” that is ideologically compatible with the construction of the autonomous individual. It seems therefore that the way in which legal reasoning relates to a person’s sex resembles the theory of sex roles, which is built on the same idea of a fundamental human “sameness”. One basic condition for legal reasoning seems to be that every person can be understood as independent of gender and culture. This way of describing “man” is important for understanding harm to the individual in criminal law.

One important question that is raised in this book is in what way the understanding of harm to the individual changes when the conditions for describing “man” are altered.

In order to seek an answer to this question, I have analyzed selected committee reports on rape and physical abuse of women during the period 1958 to 2001. All of these are to various extent related to the question of harm to the individual.

The first example (5.3) concerns the criminalization of marital rape, which was proposed in SOU 1958:14, and introduced in the new criminal code (*Brottsbalken*) in 1964. In the criminal code, rape in marriage

was seen as unlawful, but because of the relationship between the offender and the victim, as less harmful to the victim.

In the second example (5.4) taken from SOU 1976:9, it was argued that the level of harm could be reduced as a result of a voluntary interaction between the parties (victim precipitation).

The legal grounds for reducing harm in the above mentioned cases could be seen as based on the freedom of the autonomous individual. In principle, every person has the right (within certain limits) to dispose of his or her own personal freedom. When the perpetrator acts in a social setting in which the victim is a voluntary participant, the perpetrator can be seen as less liable.

In both examples the reduced level of harm demands a description of "man" compatible to the idea that a person can be interpreted as independent of gender. On this view, sexuality is not a part of a person's identity or integrity.

If gender and gendered sexuality are seen as important aspects of individual identity and integrity, on the other hand, the grounds for judging harm changed. On such a view it was not possible to state that a relationship, or some other form of voluntary interaction with the offender, is a factor that in itself can lead to reduced individual harm.

The theory of victim precipitation seems to be based on a certain description of reality. It is how the specific situations are described that produces the grounds for the legal arguments. First of all, one can argue that the traditional liberal conception of freedom does not apply to the female victim in this situation. Secondly, the legal arguments seem to rely on the stereotyped version of the female, a way of talking about sex/gender that is in conflict both with the ideal of the autonomous individual and with sex role theory. The examples presented therefore also show how the victim often becomes objectified.

In connection with the theory of victim precipitation, the grounds for excuse are also mentioned. One conclusion drawn in the present book is that gender theory is not enough to solve the problem of how to describe "man" in criminal law. I argue that there is a need for an ethical theory that includes the gendered individual (*könsmänniskan*).

The two following examples were taken from the report SOU 1995:60. In this report, the committee seems to argue from two theoretical positions in feminist theory. The first one is radical feminism; violence against women is seen as the very symbol of male power. The other is standpoint feminism; law is seen as essentially male and therefore needs to be changed.

The first proposal presented by the committee (5.5) argued that the current gender-neutral concept of rape in Brottsbalken 6:1, should be

replaced by a definition of rape that includes the idea of a man forcing a woman. It was considered important that the criminal code gave an accurate description of reality; most rape crimes are committed by men and against women.

I show that it is far from obvious that the committee related the standpoint position to criminal law in the right way. Although it is indeed of great importance that the reality of the victim is considered in criminal law, e.g. in the way individual harm is defined, the proposal suggests that it is the political version of reality that should be depicted directly in the statute. Unfortunately, this can only lead to conflicts between different victims of abuse.

The second example (5.6) is the criminalization of domestic violence (*grov kvinnofridskränkning*) in Brottsbalken 4:4 a.

The definition of the statute is based on a description of a typical situation: a woman who is exposed to violence from an intimate partner. One could argue that this is standpoint feminism at its best. In my analysis, however, I have criticised the definition of the statute; it seems it lacks the fundamental element of harm to the gendered individual. The committee focused on a theory of power instead of on the injury of the individual. E.g. violence is seen as more harmful when a man abuses a woman.

Women are sexually abused because they are women. This is fundamental to the way in which these crimes must be interpreted. It is therefore important for criminal law to recognize this problem.

But it is also important to stress that *women are sexually abused in their capacity of being women*. In this book I have argued that this constitutes the very basis for understanding harm to the individual. It is therefore important to find ways to define harm to the gendered individual. This demand, in turn, raises questions concerning how the autonomous individual is constructed in criminal law. The conflicts surrounding criminal law today can be understood as the dichotomy between the liberal ideal of the autonomous individual and the feminist ideology of difference.

The last chapter summarizes seven different political positions taken on sexual politics and sexual offences in the debate on Swedish criminal law during the last hundred years.

Though the last committee on sexual offences, SOU 2001:14, did not take its starting point in feminist theory, it was clearly influenced by the idea of difference. The arguments of the committee were based on the reality of the victim; e.g. harm was not defined in terms of a cultural description of sexuality (heterosexual intercourse) but in terms of the abuse of the victim's physical integrity. Even if the legislator was not as

radical as the committee, the committee report is possibly a sign of a change of the way "man" and "reality" is described in criminal law.

Is it then possible to redefine the autonomous individual, or does post-modern feminism lead to the conclusion that the individual cannot be grasped outside of language? Criminal law deals with living human beings. They are always embodied, gendered and socially situated, but still the injury inflicted upon them is an individual experience. Criminal law therefore needs an "individual" to build an ethical theory. However, a redefinition of that individual seems to be needed.

In short:

Chapter 1 gives a presentation of the idea to combine feminist theory (the debate on sex/gender and knowledge) and the description of "man" and of "reality" in criminal law.

Chapter 2 gives a short introduction to criminal law and the autonomous individual. The general grounds for criminalization and the debate on harm and sexual offences are presented.

Chapter 3 introduces three positions that are central to the way in which reality is described. Sex role theory and the idea of gender as a way of defining a person are presented.

Chapter 4 discusses Nordic women's law. Selected books from different authors are presented and used as a starting point for a discussion on theory and methodology.

Chapter 5 analyzes different committee reports on sexual offences and the abuse of women. The gendered individual as an alternative way of describing "man" and "sexuality" is used to analyze legal arguments.

Chapter 6 gives a summary of the basic results from the analysis of criminal law and the gendered individual. Seven ideological positions on sexual politics and sexual offences are also presented. The book ends with a short discussion on the need for a reform of legal theory.

Källor

Offentligt tryck

SOU 1935:68

Ändringar i Strafflagen beträffande straffsatserna för särskilda brott, m.m.

SOU 1953:14 Förslag till Brottsbalk

Avgivet av Straffrättskommittén

SOU 1976:9 Sexuella övergrepp

*Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrotten
avgivet av Sexualbrottsutredningen*

DsJu 1977:7 PM med förslag till ändring i brottsbalken

SOU 1982:61 Våldtäkt och andra sexuella övergrepp

Betänkande av 1977 års Sexualbrottskommitté

SOU 1990:44 Maktutredningen

SOU 1993:15 Könshandeln

Betänkande av 1993 års prostitutionsutredning

SOU 1995:60 Kvinnofrid

Huvudbetänkande av Kvinnovåldskommissionen

Ds 1996:26 Genusperspektiv i forskningen

SOU 1995:110 Viljan att veta, viljan att förstå

SOU 1996:185 Straffansvarets gränser

Betänkande av Straffansvarsutredningen

SOU 2001:14 Sexualbrotten

Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor, betänkande av 1998 års Sexualbrottskommitté

Prop. 1962:10 Förslag till Brottsbalk

Prop. 1977/78:69

Regeringens proposition om ändring i 6. kap. brottsbalken

Prop. 1983/84:105

Regeringens proposition om ändring i brottsbalken, m.m. (sexualbrotten)

Prop 1987/88:120

Regeringens proposition om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval)

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid

Prop. 1998/99:145 Ändring av fridskränkingsbrotten

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

LU 1962:42

Första lagutskottets utlåtande i anledning av dels Kungl. Maj:ts proposition med förslag till brottsbalk, dels i ämnet väckta motioner, o.s.v.

JuU 1983/84:25

Justitieutskottets betänkande om sexualbrotten

JuU 1986/87:3

Justitieutskottets betänkande om lagregleringen av vissa sexualbrott

Litteratur

Against sadomasochism, Robin Ruth Linden (red.), East Palo Alto 1982.
Agge, Ivar/Thornstedt, Hans: Straffrättens allmänna del, Stockholm 1981.
Alexius, Katarina: "Något om äganderätt, angrepp på egen rättssfär och en eventuell kriminalisering av prostitution", i: SvJT 1995, s. 597–601.

A most detestable crime, Keith Burgess-Jackson (red.), New York 1999.
Andenas, Johs.: Alminnelig Strafferett, Magnus Matningsdal/Georg-Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004.

- Andersson, Håkan*: "Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millenieskiftet", i: JFT 2000, s. 22–48.
- Andersson, Ulrika*: Hans (ord) eller hennes? Lund 2004.
- Andersson, Ulrika*: "Hans våld och hennes vilja – något om ansvar, rättskydd och våldtäkt", i: JFT 3-4/2004a (2000a), s. 271–278.
- Anttila, Inkeri*: "Offrets ansvar", i: Skuld och ansvar, Nils Jareborg/Per-Ole Träskman (red.), Uppsala 1985, s. 168–179.
- Anttila, Inkeri*: "Två reformer av lagstiftningen om sexualbrott", i: NtftK 1994, s. 15–24.
- Anttila, Inkeri*: "Social defence and the victim", i: Ad Ius Criminale humanus, Raimo Lahti/Patrik Törnudd (red.), Helsingfors 2001, s. 77–81.
- Ashworth, Andrew*: Principles of criminal law, Oxford 2003.
- Asp, Petter/von Hirsch, Andrew*: "Straffvärde", i: SvJT 1999, s. 151–176.
- Asp, Petter*: "Nödvärnsrätten i kvinnoperspektiv", i: Lika inför lagen? Görel Granström (red.), Uppsala 1999, s. 85–108.
- Asp, Petter*: "Uppsåtets nedre gräns – en efterlängtd sequel", i: JT 2004/05 (2004), s. 385–396.
- Asp, Petter*: Från tanke till gärning, del 1, Uppsala 2005.
- Aspelin, Erland*: "Kriminalpolitik efter Brottsbalkens införande", i: NtftK 1986, s. 116–131.
- At the Boundaries of Law – feminism and legal theory*, Martha Albertson Fineman/Nancy Sweet Thomadsen (red.), New York 1991.
- Arkins, Susan/Hoggett, Brenda*: Women and the Law, Oxford 1984.
- Baber, H. E.*: "How bad i rape?", i: Hypatia vol. 2 no. 2, 1987.
- de Beauvoir, Simone*: Det andra könet, Stockholm 1973.
- Bebel, August*: Kvinnan och socialismen, Göteborg 1984.
- Bentzon, Agnete Weis/Agersnap, Torben*: "Forskningsstrategier og forskningsmetoder inden kvinderetten", i: Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek, Gudrun Nordborg m.fl. (red.), Uppsala 2000, s. 221–238.
- Bergenheim, Åsa*: "Sexualitetens manliga ansikte", i: KVT 2/92, s. 33–42.
- Berglund, Kerstin*: "Kvinnoforskning och straffrätt – dikotomi och dominans", i: SOFIA 1989/2, s. 33–37.
- Berglund, Kerstin*: "Strafferett – om James Bond og kvinners livsvillkår, i: Kvinneforskermaraton II, Tromsø 1992.
- Berglund, Kerstin*: "Livets kvalitet", i: Skuldfrihet och ansvarlöshet, Kerstin Berglund m.fl. (red.), Helsingfors 1994, s. 3–13.
- Berglund, Kerstin*: "Rättssystemets användbarhet vid brott mot kvinnor", i: Kvinnor och miljöer, Monica Herrlin (red.), Helsingfors 1995, s. 213–228.

- Berglund, Kerstin*: "Den kvinnliga rätten vid sitt första skifte", i: de lege, Juridiska Fakulteten i Uppsala årsbok, 1997.
- Berglund, Kerstin*: "Mänskliga kränkningar", i: Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg, Petter Asp m.fl. (red.), Uppsala 2004, s. 87–104.
- Bell, Vikki*: "Beyond the thorny question: Feminism, Foucault and the desexualization of rape", i: International Journal of the sociology of Law, 1991, s. 83–100.
- Benhabib, Seyla*: Autonomi och gemenskap, Göteborg 1992.
- Boëthius, Maria-Pia*: Skylla sig själv, Uddevalla 1981.
- Bowker, Lee H.*: Women, crime and the criminal justice system, Lexington 1978.
- Brottsbalken – en kommentar*, Lena Holmquist m.fl., Stockholm, 2005.
- Brownmiller, Susan*: Against our will, New York 1975.
- Burgess-Jackson, Keith*: "A theory of Rape", i: A most detestable crime, Keith Burgess-Jackson (red.), New York 1999, s. 92–115.
- Burman, Monica*: "Begreppet närstående vid våld i nära relationer", i: JT 2004/05 (2004), s. 133–144.
- Burman, Monica*: Straffrätt och mäns våld mot kvinnor, Uppsala 2007.
- Butler, Judith*: Gender Trouble, London 1990.
- Cameron, Deborah/Frazer, Elisabeth*: The lust to kill, Oxford 1987.
- Carlén, Richard*: Kommentar öfver Strafflagen, Stockholm 1866.
- Carlson, Åsa*: "Subjekt och agentskap. Seyla Benhabib och Judith Butler", i: KVT 2000/2, s. 5–26.
- Chamallas, Martha*: "Consent, equality, and the legal control of sexual conduct", i: Southern California Law Review, vol. 61 no. 4, 1988, s. 777–862.
- Chambers, Gerry/Millar, Ann*: "Proving sexual assault: prosecuting the offender or persecuting the victim?", i: Gender, crime and justice, Pat Carlén/Ann Worral (red.), Milton Keynes 1987.
- Chancer, Lynn S.*: "New Bedford, Massachusetts, March 6 1983–March 22 1984: The "before and after" of a group rape", i: Gender and Society, vol. 1 no. 3, 1987, s. 239–260.
- Charvet, John*: Feminism, London 1982.
- Christensen, Anna*: "Kvinnoforskningen och samhällets maktstruktur", i: KVT 1983/3, s. 62–64.
- Christensen, Anna*: "Kvinnorätten och lagpositivismen", i: Retfærd nr 33/1986, s. 88–96.
- Clark, Anna*: Women's silence and men's violence – sexual assault in England – 1770–1845, London 1987.
- Clark, Lorennel/Lewis, Debra*: Rape – The price of a coercive sexuality, Toronto 1977.

- Clark, Peter/Davies, Anthony: "The power of dirt: an exploration of secular defilement in Anglo-American culture", i: Canadian Review of sociology and anthropology, vol. 26 no. 4, 1989, s. 650–673.
- Clarkson, CMV/Keating, HM: Criminal Law, 2003
- Cohen, Cheryl H.: "The feminist sexuality debate: ethics and politics", i: Hypatia, vol. 1 no. 2, 1986, s. 71–86.
- Contemporary developments in the definition and punishment of sex offences. Ass. Internationale de droit penale, Toulouse 1981.
- Connell, R.W.: "Theorizing Gender", i: Australian Women new Feminist Perspectives, Norma Grieve/Alisa Burns (red.), Oxford 1986, s. 342–357.
- Connell, R.W.: Gender and Power, Cambridge 1987.
- Cornell, Drucilla: "Sexual difference, the Feminine and Equivalency: A Critique of MacKinnon's *Toward a Feminist Theory of the State*", i: The Yale Law Journal, vol. 100:2247, 1991, s. 2247–2275.
- Cornell, Drucilla: Beyond Accommodation, New York 1991.
- the Cultural construction of sexuality, Pat Caplan (red.), London 1987.
- Dahlberg, Anita/Nordborg, Gudrun/Wicklund, Elvy: Kvinnor och rätt, Eskilstuna 1990.
- Dahlberg, Anita: "Den kvinnorrättsliga mångfalden", i: Retfærd nr 48/1990, s. 25–40.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: "Har kvinderetten funnet sin endelige form?" i: Retfærd nr 34/1986, s. 86–98.
- Dahl, Tove Stang: "Innledning til kvinneretten", i: Kvinnerett I, Tove Stang Dahl (red.), Oslo 1985, s. 13–109.
- Dahl, Tove Stang: "Taking Women as a startingpoint: Building women's law", i: International Journal of the Sociology of Law, 1986, s. 239–248.
- Dahl, Tove Stang: "Fra kvinners rett til kvinnerett", i: Retfærd nr 37/1987, s. 67–77.
- Dahl, Tove Stang: "Mot en fortolkende teori – det kvinneverettslige argument", i: TfR 1988, s. 54–70.
- Dahl, Tove Stang: Pene piker haiker ikke – artikler om kvinnerett, strafferett og velferdsstat, Oslo 1994.
- Danius, Sara: "Själen är kroppens fängelse" i: Feministisk bruksanvisning, Claudia Lindén/Ulrika Milles (red.), Stockholm 1995, s. 143–166.
- Davion, Victoria: "The Difference Debate and moral responsibility", i: A Most detestable crime, Keith Burgess-Jackson (red.), New York 1999, s. 230–244.
- Decrow, Karen: Sexist Justice, New York 1974.
- Devlin, Patrick: The Enforcement of Morals, London 1965.

- Dine, Janet/Gobert, James*: Criminal Law, 2003.
- Donovan, Josephine*: Feminist theory, New York 1985.
- Doublet, David R.*: "Hermeneutiken og rettsvitenskapen", i: TfR 1989, s. 589–612.
- Doublet, David R./Bernt, Jan-Fridthjof*: Retten og vitenskapen, Bergen 1993.
- Dowdeswell, Jane*: Women on rape, 1986.
- Duffy, Clinton T./Hirschberg, A.L.*: Sex and crime, 1956.
- Dumaresq, Delia*: "Rape – Sexuality in Law", i: M/f A feminist Journal, 1981, s. 41–59.
- Dumond, Robert W.*: "The sexual assault of Male Inmates in incarcerated settings", i: International Journal of the sociology of Law, 1992, s. 135–157.
- Eckhoff, Torstein*: "Kan vi lære noe av kvinneretten?", i: Kvinnerettens rettskilder, Rapport fra Nordisk forskersymposium, Inst. for Off.R.:s skriftserie, 1986/3, s. 1–12.
- Eckhoff, Torstein*: Retskildelære, Oslo 1997.
- Edgren, Monika*: "Att återupprätta äran. Språk, subjekt och sexuellt våld i äldre tid.", i: KVT 2004/3, s. 74–90.
- Eduards, Maud Landby/Manns, Ulla*: "Om genus och genussystem", i: KVT 1987/4, s. 60–64.
- Eduards, Maud*: "En allvarsam lek med ord", i: SOU 1995:110, s. 55–64.
- Edwards, Anne R.*: "Sex/gender, sexism and criminal justice: some theoretical considerations", i: International Journal of the sociology of Law, 1989, s. 165–184.
- Edwards, Susan*: Female Sexuality and the Law, Oxford 1981.
- Edwards, Susan*: Women on trial, 1984.
- Edwards, Susan*: "Violence against women", i: Feminist perspectives in criminology, Loraine Gelsthorpe/Allison Morris (red.), 1990, s. 145–159.
- Eisenstein, Hester*: Contemporary feminism, London 1984.
- Eisenstein, Zillah R.*: The female body and the law, Berkeley 1995.
- Ekenvall, Asta*: Manligt och kvinnligt – idéhistoriska studier, Göteborg 1966.
- Eldén, Åsa/Westerstrand, Jenny*: "Hederns försvarare. Den rättsliga hanteringen av ett hedersmord", i: KVT 2004/3, s. 36–56.
- Engström, Lars-Göran*: "Pressen och sexualbrottsutredningen", i: Rättspolitiska studier – vänbok till Björn Kjellin, Malmö 1977, s. 37–44.
- Engström, Lars-Göran*: "Brottsbalken och sexualiteten", i: NtfK 1976, s. 30–47.
- Eriksson, Lars D.*: "Rätten och moralen", i: Retfærd nr 48/1990, s. 4–13.
- Estrich, Susan*: Real Rape, Cambridge 1987.

- Evans, Richard J.*: Kvinnorörelsens historia, Helsingborg 1979.
- Fausto-Sterling, Anne*: Myths and gender: Biological theories about women and men, New York 1985.
- Feinberg, Joel*: Social Philosophy, New Jersey 1973.
- Feinberg, Joel*: Harm to others, New York 1984.
- Feinberg, Joel*: "Autonomy", i: The inner citadel, John Christman (red.), New York 1989.
- Feminism and Postmodernism*, Linda J. Nicholson (red.), New York 1990.
- Feminism and methodology*, Sandra Harding (red.), Indianapolis 1987.
- Feminist Epistemologies*, Linda Alcoff/Elizabeth Potter (red.), New York 1993.
- Feminist Jurisprudence*, Patricia Smith (red.), New York 1993.
- Feminist Legal theory I*, Frances Olsen (red.), Dartmouth 1995.
- Feminist legal theory II*, Frances Olsen (red.), Dartmouth 1995.
- Feminist Perspectives in Criminology*, Loraine Gelsthorpe/Allison Morris (red.), 1990.
- the Feminist Standpoint Reader*, Sandra Harding (red.), New York 2004.
- Feministisk bruksanvisning*, Claudia Lindén/Ulrika Milles (red.), Stockholm 1995.
- Ferguson, Ann, m.fl.*: "The Sexuality Debates", i: SIGNS vol. 1 no.1, 1984, s. 106–112.
- Ferguson, Ann*: Blood at the Root, London 1989.
- Figes, Eva*: Patriarchal attitudes, Greenwich 1970.
- Finstad, Liv*: "Kvinnebevegelsens syn på sedlighetslovbrudd", i: Hefte for kritisk juss, 1986/2, s. 18–26.
- Firestone, Shulamith*: The Dialectic of Sex, London 1979.
- Flax, Jane*: "Postmodernism and gender relations", i: Feminism and postmodernism, Linda Nicholsson (red.), New York 1990, s. 39–62.
- Forcible Rape*, – The crime, the victim and the offender, Duncan Chappell (red.), New York 1977.
- Forståelser av kjønn*, Arnhild Takstad/Karin Widerberg (red.), Oslo 1992.
- Foss-Fridlizijs, Rita*: "Relativism och realism i feministisk vetenskapsfilosofi", i: KVT 1990/3, s. 54–64.
- Foucault, Michel*: Seksualitetens historie del I – Viljen til viten, Oslo 1999.
- Fransson, Susanne*: Lönediskriminering, Uppsala 2000.
- Frost, Lis*: "Retfærdighed. Om Rawls og Habermas, og om kvinderetten som et utopisk projekt", i: Retfærd nr 40/1988, s. 6–21.
- Frost, Lis*: "Reproduksjonsteknologi: Rettigheds- Procedural- eller Om-sorgsetik?", i: TfR 1989, s. 89–111.
- Frost, Lis*: "Sundhed – en menneskeret? – En kritikk af frigørelsesparadigmet", i: Retfærd nr 52, 1991, s. 34–49.

- Frug, Mary-Joe*: "A postmodern Feminist Legal Manifesto" (unfinished), i: *Harvard Law Review*, 1992, s. 1045–1075.
- Frändberg, Åke*: "Om Rättssäkerhet", i: *JT* 2000/01 (2000), s. 269–280.
- Frände, Dan*: *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Ekenäs 1989.
- Frände, Dan*: *Allmän straffrätt*, Helsingfors 1994.
- Frände, Dan*: *Brott och rättegång*, Helsingfors 2003.
- Gender, Crime and Justice*, Pat Carlén/Ann Worrall (red.), Milton Keynes 1987.
- Gender, sex and the Law*, Susan Edwards (red.), London 1985.
- Gilligan, Carol*: *In a different Voice*, Cambridge 1982.
- Granström, Görel*: *Den onda cirkeln – om brottsoffer, genus och rätten*, Falun 2004.
- Greer, Germaine*: *Den kvinnliga eunucken*, Stockholm 1971.
- Greer, Germaine*: *Sex and destiny*, London 1984.
- Grbich, Judith E.*: "The Body in legal theory", i: *At the Boundaries of Law*, Martha Albertson Fineman/Nancy Sweet Thomadsen (red.), New York 1991, s. 61–76.
- Greve, Vagn/Vestergaard, Jørn*: *Strafansvar*, Köpenhamn 2002.
- Grosz, Elisabeth*: "Bodies and knowledges – Feminism and the Crisis of Reason", i: *Feminist Epistemologies*, Linda Alcoff/Elisabeth Potter (red.), New York 1993, s. 187–215.
- Gulbrandsen, Elisabeth*: "Sandra Hardings feministiske forståelser av vitenskap", i: *Nytt om kvinneforskning*, 1993/2, s. 19–26.
- Gullvåg, Øystein H.*: "Gender as forms of value", i: *Patriarchy in a welfare society*, Harriet Holter (red.), Oslo 1984.
- Gustafsson, Håkan*: "Från axiom till paradox", i: *Retfærd* nr 82/1998, s. 51–78.
- Göransson, Anita*: "Om den svenska kvinnoforskningens läge och villkor", i: *KVT* 1983/3, s. 17–30.
- Hagströmer, Johan*: *Svensk straffrätt*, del I, Uppsala 1901–1905.
- Hagströmer, Johan*: *Svensk straffrätt*, del II, Uppsala 1911.
- Hahto, Vilja*: "Offrets medverkan i straff- och skadeståndsrätten", i: *JFT* 2005, s. 250–277.
- Hallberg, Margareta*: "Feminism, genus och vetenskapstudier", i: *VEST tidskrift för vetenskapsstudier*, nr.12/1989, s. 12–24.
- Hallberg, Margareta*: *Kunskap och kön*, Göteborg 1992.
- Haraway, Donna*: "Situated knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of a Partial Perspective", i: *the Feminist Standpoint Reader*, Sandra Harding (red.), New York 2004, s. 81–101.
- Harding, Sandra*: *The science Question in Feminism*, Milton Keynes 1986.

- Harding, Sandra:* "Conclusion – epistemological questions", i: *Feminism and Methodology*, Sandra Harding (red.), Indianapolis 1987, s. 181–190.
- Hart, H.L.A:* *Law, Liberty and Morality*, London 1963.
- Hartsock, Nancy C.M.:* "The feminist standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism", i: *the Feminist Standpoint Reader*, Sandra Harding (red.), New York 2004, s. 35–53.
- Hein, Hilde:* "Sadomasochism and the liberal tradition", i: *Against sadomasochism*, Robin Ruth Linden (red.), East Palo Alto 1982.
- Hirdman, Yvonne:* "Genussystemet – Reflexioner kring kvinnors sociala underordning", i: *KVT* 1988/3, s. 49–63.
- Hirdman, Yvonne:* "Makt och kön", i: *Maktbegreppet*, Olof Petersson (red.), Helsingborg 1987, s. 188–206.
- Hirdman, Yvonne:* "Genussystemet" i: *Maktutredningen* SOU 1990:44, s. 73–116.
- Hirdman, Yvonne:* *Genus – om det stabila föränderliga former*, Malmö 2001.
- von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils:* "Provokation", i: *NtfK* 1986, s. 436–443.
- von Hirsch, Andrew:* "Injury and exasperation: an examination of harm to others", i: *Michigan Law Review*, vol. 84, 1986, s. 601–607.
- von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils:* "Gauging Criminal Harm: A Living Standard analysis" i: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11 no. 1, 1991, s. 1–39.
- von Hirsch, Andrew:* *Proportionalitet och straffbestämning*, i: *de lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok* 2001.
- Hjerner, Lars:* *Om rättsfallstolkning*, Stockholm 1982.
- Holm, Birgitta:* *Kvinnoforskningens utveckling*, stencil, Centrum för kvinnliga forskare och kvinnoforskning, Uppsala 1988.
- Holm, Ulla:* "Behöver moralfilosofin feminister?", *KVT* 1990/3, s. 16–30.
- Holter, Harriet:* "Kvinnoforskning: historisk utveckling och aktuella mot-sättningar", i: *KVT* 1980/1, s. 8–21.
- Howard, Judith:* "Gender differences in sexual attitudes: Conservatism or powerlessness?", i: *Gender and Society*, vol. 2 no. 1, 1988, s. 103–114.
- Haavind, Hanne:* "Vi måste söka efter könets förändrade betydelse", i: *KVT* 1992/3, s. 16–33.
- Illich, Ivan:* *Gender*, New York 1982.
- Irigaray, Luce:* *Könsskillnadens etik och andra texter*, Stockholm 1994.
- Jackson, Margaret:* *Sxperter mot kvinnans frigörelse*, Stockholm 1988.
- Jaggars, Alison M.:* *Feminist politics and human nature*, 1983.

- Jaggat, Alison M.*: "Kärlek och kunskap", i: Häftet för Kritiska Studier 1990/1, s. 22–43.
- Janßen-Jurreit, Marie-Louise*: Sexism, Stockholm 1979.
- Jareborg, Nils*: Handling och uppsåt, Stockholm 1969.
- Jareborg, Nils*: Begrepp och brottsbeskrivning, Lund 1974.
- Jareborg, Nils*: Värderingar, Lund 1975.
- Jareborg, Nils*: Brotten 1, Stockholm 1984.
- Jareborg, Nils*: "Determinism och straffrättsligt ansvar", i: Skuld och ansvar, Nils Jareborg/Per-Ole Träskman (red.), Uppsala 1985, s. 1–33.
- Jareborg, Nils*: Essays in Criminal Law, Uppsala 1988.
- Jareborg, Nils*: Straffrättsideologiska fragment, Uppsala 1992.
- Jareborg, Nils*: "Vilken sorts straff vill vi ha?", i: Varning för straff – om vådan av den nyttiga straffrätten, Dag Victor (red.), Stockholm 1995, s. 19–37.
- Jareborg, Nils*: Straffrättens gärningslära, Stockholm 1995.
- Jareborg, Nils/Zila, Josef*: Straffrättens påföljds-lära, Stockholm 2000.
- Jareborg, Nils*: Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001.
- Jareborg, Nils*: "Avsiktsuppsåt och/eller insiktsuppsåt?", i: JT 2004/05 (2004), s. 811–813.
- Jeffreys, Sheila*: "Free from all uninvited touch of man – womens campaigns around sexuality, 1880–1914" i: Male sexuality and the control of women, Lal Conveney (red.), London 1984, s. 22–44.
- Karmen, Andrew*: Crime Victims – an Introduction to Victimology, Monterey 1984.
- Kaul, Dagny*: "Synd och skuld – om ondskan som könsrelaterat fenomen", i: KVT 1989/2.
- Keller, Evelyn Fox*: "Feminism och vetenskap", i: KVT 1984/4, s. 30–41.
- Kessler, Susanne/McKenna, Wendy*: Gender – an ethnometodological approach, 1978.
- Ketscher, Kirsten*: Offentlig børnepasning i retlig belysning, Köpenhamn 1990.
- Ketscher, Kirsten*: "Nogle udviklingslinjer i kvinderetten", i: Normativa perspektiv – festschrift till Anna Christensen, Lund 2000, s. 169–187.
- Klette, Hans*: "Tingsrätternas straffmättningspraxis vid brott enligt BrB 6 kapitlet 1 § och speciellt grov våldtäkt", i: Kriminalpolitiska Studier, NtfK 1994, s. 54–66.
- Kommentert straffelov*, almindelig del, Vagn Greve m.fl., Köpenhamn 1993.
- Konsten att rättsvetenskap*, Petter Asp/Kimmo Nuotio (red.), Uppsala 2004.
- Kouvo, Sari/Svensson, Eva-Maria*: Staten, grundlagen och sexualiteten, i: Samhällets demokratiska värdegrund, Göteborg 2000, s. 59–86.

- Kriminalpolitiska Studier tillägnade Alvar Nelson*, Nils Jareborg (red.), NtfK 1994, s. 5–139.
- Kutchinsky, Berl*: "Structural changes in the society which influence the developements taking place", i: Contemporary developements in the definition and punishment of sex offences, Toulouse 1981.
- Kvinneperspektiv på strafferetten*, Rapport fra det 6e Nordiske kvinnejuristmøte, 1987, i: Kvinnerettslige studier nr 25, Institutt for Offentlig rett skriftserie, nr 3/1988, Oslo.
- Kvinnerettens rettskilder*: Rapport fra Nordisk Forskersymposium, Institutt for Offentlig retts skriftserie, 1986/3, Oslo.
- Kvinnerett I*, Tove Stang Dahl (red.), Oslo 1985.
- Kvinnerett II*, Tove Stang Dahl (red.) Oslo 1985.
- Kvinnerett i et internasjonalt perspektiv*, Rapport fra det 8e Nordiske kvinnejuristmøte, i: Inst. for rettsvitenskap skriftserie nr 19, Universitetet i Tromsø, 1992.
- 13 Kvinnoperspektiv på rätten*, Gudrun Nordborg (red.), Uppsala 1995.
- Kvinnobulletinen*, nr 2-3, 1976.
- Kvinnor och miljöer*, Rapport från det 9nde Nordiska kvinnojuristmötet, Monica Herrlin (red.), Helsingfors 1995.
- Lacey, Nicola*: "Feminist Legal Theory", i: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 9 no. 3, 1989, s. 383–394.
- Lacey, Nicola*: Unspeakable subjects, Oxford 1998.
- Lahti, Raimo*: "De grundläggande rättigheterna och straffrätten", i: NtfK 1998, s. 295–307.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: "Om straffsystemets (externa) berättigande", i: Skuldfrihet och ansvarslöshet, Kerstin Berglund m.fl. (red.), Helsingfors 1994, s. 73–94.
- Larsen, Else*: "Om förhållandet mellan kvinnorörelsen och kvinnoforskningen", i: KVT 1981/4, s. 88–90.
- Leijonhufvud, Madeleine*: "Rättsvetenskap och kriminalpolitik", i: Lex Ferenda, Jan Rosén (red.), Stockholm 1996, s. 97–105.
- Leijonhufvud, Madeleine*: Straffansvar, Stockholm 2005.
- Lernestedt, Claes/Hamdorf, Kai*: Sexköpskriminaliseringen – till skydd av vad? Del I, i: JT 1999/00 (1999), s. 846–858.
- Lernestedt, Claes/Hamdorf, Kai*: Sexköpskriminaliseringen – till skydd av vad? Del II, i: JT 2000/01 (2000), s. 111–131.
- Lernestedt, Claes*: Kriminalisering, Uppsala 2003.
- Lernestedt, Claes*: "Sexualitet i betraktarens öga", i: JFT 2004/3-4 (2004), s. 398–434.
- Lerwall, Lotta*: Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt, Uppsala 2001.
- Levin, Hjärdis*: Testiklarnas herravälde, Stockholm 1986.

- Lika inför lagen?*, Görel Granström (red.), Uppsala 1999.
- Liljeström, Marianne*: "Institutionaliserad heterosexualitet och undersökning av könssystem", i: KVT 1990/4, s. 18–29.
- Liljeström, Marianne*: "Bortom kön? Om makt och sexualitet", i: KVT 1998/1, s. 23–32.
- Liljeström, Marianne*: "Väld(täkt)sgrammatik", i: Finsk Tidskrift 1996/8, s. 503–515.
- Lindholm, Margareta*: "Feminism som vetenskapligt projekt", i: VEST tidskrift för vetenskapsstudier, nr 12/1989.
- Littleton, Christine A.*: "Reconstructing Sexual Equality", i: Feminist Jurisprudence, Patricia Smith (red.), New York 1993, s. 110–135.
- Los, Maria*: "Feminism and the Rape Law Reform", i: Feminist Perspectives in Criminology, Loraine Gelsthorpe/Allison Morris (red.), Milton Keynes 1990.
- Lundgren, Eva*: "Den uverdige gamle damen, Lagomkvinnen og den mishandlede kvinnen – hva har vi til felles?", i: SOFIA nr 2/1990, s. 17–33.
- Lundgren, Eva*: Det får da være grenser for kjønn, Oslo 1993.
- Lundgren-Gothlin, Eva*: "Feministisk teori och ideologisk förändring", i: VEST tidskrift för vetenskapsstudier, nr 12/1989.
- Lundstedt, Wilhelm*: Otukt mot naturen bör den vara straffbar?, Stockholm 1933.
- Lundström, Karin*: Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, Uppsala 1999.
- MacCormick, Neil*: Legal Rights and Social Democracy, Oxford 1982.
- MacKinnon, Catharine A.*: Feminism unmodified – Discourses on Life and Law, Cambridge 1987.
- MacKinnon, Catharine A.*: "Feminism, marxism, method and the state", i: Feminism and methodology, Sandra Harding (red.), Indianapolis 1987 (1987a), s. 135–156.
- McGregor, Joan*: "Force, consent and the reasonable woman", i: In Harms Way, Jules Coleman/Allan Buchanan (red.), Cambridge 1994, s. 231–254.
- Martin, Patricia Yancey/Humner, Robert A.*: "Fraternities and rape on campus", i: Gender and society, vol. 3 no. 4, 1989, s. 457–473.
- Matikkala, Jussi*: "En kommentar till uppsåt och hiv ur den finska straffrättens synvinkel", i: JT 2004/05, s. 397–810.
- Matthis, Irène*: "Maktens diskurser över sexualiteten", i: KVT 1990/4, s. 36–43.
- Meyerson, Anita*: "Nytt lagförslag om sexualbrott", NtfK 1984, s. 35–45.
- Mill, J.S.*: On Liberty and other Writings, Stefan Collini (red.), Cambridge 1989.

- Millet, Kate*: Sexualpolitiken, Stockholm 1971.
- Minkkinen, Panu*: "Straffrätten, *ultima-ratioprincipen* och den kritiska rättsläran", i: Skuldfrihet och ansvarslöshet, Kerstin Berglund m.fl. (red.), Helsingfors 1994, s. 127–139.
- Mitchell, Basil*: Law, Morality and Religion in a Secular Society, Oxford 1967.
- Morris, Alison*: Women, crime and criminal justice, Oxford 1987.
- Moi, Toril*: Hva er en kvinne? Kjønn og kropp i feministisk teori, Oslo 1998.
- Naffine, Ngaire*: "The Body Bag", i: Sexing the Subject of Law, Ngaire Naffine/Rosemary J. Owens (red.), London 1997.
- Nelson, Alvar*: Rätt och Ära, Uppsala 1950.
- Nelson, Alvar*: "Sedlighetsbrotten", i: Sexologi, Joakim Israel (red.), Stockholm 1970, s. 223–260.
- Nelson, Alvar*: "Behöver vi en moralisk straffrätt?", i: Oikeus ja politiika, Per Lindholm (red.), Jyväskylä 1971.
- Nelson, Alvar*: "Rättssäkerhet och samhällssystem", i: Festskrift till Armanns Snævarr, Reykjavik 1989, s. 257–277.
- Nelson, Alvar*: "Victims of crime in Sweden, legal aspects of the recent developement", i: Global perspectives in criminology, S.P. Singh Makkar/Paul Friday (red.), Jalandhar 1993, s. 187–211.
- Nielsen, Harriet Bjerrum/Rudberg, Monica*: "Kön, modernitet och post-modernitet", i: KVT 1991/1, s. 58–67.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter, i: Retfærd nr 84/1999, s. 49–67.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: "The Reform of Sex Crime Law and the Gender-Neutral Subject", i: Nordic Equality at a Crossroads, Eva-Maria Svensson (red.), Aldershot 2004, s. 167–194.
- Nieminen, Liisa*: "Från objekt till subjekt – om könssystem och rättighetsreglering", i: Retfærd nr.58/1992, s. 78–99.
- Nilsson, Ruth*: Kvinnosyn i Sverige, Lund 1973.
- Nordborg, Gudrun/Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: "Women's peace: A Criminal Law reform in Sweden", i: Resonsible selves, Aldershot 2001, Kevät Nousiainen, m.fl. (red.), s. 353–373.
- Nordic Equality at a Crossroads*, Eva-Maria Svensson m.fl. (red.), Aldershot 2004
- Nousiainen, Kevät*: "Den universellt fria kvinnan?" i: Retfærd nr 49/1990, s. 4–19.
- Nousiainen, Kevät*: "Rättens system och kvinnans vardag", i: 13 Kvinnoperspektiv på rätten, Gudrun Nordborg (red.), Uppsala 1995, s. 305–335.
- Nousiainen, Kevät*: "Equalizing Images", i: Antropologi i Finland 3/1999, s. 7–24.

- Nousiainen, Kevät/Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: "Introductory remarks on Nordic Law and Gender Identities", i: *Responsible selves*, Kevät Nousiainen m.fl. (red.), Aldershot 2001, s. 1–22.
- Nuotio, Kimmo*: "Så här blev jag juris doktor", i: *Konsten att rättsvetenskap*, Petter Asp/Kimmo Nuotio (red.), Uppsala 2004, s. 181–202.
- Nowotny, Helga*: "Hur manlig är vetenskapen?", i: KVT 1983/1, s. 18–29.
- Nuutila, Ari-Matti*: "On the principle of guilt in finnish criminal justice", i: *Towards a total reform of finnish criminal law*, Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (red.), Helsingfors 1990, s. 101–157.
- Nye, Andrea*: "Att bereda vägen för en feministisk praktik", i: KVT 1990/3, s. 43–53.
- Næss, Arne*: *Empirisk semantik*, Stockholm 1970.
- Olsen, Frances*: "Statutory rape: A feminist Critique of Rights analysis", i: *Texas Law review*, vol. 63 no. 3, 1984, s. 387–432.
- Pagelow, Mildred Daley*: "Marital rape", i: *Handbook of Family Violence*, Vincent B. v. Hasselt (red.), New York 1988, s. 207–232.
- Pateman, Carol*: *The sexual contract*, Stanford 1988.
- Peczenik, Aleksander*: *Juridikens metodproblem*, Stockholm 1980.
- Petersen, Hanne*: "Retsbeskyttelse af kvinders værdighed – seksuel chikande i komparativ og retsteoretisk belysning", i: TfR 1988, s. 233–307.
- Petersen, Hanne*: "Perspectives of Women on Work and Law", i: *International Journal of the Sociology of Law*, 1989, s. 327–346.
- Petersen, Hanne*: "On women and legal concepts: Informal law and the norm of consideration", i: *Social and Legal studies – an international journal*, 1992, s. 492–513.
- Petersen, Hanne*: *Home Knitted Law*, Aldershot 1996.
- Petrell, Katarina*: *Kvinnan som medel för marknadsföringsåtgärder*, Publikation av inst. för privaträtt vid Helsingfors universitet, 1996.
- Pineau, Lois*: "Date rape a feminist analysis", i: *Law and Philosophy*, vol 8 no. 2, 1989, s. 217–243.
- Plaza, Monica*: "Our costs and their benefits", i: *M/f A feminist Journal*, no.4 1980, s. 28–39.
- Pohjonen, Soile*: "Kvinnor, våld och straffrätt", i: *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Gudrun Nordborg m.fl. (red.), Uppsala 1995, s. 197–223.
- Qvist, Gunnar*: *Konsten att blifva en god flicka*, 1978.
- Rawls, John*: *A Theory of Justice*, Cambridge 1973.
- Reconstructing Criminal Law*, Nicola Lacey m.fl. (red.), London 1990.
- Responsible selves*, Kevät Nousiainen m.fl. (red.), Aldershot 2001.
- Rhode, Deborah L.*: "Feminist Critical theories", i: *Feminist Jurisprudence*, Patricia Smith (red.), New York 1993, s. 594–609.

- Richardson, Laurel*: "Sexual freedom and sexual constraint", i: *Gender and Society*, vol. 2 no. 3, 1988, s. 368–384.
- Robinson, Paul*: *The modernization of sex*, New York 1976.
- Romander, Holger/Nelson, Alvar*: "Är Brottsbalken redan omodern?", i: *NtK* 1970, s. 209–220.
- Rover, Constance*: *Love, morals and the feminists*, London 1970.
- Rubin, Gayle*: "The traffic in women – notes on the political economy of sex", i: *Toward an Anthropology of Women*, Rayna R. Reiter (red.) 1975, s. 157–210.
- Rättsdogmatikens alternativ*, Kaarlo Tuori (red.), Helsingfors 1988.
- Schömer, Eva*: *Konstruktion av genus i rätten och samhället*, Uppsala 1999.
- Segal, Lynne*: *Is the future female? Troubled Thoughts on Contemporary Feminism*, London 1987.
- Sevón, Kjell*: "Legalitet, effektivitet och legitimitet som kriterier för straffrättens normativa koherens", i: *NtK* 1990, s. 304–328.
- Sevón, Kjell*: "Den nya straffrättens udystopi", i: *Skuldfrihet och ansvarslöshet*, Kerstin Berglund m.fl. (red.) Helsingfors 1994, s. 193–214.
- Sexing the subject of law*, Naffine, Ngaire/Rosemary J. Owens (red.), London 1997.
- the Sexuality Papers – Male sexuality and the social control of women*, Lal Coveney m.fl. (red.), London 1984.
- Schwendinger, Julia/Schwendinger, Herman*: *Rape and inequality*, Beverly hills 1983.
- Sheffield, Carole J.*: "The invisible intruder – Womens experience with obscene phonecalls", i: *Gender and Society*, vol. 3 no. 4, 1989, s. 483–488.
- Skuld och ansvar*, straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, Nils Jareborg/Per-Ole Träskman (red.), Uppsala 1985.
- Skuldfrihet och Ansvarslöshet*, Kerstin Berglund m.fl. (red.) Helsingfors 1994.
- Slagstad, Rune*: "Feminismen som normativ teori", i: *Nytt Norsk Tidsskrift* 1994/1, s. 50–59.
- Smart, Carol*: *Women, crime and criminology*, London 1977.
- Smart, Carol*: "Legal subjects and sexual objects", i: *Women in Law – explorations in law, family and sexuality*, Julia Brophy/Carol Smart (red.), London 1985.
- Smart, Carol*: *Feminism and the power of law*, London 1989.
- Smart, Carol*: "Feminist approaches to criminology or postmodern woman meets atavistic man", i: *Feminist perspectives in criminology*, Loraine Gelsthorpe/Allison Morris (red.), Milton Keynes 1990, s. 71–84.
- Smart, Carol*: *Law, Crime and sexuality*, London 1995.

- Smith, Dorothy*: "Womens Perspective as a radical Critique of Sociology", i: the Feminist Standpoint Reader, Sandra Harding (red.), New York 2004, s. 21–33.
- Sommestad, Lena*: Från meyerska till mejerist, Lund 1992.
- Stanko, Elisabeth*: Intimate intrusions – womens experience of male violence, London 1985.
- Stanko, Elisabeth*: "When precaution is normal: a feminist critique of crime prevention", i: Feminist perspectives in criminology, Loraine Gelsthorpe/Allison, Morris (red.), Milton keynes 1990.
- Stern, Lesley*: "Introduction to Plaza", i: M/f A Feminist Journal 1980/4, s. 21–27.
- Stjernberg, Nils*: "Några blad ur horsbrottets historia i svensk rätt", i: Festskrift för presidenten B.J. Grotenfelt, Helsingfors 1929, s. 100–139.
- Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek*, Rapport från det 10:e Nordiska Kvinnojuristmötet, Gudrun Nordborg m.fl. (red.), Uppsala 2000.
- Strömholm, Stig*: Rätt, rättskällor och rättstillämpning, Stockholm 1981.
- Sutorius, Helena*: "Det bidde bara en tumme", i: Feministiskt perspektiv, nr 2 1998, s. 16–19.
- Sutorius, Helena*: "Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt" i: Lika inför lagen? Görel Granström (red.), Uppsala 1999, s. 53–66.
- Sutorius, Helena*: "Möjliga och omöjliga strategier i forskningen" i: Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek, Gudrun Nordborg m.fl. (red.), Uppsala 2000.
- Sutorius, Helena*: Bevisprövning vid sexualbrott, Stockholm 2003.
- Svensson, Eva-Maria*: "Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes?", i: 13 kvinnoperspektiv på rätten, Gudrun Nordborg (red.), Uppsala 1995
- Svensson, Eva-Maria*: Genus och rätt, Uppsala 1997.
- Svensson, Eva-Maria*: "Kritik av en juridisk argumentation – det krävs två för att dansa en tango", i: Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek, Gudrun Nordborg (red.) Uppsala 2000.
- Svensson, Eva-Maria*: Genusforskning inom juridiken, 2001.
- Svensson, Eva-Maria*: "Sex equality; Changes in Politics, Jurisprudence and feminist Legal Studies", i: Responsible selves, Kevät Nousiainen m.fl. (red.), Aldershot 2001 (2001a).
- Sveri, Knut*: "Structural changes in society which influence the developments taking place", i: Contemporary developements in the punishment of sex offences, Toulouse 1981, s. 29–32.

- Temkin, Jennifer*: "Women, Rape and the Law Reform", i: Rape, Sylvania Tomaselli/Roy Porter (red.), Oxford 1986, s. 17–40.
- Temkin, Jennifer*: Rape and the legal process, London 1987.
- Thielst, Peter*: Könspolitiska idéer, Stockholm 1980.
- Thyrén, J.C.W.*: Kompendium i speciell straffrätt, Lund 1912.
- Towards a total reform of finnish criminal law*, Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (red.), Helsingfors 1990.
- Träskman, Per-Ole*: "Målsäganden som informationskälla vid bevisning i brottmål", i: Festskrift till Bolding, Lars Heuman (red.), Stockholm (1992), s. 391–410.
- Träskman, Per-Ole*: "Går det att tygla lustan – om straffbar pornografi, pedofili och prostitution", i: Juridiska Föreningen i Finland Tidskrift, 1993, s. 352–373.
- Träskman, Per-Ole*: "Hur borde målsägandes ställning förändras när underrättsförfarandet i brottmål förändras?", i: JFT 1993, s. 189–207.
- Träskman, Per-Ole*: "Våldtäkt, våldtäktsman, gärningsbeskrivning och egenhändigt brott", i: Festskrift till Per Henrik Lindblom, Torbjörn Andersson/Bengt Lindell (red.), Uppsala 2004, s. 675–696.
- Utriainen, Terttu*: "Hur har sexualbrottens normer förändrats i Finland?", i: NtfK 1994, s. 15–24.
- Ulväng, Magnus*: "Likgiltighetsuppsåt", i: SvJT 2005, s. 1–17.
- Voldtaget* – på vej mot en helhetsforståelse, Gitte Castersen m.fl. (red.), 1981.
- Wells, Celia*: "Lawreform, rape and ideology", i: British Journal of Law and Society, vol. 12 no. 1, 1985.
- Wennberg, Susanne*: "Grunden för bedömningen av försvårande respektive förmildrande omständigheter vid straffmätningen", i: TfR 1990, s. 773–827.
- Wennberg, Susanne*: "Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande", i: JT 1997/98, s. 506–512.
- Wennberg, Susanne*: "Grov kvinnofridskränkning – en problematisk brottskonstruktion", i: SvJT 2000, s. 792–804.
- Wennberg, Susanne*: "Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja", i: JT 2004/05 (2004), s. 113–131.
- Wennström, Bo*: "Allmän rättslära och feministisk rättsteori", i: Festskrift till Åke Frändberg, Anders Fogelklou/Torben Spaak (red.), Uppsala 2003, s. 327–344.
- Wennström, Bo*: Rättens individualisering, Uppsala 2005.
- Wennström, Elsy*: "Särart och jämlikhet – några idéhistoriska reflexioner", i: KVT 1983/4, s. 29–41.
- West, D.J.*: Sexualcrimes and Confrontations, Aldershot 1987.

- West, D.J.*: "The victims contribution to sexual offences", i: Perspectives on rape and sexual assault, June Hopkins (red.), London 1984.
- West, Candace/Zimmerman, Don H.*: "Doing Gender", i: Gender and Society, vol. 1 no. 2, 1987, s. 125–151.
- West, Robin*: "Jurisprudence and Gender", i: Feminist Jurisprudence, Patricia Smith (red.), New York 1993, s. 493–530.
- Westerhäll-Gisselsson, Lotta*: Kvinnor och Rätt, Stockholm 1979.
- Widerberg, Karin*: Kvinnans rättsliga och sociala ställning, 1750–1976, Lund 1978.
- Widerberg, Karin*: "Sverige – gammalt patriarkat i ny förklädnad", i: KVT 1981/3, s. 6–25.
- Widerberg, Karin*: "Stat och rätt i sexualitetens perspektiv", i: Årbog for Kvinderet 1985.
- Widerberg, Karin*: "Dominans och underordningsprocesser", i: Kvinne-rettens rettskilder, Rapport fra Nordisk Forskersymposium, Institutt for Offentlig retts skriftserie, 1986/3, Oslo.
- Widerberg, Karin*: "Har kvinnoforskning med jämställdhetspolitik att göra?", i: KVT 1986/3, s. 36–47.
- Widerberg, Karin*: "Till en teori om kvinnoförtryck – öppningar och bariärer", i: KVT 1987/2, s. 53–64.
- Widerberg, Karin*: "Några reflexioner om legalstrategi och reflexiv rätt i ett könsperspektiv", i: Retfærd nr 42 1988, s. 7–21.
- Widerberg, Karin*: "Vi behöver en diskussion om könsbegreppet", i: KVT 1992/2, s. 27–31.
- Widerberg, Karin*: "Teoretisk verktøykasse – angreppsmåter og metoder", i: Forståelser av kjønn, Arnhild Takstad/Karin Widerberg (red.), Oslo 1992 (1992a)
- Wikan, Unni*: For ærens skyld – Fadime til ettertanke, Oslo 2003.
- Williams, Joan*: "Deconstructing gender", i: Michigan Law Review, vol. 87 no. 4, s. 797–845.
- Wolgast, Elizabeth*: "Pornography and the Tyranny of the Majority", i: Feminist Jurisprudence, Patricia Smith (red.), New York 1993, s. 431–448.
- Women and Philosophy*, Gould, Carol/Wartofsky, M.W (red.), New York 1976.
- Women in Law – explorations in Law, family and sexuality*, Julia Brophy/Carol Smart (red.), London 1985.
- Women, policing and male violence*, Jalna Hanmer m.fl. (red.), London 1989.
- Women, power and policy – toward the year 2000*, Ellen Boneparth/Emily Stoper (red.), New York 1988.
- Zahle, Henrik*: "Kvinderet og forfatningsret", i: TfR 1989/1, s. 27–37.

- Zahle, Henrik*: "Afdækning af genusrelationens retlige relevans", i: JT 1997/98, s. 1309–1314.
- Zila, Josef*: "Kan ett brotts straffvärde som domstolen fastställer skilja sig från brottets "verkliga" straffvärde?", i: SvJT 1999, s. 177–182.
- Zita, Jacquelyn*: "Feminism och vetenskapsteori – en kritisk granskning", i: KVT 1988/2, s. 52–65.
- Zita, Jacquelin*: "A Review Essay", i: Hypatia vol 3, no 1, Spring, 1988.
- Zita, Jacquelin*: "Feminist epistemology", Minnesanteckningar från flerforamöte, Centrum för kvinnliga forskare och kvinnoforskning Uppsala, 1989.
- Zita, Jacquelin*: "Feministisk forskning om sexualitet i dag och i framtiden", i: KVT1990/4, s. 4–17.
- Åhman, Karin*: "Egendomsbegreppet och människans rätt till sin egen kropp", i: Lika inför lagen, Görel Granström (red.), Uppsala 1999, s. 45–51.
- Åquist, Ann Cathrine*: "Vart tog patriarkatsteorin vägen?", i: KVT 1990/1, s. 53–57.
- Åsberg, Cecilia*: "Debatten om begreppen", i: KVT 1998/2, s. 29–41.
- Åsbrink, Eva*: Skapad till Guds avbild, Stockholm 1978.

UNDER SENARE ÅR har det förekommit en kvinno-politisk kritik mot straffrättens förmåga att ge kvinnor ett rättsligt värn. Som en följd av kritiken har olika förslag till lagstiftningsreformer diskuterats och i viss mån även genomförts. Ett problem med debatten kring straffrätten har dock varit att de ideologiska och teoretiska premisser som kritiken bygger på inte har klargjorts i tillräcklig grad. Det är därför oklart om den förändrade lagstiftningen verkligen svarat mot den kritik som framförts.

I arbetet analyseras den betydelse beskrivningen av människan och verkligheten har för den straffrättsliga argumentationen. Ett genomgående tema i boken utgör frågan om hur innebörden av den individuella kränkningen preciseras i straffrätten, och hur synen på denna kränkning förändras beroende av hur man beskriver kön hos människan.

Förutsättningarna för att beskriva människan och verkligheten i straffrätten diskuteras med utgångspunkt i några förslag till reformer av Brottsbalken, från införandet 1964 och till reformen av sexualbrotten 2005. Både statliga utredningar där man inte omedelbart har tagit ställning till könsfrågan, och utredningar vilka har utgått från den könsmässiga dimensionen hos vissa typer av brott, utsätts för en kritisk granskning.