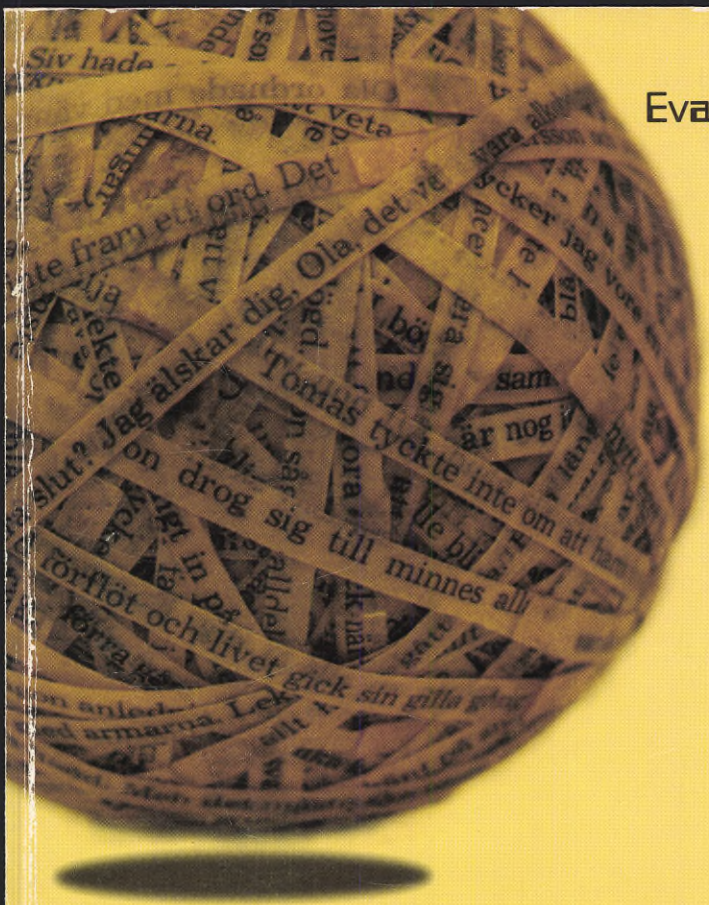


Eva-Maria Svensson

GENUS OCH RÄTT

en problematisering av föreställningen om rätten

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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, och inte på ett sätt som ger en bild av att licensgivaren stödjer ett specifikt användande.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

När det gäller verk av författare som avlidit för mer än 70 år sedan finns enligt svensk lag inte längre någon upphovsrätt. Sådana arbeten kan användas helt fritt och slutanvändarlicensen som annars skulle ha gällt för verk som tillhandahålls från juridikbok.se gäller inte sådana verk. Observera dock att det kan finnas flera rättigheter knutna till ett verk. Exempelvis kan medförfattare och illustratörer ha egna rättigheter till verket. I dessa fall kan verket vara upphovsrättsligt skyddat trots att upphovsrätten har upphört för en författare.

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4601

Till Marianne o Boor
med kram kram
Eva-Maria

GENUS OCH RÄTT

Genus och rätt

– en problematisering av föreställningen om rätten

Eva-Maria Svensson

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Svensson, E-M, 1997. Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten. Gender and law – a problemizing of the concept of law. Iustus Förlag 385 pp. Uppsala 1997. ISBN 91-7678-366-9.

The subject of this work is the conception of law as historically and contextually variable, as it is expressed and produced in jurisprudence as well as in the practical application of law. The starting-point is that law is not objective in relation to women and men, and that the goal of equality between men and women is not attained through formal gender neutrality, as gender neutrality is itself an obscuration of the relevance of gender relation. The obscuration takes place with the help of established distinctions which serve as starting-points for a separating of a large part of life. This conception of law is legitimized by criteria understood as obvious. Gender relation's coming into view renders problematic the criteria for what law is ought to be, its basis of legitimation and its province. Questioning and consciousness-raising of that which is doxa can make possible a change, where comprehension is central to the change. That which is doxa can be analyzed by taking as starting-points other ways of understanding life, in time and space, and in other positions than the most dominating ones. This purpose decides which theories, methods, and terms are used. The elucidation of the link between comprehension of law, scientific approach and gender requires tools from disciplines other than jurisprudence. Tools, in the form of terms, language, and symbols, become methodological in the sense that they make plain how the comprehension is expressed.

Emphasizing the formal structure obscures gender relation's relevance in the conception of law. A problemizing of law from the perspective of gender relation points to several distinctions which hinder using law in realizing equality between women and men. For that reason, a dissolution of the distinctions and a conscious use of an "both-and" comprehension is needed in order to illuminate the contrasts and competing experiences and make open balances between different interests. Such a dissolution can have relevance for a thematic discussion from the perspective of more relations than the gender relation. It can be seen as a general model for how an analysis of obvious matters can be problemized in law. Law can in accordance with this be seen in interplay with other norms and with mankind, and as an expression of values and position-taking from the perspective of an intersubjective experience which changes.

Key words

Gender, the notion of law, gender relation, perceptive framework, that which is doxa, comprehension, dissolution of distinctions, law as historically and contextually variable.

Eva-Maria Svensson, Rättsvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, S-411 80 Göteborg.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1997
ISBN 91-7678-366-9
Fotografi omslaget: Agneta Schmidt
Sättning och tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1997

Till Minne av Elsa

Förord

Två saker har varit avgörande för att denna avhandling skulle komma till, en kraft som verkar pådrivande och en kraft som verkar uthärdande. Drivkraften är till viss del negativt laddad. Erfarenheter upplevda själv eller genom andra, har lett till ett engagemang för rättvisa i någon mening, vilket är vad det hela handlar om. För att uthärda behövs det däremot positivt stöd och uppmuntran och det har jag fått i stor mängd från familj, vänner och arbetskamrater. Alla är på olika sätt en del av det arbete som jag nu delvis frigjort mig ifrån. Processen är inte individuell utan den har haft många deltagare som betytt mycket på olika sätt. Mycket viktigt har varit att det alltid funnits människor i min omgivning som alltid varit diskussionslystna. Diskussioner på fester, på jobbet och hemma är grunden för detta arbete. Minst lika viktig har kärleken varit, särskilt till man och barn, men också till dans och musik som nödvändig motvikt till alla tankar. Det vardagliga nätverket med grannar, dagis och skola är också en förutsättning för arbetet.

I det vetenskapliga arbetet är det några som jag vill nämna särskilt, min handledare professor Dennis Töllborg, som är mycket av allt, men där jag särskilt vill poängtera hans närvaro, intensitet och öppenhet. Diskussionerna med honom har präglats av både gråt och skratt. Han är en för mig utmärkt handledare och dessutom en mycket god vän. Hanne Petersen har alltid varit en inspirationskälla för mig, långt före som hon är de flesta andra. Hon har också läst manus vid ett flertal tillfällen och gett värdefulla kommentarer. Andra som läst delar av eller hela manuset och som gett mig konstruktiv kritik är mina kollegor vid Rättsvetenskapliga institutionen samt Rita Foss-Fridlizius, Görel Granström, Åsa Gunnarsson och Ande Somby. Åsa vill jag dessutom tacka särskilt för det oförbehållsamma stöd hon gett mig. Kollegorna på rättsvetenskapliga institutionen i Göteborg och i Umeå och det kvinnorättsliga nätver-

ket har betytt mycket. Lotten Zetterström och övriga arbetskamrater inom invandrarsektorn har fått mig att se saker och ting på andra sätt. Min allra äldsta vän, Agneta Schmidt, har gjort mig glad genom att låta mig få använda hennes konstverk till omslaget. Översättningen av sammanfattningen till engelska har utförts av Brian Fenn.

Ekonomiskt stöd till forskningsprojektet har erhållits från Forskningsrådsnämnden, Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning och Rättsvetenskapliga institutionen Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

Jag tackar alla varmt som hjälpt mig och som varit mitt stöd. Utan er hade det aldrig blivit något.

Göteborg den 28 augusti 1997

Eva-Maria Svensson

Innehåll

KAPITEL 1. INLEDNING 11
1.1 Introduktion 11
1.2. Genusbegreppet i föreställningen om rätten 11
1.3 Metoder 20
1.4 Avgränsning och disposition 25

KAPITEL 2. TEORETISKA OCH METODOLOGISKA UTGÅNGSPUNKTER 29
2.1 Inledning 29
2.2 Språket och symboler 38
2.2.1 Inledning 38
2.2.2 Språket som redskap 41
2.2.3 Det icke-verbala språket 43
2.2.4 Språkets symboliska innebörd 44
2.2.5 Språket som begränsning 47
2.2.6 Språkets kontext- och situationsberoende 50
2.2.7 Att använda sig av otydligheten 52
2.3 Avskiljandets logik... 53
2.4 ...är på väg att upplösas 62
2.5 Tankeramen och det självklara 69
2.5.1 Tankeramen som nödvändighet och begränsning 70
2.5.2 Det självklara 75
2.6 Att tydliggöra tankeramen 80
2.6.1 Ontologi eller tillvarons ursprung 82
2.6.2 Epistemologi eller kunskapens villkor 92
2.6.3 Värden som idéer och normer 98
2.6.4 Människan – relationellt genus 105

KAPITEL 3. KUNSKAPENS KULTURBEROENDE OCH SAMBANDET MELLAN SYNEN PÅ VETENSKAP, RÄTT OCH GENUS 120
3.1 Inledning 120

3.2 Balans 132
3.3 Hierarki 147
3.4 En ny världsbild 162
3.5 Rätten som objekt tar form 177
3.6 Antingen – eller 188

KAPITEL 4. DEN RÄTTSLIGA LEGITIMITETENS NORMERANDE FUNKTION 197
4.1 Inledning 197
4.2 Legitimering 199
4.2.1 Rättens giltighetsanspråk 199
4.2.2 Rättens uppgifter 207
4.2.3 Olika legitimeringsgrunder 217
4.3 Rättens normerande verkan 225
4.3.1 Internalisering central 225
4.3.2 Rätten utövar makt 226
4.3.4 Symbolvärde att reglera rättsligt 237

KAPITEL 5. DEN RÄTTSLIGA FÖRESTÄLLNINGEN 242
5.1 Fokusering på rättens formella väsen 242
5.2 Föreställningen om rätten som objekt 259
5.3 Föreställningen om rätten som ett system 267
5.3.1 "Som man frågar, får man svar..." 268
5.3.2 Olika typer av systemtänkande 276
5.4 Föreställningen om rätten som rationell 295
5.5 Föreställningen om rättssubjektet som könlöst 300
5.6 Föreställningen om området för rätten som givet 312

KAPITEL 6. BETONINGEN AV DEN FORMELLA STRUKTUREN OSYNLIGGÖR GENUSRELATIONEN 332

EFTERORD 344

SUMMARY 347

KÄLLOR 357

Kapitel 1. Inledning

1.1 Introduktion

Det samhälle som kallas det postmoderna, det post-industriella, det pluralistiska eller det mångkulturella, behöver andra rättsformer och sätt att förstå och analysera rätten, analyser vilka tar hänsyn till andra värden än det, i och för sig på många områden framgångsrika, industriella samhället. Det finns med andra ord ett behov av en axiologiskt medveten rättsförståelse, dvs. en strävan efter att lyfta fram och synliggöra de olika och ibland konkurrerande värden som ligger till grund för rätten. Ambitionen med denna avhandling är att utgöra underlag för en sådan förståelse, genom att problematisera och ifrågasätta den föreställning om rätten som utesluter en stor del av tillvaron.

En djupare analys av sambandet mellan rättsförståelse, vetenskapssyn och genus som relationellt begrepp kan för det första leda till att det finns förutsättningar för att jämställdhet mellan kvinnor och män verkligen uppnås och för det andra att rättsförståelsen kan rymma en tillvaro som är betydligt mer komplex och mångsidig än för närvarande. En väg att uppnå detta är att vetenskapen om rätten metodologiskt och analytiskt lyfter fram och studerar de antaganden som ligger till grund för rättsförståelsen. *En förståelse som inte ser genus relevans har missat något centralt. Den kan inte vara rättvis och vederhäftig.*

1.2. Genusbegreppet i föreställningen om rätten

Som tvärvetenskaplig och allmän teoretisk disciplin har kvinno- och feministisk forskning kommit att omvärdera och omformulera mycket av vetenskapen. På senare tid har begreppet genusforskning

kommit att användas alltmer. Genusforskning kan t.ex. avse analys och utveckling av vetenskapens teoretiska kärna.[1] Begreppet genusforskning kan även avse all forskning som använder kön/genus som begrepp eller som kategori.

> Vad som avses med begreppen genus, kön och genusrelation kommer att framgå av texten men för den som inte är bekant med begreppen skall jag kort redogöra för dem redan här. På svenska betecknar ordet kön det som på engelska uttrycks med två ord, *sex* och *gender*. *Sex* står för könet i en biologisk mening, *gender* för könet i en social mening. För att även på svenska kunna skilja på de två aspekterna har distinktionerna biologiskt kön och socialt kön konstruerats. Ibland har socialt kön benämnts med den svenska översättningen av *gender*, genus. Genus är på svenska ursprungligen en grammatikalisk term. Men genus har dessutom kommit att användas i en mer sammansatt 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. Vilket genus en människa har formas i en ständigt pågående process *i relation* till andra människor och i relation till föreställningar om genus i både en symbolisk och konkret mening. Varje människa förhåller sig till och bekräftas i relationer där genus som föreställning och konkret praktik ingår. Genus är emellertid ett problematiskt begrepp när frågan rör konkreta personer. I sådana fall väljer jag att använda termen kön men jag avser även då man och kvinna som helheter och inte som antingen biologiska eller sociala varelser. Med genusrelation, slutligen, avses det sätt på vilket män och kvinnor förhåller sig till varandra, både i en metafysisk och en konkret mening.

Forskning kring kön/genus som begrepp och feministisk teoriutveckling bör uppfattas som ett pågående projekt, där olika vetenskapliga discipliner kommit olika långt.[2] Vetenskapen har till en början kompletterats med kunskap om kvinnor. Kvinnors speciella förhållanden har lyfts fram, kvinnor genom historien har plockats fram och belysts, rättsregler som särskilt rör kvinnor har studerats och eventuellt kritiserats.[3] Så småningom har fokus förändrats från

[1] Ds 1996:26 *Genusperspektiv i forskningen*, Utbildningsdepartementet, sid. 9.

[2] Holmberg, Carin och Lindholm, Margareta, Feministisk teori. Ur *Moderna samhällsteorier, Traditioner, riktningar, teoretiker*, Månson, Per (red.), Bokförlaget Prisma, Stockholm 1993, sid. 211.

[3] Det paradoxala när det gäller kvinno- och feministisk forskning är att det på samma gång är och inte är en tradition. Okin, Susan Moller, *Justice, gender, and the family*, Basic Books cop., New York 1989, sid. 61. När det talas om klassiker, tradition och kunskap i allmänhet så återfinns fortfarande mest män och mäns

den komplementära kunskapen till den kritiska som har ställt frågan varför det ser ut som det gör. Kritiken har ibland utmynnat i olika typer av legalstrategier och rättspolitisk argumentation bl.a. för att med hjälp av en lag rätta till olika missförhållanden.

Inom den nordiska rättsvetenskapen har kvinnorätt som ämne funnits i över 20 år.[4] Trots detta har det knappast fått något större genomslag i juristutbildningen eller i traditionell rättsvetenskaplig forskning. Man kan naturligtvis fråga sig varför. Ett svar kan vara att kvinnorätten, vilket är naturligt, i alla fall i de nordiska länderna inledningsvis varit företrädesvis empiriskt inriktad, dvs. främst varit praktisk-konkret och sett på rätten som en strategi för att förbättra kvinnors ställning i samhället.[5] Betydelsen härav skall inte undervärderas, och är f.ö. en typisk strategi för marginaliserade grupper. Empirin måste först få tala sitt eget tydliga språk, och verka som argument för att via rättsliga åtgärder åstadkomma förändring. Frågan om *hur* och det synliggörande som är effekten av svaret är en naturlig första rättspolitisk argumentation i det västerländska demokratiska, vetenskapsorienterade, samhället.

Feministisk och mer allmän kvinnoforskning har nu etablerat

erfarenheter och villkor. För att hitta några kvinnor är det nödvändigt att leta och gräva djupt. Det visar sig att det finns många som analyserat och diskuterat samma frågor som vi fortfarande gör. Men de har glömts (gömts) bort och/eller inte ansetts vara av allmänt intresse.

[4] Inom rättsvetenskapen kom ämnet kvinnorätt att bli en akademisk disciplin i Norden under 1970-talet, i Norge även en institutionaliserad avdelning inom juridiska fakulteten med Tove Stang Dahl i spetsen. I Danmark, Finland och Sverige har periodvis tjänster, kurser och forskningsprojekt funnits i kvinnorätt om än inte av så permanent karaktär som i Norge. Nordborg, Gudrun, Förord till *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.) Iustus förlag Uppsala 1995, sid. VI. Den företrädesvis svenska termen jämställdhetsforskning brukar reserveras för den forskning som sysslar med jämställdhet i arbetslivet och som baseras på jämställdhetslagstiftningen. Se t.ex. Jakobsen, Liselotte och Karlsson, Jan Ch (red.), *Jämställdhetsforskning Sökljus på Sverige som jämställdhetens förlovade land*, Forskningsrapport 93:5 Högskolan i Karlstad, 1993. I Sverige har begreppet jämställdhet reserverats för relationen kvinna-man som ett delområde av jämlikhet. På t.ex. engelska och franska görs ingen skillnad mellan jämlikhet och jämställdhet.

[5] Inom Norden har kvinnorätten främst använt sig av rättsdogmatiken i syfte att befrämja kvinnors intressen. Syftet har främst varit att lyfta fram kvinnors erfarenheter, att försöka förstå och förklara kvinnors underordning, ifrågasätta denna och hitta vägar till förändring. Dahl, Tove Stang, (red.), *Kvinnerett I*, Oslo Universitetsforlag AS, Oslo 1985, sid. 21 och 25f. Petersen, Hanne (red.), *Kvindelig arbejdsret*, Gad Jura A/S 1995, sid. 10.

empirisk kunskap om bristen på reell jämställdhet mellan kvinnor och män så tydligt att det inte längre kan anses politiskt korrekt annat än att, bl.a. genom rättsliga åtgärder, söka åtgärda dessa brister. Parallellt med åtgärdandet har det då visat sig att synen på rätten, dess struktur och dess principer och tolkningar av olika grundläggande rättsliga institut verkar omöjliggöra eller åtminstone försvåra mer grundläggande förändringar.[6] Begränsningarna i traditionell rättsdogmatik har alltmer setts som ett hinder för att få till stånd en rätt som bygger på både kvinnors och mäns erfarenheter. Därmed har, återigen på ett för varje akademisk utveckling så traditionellt sätt, frågan om *varför* kommit att bli allt mer central. Detta arbete skall ses som ett försök att fokusera på just denna fråga.

> Rättsvetenskapen bör, enligt min mening, dra metodologiska och analytiska konsekvenser av att rätten verkar och förändras i en historisk kontext. Rättsdogmatikens fastställande av gällande rätt och syn på rätten som ett enhetligt, koherent system med en likhetsideologi kan verka begränsande och inomsystematiskt bekräftande. Rättsvetenskapen bör kunna vara öppen för inomvetenskapliga tematiska och metodologiska diskussioner.

Frågeställningen om genus har betydelse för kunskapsbildning och vetenskaplig praxis har alltså ännu inte intresserat det rättsteoretiska vetenskapssamhället i någon större utsträckning. De som tagit upp genus som en relevant faktor är företrädesvis kvinnor. Av dessa är det få som analyserar den kunskapsteoretiska eller värdeteoretiska nivån.[7] Detta kan sammanhänga med att i den nordiska rättsvetenskapen har epistemologiska frågeställningar och ställningstaganden lyst med sin frånvaro, i alla fall så snart epistemologin upplöser

[6] Denna problematik berör jag i, Svensson, Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala, 1995.

[7] Se t.ex. Nousiainen, Kevät, Rättens system och kvinnans vardag. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.) Iustus förlag, Uppsala 1995. Nordborg, Gudrun, Konstruktioner av moderskap och faderskap – genom reproduktionsteknologin och i rätten. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995. Utanför Norden t.ex. MacKinnon, Catharine A, *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1987. MacKinnon, Catharine A, Plädering för en feministisk rättsteori. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1, 1991. Naffine, Ngaire, *Law and the sexes: explorations in feminist jurisprudence*, Allen & Unwin, Sydney 1990.

distinktionerna objekt/subjekt. För rättsförståelsen är, enligt den uppfattning jag argumenterar för i detta arbete (se särskilt det femte kapitlet), just denna distinktion central.

> De rättsvetenskapliga kriterierna verkar i sig själva "inte passa" för kvinnor och kvinnors erfarenheter. Försök att utifrån kvinnors erfarenheter ifrågasätta rätten, har kunnat avfärdas som subjektivt, i alla fall teoretiskt, med en kunskapssyn som ser objektiviteten som möjlighet. Därför är det väsentligt att kritisera den objektivistiska hållningen som sådan och avvisa positionslöshet som möjlighet. Med hjälp av genus som ett vetenskapligt relevant begrepp, betecknande en symbolisk och konkret ordning, kan den ontologiska och epistemologiska grunden för kunskap analyseras.[8]

Den mer övergripande ambitionen med detta rättsteoretiska arbete är därför att söka öka medvetenheten om betydelsen av att genus inkorporeras i den rättsliga självförståelsen. I en mening är detta inget nytt utan snarare ett tämligen klassiskt grepp. Det nya är synen på och förståelsen av genusrelationen. Flera av de s.k. stora tänkarna i äldre tider (se närmare kapitel 3) berörde relationen mellan kvinnor och män och bestämde deras ontologiska status och relationen dememellan. Männens privilegium att utforma kunskapen, epistemologin, rätten och samhällets organisering överhuvudtaget legitimerades med hjälp av Gud, naturen och vetenskapen. Kvinnorna förvisades till en passiv roll inom den privata intimsfären, en roll som stod i överensstämmelse med deras påstådda irrationella, emotionella och oberäkneliga essens.[9] Idag är det knappast politiskt korrekt att hävda detta.[10] Det frapperande i den rättsliga föreställningen är idag i stället *avsaknaden av genus överhuvudtaget.* I avvägningen likhet – särart har den svenska hållningen varit likhet – rättsligt sett är män och kvinnor idag jämställda och jäm*lika.* Det är denna hållning som präglar rätten och som rättsligt garanteras genom formell likhet mellan könen. Könsneutral lagstift-

[8] Ds 1996:26, sid. 8. Detta gäller på ett individuellt, ett samhälleligt och ett metafysiskt plan.

[9] Se t.ex. Eduards, Maud, (red.), *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Gleerups Förlag, Malmö 1993. Lundgren-Gothlin, Eva, "Står kvinnor i spetsen för regeringen, så är staten i fara..." Om kvinnan och mannen i Hegels Rättsfilosofi. *Retfærd* nr 39, 1987.

[10] Jfr å andra sidan särartstanken i vissa biologiska strömningar. Jfr not 91 och 110 i kap. 2.

ning är norm (Regeringsformen – RF – 1:2), och lagen får i sig inte särbehandla män och kvinnor utom i två specifika undantagsfall: värnplikt och ökad jämställdhet i arbetslivet (RF 2:16). Vid införandet av det allmännas skyldighet att tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter i RF 1976 var det självklart att detta enbart skulle tolkas formellt. Möjligheten av reell (materiell) likhet diskuterades inte ens.[11] Trots den formella likheten och förbudet mot könsdiskriminering i lag (utom för de fall då jämställdheten i arbetslivet kan öka) råder det inte reell (materiell) likhet.

Den kvinnorättsliga forskningen i Norden, likväl som i andra länder, utgår från att rättsnormerna är präglade av en manlig norm och en manlig erfarenhet.[12] Detta ställningstagande kläs emellertid inte uttryckligen i termer av makt och den ojämna genusrelationen ses inte heller explicit som uttryck för makt. Tvärtom betonas den manliga normen som en del av den kulturella hegemonin.[13] Att maktbegreppet inte används kan kanske bero på att begreppet i sig för tankarna till ett intentionellt, medvetet maktutövande och att rättsvetenskapen är ovan vid den typen av frågeställningar annat än som uttryck för den legitimitet som statsmakten och dess rättsskapande åberopar som stöd. Att problematisera rätten utifrån skillnader i makt mellan grupper eller mellan individer stämmer inte heller överens med synen på människan som fri och jämlik individ. Trots detta tar rätten ställning till reella maktskillnader i vissa fall, visserligen omvandlade till formella och statiska maktpositioner. Relationen *in casu* är då emellertid inte central. I stället definieras vissa individer eller grupper som under- eller överordnade. Grupper som arbetstagare, konsumenter, hyresgäster definieras som svaga i meningen att de har stöd i lagen gentemot den typiskt sett starkare parten. I förmögenhetsrättsliga avtalsrelationer finns möjlighet till jämkning då ena parten har en "underlägsen" ställ-

[11] I ett remissyttrande till Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen, sid. 293, togs skillnaden upp av en dåvarande hovrättsfiskal, men utredningen berörde inte frågan. Se för en diskussion av detta Nordborg, Gudrun, Jämställdhet – synpunkter utifrån jämställdhetslagstiftningen och vissa ärenden hos jämställdhetsombudsmannen, *Svensk Juristtidning* 1984, sid. 190.
[12] Dahl, 1985Ia, sid. 16.
[13] Dahl, 1985Ia, sid. 17.

ning. Skälighetsbedömningen är förvsso att anse som ett hänsynstagande till relationen.[14]

Kvinnorätten och feministisk rättsvetenskap har visat att könsneutral lagstiftning t.o.m. kan motverka annars politiskt väl förankrade ambitioner om reell likhet. En anledning är att rätten inte tar hänsyn till de reella skillnader som faktiskt finns mellan män och kvinnor. Rätten utgår från en norm som är mer manlig än kvinnlig.[15] Ytterligare en förklaring, som hävdas i detta arbete, är att rättens ontologiska, epistemologiska och axiologiska utgångspunkter *i sig* är ensidiga. Dessa utgångspunkter är lika begränsande och styrande för kvinnor som för män även om männen i flera avseenden, främst inom den publika sfären och med hjälp av både praktik och teori, bättre passar in på det som värderas högst.

Samtidigt måste det stå klart att en formellt könsneutral lagstiftning inte verkar könsutjämnande så länge den 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. Denna norm kan beskrivas som manlig då den som historiskt överförd förståelse och praktik kopplats ihop med manligt levnadssätt och manlig sfär.[16] Denna norm kan tydliggöras genom att använda genus som en analytisk relation.

> I RF 2:16 ges möjlighet att positivt särbehandla den svagare parten. I ändamålsparagrafen (1 §) och förarbetena till Jämställdhetslagen (JämL) framhålls att det är kvinnorna som utifrån ett jämställdhetsperspektiv typiskt sett är mest i behov av de insatser och det skydd som lagen innehåller regler om.[17] Trots denna målformulering har JämL i de konkreta reglerna, särskilt i diskrimineringsförbudet, gjorts könsneutral.[18] Med könsdiskriminering avses, enligt 15 §, att någon miss-

[14] Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal Om avtalsbundenhet och oskäliga avtalsvillkor*. 2 uppl. Juristförbundets Förlag, Helsingfors 1995 sid. 111ff samt Ramberg, Jan under medverkan av Hultmark, Christina, *Allmän Avtalsrätt*, 4 uppl. Juristförlaget, Stockholm 1996, sid. 231.

[15] Naffine, 1990. MacKinnon, Catharine, 1991. Dahl, 1985Ia.

[16] Naffine, 1990.

[17] Laurén, Reidunn & Lavén, Håkan, *Nya Jämställdhetslagen Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet*, Publica, Stockholm 1992. sid. 80. Visserligen vänder sig RF till lagstiftaren och den offentliga maktens utövare. JämL däremot reglerar förhållandet mellan olika rättssubjekt.

[18] JämL (1991:433), vilken innehåller det enda rättsligt tillåtna undantaget från förbud mot könsdiskriminering förutom regler om värnplikt.

gynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades könstillhörighet. Könsdiskriminering är otillåten i den utsträckning som framgår av lagens 16–20 §§. Detta diskrimineringsförbud är emellertid enbart tillämpligt i konflikter på individuell nivå. En jämförelse måste ske mellan en man och en kvinna.[19] Skillnader i makt mellan kvinnor och män är samtidigt främst av strukturell karaktär,[20] vilket blir tydligt exempelvis beträffande lönenivåer i s.k. manliga respektive s.k. kvinnliga yrken.[21] En rättslig reglering som rör diskriminering i konflikter mellan två individer är därför inte särskilt ändamålsenlig för att förändra sådana strukturella skillnader.[22]

Den nya JämL innehåller emellertid även tvingande bestämmelser om aktivt jämställdhetsarbete. Dessa *kan* användas för att komma tillrätta med strukturella skillnader mellan könen som kollektiv. Arbetsgivare med tio eller fler anställda skall varje år bl.a. upprätta en jämställdhetsplan, 10 §, och kartlägga löneskillnader mellan kvinnor och män, 9a §. På sikt kan detta få betydelse för lönebildningen, inte bara individuellt utan också för könen som kollektiv. Med hjälp av en jämställdhetsplan är det dessutom tillåtet att göra undantag från huvudregeln om förbud mot könsdiskriminering och faktiskt särbehandla någon, *om det är i syfte att öka jämställdheten* mellan könen.[23] Återigen, förutsättningen för förändring är synliggörande, framtvingande av reflektion kring frågan Varför?

Den konflikt som ligger i de fastlåsta positionerna döljs genom ideologin om likhet. Den rättsformella ideologin om likhet döljer att det är en norm som definierar det som inte är likt just som avvikande. Sverige har officiellt jämställdhet mellan kvinnor och män på en ideologisk nivå, vilket har medfört att könsdiskriminering i praktiken förklaras med individuella orsaker. Teori och praktik stämmer inte överens. En rättsvetenskap som upprätthåller

[19] En jämförelse mellan två arbetstagare av olika kön behöver inte göras vid uppsägning, omplacering, permittering eller avskedande enligt 20 §, om åtgärden har samband med arbetstagarens könstillhörighet.

[20] SOU 1990:44 *Demokrati och Makt i Sverige* Maktutredningens huvdrapport, sid. 73 och 78.

[21] En sådan jämförelse ligger till grund för EG-domstolens avgörande 127/92 Enderby-målet, Hayward v. Cammell Laird Shipbuilders Ltd. Storbritannien, det s.k. kokerske-målet samt JämO:s yrkande i Arbetsdomstolens avgörande AD 1996 nr 41, det s.k. barnmorskemålet.

[22] Fransson, Susanne, Lönediskriminering – fenomen och strategi. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala, 1995, sid. 70.

[23] JämL 16, 17, 19 och 20 §§.

gränsen mellan teori och praktik, eller börat och varat, kan bortse från denna bristande koherens.[24] Genusperspektivet kan synliggöra kvinnors verklighet och komplettera det rättsliga kunskapsområdet, blottlägga könsmässiga makthierarkier genom forskning om kön som analytisk kategori och därmed identifiera hinder för jämställdhet. Detta måste också ha allmänna rättsteoretiska implikationer, ge anvisning om vad som skall studeras och varför. Kunskap som inriktats på att komplettera vetenskapens kunskapsbild och att identifiera hinder för jämställdhet genom att t.ex. blottlägga könsmässiga makthierarkier som grund, används därför här som utgångspunkt och grund för att inriktning skall kunna ske på *de teoretiska hinder som föreligger i vetenskapens självförståelse och i dess teorikärna.*[25] Redan i kriterierna för vad som anses som vetenskapligt och rättsligt genom olika självklara antaganden ligger nämligen, enligt den argumentation som drivs i detta arbete, hinder för att vetenskapen och rätten skall kunna formas efter mer *allmänmänskliga* förutsättningar.[26]

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 följden av att *inte* se genus som en relevant relation. Kopplingen till *ett* genus, först mannen och sedan kvinnan, bör enligt min mening, släppas på sikt. Det kan emellertid göras först när det blivit uppenbart att en ensidig kunskapsbild föreligger. Med genus som analytisk relation är det möjligt att rikta in sig på vetenskapens självförståelse och dess teoretiska kärna.

Genusrelationen används som ett redskap eller som en referenspunkt, från vilken vissa av rättens axiom analyseras. Men den an-

[24] En stor del av kvinnorätten, särskilt i Norge, har ifrågasatt denna distinktion genom att vara mycket praktiskt inriktad.

[25] I Ds 1996:26 talas om teoretisk kärna, sid. 9 och 11. Begreppet teorikärna används av Imre Lakatos som varje forskningsprograms centrala teorisatser som tas för givna och som inte får kritiseras. Se Lakatos, Imre, Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes. Ur *Criticism and the Growth of Knowledge*, Lakatos, I. och Musgrave, A. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge 1970, sid. 132ff. Peczenik använder också teorikärna som ett uttryck för vissa grundläggande antaganden för rätten. Se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Fritzes förlag AB, Stockholm 1995, sid. 327.

[26] Ds 1996:26, sid. 9f.

vänds också som en mer allmän ansats i problemställningarna och i valet av det som är relevant. Det är genusperspektivet som lett till behovet av att analysera den rättsvetenskapliga teoretiska kärnan och som tydliggjort sambandet mellan denna och vetenskapssynen i övrigt samt hur relevansen av genus som viktig faktor i erfarenhetsbegreppet och i förnuftsbegreppet förbisetts. Ambitionen i detta arbete är i nu nämnt avseende således, på sätt som kan prägla just rättsfilosofiska arbeten, primärt inriktat på den rättsliga självförståelsen.

1.3 Metoder

De utgångspunkter för ämnesvalet som redovisats ovan är personliga på samma gång som de är intersubjektiva. Kunskapen och kunskapssökandet går genom subjektiva erfarenheter och med ett subjektivt förnuft som samtidigt är en del av en intersubjektivitet. Jag är således en del av den föreställning som jag försöker analysera. Det är ett ofrånkomligt dilemma som det är nödvändigt att förhålla sig till. Genom att ta utgångspunkt i och använda sig av andra rättsförståelser, andra vetenskapliga discipliner, annan typ av kunskap, är det möjligt att till viss del göra sig medveten om den föreställning vilken jaget är en del av. Det är dessutom troligare att det är möjligt om en viss position eller en viss relation får bilda utgångspunkt för analysen. I och med detta avvisas objektiviteten, i meningen positionslöshet, som möjlighet. I detta förhållningssätt är jag istället inspirerad av den kunskapssyn som ser kunskapen som social och kontextuell. Däri ingår att erfarenheten och förnuftet präglas av, bland en mängd andra villkor, könstillhörighet och det sätt på vilket varje kön är relaterat till det andra konkret och symboliskt.[27] Vidare ställs inga anspråk på universell kunskap. Mitt sätt att se på rätten sker i detta arbete primärt utifrån genusrelationen. Det är möjligt att tankarna kan vara relevanta i ett annat sammanhang, men ambitionen är inte att hävda något sådant.

De metoder som kommer att användas har formats ur problem-

[27] Widerberg, Karin, *Kunskapens kön, minnen, reflektioner och teori*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1995. Svensson, Eva-Maria, Delar av en helhet, *Retfaerd* nr 74, 1996.

ställningens praktiska behov, analysen av den rättsliga självförståelsen med särskild betoning på avskiljandet av det som har relevans för genus. Arbetet kretsar kring frågan om genus avskiljande från kunskapsområdet. Alla vetenskapliga förklaringsmodeller, så även denna, är visserligen till sin natur förenklingar och därmed preliminära. Ambitionen är emellertid att inte förenkla mer än nödvändigt. Komplexiteten finns och bör få finnas även i framställningen. *Medvetenheten om komplexiteten blir en del av förklaringsmodellen.* Denna ambition står i konflikt med kravet på pedagogisk framställning. De fördelar som finns med systematisering och ordning kan lätt övergå i nackdelar på det sättet att de styr vår föreställning. Nackdelarna med oordning och att inte vara systematiserad kan övergå i fördelar, om det nyanserar föreställningen om det föreställda. Jag är medveten om att detta är ett vågspel, men att det svåra är svårt kan aldrig vara en vetenskapligt godtagbar ursäkt för att ej behandla problematiken, till att ställa frågorna och söka svaren. För att göra läsningen så pedagogisk som möjligt, inleds varje kapitel med en ingress. Ingresserna kan även läsas som en sammanfattning.

Utifrån problemställningen har det inte funnits några givna metoder utan sökandet har skett utan begränsning till vissa vetenskapliga discipliner eller vissa gängse metoder. För att inte redan i inledningsfasen styra resultatet har det varit centralt att låta material, tankar och olika typer av kunskap välla in utan en på förhand strukturerad selektion. Intresset av frågeställningen har varit den styrande principen, inte gränser upprättade av den vetenskapliga praktiken. Det är en särskild poäng med detta metodologiska förhållningssätt i och med att det kan förhindra att ett förväntat resultat omedvetet styr problemformulering och val av underlag och att kunskapsprocessen blir självuppfyllande och det som vi redan vet bekräftas. Å andra sidan är det en risktagning och oerhört svårt att byta ut en strukturerad ordning mot ett i det närmaste ostrukturerat kaos. Resultatet kan emellertid, om processen fungerar, bli medvetna ställningstaganden och teoretiska föreställningar som kan ge, i någon mening, ny kunskap.

Sökandet har lett fram till vetenskapsteorin som disciplin för att få distans till rättsvetenskapens vetenskapliga kriterier och redskap, och till genusrelationen som begrepp för en analys av rättens an-

taganden. Avsikten med detta arbete är dock inte att normativt argumentera för vilka värden som borde uttryckas i rätten. I stället används det i rätten fastslagna värdet av jämställdhet mellan kvinnor och män i en generell mening som en utgångspunkt för att analysera varför inte värdet, uttryckt som idé i konstitutionen, får genomslag i rätten, i konkreta rättsregler och i praxis (särskilt i begreppets vidare mening). Jag tar helt enkelt det i grundlagen uttryckta värdet på allvar. I så måtto präglas också arbetet av en alldeles bestämd förförståelse, nämligen att det förefaller finnas hinder av olika karaktär såväl i de rättsliga kriterierna som i teorierna om rätten som hindrar det i konstitutionen uttryckta värdet att få genomslag.

Arbetet kan ses som en strävan till en axiologiskt medveten rättsförståelse samt en öppen axiologisk diskurs. Med detta avses en strävan mot att inom vetenskapen om rätten tydliggöra värden och lyfta fram konflikter mellan olika värden. Rätten implcerar en avvägning mellan olika värden. Sker dessa avvägningar öppet ger det större möjligheter till en medveten argumentation. Med axiologiska ställningstaganden eller grunder avses vilka värden som förankras rättsligt, medvetet eller omedvetet. Med en axiologisk argumentation eller diskussion avses en inomrättslig argumentation utifrån de värden som rätten ger uttryck för. Emellertid blir implikationerna av en argumentation som går ut på att värdet förankras, inte bara som idé i rätten utan också i konkreta rättsliga normer, att den inomrättsliga föreställningen om rätten och den juridiska argumentationen inte räcker för att förverkliga värdet.[28] Metodologiskt kommer därför arbetet att överskrida de av rättsvetenskapen upprättade gränserna för vad som är inomrättsligt.

Sökandet har vidare lett till teorier om rätten för den rättsliga självförståelsen,[29] till kvinnorättsforskningen och rättsdogmatiken som underlag för obalansen mellan den rättsliga ideologin om jäm-

[28] För en mer utförlig beskrivning av värden och normer, se avsnittet 2.6.3.
[29] T.ex. den alternativa jurisprudensen, feministisk rättsteori, rättslig polycentri, rättssociologi, dvs. företrädesvis teorier om rätten som ser rätten i ett sammanhang med samhället i övrigt.

ställdhet och den i praktiken förekommande ojämställdheten,[30] till andra rättsförståelser i tid och rum[31] och till andra vetenskapliga discipliner såsom psykologi, sociologi, historia, arkeologi, språkvetenskap m.m. för en bredare förståelse av rättsvetenskapen som vetenskaplig disciplin samt för vissa begrepp och distinktioner.[32]

Den erfarenhet och det förnuft som hela tiden är delaktigt i kunskapssökandet, förändras i och genom kunskapsprocessen. Det medför att det är svårt, om inte omöjligt, att skilja på *före och efter*, dvs. *när* kunskapen har integrerats. Detta är en medveten hållning som också har fått prägla strukturen i arbetet. Läsaren bereds därmed tillfälle att delta i processen. Ambitionen är inte att hävda något som sant utan snarare att ge underlag för reflekterande kring vissa, av rätt(svetenskap)en upprättade, hinder för att uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män. Till detta kommer att föreställningen om något inte särskilt ofta uttrycks utan tas för given. I den mån föreställningen om olika begrepp eller företeelser finns uttryckta är det företrädesvis i läroböcker och andrahandskällor.[33]

[30] Kvinnorätt som akademisk disciplin se t.ex. Dahl, 1985 I–IIa och Dahl, Tove Stang, *Women's law. An introduction to feminist jurisprudence,* Norwegian University Press, Oslo 1987. Dahlberg, Anita, Nordborg, Gudrun, Wicklund, Elvy, *Kvinnors Rätt,* Tiden/Folksam, Eskilstuna 1990. Nordborg, Gudrun, (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Iustus Förlag, Uppsala 1995. Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap Del I, *Juridisk Tidskrift* 1995-96 nr 3, sid. 726-748 och Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap Del II, *Juridisk Tidskrift* 1995-96, nr 4, sid. 1035-1059. Underlaget i form av rättsdogmatisk forskning och kvinnorättslig forskning i den mån den inte kan hänföras till rättsdogmatiken, kommer inte att refereras till i detta arbete i särskilt stor utsträckning. Inte desto mindre är det underlag för problemformulering och ämnesval.

[31] Rättshistoria, komparativ rätt och studier av andra rättssystem.

[32] Exempelvis begreppen tankeram, makt, förståelse, paradigm, doxa, tematiska diskussioner, distinktionen publik/offentlig-privat, genussystemet samt reflektioner kring språkets betydelse.

[33] Kuhn, Thomas S, *De vetenskapliga revolutionernas struktur*, Bokförlaget Thales, Stockholm 1997, sid. 22. Kuhn talar om "normal vetenskap" som den som uttrycks i läroböcker, då den typen av litteratur lägger fram de accepterade teorierna och de intersubjektiva antagandena. I försöken att formulera föreställningen om rätten och de hinder som ligger i denna för att uppnå jämställdhet mellan könen, så är den typen av litteratur mer central än ursprungskällor och vad som egentligen avsågs med någon teori eller begrepp. Emellertid är detta vanskligt, kravet på exakthet kan inte uppfyllas. Eftersom avsikten med detta arbete är att vara underlag för reflektion så torde det kunna accepteras.

Varken i juridiska läroböcker eller i rättsvetenskaplig litteratur i övrigt brukar genus/kön framhållas som relevant. Frånvaron av genus/kön får normerande

Det metodologiskt öppna förhållningssättet genomsyrar även det teoretiska sökandet. Även här har inspiration hämtats från olika områden. Olika teorier och begrepp används som redskap på ett sätt som redovisas i kapitel 2. Teorin/erna verkar även metodologiskt. De definitioner som görs skall förstås som för tillfället användbara redskap och inte som exakta distinktioner som är allmängiltiga. Förutom redogörelsen av begreppen i kapitel 2, kommer också kapitel 3 att vara metodologiskt i den meningen att det kommer att visa på kunskapens kulturberoende samt sambandet mellan synen på vetenskap, rätt och genus.

För att kunna analysera och reflektera över den rättsliga självförståelsen används begreppet tankeram, vilket närmare definieras i avsnitt 2.5. Begreppet är centralt som grund för analysen av den rättsliga självförståelsen i kapitel 5. I begreppet 'tankeram' ingår alla ställningstaganden på vilka människan formar sin tillvaro. Tankeramen tillhandahåller det självklara, det som oftast inte är medvetet, det som är styrande för människans förståelse av tillvaron. Förståelsen uttrycks i språket, både verbalt och icke-verbalt, samt i flera andra former, t.ex. genom symboler, tecken, form. Språket är således både en förutsättning och ett hinder för kommunikation. Språket är inte exakt, det måste alltid ses i sin kontext. Konsekvensen av detta ställningstagande är ett försök att undvika precisa och väl avgränsade begrepp. Förståelse av företeelsen är viktigare än att definiera särskilda begrepp. Möjligheten till kommunikation blir kanske något mindre, men, vill jag hävda, på lång sikt främjas förståelse av att undvika att fastna i begreppsdefinitioner när läsaren ändå med stor säkerhet kan antas förstå det grundläggande innehållet i den använda begreppsapparaten. Varken språk eller kontexter är f.ö. statiska och oföränderliga. Av den anledningen är det rentav en poäng, t.o.m. en vetenskaplig plikt, att ständigt medvetandegöra komplexiteten. Förståelse är en kommunikativ process, där alla faktorer ständigt förändras genom interagerande med varandra. Detta samspel *är* komplext och det är omöjligt att peka ut

verkan, dvs. föreställningen om genus/kön som irrelevant upprätthålls. Det förhållandet kan jämföras med den i nutid tydliga nationalistiska propaganda som präglade svenska läroböcker och verkade normerande under perioden 1850–1950, se Tingsten, Herbert, *Gud och fosterlandet, Studier i hundra års skolpropaganda*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1969.

någon eller några få faktorer som i sig själva är avgörande. Däremot är det möjligt, påstår jag, att med säkerhet fastslå att vissa faktorer är mer betydelsefulla än andra.

1.4 Avgränsning och disposition

I konsekvens med vad som framhållits ovan får arbetets struktur inte vara linjär, hierarkisk och induktiv. Det finns (tyvärr) inte några enkla orsak-verkanförhållanden. Istället måste just själva komplexiteten lyftas fram. Förståelseprocessen blir det centrala, varför syftet inte är att bevisa något utifrån flera olika argument (induktion), utan att problematisera och ge underlag för reflektion kring olika frågeställningar och distinktioner samt utgöra underlag för läsarens egen förståelseprocess, på samma sätt som det varit underlag för min förståelseprocess.

Föremålet är föreställningen om rätten så som den uttrycks och reproduceras i rättsvetenskapen samt i den praktiska tillämpningen av rätten. Föreställningen om rätten är historiskt och geografiskt specifik. När jag talar om föreställningen om rätten är det den moderna rättsförståelsen i västvärlden som ser rätten som en rätt och som exemplifieras med svensk rätt och dess historiska och kulturella kontext. Den moderna rätten utmärker sig vid att vara nationell (eller regional), att uttryckas i lagar i enlighet med en formell ordning och ha universella ambitioner vilket stöter på problem när subjekten inte passar ihop med (den universella) normen, t.ex. barn, kvinnor, invandrare, etniska minoritetsgrupper, djur, natur. I detta arbete problematiseras alltså föreställningen om rätten med utgångspunkt i genusrelationen som symbolisk och konkret ordning. Genusrelationen synliggörs som central i sättet att strukturera samhället, hur detta kommer till uttryck och hur detta reproduceras i rätten.

I kapitel 2 presenteras de teoretiska och metodologiska utgångspunkterna, dvs. hur forskningsproblemet angrips. Förståelsen och kunskapen produceras inom en tankeram, inom vilken vissa antaganden förstås som självklara. Angreppssättet är att ifrågasätta och medvetandegöra det som anses som självklart. Förståelsen är central i varje förändringsprocess. Tydliggörandet av sambandet

mellan rättsförståelse, vetenskapssyn och genus kräver redskap som hämtas från andra vetenskapliga discipliner än rättsvetenskapen. Redskapen, i form av begrepp, språk och symboler i första hand, blir metodologiska i den meningen att de tydliggör hur förståelsen uttrycks. De redskap som används i detta arbete är begrepp som är relationella och därmed möjliggör för förändring, ansatsen att söka gränser med hjälp av andra tankeramar i tid och rum, att sätta in det som studeras i ett större sammanhang idémässigt samt att explicera positionen. Centrala begrepp är – tankeram, det självklara och genus. Med hjälp av språk och symboler blir förståelsen tydlig och även kontextuell.

Kapitel 3 är en idéhistorisk men också vetenskaps- och rättshistorisk redogörelse vars syfte för det första är att exemplifiera att allt tänkande, däribland rättstänkandet, är kontextuellt, för det andra att rätten är föränderlig, samt för det tredje att genus i högsta grad är relevant för hur den rättsliga förståelsen utformas och för samhällets organisering både i en metafysisk och en konkret mening.[34] Dessa aspekter, teori och praktik, är i högsta grad beroende av varandra. Genus som metafor används för att presentera två huvudsakliga sätt att strukturera tänkandet enligt en princip om balans eller en princip om hierarkisering.

> Genom att använda genus som strukturerande relation och som analytiskt redskap framträder historien och samtiden enligt ett annat mönster än om genus är frånvarande. Genom hela historien fram till 1900-talet har dessutom genus och synen på genusrelationen använts som en legitimering av sättet att organisera samhället och därmed också rätten. Genus har därmed kommit att impregneras med både föreställningar och en konkret levd praktik som inte låter sig bli irrelevant bara för att rätten osynliggör kvinnor och män genom formell könsneutralitet i enlighet med en likhetsideologi. Med hjälp av genus tydliggörs att likhetsideologin i själva verket förutsätter en uppdelning av tillvaron och ett avskiljande av det som inte ryms i normen. Framväxten av en avskiljandets logik tydliggörs, både i en konkret och en metafysisk mening.

Kapitel 2 och 3 skall ses som underlag för de kommande kapitlen

[34] Det första och det andra syftet är visserligen trivialiteter, men de är nödvändiga som underlag för det tredje syftet som borde vara en trivialitet men som inte är det i rätten som föreställning.

som fokuserar på generella drag i samtidens rättsförståelse. Kapitel 4 avser att lyfta fram två huvudsakliga drag i den rättsliga förståelsen, behovet av legitimitet och rättsförståelsens normerande verkan om legitimitet uppnås. Vilken typ av legitimitet som krävs varierar i tid och rum, men det gemensamma är behovet av en fungerande legitimitet för att rättsförståelsen skall internaliseras och verka normerande. *I denna mening utövar rättsförståelsen makt.* Internalisering av rättsförståelsen kan förstås som en icke-intentionell och relationell makt. Om internaliseringen inte fungerar förlorar rätten genomslagskraft och blir en ordning utan förankring i människors eget normsystem. Hotet om sanktioner och rätten som våldsordning räcker inte som legitimitet.

I kapitel 5 pekar jag på de generella drag i den rättsliga förståelsen som framträtt som relevanta för en analys av den teoretiska kärnans uteslutande av en stor del av tillvaron genom kriterierna för vetenskap i allmänhet och rättsvetenskap i synnerhet. Kapitel 5 skall ses som en exemplifiering av föreställningen om rätten och inte som en heltäckande beskrivning av eller bevis för hur föreställningen om rätten är. Avskiljandet är centralt i vetenskapsförståelsen och det uttrycks i rättsförståelsen genom att rätten ses som ett objekt, ett system med vissa inneboende kvaliteter som att det är rationellt, logiskt och som system hierarkiskt uppbyggt.

Rättsteorier fokuserar huvudsakligen på formella kriterier och de i systemet ingående delarna klassificeras, ordnas och systematiseras enligt ett positivistiskt vetenskapligt ideal. Dessutom definieras rättssubjekten som fria, jämlika, könlösa individer. Genus utesluts därmed som irrelevant. Detta trots att det sätt som rättsförståelsen formats på i allra högsta grad bygger på en genusordning. Denna genusordning är också utgångspunkt för området för rätten och uppdelningen mellan en privat och en publik sfär. Ofta kopplas dessa sfärer dessutom ihop med en utvecklingsidé och en hierarkiserande värdering. Distinktionen tas fortfarande ofta för given trots att den i praktiken börjat luckras upp, både genom en levd praktik och genom en förändring i vetenskapsförståelsen.

Slutligen är kapitel 6 ett avslutande av arbetet, däremot inte ett avslutande av kunskaps- och förståelseprocessen. Alla föreställningar är stigmatiserande samtidigt som de är nödvändiga. Genom en ständig medvetandegörandeprocess förändras föreställningarna.

Teoretiska och metodologiska konsekvenser av detta kan vara en ambition att tillhandahålla redskap som passar för en sådan process i stället för att fokusera på beskrivningar och modeller av hur saker och ting förhåller sig. Det senare tenderar att bli normativt, trots att anspråket är deskriptivt, och kommer dessutom att verka normerande och statiskt. Det ena utesluter givetvis inte det andra och det är snarare en skillnad i förhållningssätt än i praktiskt utförande.

Kapitel 2. Teoretiska och metodologiska utgångspunkter

Filosofisk argumentation likaväl som all annan argumentation borde snarare "förlita sig på mångfalden och variationen i sina argument än på fullständigheten i ett enda. Dess argumentation bör inte bilda en kedja som aldrig är starkare än sin svagaste länk utan en vajer vars trådar kan vara hur tunna som helst bara de är tillräckligt många och intimt förbundna."[1]

2.1 Inledning

Föremålet för arbetet är föreställningen om rätten som historiskt och kontextuellt föränderlig som den uttrycks och produceras i rättsvetenskapen samt i den praktiska tillämpningen av rätten. Utgångspunkten är att rätten inte är objektiv i förhållande till kvinnor och män och att målet om jämställdhet mellan kvinnor och män inte uppnås genom formell könsneutralitet eftersom könsneutralitet i själva verket är ett osynliggörande av genusrelationens relevans. Osynliggörandet sker med hjälp av upprättade distinktioner som får vara utgångspunkt för ett avskiljande av en stor del av tillvaron. Föreställningen om rätten legitimeras inomvetenskapligt genom kriterier som förstås som självklara. Genusrelationens synliggörande problematiserar kriterierna för vad rätten anses vara, dess legitimeringsgrund och dess område. Ifrågasättande och medvetandegörande av det självklara kan möjliggöra en förändring, där förståelsen är central i förändringen. Det självklara kan analyseras genom att ta utgångspunkt i andra sätt att förstå tillvaron, i tid och rum och i andra positioner än den dominerande. Vilka teorier, metoder och begrepp som används bestäms av detta syfte. Tydliggörandet av sambandet mellan rättsförståelse, vetenskapssyn och genus kräver redskap

[1] Bernstein, Richard J, *Bortom objektivism och relativism: vetenskap, hermeneutik och praxis*, Röda bokförlaget, Göteborg 1991, sid. 301. Citerat ur och översatt till svenska från Pierce, Charles Sanders, *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1969.

från andra vetenskapliga discipliner än rättsvetenskapen. Redskapen, i form av begrepp, språk och symboler, blir metodologiska i den meningen att de tydliggör hur förståelsen uttrycks.

I detta kapitel skall jag redovisa mina grundläggande vetenskapsteoretiska utgångspunkter. Föremålet för avhandlingen är den rättsliga självförståelsen och de inomvetenskapliga kriterier som definierar området för rätten. Med rätten avses föreställningen om rätten så som den uttrycks och reproduceras i rättsvetenskapen samt i den praktiska tillämpningen av rätten.[2]

> Rätten kommer inte att definieras på annat sätt i detta arbete. Eftersom ambitionen som nämnts är att analysera grunderna för föreställningen om rätten, genom förståelse och medvetandegörande ifrågasätta dess självklarhet och objektivitet samt möjlighet att förändra dem och tydliggöra att detta får inomrättsliga konsekvenser, är det inte möjligt att hålla sig inom de av rättsvetenskapen upprättade kriterierna för vad som är inomrättsligt. Upplösandet av distinktionen och i interaktionen mellan de olika sfärerna, dvs. inom- och utomrättslig, är en poäng och ett redskap för att analysera de rättsliga kriterierna i vid mening.

Ett centralt ställningstagande är att det är problemställningen som bör avgöra vilka metoder som skall användas. Metoderna bör vara en hjälp och ett redskap för att besvara problemställningen. De får inte medföra att viktiga aspekter av problemet faller bort. Med hjälp av flera metoder är det möjligt att belysa ett problem på flera olika sätt, vilket borde ge en mer heltäckande beskrivning och ett mer nyanserat svar än om endast en metod används.

Rättsvetenskapliga arbeten innehåller sällan långa, utförliga metodavsnitt. Ofta hänvisas enbart till att rättsdogmatisk metod använts.[3] Med rättsdogmatisk metod menas att fastställa gällande rätt

[2] Eftersom föremålet för studien är föreställningen om rätten, kan det närmast beskrivas som vetenskap *om* rätten och kan i teoretiskt avseende betraktas som inomrättsligt. Hela arbetet kan ses som ett avvisande av det som gränsdragningen innebär, nämligen atomisering och avskiljande.

[3] Rättsdogmatisk metod kallas ofta bara juridisk metod. Med det avses då juridisk metod i största allmänhet i motsättning till den eller de metoder som används inom andra vetenskapliga discipliner. Se Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning En lärobok i allmän rättslära.* 5 uppl. Norstedts, Stockholm, 1996, sid. 411.

med hjälp av rättskälleläran.[4] Rättsdogmatikens huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt.[5] Den rättsdogmatiska metoden används inte enbart som en rättsvetenskaplig, utan även som en praktisk juridisk, metod.[6] I den mån det är en skillnad mellan den vetenskaplige rättsdogmatikern och den praktiskt verksamme juristen är det snarast en pragmatisk och inte en principiell sådan.[7] Den klassiska rättsvetenskapens slutmål anses vara att bistå rättspraxis, oavsett om ansatsen är regelorienterad eller problem- och intresseorienterad.[8] Metoden, som anses som den centrala och nästan som den enda rättsvetenskapliga metoden, kan anses ändamålsenlig när det enbart handlar om att fastställa gällande rätt vid en viss tid-

[4] Detta är visserligen mycket förenklat. I metoden ingår mer specificerat att behärska rättskälleläran, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbildningen och systematiken. Sandgren, 1995-96a, sid. 727. Vilka rättskällor som omfattas av den svenska rättskälleläran är inte självklart. Peczenik menar att det, förutom de traditionella rättskällorna lagförarbeten, prejudikat och doktrin, även ingår en mängd källor som får åberopas som auktoritetsskäl, såväl i den praktiskt verksamme juristens och rättsvetenskapsmannens/kvinnans argumentation. Sådana auktoritetsskäl kan vara generella rekommendationer som riksskatteverkets anvisningar, se t.ex. Påhlsson, Robert, *Riksskatteverkets rekommendationer. Allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet*, Iustus Förlag, Uppsala 1995, samt utländsk rätt, informellt material som visar innebörden av sedvänjor och värderingar, sakens natur, etiska grundsatser samt historisk kunskap om relevanta omständigheter. Peczenik, 1995, sid. 316. Mycket av det som ingår som underlag för ställningstaganden är omedveten kunskap, s.k. tyst kunskap, med vilket förstås kunskap som är grundad på erfarenheter och färdigheter och som används utan att vara artikulerad eller medveten. Den kan artikuleras och därmed göras till föremål för övervägande. Rolf, Bertil, *Profession, tradition och tyst kunskap, En studie i Michael Polanyis teori om den professionella kunskapens tysta dimension*, Bokförlaget Nya Doxa AB, Nora 1991, sid. 28f.

[5] Peczenik, 1995, sid. 312.

[6] Doublet, David Roland, *Rett vitenskap og førnuft, Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige førutsetninger,* Alma Mater Førlag AS, Bergen, 1995, sid. 162. Den juridiska metoden lärs in genom övning och en stor del av den juridiska yrkeskunskapen är omedveten, enligt Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod.* Iustus Förlag, Uppsala 1996, sid. 16. Se även Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion,* 2 uppl. Juristförlaget, Stockholm 1994, sid. 9.

[7] Peczenik, 1995, sid. 315

[8] Westberg, Peter, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet. Ur *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1991, sid. 421-446.

punkt.[9] Förutom denna metod arbetar emellertid rättsvetenskapen med andra metoder såsom filosofiska, historiska, sociologiska och ekonomiska även om arbetet i sådana fall hänförs till de rättsvetenskapliga disciplinerna rättsfilosofi, rättshistoria, rättssociologi eller rättsekonomi. Empiriska inslag i rättsvetenskapliga arbeten är inte heller ovanliga.[10] Kunskapsintresset är visserligen ofta begränsat till att fastställa gällande rätt vid en viss tidpunkt för att bistå rättspraxis, både för den praktiskt verksamme juristen och rättsvetenskapsmannen/kvinnan. Den rättsdogmatiska metoden förutsätter en fiktion av att det går att frysa den ständigt föränderliga rätten i speciella ögonblick eller situationer. Detta förstärks av att själva fastställandet av gällande rätt anses medföra en ökad rättssäkerhet i betydelsen ökad förutsebarhet. Denna metod verkar vara självklar, så självklar att den knappast behöver uttryckas i rättsvetenskapliga arbeten annat än med ett kort konstaterande av att rättsdogmatisk metod används. I själva verket är den av rätt sent datum.[11]

Den rättsdogmatiska metoden för att fastställa gällande rätt är en del av den kulturella och vetenskapliga kontext som tas för given och som verkar normerande på rättsvetenskapen, dvs. anger vad den bör eller inte bör syssla med.[12] Det är just därför den anses så oproblematisk. Detta antagande om *en* metod som i det närmaste självklar, bör ständigt utsättas för kritik lika väl som beträffande alla

[9] Sandgren, 1995-96a, sid. 728. Däremot menar Sandgren att den juridiska metoden har sina begränsningar när det studerade problemet inte enbart avser innehållet i gällande rätt. Jfr även Simmonds, Nigel, *Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter,* Norstedts Juridik, Stockholm, 1994, sid. 103ff, som menar att Ronald Dworkin ifrågasätter det snäva synsätt som från rättens område utesluter allt som inte kan konstateras med hjälp av de auktoriserade rättskällorna. Dworkin menar, enligt Simmonds, att till rätten hör även de *principer* som är *underförstådda* i de uttryckta rättsreglerna. En rättsvetenskap som endast studerar rättskällorna är därför inte fullständig. Se vidare Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously,* Harvard U.P, Cambridge Mass. 1978.

[10] Se ett antal uppräknade avhandlingar med empiriska inslag, Sandgren, 1995-96a, sid. 726.

[11] Anners, Erik, *Den europeiska rättens historia 2,* Norstedts, Stockholm 1990, sid. 232f. Jfr även Sandström, Marie & Peterson, Claes, Lex Lata – Lex Ferenda Fakta eller Fiktion? Ur *Lex Ferenda,* Rosén, Jan (red.), Juristförlaget, Stockholm 1996, sid. 172ff.

[12] Begreppet normerande har beröringspunkter med begreppet normativ. Med normerande avses att bli norm för något samt att styra förståelsen av något. Med normativ avses att uttrycka hur något bör förhålla sig. De glider in i varandra på så sätt att något som är normativt även kan få normerande verkan på så sätt att

andra vetenskapliga metoder. Metoden skall vara ett hjälpmedel och inte ett mål i sig själv. Jag hävdar att den rättsdogmatiska metoden i hög grad verkar som ett axiom i stället för att verka som en vetenskaplig metod.[13] Den rättsdogmatiska metoden blir rättsdogmatik/vetenskap och rättsdogmatiken blir sin egen referens.[14] Visserligen måste alla vetenskapliga teorier ta något för givet, men vilken metod som används behöver inte vara givet utan bör ständigt omprövas. Kopplingen mellan rättsvetenskapen som vetenskap och den praktiska (rättsdogmatiska) metoden är stark genom att den är inomsystematiskt definierad genom kriterierna för rättsvetenskapens föremål. Ett visst utrymme finns givetvis även inom denna huvudsakliga metodologiska disciplin att tänja på kriterierna och gränserna, men för en mer grundläggande analys av kriterierna är inte enbart de(n) rättsdogmatiska metoden användbar.[15] Varje forskningsproblem måste få styra vilka metoder, likaväl som vilka teorier, som är lämpliga att använda. De eventuella problem som kan uppstå med att kategorisera till vilken disciplin forskningen skall hänföras, är möjligtvis praktiska, men får inte begränsa och styra forskningens och kunskapens föremål eller resultat.

Problemställningen i denna avhandling är inte att fastställa gällande rätt. Undersökningens föremål är föreställningen om rätten, fokuserad mot rättsvetenskapens teoretiska kärna. Med teoretisk kärna kan avses vetenskapens interna styrmekanismer, de inomvetenskapliga kriterierna och dess grundläggande värderingar som finns i alla led av forskningsprocessen från problemval till resultatanalys.[16] I en vidare mening kan även avses vissa grundläggande etiska uppfattningar som är intersubjektiva inom en kulturkrets och inom professionen. Det är i denna mening som teoretisk kärna skall

tillvaron tolkas utifrån det normativa uttalandet. Normativ brukar relateras till deskriptiv som beskrivande av något. Emellertid får varje deskriptiv skildring normerande effekt genom att den också tenderar att bli normativ, dvs. talar om hur något bör vara och hur det bör uppfattas.

[13] Med axiom avses en grundsats som inte själv är föremål för bevis men som tjänar som utgångspunkt för bevis av andra satser.

[14] Töllborg, Dennis, Turen favoriserar det öppna sinnet. *Retfaerd* nr 43, 1988, sid. 89. Jfr Christensen, Anna, Kvinnorätten och lagpositivismen, *Retfaerd* nr 33, 1986, sid. 96. Christensen ställer frågan om inte lagpositivismen, i en snäv betydelse, hamnat i en återvändsgränd och hon ser kvinnorätten som en möjlig väg ut ur den.

[15] Jfr Doublet, 1995, sid. 61, 201 och 203.

[16] Ds 1996:26, sid. 11. Lakatos, 1970, talar om teorikärna.

förstås i detta arbete.[17] Genom föreställningen om rätten som ett objekt, som ett rationellt och förnuftigt system[18] som dessutom är ändamålsenligt och gott,[19] utdefinieras och avskiljs en del av tillvaron. Genom avskiljandet osynliggörs kriterierna för detsamma.

Jämställdhet mellan kvinnor och män avser det värde som uttycks *dels* i konstitutionen (Regeringsformen 1:2), *dels* finns implicit i demokratitanken. Genusrelationen, som analytiskt begrepp för en symbolisk och konkret ordning, används som position och kritiskt förhållningssätt, vilket innebär att de kriterier som rättsvetenskapen uppställer för vad som är rättsvetenskap, vad rätten är, centrala begrepp, problemformuleringar, hypoteser, teorier och metoder kan ifrågasättas. Föreställningen om rätten är uppbyggd bl.a. kring distinktionerna subjekt/objekt, fakta/värde och teori/praktik där avskiljandet av de senare delarna i begreppsparen upprätthålls i särskilt stor utsträckning i förhållande till genusrelationen. De hinder som föreligger för att uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män osynliggörs genom att de avskiljts redan i kriterierna för vad som är relevant. En förändring och upplösning av föreställningen om dessa distinktioner är nödvändig för att uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män för att få en mer allmänmänsklig förståelse av tillvaron i olika aspekter.

I föreställningen om rätten ingår antagandet att rätten strävar efter att vara neutral och opartisk i förhållande till människorna och att lagen gäller lika för alla. Legitimiteten upprätthålls till stor del genom denna föreställning. Detta innebär att det är föreställningen om rätten som också uppställer de kriterier som bör gälla för rätten. "Juridikens grundantaganden bestämmer vad som är juridiskt relevant."[20] Kriterierna är inomsystematiska[21] och upprätthålls inomvetenskapligt genom den mer teoretiska delen av rättsvetenskapen, genom den starka praktiska ansatsen samt genom frånvaron av

[17] Andra begrepp som uttrycker samma sak är det självklara, paradigm och doxa, se nedan under 2.5.

[18] Petersen, Hanne, *Følsom og fornuftig ret,* Foredrag ved Ph.D.kurs i "Feminist Legal Theory in Europe.", Lunds universitet, 29 april 1996, stencil.

[19] Graver, Hans Petter, *Den juristskapte virkelighet.* Tano A/S, Otta, 1986, sid. 44.

[20] Peczenik, 1995, sid. 325.

[21] Kriterierna för vad som är inomrättsligt är i sig inomsystematiskt upprättade, dvs. rätten definierar sig själv som system genom att uppställa kriterier för vad som kännetecknar rätten som system och vad som ingår i systemet.

tematiska diskussioner.[22] Att varje vetenskaplig disciplin baseras på vissa grundantaganden och agerar måttstock för sig själv hindrar inte att det är en central uppgift för samma vetenskap att kritiskt ifrågasätta dessa grunder. En sådan diskussion, som alltså är filosofisk och kritisk till sin natur, är alltid viktig då själva kunskapsprocessen likaväl som premisserna, de konkreta förhållandena och tillvaron är föränderliga. Om skillnaden mellan teori och praktik blir alltför väsentlig kommer teorin att ifrågasättas och när tillräckligt många anomalier talar emot en teori kan den förkastas och ersättas av ett nytt synsätt.[23]

Kriterierna för föreställningen om rätt och rättsvetenskap är inte tagna ur luften. De är påverkade av vår samtida kontexts uppfattning om vad som är centrala vetenskapliga kriterier. Här står rättsvetenskapen inte fri från influenser från den vetenskapliga kontexten i övrigt. Tvärtom finns det ett starkt samband mellan den dominerande vetenskapliga uppfattningen och rättsvetenskapen, likaväl som en mängd andra faktorer i samhället.[24]

De rättsliga kriterierna och därmed legitimiteten ifrågasätts idag, påkallat till stor del av en mängd empiri som tydligt visat att rätten inte är neutral och opartisk i förhållande till alla människor, i vart fall inte i förhållande till marginaliserade grupper vilka definieras som minoriteter och deras intressen som särintressen. T.o.m. kollektivet kvinnor betraktas märkligt nog ofta som en minoritet eller som en grupp med särintressen.[25] Kvinnor tillgodoses inte alls i samma utsträckning som män genom rätten och rätten lyckas inte

[22] En tematisk diskussion är sammansatt av en struktur eller ett tema bestående av spörsmål och ställningstaganden och en argumentation. Törnebohm, Håkan, *Vad betyder vetenskapsteori?* Institutionen för Vetenskapsteori, Rapport nr 145, Göteborgs Universitet 1985, sid. 41.

[23] Detta är den centrala idén i Kuhns paradigmbegrepp. Kuhn, 1997. Paradigm har blivit ett modeord och finns i många varianter och i många teorier. Se Peczenik, 1995, sid. 326.

[24] Sambanden ter sig ofta tydligare efter en viss tid. Exempelvis Kelsens rena rättslära vilken är starkt präglad av den logiska empirismen. Se t.ex. Tolonen, Juha, Rätten och kaos, *Retfaerd* nr 55, 1991, sid. 3. Även t.ex. Alf Ross var influerad av den logiska empirismen. Syftet med kapitel 3 är bland annat att visa det idémässiga sambandet som återspeglar sig på livets alla områden, genom att använda historien.

[25] Nordborg, 1995b, sid. V.

heller skapa jämställdhet mellan kvinnor och män.[26] Det måste ses som ett misslyckande då jämställdhet är en del av demokratin och dessutom ett uttryckligt mål i lagstiftningen och i olika internationella, regionala och nationella åtaganden. Utgångspunkten för föreliggande arbete är att det mål som uttrycks i RF (Regeringsformen) 1:2, rätten som garant för kvinnors och mäns lika rättigheter,[27] inte är uppfyllt. Detta empiriska faktum kan ses som en generell utgångspunkt för hela kvinnorätten. Kvinnorättens föremål har varit juridiken som ett medel, inledningsvis för att beskriva, förstå och förklara kvinnors förhållande med syfte att förbättra kvinnors ställning i rätten och i samhället.[28] För kvinnoarbetsrätten har det varit en rättspolitisk huvuduppgift att påvisa hur rättsreglerna hindrar eller främjar kvinnors integration i arbetsstyrkan, och denna integration anses vara den överordade målsättningen.[29] Men med tiden har det skett en viss förskjutning av kvinnorättens huvudmål. "Der er i højere grad fokus på vanskeligheder og problemer men også muligheder for at forene forskellige erfaringer, livssituationer og krav i og udenfor lønarbejdet først og fremmest for kvinder, men også for mend."[30] Kravet på juridiken – och politiken – blir därmed att klara av att balansera och beskydda både likheter och olikheter, liksom i det dagliga livets dilemma, i både praktisk, konkret och mer överordnad, teoretisk mening.[31]

[26] Jämställdhetsbegreppet är inte entydigt. Det jämställdhetsbegrepp som används offentligt, politiskt och rättsligt i Sverige avser relationen mellan män och kvinnor. Det kan ses som ett underordnat begrepp i förhållande till jämlikhet vilket således är vidare. Rättsligt uttrycks målet om jämställdhet i Regeringsformen 1:2, "Det allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter..." Detta stadgande är ett mål och en grund för statsskicket. Jämställdhet har kommit att kopplas ihop med främst arbetslivets område och det är där mer konkret reglering förekommer, i Jämställdhetslagen. Tillförsäkrandet av lika rättigheter på andra områden har stannat vid att lagstiftningen i sig formulerats könsneutralt. Målet om jämställdhet verkar anses uppnås genom formellt könsneutral lagstiftning. För jämställdhetsbegreppet, se t.ex. Fredriksson, Ingrid, *Jämställdhet Om könsideologier*, Tiden, Stockholm, 1987.

[27] Detta mål i RF stöder sig på olika internationella överenskommelser som Sverige ratificerat. Det konkretiseras i RF 2:16, som ett förbud mot särbehandling p.g.a. kön.

[28] Dahl, 1985Ia, sid. 21. Petersen, 1995.

[29] Petersen, 1995. Nielsen, Ruth, *Kvindearbejdsret,* Juristførbunds forlag København 1979, sid. 17 och 369.

[30] Petersen, 1995, sid. 10.

[31] Petersen, 1995, sid. 11.

De empiriska resultaten talar sitt eget tydliga språk och är så omfattande såväl kvalitativt som kvantitativt att tesen får anses bevisad.[32] Den kunskap som ligger till grund för utgångspunkten att rätten inte är objektiv i förhållande till kvinnor och män tas därmed för given. Frågan som är av intresse i detta arbete är hur detta osynliggörs genom föreställningen om likhetsideologin, i form av formell könsneutralitet, som i själva verket förutsätter en avskiljandets logik. Genusrelationen har rationaliserats bort från rättsförståelsen, men den är högst påtaglig både som levd praktik och konkret ordning och som symbolisk ordning.

Detta medför att det är hög tid att ifrågasätta den rättsliga legitimiteten med en tematisk diskussion. En sådan kunskapsteoretisk kritik av den moderna rätten kommer idag till stor del ur ett genus- och feministiskt perspektiv, men givetvis även från andra håll.[33] Det centrala i kritiken är ett ifrågasättande av om de av rätten uppställda kriterierna över huvud taget är ändamålsenliga för att uppnå jämställdhet. Svaret – eller svaren – finns måhända i den teoretiska kärnan. En sådan tematisk diskussion kan inte föras utifrån någon given teori eller metod. Den bör inte heller, enligt min mening, föras med alltför precisa begrepp eller strukturer. Den tematiska diskussionen i detta arbete förs utifrån strukturen eller temat *vad det beror på* att vi, trots uttryckliga mål och värderingar i rättssystemet om jämställdhet mellan män och kvinnor, inte lyckas uppnå målet. Frågeställningen leder till ett ifrågasättande av de av rättsvetenskapen och föreställningen om rätten uppställda kriterierna för rätten och vetenskapen om den. De ställningstaganden som arbetet lett fram till redovisas som teoretiska och metodologiska utgångspunkter och argumentationen som förs kretsar kring en upplösning

[32] Den officiella hållningen i Sverige är numera uttryckligen att "(e)n stor del av samhällets strukturer är uppbyggda efter en manlig norm." *Jämställdhetspolitiken,* Regeringens skrivelse 1996/97:41, sid. 4. Se även Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag m.m., sid. 7. "Trots att de formella hindren för jämställdhet i stort är undanröjda präglas vårt samhälle fortfarande i stor utsträckning av brist på jämställdhet i praktiken." Prop. 1993/94:147 om jämställdhetspolitiken, *Delad makt delat ansvar,* sid. 17. Denna hållning bygger på en omfattande kunskap i form av forskningsresultat, statistik och en offentlig diskurs som numera är så omfattande att det är svårt att hänvisa till några särskilda källor.

[33] Petersen, Hanne, Informal Norms and Gendered Labour Law. Ur *The Sex of Labour Law in Europe*, Kravaritou, Y (ed.), Luwer Law International. Netherlands 1996, sid. 194.

av föreställningen om distinktioner som osynliggör kriterierna för avskiljandet från det rättsligt relevanta.

2.2 Språket och symboler

Språket är ett av flera redskap för att uttrycka förståelsen av tillvaron. Det är nödvändigt med redskap som verbalt och icke-verbalt språk, symboler och sammanhang, men de är samtidigt begränsande. Språket, som ses som det viktigaste redskapet i vetenskapliga sammanhang, är inexakt, kontextuellt, symboliskt, associationsrikt och värdeimpregnerat. Denna begränsning kan användas metodologiskt, genom att utgå från otydligheten kan en mer öppen hållning intas, språket kan rymma fler aspekter. Språket kan dessutom användas som symbol för en förståelse. Genom att använda relationella begrepp, som genusrelationen, och genom att definiera olika företeelser med flera olika termer och hänvisa till olika teorier, betonas otydligheten och föränderligheten.

2.2.1 Inledning

I det vetenskapsteoretiska fundamentet är språket och förhållandet till det av särskilt stor betydelse och det av flera anledningar. Vår förståelse av tillvaron, dvs. tankeramen, uttrycks eller formuleras i *språklig form*, i det tänkta, talade och skriftliga språket men också i en mängd *andra uttrycksmedel* såsom kroppsspråk och olika semiotiska medel såsom tecken, symboler och metaforer. Samtliga uttrycksmedel kan ses som *redskap och förutsättningar* för att förstå världen och för att möjliggöra kommunikation mellan människor på ett mer eller mindre nyanserat sätt. Olika uttrycksmedels betydelse betonas olika starkt i olika sammanhang och tider. I den vetenskapliga kontexten är det språket, och då främst det skriftliga, som primärt anses vara av betydelse.

Språkets betydelse och språket i sig självt har varit föremål för undersökningar inte bara inom språkvetenskaperna utan i många vetenskapliga discipliner. Språket är centralt i både den vetenskapliga och den vardagliga tillvaron. På vilket sätt råder det emellertid delade meningar om.

Studiet av språket brukar huvudsakligen delas upp i formell semantik, vilken har till föremål språket som formellt abstrakt system och meningsteori, vilken undersöker vilken mening eller meningsfullhet språkliga uttryck har. Det senare ser språklig mening som relationer eller som en social aktivitet.[34] En del filosofer menar att språket är av ontologisk karaktär, vilket innebär att tillvaron är språklig i sig. "Språket är varats hus. I denna boning bor människan", som Heidegger uttrycker det.[35] Wittgenstein skriver i Tractatus Logico-Philosophicus att "Mitt språks gränser betyder min världs gränser."[36] Det är många som betonar språket som centralt i den kommunikativa processen, i diskursen, i det allmänna kunskapssökandet och i kunskapsutbytet. Utan att hänvisa eller stödja mig på någon speciell teori om språket, har jag influerats av föreställningen om språket som centralt och som normerande för vårt sätt att förstå tillvaron. Jag vill emellertid inte gå så långt som att ontologin är språklig. Språket verkar dock i relation med människor och förändras i både tid och rum och dessutom i förhållande till olika intersubjektiviteter i samhället. Språkets osäkerhet bör därför, enligt min mening, användas som en utgångspunkt och som en metod för att analysera det som föreställs genom språket.

Språket är inte exakt. "En språklig sats som vid ett tillfälle har en relativt väl avgränsad betydelse kan *i ett annat sammanhang uttrycka ett helt annat påstående.* Innebörden i en sats beror på sammanhanget."[37] Det vetenskapliga språket förväntas trots detta vara så exakt som möjligt. På det vetenskapliga språket ställer vi högre krav på exakthet än på det vardagliga språket. Det finns samtidigt emellertid en risk i denna strävan för att språket, liksom alla metoder och begrepp, leder till en så förenklad bild av en komplex tillvaro, att den blir missvisande och onyanserad.

De olika uttrycksformerna, språk, symboler m.m., innehåller såle-

[34] Molander, Bengt, *Vetenskapsfilosofi. En bok om vetenskapen och den vetenskapande människan*, 2. uppl. Bokförlaget Thales, Stockholm 1988, sid. 103.
[35] Heidegger, Martin, Brev om humanismen, Thales, Stockholm 1996, sid. 5. Jfr Johannesevangeliets början, "I begynnelsen var Ordet, och Ordet fanns hos Gud, och Ordet var Gud. Det fanns i begynnelsen hos Gud. Allt blev till genom det, och utan det blev ingenting till av allt som finns till." (1981 års översättning)
[36] Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus,* Orion/Bonniers, Stockholm 1962, p. 5.6, sid. 101.
[37] Næss, Arne, *Empirisk semantik*, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Arlöv 1992, sid. 1.

des också en *begränsande* dimension. De uttrycker inte bara förståelsen utan de styr också vårt sätt att uppfatta tillvaron. Språket och symbolerna blir det raster eller det filter genom vilket vi uppfattar och förstår tillvaron. Det får därmed en normativ verkan, det styr vårt sätt att vidare förstå tillvaron. Vårt tänkande och vår inlärning struktureras med hjälp av de olika uttrycksformerna, först genom kroppsspråk, symboler och sedan alltmer med det verbala och skriftliga språkets hjälp. I den kunskapsbildande processen är språkets möjligheter och begränsningar en viktig beståndsdel.[38]

Språket rymmer dessutom en symbolisk dimension som går vida utöver betydelsen av de ord som uttalas.[39] Förutom det betecknade i sig innefattas också föreställningen om det betecknade. I denna föreställning placeras det betecknade in i en kontext och i en erfarenhetsgrund, som till stor del är intuitiv.[40]

För en jurist är språket oerhört centralt. Objektet för forskningen, rätten, är språklig. Med språkets hjälp uttrycks de normer som gäller och med språkets hjälp uttrycks mänskligt beteende och händelser. Många rättsliga språkliga uttryck är dessutom av en sådan karaktär att de konstituerar ett nytt rättsförhållande bara genom att de uttalas, t.ex. en tjänstemans ord vid en vigsel.[41]

Det finns inga givna metoder för att komma till rätta med språkets inexakthet. I stället för att förorda strävan efter ett alltmer

[38] Selander, Staffan (red.), *Kunskapens villkor, En antologi om vetenskapsteori och samhällsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 1986, sid. 16 samt kap. 8 och 9.

[39] Språkets betydelse för förståelsen av en handling betonas särskilt av *SOU 1995:60 Kvinnofrid*, huvudbetänkande av kvinnovåldskommissionen. Flera av de brottsbalksbrott som särskilt riktas mot kvinnor föreslås ändras till en terminologi som bättre stämmer överens med kvinnors uppfattning av brottet. Språkets impregnering av en manlig erfarenhet har betonats av många feministiska teoretiker i olika sammanhang. Se t.ex. Hintikka, Jaakko & Hintikka, Merrill, How Can Language Be Sexist? Ur *Discovering Reality: Feminist Perspectives on Epistemology, Metaphysics, Methodology and Philosophy of Science,* Harding, S & Hintikka, M (eds.), Dordrecht: Reidel, 1983.

[40] Waardenburg, Jacques, Symbolic Aspects of Myth. Ur *Myth, Symbol, and Reality*, Olson, Alan M (ed.), University of Notre Dame Press, Notre Dame 1980, sid. 42.

[41] Denna typ av uttryck var föremålet för J. L. Austins teori om språket såsom handling, uttryck såsom akter. Austin, John Langshaw, *How to Do Things with Words: the William James lectures delivered at Harvard university in 1955.* Urmson, J.O. and Sbisa, Marina (eds.), 2 ed. Oxford University Press, London 1976. Den rättsliga auktoritetens 'mystiska grund' är enligt Jacques Derrida just en sådan performativ makt. Derrida, Jacques, Force of Law: the Mystical Foundation of Authority. *Cardozo Law Review* 11 1990, 919–1045.

exakt språk är det axiologiska ställningstagandet i detta arbete att utgå från och lyfta fram osäkerheten i språket. Medvetenheten om osäkerheten är mer väsentlig än strävan bort ifrån den. Som en konsekvens av detta försöker jag beskriva en företeelse genom att referera till olika begrepp och inte binda upp mig till ett speciellt. Jag avser heller inte att hänvisa till den kontext ur vilket begreppet är hämtat. Förståelsen av företeelsen är central. Detta är inte det mest pedagogiska sättet att skriva, men förhoppningen är att det har fördelar på sikt. Varje diskussion får därmed börja med en kommunikation kring förutsättningarna och antagandena. Syftet med detta avsnitt är att analysera och reflektera över de redskap med vars hjälp vi uttrycker förståelsen, det icke-verbala och det verbala *språket*, dess *symboliska innebörd* samt innebörden av *symboler*.

2.2.2 Språket som redskap

Det är svårt att föreställa sig ett tänkande utan någon form av språk. Tänkandet och förståelsen, i alla fall i en mer systematisk och medveten form, byggs troligen upp utifrån språket. Språket är nämligen det *redskap* med vars hjälp vi uttrycker förståelsen av tillvaron. Genom språket sker ett kontinuerligt samspel mellan tankeramens "offentliga mening" eller "generaliserade andre" och individen och dess erfarenhet. Språket är således en nödvändighet för att kunna uttrycka förståelsen, för att kunna nyansera den och för att kunna kommunicera med andra människor.

Under 1900-talet har olika språkteorier varit utgångspunkt för frågor om i vilken mån människan är en produkt av samhället och om hon kan påverka det som är socialt 'givet'. Språket har betraktats både som en bestående kulturkod som underordnar människan till vad språket som system innehåller och som ett medel för människans intentionala aktivitet. Däremellan finns också teorier, enligt vilka språket som en kulturell kod struktureras som en följd av det mänskliga agerandet och interaktionen: styrt men inte helt dominerat av sociala regler eller närvaron av 'det andra'.[42] Det verbala språket har betonats på bekostnad av det icke-verbala. Det icke-verbala språket, som t.ex. känslor, kroppsuttryck har hänförts

[42] Nousiainen, 1995, sid. 317.

till det ickerationella, till det privata och därmed inte kunnat tillföra den vetenskapliga kunskapen något.[43]

Språket ses i detta arbete som ett redskap för att uttrycka förståelsen. Språket är inte det enda sättet att uttrycka förståelsen, även om det är centralt, inte minst i vår föreställning om språkets betydelse. Förståelsen struktureras med hjälp av språket. I detta arbete används begrepp vilka kan bli dikotomiserande och/eller ensidiga, men genom att ha ambitionen att vara medveten om dilemmat kan det användas som en potential för förändrad förståelse. Språkets funktion blir viktig, i egenskap av redskap och hinder samtidigt. Strävan är att använda begrepp som löser upp föreställningen om distinktioner som ömsesidigt uteslutande av varandra. Begreppen bör, i enlighet med denna strävan, ges ett språkligt uttryck som inte är alltför precist eller som lätt associerar till något speciellt. Vidare bör begreppen uttrycka ett förhållande, en *relation,* vilken kan *förändras* och se olika ut vid varje given tidpunkt och situation. Relationsbegrepp har den fördelen att de beaktar och synliggör föränderlighet och differens. De ingående polerna är inget bestämt i sig själva utan de bestäms i förhållande till varandra.

Det begrepp som används i detta arbete, genusrelation, rymmer detta och dessutom relationen på olika nivåer. Genusrelationen som ett sätt att ordna relationen mellan kvinna och man verkar på en metafysisk, en samhällelig/institutionell och en individuell nivå. Den skall ses, *dels* som en symbolisk ordning, *dels* som en konkret ordning, historiskt överförd genom förståelse och som levd praktik.

Om rättsförståelsen analyseras utifrån genusrelationen, framträder rättsförståelsen som omotiverat onyanserad och ensidig i förhållande till denna relation, särskilt i jämförelse med andra relatio-

[43] Detta märks tydligt i barnuppfostran i efterkrigstiden och en bit in på 1950-talet. Barn skulle skötas rationellt och kroppskontakten var av mindre betydelse. Barnen skulle ges mat var fjärde timme, bytas på och läggas. Rita Liljeström beskrev på en föreläsning en gång sin egen erfarenhet av att ha varit lindad som barn. På senare år har kroppskontakten återigen blivit viktig, under 1970–1980-talen bärs barnen i en sele på magen. Detta kan jämföras med många afrikanska barn som deltar i en vuxen persons liv hängande på ryggen. En skillnad mellan barnen i Sverige och i Afrika är att de afrikanska barnen inte är inlindade i plastblöjor som de svenska barnen. I ett ömsesidigt erfarenhetsutbyte lär sig både barnet och den vuxne barnets kroppsliga signaler, primärt när det gäller att uträtta sina behov.

ner som hanteras i rätten. Rätten hanterar många avvägningar mellan kolliderande värden, intressen och normer, men inte i särskilt stor utsträckning beträffande sådant som har relevans för genusrelationen. Av den anledningen är den fokusering som sker i detta arbete, på den rättsliga föreställningen som ett objekt uppbyggt enligt en formell struktur, enligt min mening funktionell. Avskiljandet[44] genomsyrar hela rättsförståelsen och hur begrepp definieras, hur rättslig reglering sker och vad som regleras rättsligt samt hur den rättsliga argumentationen är uppbyggd. I interaktionen mellan de utomrättsliga och inomrättsliga kriterierna och argumentationen, mellan rättens deskriptiva och normativa karaktär liksom mellan (föreställningen om) den universella erfarenheten och den partikulära råder ett spänningsförhållande som kan utnyttjas för att främja rättens kommunikativa potential.

2.2.3 Det icke-verbala språket

Med språk avses inte bara det verbala språket, vilket visserligen är det centrala i den vetenskapliga kontexten, utan också andra icke-verbala språk såsom kroppsspråk, olika tecken, symboler. I vår tid förutsätts den språkliga förståelsen spela en stor roll och mycket större än den kroppsliga, i alla fall i vetenskapliga sammanhang. Det finns emellertid vissa tendenser till att den kroppsliga förståelsen håller på att uppmärksammas mer.[45]

Mycket av det som rätten möter i tillämpningen handlar om icke-verbala uttryck. Många av de händelser som i rättsprocessen skall omvandlas till ord, muntligt eller skriftligt, är främst kroppsliga och känslomässiga. I vardagserfarenheten är det ofta uppenbart hur kommunikationen mellan två människor är dubbeltydig. Orden talar om en sak, medan kroppsspråk, känslor och intuition säger något helt annat.[46] För att rättsligt kunna hantera det som hänt sätts

[44] Avskiljandets logik, se avsnitt 2.3.

[45] Se t.ex. Petersen, 1995, sid. 146ff.

[46] Förhållandet mellan en språklig och en kroppslig förståelse kan bli problematisk i det rättsliga normsystemet. Ett exempel är det tämligen moderna rättsliga begreppet sexuella trakasserier som lett till en del tillämpningsproblem. Sexuella trakasserier har en tydlig kroppslig koppling till sexualiteten, det kan ha både en språklig och en kroppslig uttrycksform. Upplevelsen av fenomenet är framförallt kroppslig och integritetskränkande. Är det upplevelsen hos den som blivit utsatt för

ord på skeendet och objektiveras därmed, trots att det ofta finns två parter som uppfattar det som hänt på olika sätt. I och med att händelserna (sakförhållandena) omvandlas till ord, rättsfakta (en rättsregel skall tillämpas om vissa sakförhållanden föreligger) har de blivit objektivt konstaterbara fakta. Bakom dessa fakta kan det tänkas att det finns två eller flera bilder av vad som skett och som alla är lika "sanna" för dem som har upplevt dem. Språket medverkar härmed till att förenkla förståelsen av tillvaron, dels genom att de olika versionerna av en händelse formuleras i en, dels genom att språket i sig förväntas kunna ge en bild som är exakt och entydig. Hur händelserna tolkas och omvandlas i språklig form beror på en mängd mer eller mindre intersubjektiva, inte objektiva, grundläggande antaganden, erfarenheter och förståelser.

Problemet torde vara störst på områden som är känsliga, subtila och tyngda av föreställningar som inte är medvetna eller uttalade. Hur en motpart upplever något förblir dolt om föreställningarna aldrig prövas. Förhållandet mellan könen är fullt med sådana föreställningar som vidmakthålles genom media och "den generaliserade andre".[47]

2.2.4 Språkets symboliska innebörd

Språket har också en symbolisk dimension som ligger nära förståelsen av symboler. Denna dimension appellerar till en förståelse i en djupare mening och i ett vidare perspektiv. Det är inte själva det språkliga uttrycket som är det centrala, utan det är den förståelse som erhålles. Detta blir än mer tydligt när språket övergår till ett bildspråk eller då något används i överförd betydelse, dvs. som

trakasserierna som skall avgöra allvarlighetsgraden eller är det de konkreta former den tagit sig som skall avgöra? Vilka konkreta handlingar har vidtagits eller vilka ord har uttalats? Hur kommer det sig att samma ord eller samma handling av en och samma person i en situation upplevs som väldigt kränkande och i en annan t.o.m. som rolig? Se Brantsaeter, Marianne C og Widerberg, Karin, (red.) *Sex i arbeid(et) i Norge*, Tiden Norsk Forlag, Oslo 1992 samt Widerberg, 1995.

[47] Se t.ex. Liljeström, Rita, *Det erotiska kriget*, Liber Förlag, Stockholm 1981. Faludi, Susan, *Backlash kriget mot kvinnorna*, Norstedt, Stockholm 1993. Petrell, Katarina, *Kvinnan som medel för marknadsföringsåtgärder – en kvinnorättslig studie av reklamens kvinnobild och jämställdheten mellan könen,* Helsingfors universitet, Helsingfors 1996.

metafor.[48] Ju mer avskalat språket blir (exakt, objektivt), ju mer onyanserat (ordet snö på svenska jämfört med alla former av ordet snö på grönländska), eller t.o.m. uttryckligen avhugget (i reklam är det vanligt att hugga av halva bokstäver, delar av ord), omedvetet (det förs ingen argumentation och analys av språkliga uttryck) desto mer överlämnas förståelsen till associationer och symboliska dimensioner. Språket används därmed på ett sätt som leder i en normativ och onyanserad riktning. Ordens innehåll blir därmed mer bestämmande än språkets ändamål. Illusionen om att språket är tydligt leder då till att flera aspekter faller bort.

Om likheten mellan språk och symboler betonas och båda ses som olika uttrycksmedel för förståelsen av tillvaron, ligger det nära till hands att använda den kunskap som finns om hur innebörden i symboler kan studeras. Symboler kan uttryckas i bild eller ord och innefattar, förutom det betecknade i sig, också föreställningen om det betecknade. En symbol som är uttryckt i ord kan liknas vid en metafor. Båda har en dubbel innebörd, men det som skiljer dem från varandra är att metaforen sammanför två dimensioner av samma språkliga natur, medan symbolen sammanför en språklig dimension med en annan dimension som är av icke-språklig natur, den intuitiva. I symbolerna är gränserna suddiga av det enkla skälet att där möts olika verkligheter eller realiteter.[49]

En symbol är en sinnebild, en idé eller ett sinnesintryck. Det är inte sanningshalten i myterna och symbolerna i sig själva som är det väsentliga. Vi behöver inte tro på symbolerna och myterna, inte heller behöver vi betrakta dem som illusioner. I stället bör de ses som uttryck för människans förståelse av världen. Symbolerna, särskilt de omedvetna arketyperna (urföreställningarna) har makt över individen och formar individens känslor, etisk och mental orientering, relationer med andra individer samt kunskapssyn.

"Symbolerna är ofta förknippade med det dramatiska växelspelet mellan de motstridiga krafterna i den dualistiska sinnevärlden, med dessa krafters på en gång antagonistiska och komplementära egenskaper och med deras slutliga förening som symboliseras av an-

[48] T.ex. relationen mellan man och kvinna som metafor för människans kontroll och exploatering av naturen.
[49] Waardenburg, 1980, sid. 42.

drogynen och det sakrala bröllopet. Det är denna livets enhet som är kärnan i all traditionell symbolik."[50] Det västerländska tänkandet karaktäriseras därtill av ett tänkande i dikotomier eller motsatspar. Inlärning generellt sker ofta på det sättet att ett ords betydelse förstås i förhållande till dess motsats.

Den symboliska innebörden i språket kan vara eftersträvad som en positiv effekt. Ett varumärke som sammankopplas med vackra människor, natur, äventyr skall väcka associationer som leder till att varan efterfrågas. Justitia skall som symbol för rätten verka normerande för att rätten uppfattas som objektiv, neutral och rättvis i förhållande till alla. Många juridiska begrepp som rättssäkerhet, äganderätt och yttrandefrihet är impregnerade av symboliska innebörder som har en värdeladdning. Begreppen är inte exakta, de är föränderliga och de motsvaras inte av något verkligt och konkret utan de är föreställningar.

Förutom språkets symboliska dimension har symboler i sig en stor betydelse och förstås ännu mer intuitivt än vad språket gör. Rätten omgärdas av en mängd symboler och metaforer för att skapa en bild av rätten som objektiv, opartisk och rättvis. Symboler som Justitia, våg, ögonbindel och avhuggna händer har under olika tider varit betydelsefulla för rättens legitimitet.[51] Det är lätt att inse betydelsen av bilder och symboler i tider då de flesta människor inte hade kunskap att ta till sig annat än bilder. Så var det både med lagen och med religionen. Kyrkorna är fulla med berättelser i bildform som tidigare var de vanliga människornas sätt att ta till sig innehållet i religionen. Bildformen är naturligtvis oerhört central även i dag, givetvis för barn som ännu inte kan läsa, men också för vuxna. Reklamen är uppbyggd på bildförståelse, olika varor skall sammankopplas med olika positiva faktorer såsom skönhet, ungdom, sol och bad. Reklamen är dessutom som mest effektiv när den appellerar till känslorna i första hand och inte till det rationella förnuftet. Samtidens rättsliga symboler och metaforer betonar vetenskapligheten och objektiviteten genom att framställa rätten som system av olika element uppbyggda efter logiska och hierarkiska

[50] Cooper, J.C, *Symboler En uppslagsbok*, Forum, Helsingborg 1989. Inledning.
[51] Curtis, Dennis E. & Resnik, Judith, Images of Justice. *The Yale Law Journal*, Vol. 96: 1727, 1987.

principer. Ofta tas naturvetenskapliga metaforer och systemteorier som utgångspunkt.[52]

2.2.5 Språket som begränsning

Språket blir därmed, samtidigt som det är ett nödvändigt redskap, också en *begränsning*. Språket beskriver tillvaron utifrån den intersubjektiva erfarenheten. Det innebär att språket uttrycker förståelsen av tillvaron på ett visst sätt. Beroende på vilken utgångspunkt som tas vid ett studium av det system vari solen och jorden ingår, definieras systemet utifrån solen i centrum eller jorden i centrum. Om jorden är platt eller rund har betydelse för hur andra delar av världen nås. Beroende på hur kvinnans och mannens roll i konceptionen förstås, kan en föreställning om mannens och kvinnans väsen, men också plats i en hierarkisk samhällsordning, formuleras.[53] Beroende på ur vems perspektiv brottet sexuella handlingar mellan vuxna och barn ses, kan det benämnas sexuellt umgänge eller sexuellt utnyttjande, liksom begreppet kvinnlig omskärelse leder till helt andra associationer än begreppet könsstympning av kvinnor.[54]

I den vetenskapliga kontexten får språkets begränsande funktion en avgörande betydelse för hur vi förstår tillvaron. Vetenskapens anspråk på att tillhandahålla om inte sanningen så åtminstone den vetenskapligt korrekta beskrivningen av verkligheten utestänger en stor del av komplexiteten.[55] Paradoxalt nog föreställs det moderna

[52] Se t.ex. Rottleuthner, Hubert, Biological Metaphors in Legal Thought. Ur *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Teubner, Gunther & de Gruyter, Walter (eds.), New York 1988.

[53] Med utgångspunkt i en konceptionsteori, argumenterade Aristoteles för hur samhällets organisering skulle se ut och synen på relationen kvinna-man. Se Eduards, Maud och Gunneng, Hedda, Medborgaren och hans hustru, Om Aristoteles och hans syn på kvinnan. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.

[54] SOU 1995:60, sid. 295f.

[55] Exempelvis arbetar sociologer mycket med modeller av verkligheten som självklara axiom. Exempel på det är uppdelningen i en privat och en publik sfär av livet. Se t.ex. Emile Durkheim, Ferdinand Tönnies, Max Weber och för en kritik av dessa se Dorothy Smith. Uppdelningen kan också framställas i ett utvecklingsperspektiv, som en process från det privata samhället, gemeinschaft, till det publika, gesellschaft, enligt Tönnies. Till uppdelningen läggs då också en evolutionär dimension, det är mer modernt, mer utvecklat och bättre i en viss mening med det publika samhället.

samhället vara mer differentierat än det förmoderna.[56] Denna föreställning stämmer inte med följande drag i det moderna samhället.[57] Det moderna samhället baserar sig på en likhet mellan människor, förnuftet anses ha en universell eller allmängiltig natur (det universella subjektet), varje individ har en likadan rationalitet, livet är mer enformigt och samhälleliga aktiviteter anordnas enligt mycket allmänna regler eller standarder. "Det moderna samhället har en förmåga att skapa normalitet och standarder, som följs trots den ökade arbetsdelningen."[58] Normalitet har t.o.m. börjat åsidosätta normativitet.[59]

I denna normalitet är språket centralt. Språket styr uppfattningen om vad som existerar och hur det existerar. Genom att sätta ord på något blir det en del av den offentliga erfarenheten. Tidigare förbisedda erfarenheter genomgår en statusförändring, de legitimeras och konstitueras som erfarenhet genom själva den handling som innebär att den får ett offentligt uttryck.[60] Sett ur denna aspekt är det naturligt att språket är centralt inom feministisk forskning. Språket uttrycker vilken erfarenhet som ligger till grund för kunskapssynen och rätten. Genom att använda språket som ett medvetet redskap kan erfarenhetsbegreppet förändras till att bli mer

[56] Denna differentiering innebär inom filosofin bl.a. att de mänskliga förmågorna utskiljs från varandra. Den teoretiska förmågan, den kognitiva, blir frånskild från den moraliska och estetiska förmågan. De tre olika förmågorna följer sina egna rationaliteter, den kognitiva rationaliteten, det moraliska förnuftet och den estetiska rationaliteten. Denna uppdelning härleds vanligen från Immanuel Kants kritiska filosofi, men den hänger samman med den allmänna strukturering i kategorier. Differentieringen har givetvis betydelse för kunskapssynen men också för rätten. Nousiainen, 1995.

[57] Med det moderna samhället avses i detta sammanhang det västerländska samhället, som det uppstod under 1800-talet. Med denna definition hänvisar jag till den definition som används i Nousiainen, 1995, sid. 307. Det moderna samhället karaktäriseras av vissa drag såsom marknadsekonomi, klasser eller skikt (inte stånd), det politiska beslutsfattandets gränser definieras rättsligt, rätten är legitim och medborgarna anses vara jämställda.

[58] Nousiainen, 1995, sid. 309.

[59] Nousiainen, 1995, sid. 309, hänvisar till Michel Foucault och inom juridiken Francois Ewald. Se även Smart, Carol, *Feminism and the power of law*, Routledge London, Great Britain 1989. Normaliteten som förebild för rättssubjektet, se Naffine, 1990.

[60] Bourdieu, Pierre, *Outline of a theory of practice*, Cambridge University Press, Cambridge 1977, sid. 170–171. Denna metod att verbalisera erfarenheter som ett led i medvetandegörande och förändring är central även i Freuds teorier.

allmänmänskligt. Detta är ett medvetet ställningstagande i t.ex. Kvinnovåldskommissionens huvudbetänkande.[61]

Rätten är full av språkliga uttryck som baseras på en viss erfarenhet och förståelse av tillvaron. Detta uppmärksammas särskilt av den kvinnorättsliga och den feministiska forskningen. Den rättsteoretiska och axiologiska diskussionen sker med hjälp av objektiverade begrepp som ursprungspositionen,[62] människans egennytta, utilitarism m.m. Alla dessa begrepp bygger på och uttrycker en föreställning om människan som primärt individuell och egoistisk. Rätten som normsystem, liksom alla normsystem, förutsätts vara sprungen ur ett behov av att reglera relationer mellan egoistiska människor. Rätten i en viss kontext utgår från att varje individ är fri, oberoende, jämlik med andra och har lika möjligheter och förutsättningar att tillgodose sina intressen i en relation, driven primärt av sitt eget individuella intresse. Det är således det individuella draget som fått stå som modell för det rättsliga tänkandet. Människan är i rätten en individ som drivs av sina egna egoistiska rationella, vinstmaximerande syften. Denna individ är explicit könlös, men är i själva verket ensidig och hanterar främst människans tillvaro i den publika sfären till vilken det mannen och det manliga har och har haft störst koppling, först och främst normativt men också empiriskt.

Den individuella karaktären hos människan är ingen regel utan

[61] SOU 1995:60, sid. 19. Flera av de åtgärder som föreslås i utredningen är av språklig karaktär. Lagtexten bör ligga så nära verkligheten som möjligt, dvs. verkligheten för den som utsätts för handlingen. T.ex. föreslås uttrycket sexuellt umgänge bytas ut mot sexuellt utnyttjande och omskärelse av kvinnor till könsstympning. Dessutom uppmärksammas att brottsoffret i misshandelsbrott och olika brott mot frihet och frid anges som han/honom i lagtexten, trots att offret ofta är kvinna, SOU 1995:60, sid. 21. Det blir märkligt i de fall då det används beträffande brott som nästan enbart riktar sig mot kvinnor. Men även i övrigt har det betydelse, symboliskt och normativt, i alla fall för de som inte innefattas i han/honom. Ett exempel från ett annat sammanhang på hur viktigt det är med språket är de olika benämningar som används på ett foster. I abortmotståndskampanjer talas enbart om det ofödda barnet, vilket leder till helt andra värderingar och känslor än fostret eller embryot. Att döda ett barn är naturligtvis helt otänkbart, men att abortera ett foster väcker inte alls samma starka känslor.

[62] John Rawls rättviseteori bygger på att människan i första hand ser till sitt eget vinstintresse och först i en situation där man är okunnig om sin egen placering i samhället så kan man möjligtvis vara rättvis. Se Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London 1976.

bara en sida. Den framträder möjligtvis främst i den publika sfären. Den privata sfären förutsätts implicit vara befolkad av altruistiska människor som drivs av att visa omsorg, ta hand om, ge kärlek osv. utan egen vinning. Här blir det individuella draget något negativt. De individuella egoistiska människorna verkar inte vara desamma som de altruistiska. De båda sorterna förutsätter varandra, i stället för att de olika dragen skulle rymmas *inom varje mänsklig individ.*

Begrepp som utgår från att människan (varje människa, både kvinna och man) är både en social varelse och en individuell person är enligt min mening att föredra. Människan bör då antas alltid befinna sig i ett spänningsförhållande mellan det individuella och det sociala. Ett möjligt begrepp är den relationella människan.[63]

2.2.6 Språkets kontext- och situationsberoende

Språket omfattar mer än de ord som uttrycks. Det som sägs är inte alltid liktydigt med vad som menas. En artighetsfras som: Hej, hur mår du? bör helst inte uppfattas bokstavligt utan svaret som förväntas är: Tack, bara bra. För att förtydliga att avsikten med frågan verkligen är att fråga hur någon mår, så krävs en förstärkning som, hur mår du *egentligen*? Och svaret blir följdenligt, om det nu är ärligt, jo tack, det är *faktiskt* riktigt bra.

Språket kan dessutom betyda olika saker i olika sammanhang. För att uppfatta ett verbalt uttryck på ett sätt som stämmer med subjektets avsikt behöver flera faktorer tas med i bedömningen. Sexuella trakasserier är ett tydligt exempel på hur svårt det är att objektivera sådana händelser då de är synnerligen kontextberoende. Avtalstolkning inom civilrätten är också ett område som är svårt att objektivera och som varit och är föremål för omfattande vetenskaplig analys samtidigt som det är ett av domstolarnas mest centrala intellektuella uppgifter.

Språket är inte exakt utan uttrycker förståelsen i en kontext. "En språklig sats som vid ett tillfälle har en relativt väl avgränsad betydelse kan *i ett annat sammanhang uttrycka ett helt annat påstående.* Innebörden i en sats beror på sammanhanget. Till en formulerings

[63] Se avsnitt 2.6.4.

sammanhang hör dess språkliga sammanhang ('kontext') i talad eller skriven form och dess icke-språkliga sammanhang ('situation')."[64] Vi uppfattar alla språkliga uttryck i förhållande till en viss situation. Detta gäller även andra uttrycksformer, som vi inte räknar till de språkliga. (Ex. ∞ = oändlighet och ∞ = domus.)[65]

Avsikten med det som sägs kan vara en helt annan än det som sägs. Det är inte ens säkert att avsikten är medveten eller ens att det finns en avsikt som går att härleda till ett subjekt. Beträffande rättsnormer råder det delade meningar om det finns ett konkret subjekt med en avsikt bakom normerna eller inte. Rättspositivismen laborerar med lagstiftarens vilja och den historiska skolan med den allmänna folkviljan. Rättsrealisterna kritiserade rättspositivisterna för just viljemomentet. Ett sätt att komma ur viljeteorin är att använda sig av begreppet fristående imperativer, med vilket avses imperativer utan någon direkt avsändare.[66]

Om språket ses som det formella uttrycket kan t.ex. ändamålet med det som uttrycks ses som den materiella aspekten. Med en uppfattning endast om det formella uttrycket, blir förståelsen missvisande och otillräcklig. Om exempelvis en stol skall beskrivas med hjälp av dess rent formella kännetecken, utan att hänvisa till ändamålet, kan det se ut enligt följande. "En stol består av en mer eller mindre plan yta som är belägen fyra till nio decimeter över underlaget, och som vanligen bärs upp av fyra ben, och där det också finns en vertikal yta som höjer sig från en av kanterna på den plana horisontella ytan."[67] En sådan beskrivning ger inte så mycket väg-

[64] Næss, 1992, sid. 1f.

[65] Detta kan jämföras med den strukturalistiska hermeneutikens begrepp narrativitet som en ordningsprincip, all betydelse kan förstås bara i narrativ form. De narrativa strukturerna anses vara universella och befinner sig på en nivå mellan djupstrukturernas och de diskursiva strukturernas nivå. Det som skiljer hermeneutiken från rättsdogmatiken och domstolspraxis är att det centrala i det senare är att finna, om inte *den riktiga tolkningen*, i alla fall en tolkning som får normerande verkan och inte uttryckligen en av flera möjliga som i den förra. Dessutom ifrågasätter jag om de narrativa strukturerna kan vara universella. Men begreppet narrativitet är ändamålsenligt så tillvida att det som sägs, orden, förstås utifrån helheten, sammanhanget eller genom berättelsen. Se Greimas, A.J, *On meaning: selected writings in semiotic theory,* University of Minnesota Press, Minneapolis 1987. Jfr också Israel, Joachim, *Språkets dialektik och dialektikens språk*, Esselte Studium, Stockholm 1980.

[66] Olivecrona, Karl, *Rättsordningen,* 2 uppl. Liber Läromedel, Lund 1976.

[67] Simmonds, 1994, sid. 121f.

ledning om vad en stol är av flera skäl.[68] "När man väl förstår vad det innebär att sitta, och vet att en stol är till för att sitta på, har man fått en mycket bättre uppfattning av begreppet stol."[69] "...om mänskliga institutioner karakteriseras enbart med hjälp av formella kännetecken som är oberoende av institutionernas ändamål, måste resultatet bli missvisande och otillräckligt."[70] Denna insikt är utgångspunkten för Fullers teori om 'rättens inre moral', med vilken han avser det för rätten utmärkande ändamålet strävan efter att uppfylla en bestämd moralisk föresats, vilken formuleras i ett antal principer.[71]

Detta kan också jämföras med John Finnis teori om objektivt goda ting, vilken kan ses som en kritik av den humeska förnuftsuppfattningen. Enligt Hume är "önskningar" grundläggande och från förnuftsmässig synpunkt är den ena önskningen lika god som den andra. Med förnuftet som hjälp är det möjligt att ta reda på hur målet för önskningarna bäst uppnås, inte vilka önskningar som bör uppnås. Finnis menar däremot, enligt Simmonds, att önskningar också måste vara rationella i meningen förståeliga. De blir begripliga bara genom hänvisning till ett djupare och mera fundamentalt begrepp, nämligen idén om objektivt goda ting.[72]

2.2.7 Att använda sig av otydligheten

Språket är inte objektivt och kan därmed inte heller någonsin bli exakt. Det som uppnås i strävan efter ett exakt språk kan snarare vara att en stor del av den komplexa tillvaron utestängs. Och detta verkar i sin tur normerande på så sätt att vi uppfattar tillvaron som hur vi beskriver den.

En alternativ väg är att använda sig av otydligheten. Om utgångs-

[68] Jfr barnboken Nordqvist, Sven *Nasse hittar en stol*, Opal, Bromma 1988. Nasse prövar flera olika användningsmöjligheter utifrån de funktionsbeskrivningar han får av olika personer.
[69] Simmonds, 1994, sid. 122.
[70] Simmonds, 1994, sid. 121.
[71] Fuller, Lon F., *The morality of Law*, 2 ed., New Haven, Connecticut 1969, särsk. kapitel II.
[72] Simmonds, 1994, sid. 69f. Objektivt goda ting, är enligt Finnis, liv, kunskap, lek, estetisk upplevelse, vänskap, praktisk klokhet och religion. Jfr Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press 1980 samt Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford Clarendon Press 1983.

punkt tas i språkets osäkerhet måste varje språkligt uttryck alltid motiveras och analyseras. Detta är givetvis en omöjlighet. Men trots denna omöjlighet kan strävan och medvetenheten om osäkerheten vara en bra bit på vägen. Det kan medföra att varje text, skriftlig eller muntlig, varje uttryck i andra former, alltid bör läsas ur flera aspekter. Det är inte bara det som sägs genom orden som är det som förmedlas till läsaren utan det finns också en symbolisk innebörd, det finns axiologiska ställningstaganden m.m. I detta avseende kan juristens arbete liknas vid en litteraturvetares, oavsett om vi arbetar med skriftliga texter, muntliga texter eller andra uttryckssätt såsom kroppsliga, känslomässiga eller andra.

En strävan efter en nyanserad medvetenhet om det som begreppen står för är, enligt min mening, att föredra i stället för alltför precisa definitioner. Detta letande efter nyanser och olika dimensioner måste ses i samband med en betoning av den ständigt pågående förändringsprocessen.

2.3 Avskiljandets logik...

Kunskapssamhällets tankeram utmärks av ett tänkande i distinktioner utifrån vilka tillvaron definieras. Distinktionerna är nödvändiga för att kunna hantera tillvaron, men distinktionerna måste kunna omprövas och kritiseras. Risken är att de verkar normerande för hur tillvaron förstås och att de används som utgångspunkt för ett avskiljande i en tankeram som betonar enhet, objektivitet och likhet. För att upprätthålla sådana ideal som uppställs för vetenskaplig kunskap måste en gräns upprätthållas gentemot det som inte uppfyller kriterierna. Gränsen i sig blir central för att kunna avgöra vad som är i enlighet med kriterierna, men också för att normativt upprätthålla kriteriernas legitimitet i sig. Gränsen upprätthålls genom avskiljandets logik. Det som är avskilt från teorier, begrepp och rätten är till stor del det som historiskt har kopplats ihop med det kvinnliga. Genom att ta position i genusrelationen kan det sätt på vilket distinktionerna upprättats och vad som avskilts analyseras och kritiseras.

Vetenskapen kan ses som en trosform bland andra möjliga. All definition av verkligheten eller tillvaron är ytterst en form av före-

ställning om verkligheten.[73] Kunskapen ses som kontextuell. Detta hindrar inte att det finns kunskap som är sann i den meningen att den fungerar eller stämmer överens med skeenden i praktiken. Det hindrar inte heller att kunskapen kan bli mer nyanserad och djupare i den meningen att fler aspekter berörs och därmed kan bilden av det som studeras bli bättre. Ställningstagandet skall således inte tolkas som en skeptisk ståndpunkt till att det är möjligt att nå kunskap över huvud taget, utan snarare som ett kritiskt förhållningssätt. Allt kan ifrågasättas och eventuellt leda till en förändrad syn.[74] Allt tänkande sker inom en tankeram och många grundläggande ställningstaganden ses som så självklara att de inte ens behöver expliceras.[75] Allt det självklara får bilda utgångspunkt för hur samhället organiseras, för synen på kunskap, för synen på vad som är vetenskaplig respektive vardaglig kunskap, hur människosynen formas m.m.

Den tankeram som vi ingår i, kunskapssamhället, uppställer vissa kriterier för vad som är vetenskaplig kunskap och därmed rationellt och förnuftigt. Tankeramen utmärks av en stark tilltro till det vetenskapliga förnuftet och av att allt fler områden av livsvärlden förvetenskapligas. Rationella överväganden och beslut är liktydiga med att ha en vetenskaplig grund för dem.[76] Föreställningen medför att en gräns måste dras gentemot det som inte uppfyller kriterierna,

[73] Fitzpatrick menar t.o.m. att föreställningen om den moderna rätten bygger på en myt om dess enhetlighet och koherens, vilken upprätthålls genom att sättas i motsats till dess omoderna. Se Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern law,* Routledge, London 1992, sid. 1 och sid. 17ff.

[74] Som metodologiskt förhållningssätt överensstämmer detta med Karl Poppers falsifikationism, vilken enkelt går ut på att en generell laghypotes aldrig kan visas vara sann, men däremot kan den visas vara falsk. Denna logiska asymmetri är grundvalen i Poppers metodologiska förhållningssätt. Vetenskaplig kunskap är en fråga om kunskapsutveckling. Popper har uttryckt det med formeln $P_1 - TT - FE - P_2$, dvs. problemet (P_1) studeras utifrån en tentativ teori (TT). Den prövas i empirin genom försök att eliminera fel (FE) vilket ger en ny förståelse av problemet (P_2). I formeln betonas processen i stället för det statiska resultatet. Visserligen menar Popper att genom falsifierbarhetstesen sker en ständig utveckling mot sanning. Liknelsen i detta sammanhanget avser inte det kunskapsteoretiska ställningstagandet utan endast falsifiering som metodologiskt förhållningssätt. Molander, 1988, sid. 181ff. Popper (1902–1994) var filosof och kritisk till vissa av den logiska positivismens idéer. Han har blivit kallad för positivist utan att vilja det själv.

[75] Begreppet tankeram definieras närmare i avsnitt 2.5.

[76] Bärmark, Jan, Om kunskapens kulturberoende – en introduktion till kunskapsantropologin, *VEST nr 5–6 1988*, sid. 32–42.

dvs. det ickerationella och det oförnuftiga. Vilka områden som ligger utanför det vetenskapliga bestäms således av kontexten och de anses i enlighet med denna som ickerationella. Gränsen i sig blir central att upprätthålla för att kunna avgöra vad som är i enlighet med kriterierna, men också för att normativt upprätthålla kriteriernas legitimitet i sig. Rationaliteten kan upprätthållas bara om det ickerationella framträder tydligt. Hela myten om den moderna västerländska kultursfären kan med andra ord karaktäriseras som avskiljandet av det ickerationella, det icke-vetenskapliga, enligt en *avskiljandets logik*. Själva idén om det vetenskapliga, förnuftiga samhället förutsätter alltså ett kraftfullt avståndstagande från "det andra".[77]

Det är inte i de inomsystematiska kriterierna som gåtans lösning står att finna, utan snarare i de ställningstaganden som ligger till grund för hur distinktioner upprättas och hur distinktionerna utgör grunden för vad som definieras som det väsentliga, det objektiva, det vetenskapliga, det rättsliga osv. Distinktionen kan ses som ett avskiljande i sig och är i den meningen nödvändig även om inte sättet att upprätta distinktionerna är självklart. Med *avskiljandets logik* avses i detta arbete något ytterligare. Det är för det första det sätt på vilket den ena sidan i distinktionerna definieras och legitimeras med hjälp av negationen i den andra. Ju osäkrare gränsdragningen är, desto viktigare blir det för det andra att osynliggöra distinktionen som sådan. För att upprätthålla en likhetsideologi behöver allt som ifrågasätter likheten avfärdas som avvikande eller irrelevant.[78] En kritik av avskiljandets logik innebär för det första en kritik av de grunder utifrån vilka distinktionerna är upprättade och för det andra frånvaron av problematisering av gränsdragningen och avskiljandet. Det innebär inte en kritik av upprättandet av distinktioner som sådant. Möjligheten av positionslöshet avvisas.

[77] Fitzpatrick, 1992, kap. 2.

[78] Rätten anses vara könsneutral, om kön uppenbarligen har betydelse är det för att det avviker (kvinnan som gravid, födande, ammande, omsorgsansvarig) eller så bortförklaras det som irrelevant (att en man har högre lön än en kvinna kan bero på att han är bättre eller engagerar sig mer i arbetet eller på att han har ett arbete där lönerna är högre). Könsneutraliteten och likhetsideologin blir ett hinder för att inomrättsligt kunna hävda att kvinnor och män skall ha lika rättigheter i ett samhälle som är organiserat kring en struktur där genusrelationen är central, en relation som är ojämn i olika hänseenden.

Ett sådant ställningstagande kan endast göras utifrån en position, i detta fallet en position som är relationell och som rymmer föränderlighet, genusrelationen.

Avskiljandet förutsätter, men är inte en nödvändig följd av, ett tänkande i motsatser, i antingen-eller, i enlighet med den s.k. cartesianska oron.[79] Att strukturera tänkandet i motsatser är inte självklart. Däremot verkar det vara tämligen generellt att ordna tillvaron i kategorier eller poler som står i ett visst förhållande till varandra. Kategorierna kan ordnas inbördes på olika sätt. De kan ses som olika aspekter av en helhet och därmed i jämvikt eller som motsatser och ömsesidigt uteslutande. Dessutom kan de ordnas hierarkiskt med skillnader i värde, i en under- respektive överordning. Filosofen René Descartes får stå som symbol och utgångspunkt för den moderna filosofiska problematiken och dess syn på förhållandet mellan de två polerna.[80] Grunden lades för en dikotomisering av världen, genom en metafysik och en kunskapsteori som är uppbyggd på och kring en uppdelning och ett avskiljande mellan polerna i dualismer, särskilt subjekt och objekt samt kropp och själ. Tänkesättet kännetecknas allmänt av ett strukturerande i två av varandra uteslutande motsatser, vilka uppfattas som de enda möjliga ståndpunkterna. *Antingen* finns det en fast grund för våra kunskaper, *eller* så riskerar vi att hamna i kaos. Hotet om kaos framstår för samtiden som det värsta tänkbara. Hotet om kaos framhålls som ett argument för att acceptera en inte helt igenom bra lösning, det är i alla fall bättre än kaos.

Det synes vara fundamentalt för mänskligt tänkande att dela världen i kategorier.[81] Dessa kategorier kan vara, och är ofta, ordnade i motsatsvisa par, s.k. dikotomier, vilket innebär två av varandra

[79] Bernstein, 1991.

[80] René Descartes (1596–1650) sökte och fann sin arkimediska punkt, dvs. det som allt utgår ifrån, med hjälp av tvivlet i det mänskliga subjektet, (cogito, ergo sum). Se Descartes, René, *Meditations on first philosophy: with selections from Objections and replies,* Cottingham, John (ed.), Cambridge University Press 1996. (*Meditationes de prima philosophia*, 1642, II, 1.) Se Kristensson Uggla, Bengt, *Kommunikation på bristningsgränsen: en studie i Paul Ricoeurs projekt,* B. Östlings Bokförlag/Symposion, Stockholm/Stehag, 1994, sid. 49 (inkl. not 10), där frågan ställs i vilken omfattning Descartes präglades av denna dualism i sitt eget tänkande.

[81] SOU 1990:44, sid. 77.

ömsesidigt uteslutande kategorier.[82] Vissa av dessa variabler konstrueras som dikotomier för att underlätta bearbetning och analys, där det enas innebörd förstås i relation till det andra, dvs. de är inga absoluta kategorier, t.ex. stor – liten, tjock – smal, ung – gammal. Åter andra variabler är stränga eller naturliga, dvs. de kan endast anta två värden. Exempel på en sådan anses variabeln kön vara.[83] Språkets sätt att strukturera tillvaron i motsatspar kompletteras med en benägenhet att ge oppositionerna en positiv och en negativ värdeladdning i en hierarkiserad ordning.[84]

Både vårt vardagliga sätt att tänka och förstå och vårt vetenskapliga sätt att strukturera tillvaron och kunskapen om den är uppbyggt kring en mängd dualismer, eller snarare dikotomier. Motsatspar som rationell/irrationell, objekt/subjekt, objektiv/subjektiv, teori/praktik, vetenskap/metafysik, fakta/värde, natur/kultur är styrande främst för vårt sätt att indela kunskapen i vad som bedöms som icke-vetenskap och vetenskap, för hur olika discipliner inom vetenskapen bestäms och vidare för att avgöra efter vilka kriterier vetenskapen bedrivs. Dikotomierna har alltsedan Aristoteles dagar kopplats ihop med man – kvinna, så att vi har fått kedjor av förståelse

[82] Dikotomi är ursprungligen grekiska och betyder tudelning eller skuren i två delar. Det definieras vanligtvis som två av varandra ömsesidigt uteslutande kategorier. Men den ursprungliga betydelsen av det grekiska ordet talar snarare för att det skall tolkas som en helhet som delats i två delar. Sätter man ihop delarna igen borde de återigen bli en helhet. Fortfarande menas med dikotomi inom teologin människans sammansatta natur, kropp och själ, kött och ande. Jämför här det klassiska kinesiska paret yin och yang. Yin och yang representerar det kvinnliga och det manliga i första hand men också alla former av dualiteter.

Då ordet dikotomi numera vanligtvis förstås som två av varandra ömsesidigt uteslutande enheter skulle jag föredra ordet dualism, som betecknande detsamma som ordet dikotomi ursprungligen gjorde, nämligen två sidor av en helhet. Att se begreppspar eller motsatser som en dikotomi eller en dualism har betydelse för det fortsatta resonemanget. Tolkningen "två sidor av en helhet" medför rimligtvis att de två sidorna är likvärdiga, i balans med varandra. Tolkningen "två av varandra uteslutande kategorier" medför ett större utrymme för en värdering av kategorierna och en hierarkisering av dem. De har blivit skilda från varandra och kan rangordnas. En hierarkisering, där det ena värderas högre än det andra, kan ses som en ojämn maktrelation.

[83] Jfr forskning om kön i andra kulturer där det mycket väl kan förekomma flera kön än två. Se t.ex. Sjöberg, Katarina, Variationsrikedomen stor i hawaiiansk samlevnad. *Kvinnovetenskaplig tidskrift,* nr 4, 1995.

[84] Nousiainen, 1995, sid. 319.

uppbyggt kring distinktionen man-kvinna.[85] Uppdelningen har dessutom fått spela en legitimerande roll i hierarkiseringen av motsatsparen. Det aristoteliska ordnandet, som alltjämt präglar och är verksamt i nutida föreställningar om manligt och kvinnligt, visar att det "...mellan 'femininum' och 'maskulinum' existerar ett beroende av fundamentalt slag utöver den återskapande sexualiteten, däruti att 'kön' ingår som (...ett...) av de viktigaste redskapen för meningsskapande och ordning."[86] Men att ordningen formeras utifrån en hierarkisering av de ingående delarna i motsatsparen är inte en självklar nödvändighet. Dikotomisering är starkt ifrågasatt ur flera aspekter.[87] Den bör kompletteras med idén om ett ständigt tredje alternativ[88] eller åtminstone ses som en växelverkan mellan t.ex. teori och praktik.[89]

Sättet att dela världen i kategorier, och på det viset skapa förståelse i primärt kontrasterande form, samt att hierarkisera kontrasterna kompletteras därtill av ett kausalt tänkande. Uppdelningen av exempelvis människor i sorter skapar därmed också grunden för orsakskedjor. Tillhörigheten till en kategori kopplas ihop med olika platser, sysslor, egenskaper som i sin tur verkar tillbaka normerande och förståelseskapande. Även platser och situationer blir således bärare av kategoriernas essens.[90] Denna praktik verkar normerande och legitimerande genom den historiskt överförda be-

[85] Aristoteles gav kedjorna, man = ande = vithet/sperma/skelett = hårdhet och kvinna = kött = blod = mjukhet. SOU 1990:44, sid. 77. Detta har byggts vidare på av män som Aquino, Hobbes m.fl. För dikotomiernas koppling till kvinna – man se t.ex. Merchant, Carolyn, *Naturens död. Kvinnan, ekologin och den vetenskapliga revolutionen.* B. Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 1994 samt flera av artiklarna i antologin *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, 1995a.

[86] SOU 1990:44, sid. 77. Se också Merchant, 1994, sid. 149ff, som menar att naturen, liksom kvinnan, i och med naturvetenskapens uppkomst på 1600-talet, behandlades som möjligt att tukta och styra i stället för att som tidigare ses som en levande organism.

[87] Bernstein, 1991.

[88] Open-ended search. Se Merton, Robert K, *The sociology of science: theoretical and empirical investigations,* Storer, Norman W (ed.), University of Chicago Press, Chicago 1973.

[89] Jfr. Dialektiken som idé hos Hegel och marxismen och spänningsförhållande och kraftfält hos Frankfurtskolan.

[90] SOU 1990:44, sid. 77. Se även den hänvisning som Hirdman gör till Gustavsson, Claes "Some Notes on Intentionality and Normativity in Managerial Reasoning". Ur *Accounting and Organised Action*, Gustavsson, C & Hassel, L (red.), Åbo Akademi Press, Åbo 1990.

tydelsen. Historien får förklara varför något är på ett visst sätt och det tas som intäkt för att det är naturligt och självklart.[91] Det kausala tänkandet i teorier och modeller kan leda till ensidighet och förenkling som gör att tillvarons komplexitet osynliggörs. Det är emellertid omöjligt att på en och samma gång beakta komplexiteten.

Dikotomisering och hierarkisering av motsatser används vidare i ett avskiljande av den sida som i ett visst sammanhang värderats lägre.[92] Rätten präglas av och definieras genom avskiljandet för det första genom hotet om kaos och, för det andra, genom idén om ett objekt som är förnuftigt och rationellt genom vilken rätten skiljs från värderingar och moral. Rättsvetenskapens främsta uppgift är att utgöra ett stöd åt lagstiftning och tillämpning genom att tolka rätten så att det blir ett enhetligt och koherent sammanhängande

[91] Exempelvis brukar aggressivitet och manligt våld förklaras med hjälp av biologin som en nödvändighet för att klara av det liv som var människans till en början. Män var tvungna att vara våldsamma för att kunna jaga djur och försvara sina revir mot inkräktare. De biologiska deterministerna eller sociobiologerna anser att aggressivitet är medfött hos den manliga delen av mänskligheten. Se t.ex. Wilson, Edward O, *On human nature*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1978. Goldberg, Steven, *The inevitability of Patriarchy*, New York 1973. Tiger, Lionel och Fox, Robin, *Härskardjuret*, Pan/Norstedt, Stockholm 1974 och Tiger, Lionel, *Men in Groups*, London 1969. Undertryckandet av aggressiviteten anses vara konstitutionellt betingat hos kvinnan, detta förstärks av samhällets syn på kvinnan, enligt Freud, Sigmund, *Orientering i psykoanalysen II*, Natur & Kultur, Stockholm, 1955, sid. 478. Samtidigt brukar aggressiviteten och även sexualiteten få skulden för vår civilisations olyckor. Freud är en av flera som menar att det är nödvändigt att undertrycka, reglera och kontrollera dessa båda aspekter av människans beteende. Freud kallar t.o.m. aggressiviteten för "det största hindret för civilisationen". French, Marilyn, *Bortom makten Om kvinnor, män och moral*, Legenda Pocket, Stockholm 1987, sid. 563. Sociobiologism som en idé att förklara kvinnors beteende och naturliga roller verkar ha framgång för tillfället. För en kritik av denna idé se t.ex. Holm, Ulla, Är moderskap djuriskt? *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1 1995. Wikander, Ulla, Ensidig fokusering på särart istället för jämställdhet, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1994. Wikander, Ulla, Sekelskiftet 1900. Konstruktion av en nygammal kvinnlighet. *Det evigt kvinnliga En historia om förändring*. Ur Wikander, Ulla (red), Tidens förlag, Stockholm 1994.

[92] Mathiesen talar om utdefiniering, se Mathiesen, Thomas, *Makt och motmakt*, Bokförlaget Korpen, Göteborg 1982, sid. 106ff. Hirdman om isärhållande som en av de två grundläggande logikerna i genussystemet, SOU 1990:44, sid. 78. Den andra är mannen som norm. Med avskiljandets logik avses detsamma men går dessutom ett steg längre genom en kraftigare betoning på *osynliggörandet* av själva avskiljandet.

rättssystem.[93] Även om strävan enbart är normativ kan den verka normerande på så sätt att den styr vår förståelse av tillvaron. Komplexiteten och det motsägelsefulla kan därmed osynliggöras på ett eller annat sätt. Förutsebarhet ses som ett kriterium för att uppnå rättssäkerhet.[94] Förutsebarheten och den därmed sammanhängande generaliserbarheten kan på samma sätt verka normerande. Genom dessa kriterier kan en stor del av den mänskliga tillvaron uteslutas från det rättsligt hanterbara.

Avskiljandet osynliggörs för det första genom föreställningen om rätten som ett objekt, skilt från subjektet. För det andra osynliggörs avskiljandet genom distinktionen fakta/värde, dvs. rätten och tillämpningen är att anse som rationell, logisk, förutsebar och koherent till skillnad från subjektiv, oförutsebar, tyckanden i största allmänhet och representerande särintressen. För det tredje verkar distinktionen teori/praktik osynliggörande på så sätt att rätten ses som en normativ ordning i motsats till en beskrivning av verkligheten. Vilken verklighetsuppfattning som ligger till grund för hur lagen utformas är inte intressant för rättsvetenskapen och den juridiska metoden, inte heller vilka effekter lagen får.

Föreställningen styr sättet att förstå rätten. Denna föreställning får ibland verkan *mot* en förändrad rättsförståelse och rättstillämpning, på det sätt att rätten i sig uppställs som hinder för att förverkliga mål förankrade i rätten.[95] I andra situationer kan hinder i rätten avlägsnas för att uppnå vissa mål eller värden. Hur rätten används hänger ihop med föreställningar om tillvaron i största allmänhet, alltså normer och värden som inte är rättsliga eller enbart rättsliga. Rätten kan inte ses som ett isolerat normkomplex.

Genom att definiera företeelser i begrepp som avskiljs från andra

[93] Sandgren, 1995–96a, sid. 730. Sandgren poängterar att detta är en mycket förenklad beskrivning av uppfattningen om rätten. Teorier om rättslig pluralism har ifrågasatt denna syn på rätten under de senaste 10–15 åren, men den här uttryckta synen på rätten verkar trots allt fortfarande vara den dominerande.

[94] Frändberg, Åke, Some Reflections of Legal Security. Ur *Philosophical Essays Dedicated to Lennart Åqvist*, Pauli, T. (ed.), Filosofiska studier, Uppsala 1982, sid. 41. Frändberg, Åke, Rättsstatens organisation. Ur *Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl on the Occasion of His Fiftieth Birthday.* Needham, P. och Odelstad, J. (eds.), Filosofiska studier, Uppsala 1986, sid. 31. Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus förlag, Uppsala 1992, sid. 82. Strömholm, 1996, sid. 443f.

[95] Denna uppfattning argumenterar jag för i Svensson, 1995.

begrepp, dikotomiseras tillvaron och dikotomierna får en statisk effekt och blir legitimerande. Detta sätt att strukturera tänkandet och förståelsen i antingen-eller distinktioner avvisas i detta arbete. Det sammanhang vari detta görs är en kunskapssyn där kunskapen ses som social och kontextuell och där distinktionerna används som en utgångspunkt för en reflektion över nödvändigheten med avskiljanden samtidigt som det är ett hinder och en begränsning. Det går inte att enkelt förhålla sig till detta dilemma, som rör all definition och begreppsbestämning, (även dem som används i detta arbete). Varje avskiljande i begrepp förenklar tillvaron, samtidigt som det är nödvändigt att avskilja för att kunna hantera tillvaron. Det är nödvändigt att i någon mån göra ett visst avskiljande, samtidigt som strävan bör vara att inte avskilja. Strävan kan i viss mån upprätthållas om begreppen är diffusa och om spänningen mellan bestämningens hindrande och hjälpande karaktär används.[96] Spänningen mellan det nödvändiga i att upprätta distinktioner och det begränsande i desamma kan tas som utgångspunkt för reflektion och argumentation. *Om det är omöjligt att inte upprätta distinktioner, måste åtminstone en reflektion och en argumentation kunna ske beträffande det sätt på vilket distinktionerna är upprättade.* Vidare kan distinktionerna användas för att vara *tillfälliga* redskap i sökandet efter andra distinktioner som är mer ändamålsenliga, i stället för att vara utgångspunkt för ett avskiljande som dessutom osynliggörs i syfte att göra den upprättade distinktionen självklar och oantastbar. All vetenskaplig verksamhet och allt kunskapssökande tar sin början i eller passerar en erfarenhet, ett förnuft eller en upplevelse utifrån en position. Kunskapen kan inte, oavsett om den nås genom förnuft, erfarenhet eller på annat sätt, ses separat från subjektet människan utan de måste ses i relation med varandra, objekt *och* subjekt hänger ihop. Detta gäller i synnerhet för en analys av den rättsliga föreställningen. Sambandet mellan subjektet, människan,

[96] Jfr avsnitt 2.2 om språket, som ses som både ett nödvändigt redskap och som ett begränsande hinder för att se komplexiteten och nyanser i det betecknade. Det avsnittet skall ses som ett generellt metodologiskt förhållningssätt.

och objektet, rättsföreställningen, är starkt. Positionslösheten avvisas som teoretisk och praktisk omöjlighet.[97]

2.4 ...är på väg att upplösas

Den vetenskapssyn som har enhet och förutsebarhet som ideal är på väg att förlora sin position. Kaos-teorin inom naturvetenskapen har satt frågetecken vid förutsebarhetskriteriet, möjligheten att finna tydliga orsakssamband samt vid motsättningen mellan ordning och kaos. Med hjälp av kaos-teorins ifrågasättande av kriterier som är centrala i rätten kan föreställningen om rätten ändras. En upplösning av olika distinktioner ligger nära till hands och detta kan påverka föreställningen om rätten. Det kan innebära att genusrelationen kan synliggöras i rätten.

Tankeramen och förståelsen inom den förändras ständigt, styrd av ett komplext samspel mellan en mängd olika faktorer. Denna förändring är till allra största delen omedveten och icke-kausal, dvs. det finns inte något direkt och tydligt orsakssamband mellan händelser och effekter. Förändringen liknar snarare den s.k. fjärilseffekten i kaos-teorin.[98] Kaos-teorin innebär i korthet att utvecklingen av ett förlopp eller ett system är omöjligt att förutse, därför att små störningar kan få stora och på sikt oförutsebara verkningar. "Där

[97] Därmed avvisas både objektivismen och postmodernismen i detta avseende som förhållningssätt. Däremot är jag influerad av postmodernismen som metodologiskt förhållningssätt under en övergångsperiod i kunskapsprocessen.

[98] 1969 fick Murray Gell-Mann fysikpriset för sin upptäckt av kvarkarna, de byggstenar i atomen som tycks indikera en mera komplex och oförutsägbar verklighet än vi någonsin tidigare kunnat ana. Gell-Mann leder en grupp forskare i ett forskningscentrum i Santa Fe, New Mexico, som kallas "det nya Athén". Forskningsdisciplinen kallas "komplexitetsläran" och det forskarna undersöker är icke-linjära system. Man studerar komplexa mönster snarare än de enskilda delarna i mönstret. Man ansluter sig inte till enkla orsak-verkan-teorier utan det är komplexiteten, oförutsebarheten som står i fokus. Man går till och med så långt att man menar att förutsebarheten, den traditionella naturvetenskapens grundpåle, är ett specialfall, ett undantag som bara kan uppnås under laboratoriemässiga förhållanden.

Om kaos-teorins betydelse för bl.a. filosofin se t.ex, Wiin Nielsen, Aksel & Gregersen, Niels Henrik, Kaos-teori og livssyn. Ur *Kaos og kausalitet, Om kaos-teorin og dens betydning for filosofi og teologi*, Wiin Nielsen og Gregersen, Niels Henrik Aksel (red.), Aarhus universitetsforlag, Aarhus 1992. För en diskussion om kausalitet se Popper, Karl R, *En värld av benägenheter*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 1996.

kaos tar vid, upphör den klassiska vetenskapen."[99] Det är i snäv vetenskaplig betydelse en matematisk teori för dynamiska processer där förloppet i viss mån kan vara kaotiskt genom att en mycket liten förändring i begynnelsestadiet av processen kan leda till oanade konsekvenser i slutresultatet. Det är ungefär som att missa bussen med 10 sekunder, för att därefter komma en timme för sent till tåget och slutligen missa flyget.[100]

Trots att förutsebarheten inte är så självklar kan förändring ändå ske på ett mer medvetet sätt. Genom att tankeramen, med hjälp av t.ex. ovan nämnda metoder, görs medveten och tydlig, är det möjligt att som enskild individ eller som en del i ett kollektiv av individer, förhålla sig till det självklara och förändra det. Människan är visserligen fångad i *ett* tänkande och *en* förståelse, men det medför inte att det är omöjligt att bryta sig ur detta.

Denna potential för förändring kan jämföras med föreställningen om distinktionen mellan ordning och kaos. Inom tankeramen råder en viss ordning som känns igen, som känns trygg och som de flesta människor internaliserar och reproducerar.[101] Denna ordning finns på ett personligt plan, men också på ett samhälleligt plan, i rättssystemet och i kunskapssynen. Utanför ordningen hotar kaos. Denna förståelse bygger på att det finns en motsättning mellan ordning och kaos. Kaos-teorin upplöser denna motsättning. Kaos är inte liktydigt med extrem oordning. Kaos-teorin sätter i stället *frågetecken vid motsättningen mellan kaos och ordning*. Det finns en ordning i kaos och kaoset är determinerat. Men kaos-teorin sätter också frågetecken vid uppfattningen *vad som är vetenskap*. Vetenskapsteoretiker har i lång tid hävdat att en vetenskaplig förklaring är den som kan formulera precisa, hållbara prognoser, dvs. syftande till

[99] Gleick, James, *Kaos. Vetenskap på nya vägar*, Bonnier Fakta Bokförlag, Stockholm 1988, sid. 15.
[100] Wiin Nielsen, 1992, sid. 14.
[101] Behov av ordning och struktur i tillvaron är troligen ett grundläggande mänskligt behov. Det betonas framförallt i krissituationer, för både barn och vuxna. Sådana krissituationer kan vara av psykologisk art, men kan också uppstå vid t.ex. arbetslöshet.

kontroll.[102] Genom kaos-teorin är denna synpunkt inte längre hållbar, såvida naturvetenskapen fortfarande är normen.

Kaos kan ses som det oförutsebara, det som inte går att kontrollera men också det som kräver ställningstaganden in casu, överväganden som leder till medvetna ställningstaganden. Kaosforskningens grundelement, oförutsebarheten, verkar finnas invävd i alla system. Genom att studera hela systemet synliggörs att det av det kaotiska skeendet så småningom bildas ett mönster, som aldrig skulle bli synligt om endast de enskilda delarna studerades. Det är i samspelet mellan t.ex. hjärncellerna som svaret på människans tänkande står att finna, inte i de enskilda cellerna. I denna nya forskning kan anas embryot till vad som kan bli en sammansmältning av naturvetenskap och de olika myternas eller religionernas budskap, som visar att vägen till "pånyttfödelse" och mänsklig förvandling alltid går genom ett personligt kaos. Detta gäller både på ett personligt och mer allmänt plan. Det har alltså inom kaosforskningen och komplexologin upptäckts något som strider mot vedertagna "sanningar" inom den konventionella naturvetenskapen, men därmed inte sagt att den konventionella uppfattningen är fel. Tvärtom, utan den hade troligtvis aldrig kaosforskningen uppstått. Sokrates har enligt Clahr Hallberg hävdat "det är inte bara så att vissa (kunskaper) kommer till oss och andra går och vi aldrig är desamma ens med avseende på kunskaper, det är också så att varje enskild kunskap förändras på samma sätt. Det som kallas att studera förutsätter att kunskap kan lämna oss,...".[103] Det finns i kaoset ingen given ordning att följa utan människan måste ta ansvar för sina beslut. Frågan är om det inte är just det som utmärker människan i förhållande till djur och till s.k. intelligenta maskiner, nämligen förmågan att kunna ta ställning efter avvägningar mellan olika argument utan att ha en färdig och given ordning att följa. Att följa *en viss* ordning är främst en fråga om teknik. Att överväga, ta ställning

[102] Horkheimer, Max & Adorno, Theodor W, *Upplysningens dialektik, Filosofiska fragment*, Bokförlaget Daidalos AB, Göteborg, 1997. Töllborg, Dennis, *Personalkontroll En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen*, Symposion, Stockholm/Lund 1986, sid. 41f. Jämför prognosteorin i rättsvetenskapen samt kravet på förutsebarhet som en del i rättssäkerheten.

[103] Clahr Hallberg, Marie, *Den gudomliga spegeln*, Ida Bokförlag, Malmö 1994, sid. 24.

och att kunna argumentera för den, kräver däremot en helt annan eftertanke, en eftertanke som därtill präglas av ansvar. Konsekvenserna är uppenbara. De axiologiska grunderna måste tydliggöras och skall därtill kunna försvaras med öppen argumentation.[104]

För den som tar steget ur tankeramen, ur ordningen – in i kaos, är det möjligt att förändra "det självklara". Detta sker inte bara eller ens i första hand på ett individuellt plan, utan i överensstämmelse med ett skeende på ett mer allmänt plan, när tiden är mogen.[105] Vissa individer kommer att formulera en kritik av "det självklara" när det finns tillräckligt mycket grund för att kunna göra det. Enskilda forskare som *upplever* krissituationer försöker ställa diagnoser och tänka ut terapier.[106] I denna process kommer tidigare ansedda privata erfarenheter att omformuleras till mer allmänna som i sin tur kommer att ingå i det gemensamma erfarenhetsbegreppet och därför kan komma att ligga till grund för förändringar av olika områden i tillvaron.[107] Eventuellt kommer dessa tendenser att motverkas av dem som försvarar den "gamla" ordningen,[108] vilket inte hindrar att förändringsprocessen är igång. En ny beskrivning ger en ny normativ föreställning om tillvaron. Den normativa föreställningen kan gå före den av många upplevda erfarenheten, eller "den offentliga meningen", och därmed komma att

[104] Jfr Alexander Peczeniks s.k. LSD-rationalitet, där L står för logisk, S för sammanhang och D för en saklig debatt. Se Peczenik, 1995, sid. 490ff. Jfr. också Aarnio, Aulis, Om rättssystemets slutna natur. Ur *Rättsdogmatikens alternativ*, Tuori, Kaarlo, (red.) Juridica, Helsingfors 1988, sid. 16.

[105] Lindholm, Stig, *Vetenskap, verklighet och paradigm,* Almqvist & Wiksell Förlag, Stockholm 1980, sid. 17. Jfr även Bourdieu, 1977, som också ser det som ett kombinerat kulturellt och individuellt fenomen.

[106] Törnebohm, Håkan, *En systematik över paradigm.* Avd. för Vetenskapsteori, Rapport nr 85, Göteborgs Universitet 1976, sid. 40. Jfr även Sigmund Freuds psykoanalys och psykoterapi som metoder för medvetandegörande på ett individuellt plan, som nämnts i not 60 i detta kap. För Freud, likaväl som för Bourdieu, går vägen till förändring genom verbalisering och analys av de outtalade och tillbakaträngda regler som styr vårt beteende. Visserligen, bör man, enligt Toril Moi, "...komma ihåg att en sådan diskurs i sig själv är en produkt av den kris den försöker lösa." Moi, Toril, Att erövra Bourdieu, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1, 1994, sid. 11.

[107] Bourdieu, 1977, sid. 170f.

[108] För ett exempel se Faludi, 1993, särskilt sid. 71ff. Jfr även SOU 1990:44 i avsnittet om genussystemet för fram att konflikter kommer att omformuleras och inordnas i den etablerade ordningen.

verka ideologiskt, dvs. ge en "felaktig verklighetsbeskrivning" givet en viss erfarenhet.[109]

Beträffande genus har den tidigare upprätthållna dikotomin likhet – särart minskat i betydelse, även om den då och då väcks till liv av en del personer främst utanför den akademiska diskursen.[110] Försöken att upprätthålla dikotomin likhet – särart kan ses som ett försök att hålla fast vid *ordningen* i motsats till kaoset. Att överge dikotomin innebär ett visst moment av kaos och oförutsebarhet. Genus är i en sådan tolkning inget givet ens inom samma kontext.[111]

[109] "Den offentliga meningen" har betydelse för internaliseringsprocessen. "Den generaliserade andre" enligt Georg Herbert Mead, "tankefigurernas makt" enligt Yvonne Hirdman eller "kulturell överlagring" enligt Jürgen Habermas är samtliga uttryck för den offentliga meningen som internaliseras i individerna. Den generaliserade andre kan kort beskrivas som samhället och dess norm- och regelsystem, den allmänna uppfattningen och generella handlingsmönster internaliserade i självet. I detta ingår givetvis även uppfattningen om rätten och dess legitimitet. Vidare så ingår den genusformerande processen, se avsnitt 2.6.4, som både kvinnor och män deltar i att utforma. Mead anser att det mänskliga "jaget" utvecklas genom en process, varigenom barnet abstraherar olika specifika andras gemensamma drag, 'den generaliserade andre'. Den generaliserade andres inställning är hela samhällets inställning, den offentliga meningen, som utövar kontroll mot den enskilde och som intar inställningen hos den generaliserade gentemot individen själv. När Hirdman talar om tankefigurernas makt så poängteras också den abstraherade bilden som internaliseras som given i varje individ.

Begreppet den generaliserade andre används i teorin Den symboliska interaktionismen, vilken betonar den aktiva människan som är stadd i ständig utveckling i en process som utspelar sig mellan den egna livshistorien och den samhälleliga verkligheten. Människan är inte en stabil enhet utan förhåller sig hela tiden till den andre, i relationer. Om Den symboliska interaktionismen, se Berg, Lars-Erik, *Människans födelse. En socialpsykologisk diskussion kring G. H. Mead och J. Piaget*, Korpen, Göteborg 1976 samt Berg, Lars-Erik, *Den lekande människan. En socialpsykologisk analys av lekandets dynamik*, Studentlitteratur, Lund 1992 samt Mead, Georg H. *Medvetandet, jaget och samhället: från socialbehavioristisk synpunkt,* Argos, Uppsala 1976.

[110] Dikotomin förstärks med jämna mellanrum genom olika särartsuppfattningar kopplade till sociobiologi och biologiska orsakssammanhang, t.ex. ammande mödrar som blir "grötiga" i intellektet m.m. För en analys av "gröt i huvudet"-forskningen och källor till den, se: Holm, 1995. Forssén, Annika & Hamberg, Katarina, Nyansera debatten om likhet och särart, *bang*, nr 1, 1994. Wikander, 1994b. Wikander, 1994a.

[111] Genus används i detta arbete endast som ett relationellt begrepp för strukturerandet i en ordning som är symbolisk och konkret. Genus som kategori avfärdas. I den mån det rör sig om fysiska kvinnor och män använder jag kön. Det går inte att särskilja olika biologiska och sociala egenskaper utan de skall ses som sammanvävda. SOU 1990:44, sid. 76. Detta utesluter inte att det finns vissa biologiska skillnader mellan man och kvinna, men konsekvenserna av dessa skillnader är

Med hjälp av postmodernismens dekonstruktion har man och kvinna setts främst som kulturella konstruktioner och orsakssammanhangen har tonats ner. Med hjälp av genussystemets begrepp *genusformerande process* och betoningen av *relationen* mellan man och kvinna, blir både dikotomin likhet – särart och orsaksförklaringarna irrelevanta. Det blir därmed möjligt att studera och analysera hur man och kvinna förhåller sig till varandra och hur denna relation hela tiden förändras med båda parters inblandning, både i individuellt men också i strukturellt avseende.

Förändringsprocessen pågår ständigt och är inte linjär. Förändringar av ett visst slag kan oftast skönjas inom livets alla områden, men de sker i otakt i olika delar av tillvaron. Om en betraktelse görs över historien är det tydligt hur olika idéer ger återverkningar inom till synes väsensskilda vetenskapliga discipliner. Vilken vetenskaplig disciplin som är den dominanta varierar avsevärt. Kaos kan sägas ha blivit på modet. Begreppet har spridit sig till andra delar av vetenskapen än naturvetenskapen och till andra delar av samhället.[112] Det finns en risk att kaos-teorin övertolkas. Den innebär, som sagt,

kulturellt bundna. Skillnaderna och effekterna av dem kan också sägas vara överdrivna. En faktor som brukar användas som argument för att kvinnor inte förväntas kunna arbeta lika mycket som män, är t.ex. inget hinder för att kvinnor på många håll i världen arbetar fler av dygnets timmar än vad män gör. Kvinnor har störst ansvar för hem och familj över hela världen. Kvinnor arbetar dessutom ofta längre tid än vad män gör. Vid en jämförelse bland de s.k. utvecklade regionerna i världen arbetar kvinnor, mestadels (i 13 länder) mer än två timmar längre per vecka än vad män gör, i flera länder mer än 5–10 timmar mer per vecka. I 8 länder är arbetstiden densamma. Endast i 1 land arbetar kvinnor mindre än män, USA (3 tim mindre /vecka). En större del av kvinnors arbetstid utförs i obetalt arbete, medan förhållandet är det motsatta beträffande män. Andelen obetalt arbete är större än andelen betalt arbete för kvinnor nästan överallt i världen. Undantag är Finland, de baltiska staterna och vissa östeuropeiska länder. Kvinnor arbetar generellt sett i arbeten med låga löner (lägre än männens arbeten) och med låg status. *The World's Women 1995. Trends and Statistics*, United Nations, New York 1995. För svenska förhållanden se *På tal om kvinnor och män, Lathund om jämställdhet* 1996, SCB. Genus är kulturellt bundet i sin helhet. En sådan syn på genus utesluter inte, varken teoretiskt eller praktiskt, att det kan finnas fler genus än två, Sjöberg, 1995. I detta arbete är det emellertid relationen mellan kvinna och man som är relevant. Genus är ett begrepp som saknar motsvarighet i det fysiska livet. När jag talar om konkreta män och kvinnor använder jag kön. Genus och kön stämmer ofta överens men behöver inte göra det. Båda begreppen, genus och kön, avser helheten och skall inte delas upp i biologiska eller sociala aspekter.

[112] Exempel på hänvisningar till kaos-teorin inom rättsvetenskapen, se Tolonen, 1991.

inte, att förutsebarhetskriteriet helt måst överges och att alla förlopp skulle vara kaotiska i motsats till ordning. Men den innebär i alla fall en viss nedtoning av förutsebarheten som ett avgörande kriterium för vad som kan anses vara vetenskap. Kaos-teorin används i detta sammanhanget som ett stöd för ifrågasättande av det självklara, inte som ett argument för att överge förutsebarhetskriteriet.

Medvetandegörande av "det självklara" kan således leda till förändringar eller åtminstone till medvetna ställningstaganden (något som ju i och för sig inte nödvändigtvis behöver innebära konkreta förändringar). Att tydliggöra det självklara kan å andra sidan också innebära att det konserveras. Det väsentliga för att avgöra riktningen, förändring och medvetna ställningstaganden eller konservering, har med ambitionen och positionen att göra eller med ett annat uttryck, det har med kunskapsintresset att göra.[113] Med ett kritiskt förhållningssätt är ambitionen att medvetandegörandet leder till förändring eller åtminstone medvetna ställningstaganden. Risken är att andra ställningstaganden som görs, inte blir föremål för medvetenhet. Det är oundvikligt, men talar bara ytterligare för att ambitionen till medvetandegörande måste upprätthållas. Förändring i en mening har skett bara genom själva medvetandegörandet, i sig förändrar redan detta nämligen förståelsen av "det självklara".[114] Det ställningstagande som sedan görs kan vara strategiskt på lång eller på kort sikt. Att bryta mot ordningen kan vara förenat med så mycket obehag eller nackdelar att vi väljer att inte nu söka förändra något.

Det centrala i möjligheten till förändring är således medvetandegörandet. De metoder som används i detta arbete är en reflektion och analys över de redskap med vars hjälp vi uttrycker förståelsen,

[113] I Jürgen Habermas teori om kunskapskonstituerande intressen, urskiljer han tre olika typer av kunskapsintressen, mot vilka svarar tre vetenskapsområden. Vilket kunskapsintresse som ligger till grund för forskningen har betydelse för och styr kunskapsbildningen. De tre kunskapsintressena är det tekniska, det hermeneutisktpraktiska och det emancipatoriska. Teorin om kunskapsintressen presenteras i Habermas, Jürgen, *Knowledge and Human Interests*, Beacon Press Boston, 1972.

[114] Potentialen till förändring står att söka i verbaliseringen av det outtalade och i individernas medvetandegörande och viljeorienterade förståelse. Detta stämmer överens med både Freuds och Bourdieus analys av det outtalade, enligt Moi. Moi, 1994, sid. 11.

symboler, det icke-verbala och det verbala språket och de distinktioner som vetenskapen och rättsvetenskapen uppställer, vilka får till följd att genusrelationen som symbolisk och konkret ordning osynliggörs. Med denna deskription som hjälp har också den normativa ansatsen angivits. Den normativa ansatsen bygger på tanken att själva medvetandegörandet om dessa ställningstaganden gör att den tankeram som ligger till grund för den rättsliga självförståelsen blir kontextuell och därmed inte längre självklar. Distinktionerna används som utgångspunkt för att överskrida gränsen mellan dem. Överskridandet är den idé som ligger till grund för hela arbetet. För att kunna överskrida distinktionerna är det nödvändigt att synliggöra och tydliggöra distinktionerna. I denna process kan generaliseringar, symboler och liknelser vara ett redskap. Distinktionerna är inte verkliga, de finns inte, utan de är föreställningar om tillvaron och förutsättningar för att kunna hantera tillvaron. Det är inte självklart att de distinktioner som finns just nu är de enda eller de som bäst hjälper oss att hantera tillvaron. Vissa distinktioner finns explicita i rättsförståelsen, vissa implicita. Rättsförståelsen interagerar med de distinktioner som finns för övrigt inom tankeramen, vilket talar för att rättsförståelsen bör ses i sitt sammanhang. Genusrelationen är till största delen avskild och osynliggjord i rättsförståelsen trots att den är närvarande både som en symbolisk och konkret ordning.

2.5 Tankeramen och det självklara

De två begreppen tankeramen och det självklara kan användas som lösa begrepp i synliggörandet av den rättsliga föreställningen. Redan genom definitionen och medvetandegörandet om det som begreppen betecknar har förändringsprocessen satts igång. Det självklara är inte längre självklart då det verbaliserats. Medvetandegörande av tankeramen och det självklara sker både kollektivt och individuellt. Ansatsen är fokuseringen på det självklara, det explicit positionslösa. Detta är möjligt endast utifrån en position, i detta arbete genusrelationen, som symbolisk och konkret ordning.

I detta avsnitt diskuteras grunden för kunskapens och därmed rätts-

förståelsens kulturberoende.[115] All förståelse sker inom en tankeram,[116] där en stor del av utgångspunkterna för förståelsen uppfattas som självklara. "Det självklara" ter sig som givet men förändras hela tiden. Ju mer självklart något anses vara desto mer omedvetet och outtalat är det. Det är självklart så länge inte tillräckligt mycket talar emot det. Då "det självklara" börjar bli tydligt är det redan på väg att förändras. Medvetandegörande-processen är en del i förändringen. För att bli medveten om det självklara används följande tillvägagångssätt.

2.5.1 Tankeramen som nödvändighet och begränsning

Förståelsen och kunskapen är kulturberoende. Med kulturberoende menas att det finns inga universella sätt att definiera tillvaron eller kunskapen. Detta skall inte tolkas som ett ställningstagande i distinktionen antingen objektivism eller relativism.[117] Även sättet att tänka, i antingen-eller-distinktioner, är kulturberoende.

Med kulturen avses i sammanhanget hela det komplex av antaganden som formar all vidare bestämning av hur tillvaron organiseras. Hela detta komplex kan sägas finnas inom en tankeram. Komplexet bildar en ram för våra tankar, för vår förståelse av tillvaron i största mening. Avsikten med termen ram är att, med hjälp av en bild, skapa en förståelse av ett område som vi är mer eller mindre fångade i. Då vi befinner oss inne i den tvådimensionella ramen, har vi ingen möjlighet till överblick över hela området och inte heller över var ramen går. Utanför ramen finns något, men det är osäkert vad, ramen syns inte ens i dess hela sträckning.

Det är i viss mån möjligt att bli medveten om ramen och dess

[115] Bärmark, 1988, sid. 32–42. Kunskapsantropologins fält är vetenskaperna sedda som kulturer. Disciplinen intresserar sig bl.a. för frågan om det i andra kulturer utvecklats andra föreställningar om rationalitet, och hur de förhåller sig till den västerländska vetenskapliga föreställningen. Se även Bärmark, Jan, Visionen om en forskning om forskning. Ur *Forskning om forskning eller konsten att beskriva en elefant*, Bärmark, Jan (red.), Natur och kultur, Lund 1984, sid. 18.

[116] Inspiration till begreppet kommer från kunskapsantropologin, se Bärmark, 1988, sid. 32–42.

[117] Dvs. antingen finns det en fast grund för kunskapen eller också inte. Bernstein, 1991.

begränsning. Ramens sträckning kan utforskas genom att inifrån ramens område försöka blicka ut mot andra tankeramar, som funnits i en annan tid eller plats eller som finns i samtiden på en annan plats.[118] Men andra perspektiv kan också finnas inom tankeramen. Genom att fokusera på olika s.k. marginaliserade grupper och sådana grupper vars intressen brukar definieras som särintressen, kan tankeramens kriterier bli tydliga genom medveten avsikt eller som en följd av studium av en viss grupps villkor.[119] Ytterligare ett sätt är att försöka ringa in "det självklara" och det omedvetna med hjälp av inkonsekvenser inom tankeramen. I sökandet efter inkonsekvenser kan hjälp tas från andra områden av tankeramen eller också genom att försöka hitta kolliderande axiom eller motsägelsefulla antaganden eller effekter inom samma område. Synen på rättsvetenskapens uppgift att främja rättens normativa helhet och motsägelsefrihet, dvs. normativ koherens,[120] bör därför, åtminstone i vetenskapliga sammanhang, bytas ut mot en ständig kritisk diskurs. Detta hindrar inte att idén om att det föreligger normativ koherens, som förutsätter en monistisk rättsuppfattning,[121] kan användas som

[118] Jämförelser med rättssystem i andra kontexter, med syfte att öka självförståelsen om det egna rättssystemet, görs dels av samtida rättssystem genom disciplinen komparativ rätt, dels av historiska rättssystem genom rättshistoria. Se t.ex. Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Norstedts juridik, Stockholm 1993. För en beskrivning av ett rättssystem som är avsevärt annorlunda det västerländska se French, Rebecca Redwood, *The golden yoke, The legal Cosmology of Buddhist Tibet*, Cornell University Press, Ithaca 1995. Vindeløv använder sig av ett annat rättssystem (Japans) för att analysera det egna (Danmarks), se Vindeløv, Vibeke, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*, Akademisk Forlag, København 1997. Motsvarande vetenskapliga jämförelser kan göras med hjälp av andra vetenskapliga discipliner.

[119] Det är på detta sätt som kvinno-, feministiskt och genusperspektiv i stor utsträckning används. Jfr. även not 39. kap 5 om individuella och kollektiva rättigheter.

[120] Normativ koherens definieras som ett rättsteoretiskt kvalitetskrav på rättsordningens inre rationalitet i förhållande till bakomliggande värden och ändamål och den därmed sammanhängande frågan om rättens legitimitet. Koherens är inte ett sanningskriterium, utan ett rationalitetskriterium. "Coherence is always a matter of rationality, but not always a matter of truth." MacCormick, Neil, Coherence in Legal Justification, *De Lege*, årg 2, 1992 sid. 330.

[121] En monistisk rättsuppfattning innebär att den gällande rättsordningen anses utgöra ett avgränsat normativt system i förhållande till andra samhälleliga normsystem.

en utgångspunkt för att analysera rättens bristande normativa koherens, även i en icke-monistisk uppfattning.[122]

Med hjälp av dessa metodologiska förhållningssätt kan ramens begränsande aspekt medvetandegöras.[123] Ramen begränsar nämligen tankarnas utformning utifrån ramens område eller premisser. Tanken formuleras utifrån den både nödvändiga och begränsande ramen. Detta tänkande i tankeramen bildar utgångspunkt för förståelsen av tillvaron och med utgångspunkt i den formuleras föreställningen om tillvarons uppkomst och grund, synen på kunskap och på rätten.

Tankeramsbegreppet används inom kunskapsantropologin, som är en vetenskaplig disciplin som studerar just kunskapens kulturberoende. Med tankeramsbegreppet är det möjligt att undvika att bli fången i det antingen-eller-tänkande som präglar vår samtid i så hög utsträckning. Vi måste inte ta ställning till exempelvis distinktionen objektivism/relativism, dvs. till huruvida verkligheten är oberoende eller beroende av subjektet. Den av subjektet oberoende verkligheten antas enligt en objektivistisk uppfattning kunna utrönas genom empiriska undersökningar, eller genom att konsultera det rationella förnuftet, medan subjektet för en relativist har avgörande betydelse för kunskapsbildning och vetenskaplig praxis.[124]

Relationen subjekt/objekt ses här inte som antingen-eller utan som både-och. Objektet är varken fristående från subjektet eller beroende av subjektet. Inom en tankeram finns intersubjektiva

[122] Gunnarsson, Åsa, *Skatterättvisa*, Iustus förlag, Uppsala 1995. Gunnarsson visar på vilka inkonsekvenser som uppstår i skattesystemets struktur när det råder oklarhet om vilken fördelningsprincip som skall tillerkännas en dominerande ställning inom skatterätten. En analys av det slaget kan därmed leda till att de grundläggande principerna måste medvetandegöras, klarläggas och argumenteras för och emot. Detta rättsvetenskapliga arbetes förtjänst blir att, med hjälp av normativ koherens som ett analytiskt redskap, visa på bristen på normativ koherens, inte att "fungera som smörja i maskineriet", för att citera prof. emeritus Kurt Grönfors.

[123] Detta förhållningssätt liknar falsifiering som ett sätt att närma sig sanningen, i stället för verifiering. Här inskränker sig liknelsen enbart till tänkesättet som ett metodologiskt förhållningssätt. Jfr. not 74 i detta kap.

[124] Relativismen öppnar en möjlighet för att genus kan ha betydelse som kunskapskonstituerande faktor, men feministiska epistemologier är då, varken sannare eller mer objektiva än andra. Relativismen ger inte den feministiska diskursen större vikt, utrymme eller berättigande än någon annan "regim". Relativismen relativiserar även feminismens anspråk till den historiska, sociala kontexten och ser den som ett perspektiv bland flera, inte bättre eller sannare, inte moraliskt eller politiskt av

ställningstaganden, dvs. de är inte universellt giltiga, men de är inte heller rent subjektiva. De grundläggande ställningstagandena delas av det stora flertalet subjekt inom en tankeram. Visserligen finns det också många mer eller mindre intersubjektiva erfarenheter. Erfarenhetsbegreppet är centralt, men används inte som en i förhållande till förnuftet motsatt väg till kunskap. Förnuft och erfarenhet ses i stället som samverkande, det ena påverkar det andra och tvärtom. Erfarenheten och förnuftet är således uppbyggda kring intersubjektivitet. Det finns ingen sann erfarenhet, men erfarenheten är heller inte enbart subjektiv.

Det finns flera andra begrepp som uttrycker ungefär samma sak som tankeramen. Ett är paradigmbegreppet.[125] Detta liknar begreppet tankeram men är mer avgränsat till det vetenskapliga området än det mer generella kunskapsantropologiska begreppet tankeram. Ett paradigm innehåller enligt Kuhn fyra delar, metafysik, symboliska generaliseringar, värden-kriterier för teorival och slutligen exempel. *Inom* paradigmet bedrivs endast normalvetenskap, dvs. det råder intersubjektivitet.[126] Den *relativisering* av det vetenskapliga tänkandet som blev följden av Kuhns arbete, ledde till ett förkastande av tanken att det skulle finnas ett förnuft oberoende av kultur och historia.

Varje paradigm, eller tankeram för att få en vidare betydelse, har sin teori och en viss teori definierar en möjlig mängd empiri. Teorin och inte empirin, är det dominerande. Vi studerar och förstår empirin utifrån teorin. Det finns med andra ord ingen empiri som är neutral eller objektiv i någon universell mening. All förståelse sker utifrån en viss teori eller tankeram och de självklarheter som ingår i den. Detta överensstämmer med idén hos Popper, som menade att

högre värde. Den vetenskapsförståelse som erbjuds av riktningar som understryker att såväl kunskapsteorin som vetenskapen är sociala kan inte acceptera en given social kategori som ständigt avgörande för kunskapen som process och resultat. Hallberg, Margareta, *Kunskap och kön, En studie av feministisk vetenskapsteori*, Daidalos, Göteborg 1992, sid. 237.

[125] Kuhn, 1997. Det finns flera olika betydelser av begreppet paradigm. T.ex. vetenskapsteoretikern Håkan Törnebohm talar om *en forskares* paradigm, dvs. paradigm är ett individualistiskt begrepp i stället för Kuhns strukturella begrepp. Paradigm i Törnebohms mening består av åsikter som *orsakar* de mönster som Kuhn menar *är* paradigmet. För en beskrivning av Törnebohms paradigmbegrepp se Törnebohm, 1985, sid. 33ff.

[126] Kuhn, 1997, särskilt kap 4.

all empiri är impregnerad av teori.[127] Någon enhetlig sanning finns inte, utan en sanning gäller i varje paradigm. Ett paradigm är rådande tills ett annat tar över. Mellan olika paradigm råder sannolikt inkommensurabilitet. Inkommensurabilitets-tesen innebär att teorier som tillhör olika paradigm inte kan mätas med samma mått.[128] Någon neutral punkt för bedömning av rivaliserande teorier existerar inte. Därmed inte sagt att de är ojämförbara. För att ett nytt paradigm skall ta över krävs det att det samtida ifrågasätts genom alltför många anomalier. När anomalierna blir så omfattande att ett paradigm inte längre håller, utvecklas ett tillstånd av revolutionär vetenskap som så småningom utvecklas till en ny normalvetenskap. När ett nytt paradigm tar över behöver det ännu inte vara färdigt. Mycket kan kvarstå olöst, men det håller i det stora hela och verkar bättre än det tidigare. Så var fallet t.ex. med den kopernikanska världsbilden.[129] Det finns alltså, enligt Kuhn, ingen utveckling mot sanning, utan ett synsätt byts ut mot ett annat. Kuhn är intresserad av forskarsamhället förutom av processen vetenskap, medan Poppers intresse rör det senare. Poppers tredje värld är visserligen föränderlig men det finns en rörelse mot allt större sanningslikhet. Samma rörelse finns inte hos Kuhn. I stället anser Kuhn att kunskap måste relateras till något. Något annat än objektivitet måste ligga bakom teorivalet, t.ex. social eller politisk makt. Kuhn menar att det är forskarsamhällets makt eller en social makt som bestämmer vilket paradigm som råder.

Likheten mellan begreppen paradigm och tankeram är att de innehåller en uppsättning grundförutsättningar varifrån empirin eller verkligheten eller det studerade studeras och tolkas. Skillnaden är att paradigm är ett snävare begrepp och mer inomvetenskapligt inriktat. Med tankeram följer inte den relativisering av kunskapen som paradigmbegreppet öppnar för. Visserligen är kunskapen inom

[127] Karl Popper menade visserligen att sanningen finns, men att vi aldrig kan veta när vi hittat den. Hans föreslagna metod, i stället för verifiering, var falsifiering, se not 74 och 123 ovan. Det osanna uteslöts genom falsifiering. Imre Lakatos har nyanserat Poppers falsifikationsbegrepp genom att utvidga teoribegreppet. Falsifikation är ett relationsbegrepp mellan två teorier och vissa data. Se Lakatos, 1970.
[128] Inkommensurabilitetstesen är en central tes i den post-kuhnianska kontexten, Hallberg, 1992, sid. 26f.
[129] Molander, 1988, sid. 71. Feyerabend, Paul, *Ned med metodologin*, Zenit/Rabén & Sjögren, Lund/Stockholm 1977, särskilt sid. 59ff. och sid. 85ff.

en tankeram kulturberoende, men tankeramen är betydligt mer generell och spänner över betydligt längre tidsperioder.

2.5.2 Det självklara

Inom tankeramen ter sig förståelsen av tillvaron som självklar. "Det självklara" är det som inte problematiseras. I den rättsliga kontexten talas det t.ex. om den juridiska verksamhetens "grundantaganden" vari ingår sådant som i samhället någorlunda allmänt accepterade värderingar och uppfattningar om vad som exempelvis är "viktiga intressen", "kränkande", "otillbörligt", att analys och värderingar av faktiska händelser fungerar efter i samhället vanliga språkregler, erfarenhetssatser och tankelagar.[130] Dessa erfarenhetsbaserade överväganden kallas även "reella hänsyn".[131] Med det avses värderingar av vad som är rättfärdigt, rimligt och ändamålsenligt och dessa överväganden är till stor del produkter av rättsanvändarens egna överväganden. Andra uttryck är "tyst kunskap" och "common-sense-grundade resonemang".[132] Det som tas för givet inom vår kulturkrets och inom vårt juridiska paradigm kan också sägas ingå i juristernas teorikärna.[133]

Alla de ontologiska,[134] epistemologiska[135] och axiologiska ställningstaganden som människan utgår från i livets alla skeden är till stor del omedvetna. Det rör sig om frågor om tillvarons ursprung och grund, vad som anses som kunskap och vilken kunskap som är vetenskaplig respektive vardaglig och hur de värderas, att det exempelvis finns en uppdelning i en privat sfär och en publik sfär och

[130] Strömholm, 1996, sid. 29f.
[131] Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1971, sid. 20f.
[132] Sandgren, 1995–96a, sid. 727.
[133] Peczenik, 1995, sid. 327, som hänvisar till Imre Lakatos begrepp teorikärna. Jfr också livsform som ett begrepp som tillskrivs Wittgenstein och som introducerats i rättsteorin av Aulis Aarnio. Med livsform avses kort uttryckt vår världsbild uttryckt i vardagliga handlingar och vissa grundläggande begrepp. Detta begrepp har stora likheter med tankeram, kultur och paradigm. Peczenik, 1995, sid. 474.
[134] Ontologi avser läran om varandets väsen. Teori om verklighetens beskaffenhet, t.ex. om det finns en av subjektet oberoende verklighet eller inte. För en närmare beskrivning av begreppet se avsnitt 2.6.1.
[135] Med epistemologi menas kunskapsteori, vilket innebär teori om kunskapens uppkomst, om relationen mellan kunskapen och dess objekt samt teori om kunskapens giltighet. Hur epistemologi används i detta rättsliga arbete, se avsnitt 2.6.2.

vad som hör till vilken sfär, vilka normer som skall gälla mellan människor och vilken legitimitet de grundas på. Det handlar också om vilka kriterier som uppställs på vetenskap i allmänhet och för rättsvetenskapen i synnerhet. Det berör också var ställningstaganden om "det självklara" placeras i den vetenskapliga kontexten. Vissa ställningstaganden hänförs till metafysik och vissa förbehålls särskilda vetenskapliga discipliner.

"Det självklara" påverkar rättsförståelsen i dubbel mening.

Dels fungerar "det självklara" som utgångspunkt i konstituerandet av "det rättsliga", vad det är som regleras rättsligt (och vad som regleras i andra typer av normsystem) och hur det regleras. Lagen bygger på en förståelse av tillvaron, en heuristisk modell av verkligheten,[136] som i och med själva konstituerandet avskiljs från tillvaron eller den "verkliga" verkligheten. Rätten är normativ och inte deskriptiv, den uttalar sig om hur det bör vara och inte hur det är. Men rätten utgår trots allt från en deskription av verkligheten så som den nu en gång uppfattas. Lagen skall reglera mellanmänskliga relationer som försiggår i tillvaron. Visserligen är lagen generell och reglerar fiktiva fall, men den fiktiva beskrivningen måste ändå ha en viss verklighetsförankring eftersom den är avsedd att användas i det praktiska livet.

Dels bildar "det självklara" utgångspunkten för hur saker och ting uppfattas i själva den rättsliga tillämpningen. Det som har hänt omvandlas till rättsfakta, dvs. det objektiviseras. Det som har hänt anses kunna slås fast som obestridliga fakta. Detta är grunden för det rättsliga beslutet. Det kan i utgången eller rättsföljden visserligen modifieras genom en mängd olika subjektiva omständigheter, såsom uppsåt, förmildrande omständigheter etc. I konstaterandet av vad som faktiskt skett använder sig juristprofessionen och hela rättsprocessen sig av den allmänna erfarenhetsbasen som vi som människor bär med oss, dvs. förståelsen av tillvaron, "det själv-

[136] Med heuristisk modell avses en förståelse av verkligheten som bygger på plausibla, hypotetiska antaganden som är oprecisa, osäkra och icke-deduktiva. Om dessa antaganden tas för givna och inte ständigt utsätts för kritik kan det innebära att modellen inte är speciellt funktionell, då den baseras på felaktiga förutsättningar. För en beskrivning av heuristik, se Halldén, Sören, *Nyfikenhetens redskap, en bok om kritiskt tänkande inom vetenskapen och utanför,* Studentlitteratur, Lund 1980, sid. 122–134.

klara", utan att problematisera detsamma. Ingen förnuftig person skulle påstå att rätten finner sanningen, men det förhållandet att erfarenhetsbasen inte problematiseras och därmed görs kontextuell, att rätten i sig och den teoretiska och praktiska metoden framträder som produkter av en vetenskaplig logik, hierarki och principer som samlats i ett sammanhängande koherent system, berättigar inte desto mindre till ett övervägande av huruvida sanningsbegreppet de facto är närvarande i rättsutövningen och i rättsvetenskapen.[137]

Allt "det självklara" *ter* sig bara självklart. Det är inte givet i en universell mening, även om det är självklart givet en viss kontext. All kunskap, all erfarenhet, all förståelse är präglad av en viss kulturell kontext. Även rena beskrivningar av verkligheten rymmer normativa element, t.ex. val av språk med vars hjälp verkligheten beskrivs och därmed också upplevs.[138] Denna kontext verkar som en ram, den är en förutsättning, men den är också begränsande. Utanför ramen finns det/kan det finnas andra sätt att se.

Detta är naturligtvis en förenkling och skall inte tolkas som ett exakt återgivande av saker och tings tillstånd. Allt tänkande som försöker strukturera tillvaron och kunskapen är förenklande. Vetenskaplig kunskap handlar till övervägande del om att förenkla, att skaffa redskap, begrepp och metoder för att kunna hantera en komplex tillvaron. Detta är ett evigt dilemma. Varje vetenskaplig analys, liksom all beskrivning av tillvaron är i någon mening normativ, dvs. den kommer att styra förståelsen av tillvaron. Trots detta är det en nödvändighet att förenkla, om det överhuvudtaget skall gå att uttala sig om någonting. För att förenklingen skall bli så nyanserad och fruktbar som möjligt för den aktuella problemställningen är det emellertid väsentligt att positionen expliceras. Mer uttalade kunskapsteoretiska ställningstaganden, övergripande och konkretiserade, tenderar att expliceras endast då positionen avviker från "det självklara". Å andra sidan blir det desto vanligare att uttryckligen redovisa positionen, ju mindre självklart "det självklara" är.

Varje etablerad ordning tenderar att framställa sin egen godtyckligt uppkomna praxis som något av naturen givet, enligt Bour-

[137] Vindeløv, 1997, sid. 457f.
[138] Zahle, Henrik, *Bevisret, Oversigt,* København 1994, sid. 22.

dieu.[139] I ett traditionellt, relativt stabilt och odifferentierat samhälle är denna process så framgångsrik att det förefaller självklart att det är som det är. Denna självklarhet kallar Bourdieu för doxa. Doxa måste skiljas från ortodoxi som nödvändigheten att försvara det självklara, i ett läge då det självklara inte längre är självklart. I ett doxiskt samhälle ses den etablerade ordningen (kosmiskt, politiskt, rättsligt) inte som en möjlig ordning bland andra möjliga, utan som odiskutabelt självklar och naturenlig och därmed legitim. Den ifrågasätts inte. Begreppet doxa kan tolkas som något vidare än Kuhns paradigmbegrepp. Doxa är "...de allmänna gemensamma utgångspunkter inom fältet, varifrån olika paradigm utvecklas, och den gemensamma teorikärna/textmassa, som omfattar dessa paradigm."[140] Denna beskrivning av doxa stämmer mer överens med begreppet tankeram så som det förstås i föreliggande arbete. Trots likheterna mellan begreppen doxa och tankeram väljer jag det senare för dess koppling till kunskapsantropologin. Denna disciplin skiljer sig från sociologin, som är doxa-begreppets kontext, genom att fokusera på människan som relationell varelse i stället för på samhället som struktur. Rätten är en del av ett kulturellt historiskt överfört mänskligt sätt att verka i relationer med varandra. Det ligger därför närmre till hands att välja det kunskapsantropologiska begreppet.

Att förstå vissa saker som självklara är på samma gång en nödvändighet och en begränsning för vår förståelse av tillvaron. Det är inte möjligt att tvivla på allt, i alla fall inte på en gång. Tvivlet förutsätter vissa säkra grunder.[141] Varje forskningsproblem får avgöra vilka grunder eller axiom som skall tas för säkra eller som utgångspunkt. I detta arbete utgås från några få medvetna axiom, vilka är centrala genom att de genomsyrar och styr val av forskningsproblem och förhållningssätt. För det första är utgångspunkten att människan är relationell, med vilket avses att människan alltid

[139] Bourdieu, 1977, sid. 164.

[140] Göransson, Anita, Innovation och institution. Om receptionen av kvinnohistoria och kön som analytisk kategori. Ur *Manliga strukturer och kvinnliga strategier, En bok till Gunhild Kyle.* Sawyer, Birgit och Göransson, Anita (red.), Historiska institutionen vid Göteborgs universitet 1987, sid. 47.

[141] Wittgenstein är berömd för denna syntes. Se t.ex. Wittgenstein, Ludwig, *On Certainty*, Basil Blackwell, Oxford, 1969, § 122 och § 217. Se även Aarnio, Aulis, *On legal reasoning*, Turun Yliopisto, Turku 1977, sid. 100ff.

ingår i relationer men samtidigt strävar efter att särskiljas som individ.[142] För det andra, att människan inte är könlös utan alltid ingår i en relation där förhållandet i relationen bestäms av hans/hennes kön. Relationen är formad i enlighet med en symbolisk och en konkret ordning, vilken är historiskt överförd och verkar normerande, däremot inte i deterministisk mening. Det är möjligt att förhålla sig medvetet till relationen, som individ och i samhällelig form genom normer och föreställningar. För det tredje är utgångspunkten att föreställningen och den praktiska utformningen om tillvaron uppdelad i distinktioner är präglad av det sätt som genusrelationen är ordnad och verkar också normerande på samma relation. Slutligen är utgångspunkten också att metoder för att reflektera över och förändra förståelse samt ge underlag för förändringar bör kunna väljas fritt efter krav på ändamålsenlighet utifrån problemställningarna.[143]

Förutom de axiomatiska ställningstagandena kan själva frågeställandet i sig få bli den punkt från vilken kunskapssökandet utgår ifrån. Resultatet av frågeställandet leder till en syn på tillvaron och kunskapen som komplex, motsägelsefull och oförutsebar. Det kan liknas vid kaos-teorin inom naturvetenskapen som pekar på att sammanhangen är betydligt mer komplexa än den kausalitet som möjliggör förutsebarhet.[144] Trots att tillvaron är komplex är det nödvändigt att förenkla tillvaron för att överhuvudtaget kunna uttala sig om den. Insikten om att det kan finnas andra faktorer eller andra sammanhang som är relevanta måste emellertid hela tiden finnas. Dessutom kan anspråket på en generell eller t.o.m. universell kunskap bytas ut mot ett mer *lokalt kunskapsanspråk* som är praktiskt-moraliskt.[145] Med lokalt kunskapsanspråk avses i detta

[142] Se avsnitt 2.6.4.

[143] Detta sätt att utgå från vissa axiom kan kunskapsteoretiskt benämnas fundamentism vilket innebär att det finns vissa säkra satser eller utgångspunkter. Koherentismen kan metodologiskt användas till att kritiskt analysera de olika delarna utifrån en idé om ett sammanhang. Med begrepp som livsform blir det också möjligt att se att det finns olika sätt att uppfatta tillvaron i olika tids- och rumsdimensioner. Peczenik, 1995, sid. 471f.

[144] Se t.ex. Wiin Nielsen, 1992.

[145] Se den fiktiva diskussion mellan Hannah Arendt, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas och Richard Rorty, som Richard J Bernstein för i Bernstein, 1991 om nödvändigheten av rörelsen förbi antingen-eller-tänkandet.

arbete inte ett absolut avvisande av möjligheten av generell kunskap, utan snarare att fokuseringen på sökandet efter generell kunskap är för stark. Strävan efter generell kunskap *kan* innebära att tillvaron förenklas till den grad att kunskapen inte stämmer. Om allt det som tycks vara annorlunda, avvikande och speciellt rationaliseras bort finns det visserligen en enkel, tydlig kunskap kvar, men frågan är hur användbar och allmän den är. Om anspråket på kunskap i stället ställs lokalt, dvs. utifrån vissa konkreta frågeställningar eller utifrån vissa relationer, kan komplexiteten och konflikten mellan olika värden och erfarenheter lyftas fram och nyansera kunskapen.

2.6 Att tydliggöra tankeramen

Genom att analysera vad som ingår i tankeramen och ställa de grundläggande frågorna om tillvaron och människan ges inga givna svar, men frågeställandet har en viktig funktion och det är reflekterandet över frågeställningarna och ställningstagandena som trots allt kan göras utifrån grunder vilka är värdemässiga till sin karaktär. Den tankeram som är detta arbetes kontext och det tänkande som influerat förhållningssättet är den kunskapssyn som ser kunskapen som social och kontextuell, som betonar dynamik genom växelverkan inom olika distinktioner samt som synliggör genus som relevant.

De frågeställningar som fokuseras samlas under rubrikerna ontologi, epistemologi, värden som idéer och normer samt människan – relationellt genus. Genom att reflektera över dessa frågeställningar görs det självklara kontextuellt. Resultatet av detta blir inte en relativism utan ett ställningstagande att det är väsentligt att utgå från relationer och samband i stället för kategorier och avskiljande. I föreställningen om rätten är det väsentligt att analysera vilken erfarenhet och förståelse som är utgångspunkt för hur rätten är formad och hur den används, hur rättsliga normer förhåller sig till andra normer och vad synen på människan har för betydelse. Den individ som utgör rättssubjektet döljer att människan är relationell och relationers betydelse för varje individs möte med rätten och med andra normer. I relationer är makt en betydelsefull ingrediens. Genus används som ett relationellt och balanserande begrepp i både en konkret och en symbolisk mening.

En bärande idé i detta arbete är att själva reflekterandet över vilka

antaganden som görs kan leda till en förändrad förståelse. Själva medvetandegörandet är därmed metodologiskt. Syftet med detta avsnitt är att kort definiera och presentera de begrepp och föreställningar som är centrala i sättet att förstå tillvaron inom en tankeram. Det handlar om olika sätt att förstå de grundläggande frågorna om tillvarons väsen och ursprung, om hur kunskap uppkommer och når legitimitet, hur människors relationer organiseras i olika normer och slutligen hur synen på människan och genus formas i en process. Detta får bilda grund för en analys av och reflektion över de kriterier som vetenskapen och rättsvetenskapen uppställer för att tillgodose de inomvetenskapliga kraven på legitim vetenskaplig kunskap och huruvida dessa kriterier varierar i olika tankeramar. Avsnittet är huvudsakligen inriktat på medvetandegörande genom att reflektera över företeelser som är grundläggande för vårt sätt att förstå tillvaron. Genom medvetandegörande kan en förändring ske i en medveten riktning.

Ontologiska och epistemologiska frågeställningar vid ett studium av föreställningen om rätten kan uttryckas i tre punkter; vad är rätten, på vad grundas dess legitimitet samt hur uppnås efterlevnad? Dessa frågeställningar och de svar som ges i den rättsliga förståelsen har relevans för den rättsliga praktiken. Rätten kan också ses som ett komplex av värden förankrade som idéer och/eller normer, som ständigt förändras i interaktion med människorna i ett socialt sammanhang. Frågeställningarna kan teoretiskt isoleras från varandra. I praktiken sker emellertid en sammanblandning. Hur resonemangen förs beträffande dessa frågeställningar har betydelse för i vilken mån rätten kan användas medvetet eller inte i en axiologisk argumentation. Hur dessa frågor besvaras styr även det sätt som praktiken förstås utifrån, dvs. den faktiska situationen som bedöms i den rättsliga praktiken, med ett annat ord empirin, styrs av föreställningen om rätten, eller teorin. Om teorin inte erkänner genusrelationens relevans, syns det inte heller i den rättsliga praktiken. I detta arbete studeras den rättsliga epistemologin ur genusrelationen. De hinder som föreligger för att rättsförståelsen skall kunna hantera genusrelationen kommer att belysas i kap 4 och 5.

2.6.1 Ontologi eller tillvarons ursprung

Med ontologi förstås läran om varandets väsen. Ontologin svarar på frågor om tillvarons uppkomst och tillvarons grund. Olika förklaringar av hur världen och människorna uppkommit varierar i olika samhällen och i olika tider. Det finns även olika uppfattningar som gäller jämsides.

Människor i alla kulturer har troligen ställt sig frågan hur kosmos, världen och de själva kom till. Svaret på denna fråga avgör också vem eller vad som har legitimitet att definiera tillvaron och att organisera den. Är skaparen en eller flera gudar så är de också legitima organisatörer av tillvaron, de avgör vilken kunskap som är "riktig" och vilka normer som skall gälla i mänsklig samvaro. Förklaras skapelsen med naturvetenskapliga teorier så måste ordningen i stället ges vetenskaplig legitimitet.

"Vetenskapen är den samhälleligt sanktionerade auktoriteten i s.k. sakfrågor."[146] Den naturvetenskapliga vetenskapsuppfattningen anses prägla den samtida tankeramen, det s.k. kunskapssamhället, och hela vår kulturella förståelse av vad kunskap är – liksom tron att det går att finna sann kunskap. "Hela vår moderna civilisation är ju präglad av naturvetenskapen och en teknik och industri som bygger på denna naturvetenskap. Denna vetenskap är ett direkt arv från Galilei, Kepler och Newton, som tog över ett arv från antiken. Detta är en levande antik tradition som kanske har en påtagligare betydelse i vårt dagliga liv än någon annan kulturfaktor."[147] I denna tankeram anses knappast några andra än de rent vetenskapliga skapelseberättelserna vara vederhäftiga. Teorin om den Stora smällen eller Big Bang är idag den dominerande uppfattningen inom kosmologin, vetenskapen om världsalltet som helhet. Denna teori härrör från 1920-talet då universums expansion upptäcktes av den amerikanske astronomen Edwin Hubble.[148]

Inom tankeramen ställs de ontologiska frågorna med en mer begränsad räckvidd i förhållande till det som nu nämnts. Ställningstaganden till varandets väsen inom kunskapssamhället präglas till

[146] Molander, 1988, sid. 25.
[147] Eriksson, Gunnar, *Platon & Smitaren. Vägar till idéhistorien*, Atlantis, Stockholm 1989, sid. 34.
[148] Nørretranders, Tor, *Märk världen, En bok om vetenskap och intuition*, Bonnier Alba, Stockholm 1995, sid. 456.

stor del av tänkande i dikotomier eller motsatsbegrepp.[149] Vetenskapens sätt att förhålla sig till distinktionen antingen-eller har länge präglat kunskapssynen och kunskapssökandet. Antingen är verkligheten oberoende av människan eller så är den beroende av att människan tolkar den. Den förstnämnda uppfattningen, realismens eller objektivismens, menar att det går att uppställa universella kriterier för rationalitet. Den sistnämnda uppfattningen, relativismens, menar att det är omöjligt att formulera några som helst allmängiltiga kriterier för rationalitet. Förenklat kan det uttryckas som att det antingen finns en sanning eller också lika många sanningar som det finns subjekt. Med ett synsätt där förutsebarhet och ordning inte längre är lika starkt betonade och där de kausala sambanden ses som komplexa, kan det ligga nära till hands att upplösa distinkta begrepp och stereotypiseringar. Att förhålla sig till ett antingen-eller innebär att det skapas en föreställning om att det bara finns de två möjligheterna. I detta arbete skall argumenteras för att så inte är fallet.[150]

Att se kunskapen som social och kontextuell, och därmed även påverkad av genusrelationen, följer i en tradition som bildar utgångspunkt och inspiration för detta arbete. Enhetsvetenskapens dominans och dess tolkningsföreträde kom att ifrågasättas genom relativiseringen av kunskapen både inom och utom den naturvetenskapliga traditionen i början av 1900-talet. Den tidigare enhetliga kunskapssynen splittras och polariseras i distinktionen objektivism – relativism. Objektivism används i detta sammanhang som en beteckning för enhetsvetenskap vilken gör en skarp åtskillnad mellan *objekt/subjekt, fakta/värde* samt *teori/praktik*. Föreställningen om dessa distinktioner finns förankrade i den rättsdogmatiska metoden, både i dess vetenskapliga och praktiska verksamhet.

[149] Se avsnitt 2.3.

[150] Det vetenskapliga tänkandets prägling av dikotomier inom den samtida tankeramen, har kritiserats och överskridits av en rad vetenskapsteoretiker inom den hermeneutiska filosofin, t.ex. Hans Georg Gadamer och Paul Ricoeur. Gadamer talar om möten mellan olika förståelsehorisonter där vi måste ifrågasätta både vår egen och den andra kulturens för givna tagna föreställningar om verkligheten. Se även Bärmark, 1988, sid. 32–42. Även inom forskningssociologins Starka Program har dikotomin överskridits och förnuftsbegreppet har problematiserats och setts som socialt och kulturellt skapat. Jfr detta med problematiseringen av erfarenhetsbegreppet, Widerberg, 1995. Jfr även den argumentation jag för i Svensson, 1996. Se även Bourdieu, 1992.

Först med relativismen upplöses distinktionen mellan *subjektet och objektet*. Subjektet och externa faktorer anses kunna påverka kunskapen och kunskapsprocessens resultat. Relativismen har inget generellt vetenskapligt kriterium. Fokus riktas mot kopplingen mellan kognitiva och sociala faktorer. Vetenskapens roll i samhället blir mer central, subjektet har inverkan på objektet. Dikotomin 'antingen finns det en fast grund för kunskapen eller så gör det det inte',[151] förstärks genom att den relativa sidan i motsatsparet får fler anhängare.

Tron på vetenskapen som given vad gäller att ge de rätta värdena ifrågasattes med början på 1800-talet. Exempelvis skedde det inom den samhällsvetenskapligt orienterade traditionen, vilken under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet präglades av den dialektiska materialismen.[152] Den dialektiska materialismen kan dels ses som en generell vetenskaplig teori om de mest grundläggande lagbundenheterna för förändring och utveckling i den sociala och materiella verkligheten,[153] dels som en av delarna i den marxistiska teorin. Den innehåller i den senare tolkningen en allmän världsåskådning, vissa teser om teori och praktik samt om vetenskap och ideologi. Den marxistiska traditionen lade grunden för en mer allmän rörelse inom det vetenskapliga samhället att börja koppla ihop vetenskapen och vetenskapens resultat med andra faktorer i

[151] Descartes brukar få stå som upphovsman till distinktionen antingen-eller. Jfr not 80 i detta kap.

[152] Den dialektiska materialismen är en del av marxismen. Andra delar i den marxistiska teorin är dels den historiska materialismen som tillämpas på samhällen och deras historiska utveckling och som inrymmer Marx teorier om materiell produktion och det kapitalistiska samhällets ekonomi, dels en ekonomisk teori. Se Molander, 1988, sid. 240.

[153] Lindholm, 1980, sid. 98ff. Dialektik används ofta som ett allmänt dynamiskt, motsägelsefullt och djupt, respektabelt begrepp i såväl vetenskapliga som vardagliga sammanhang. Lindholm uttrycker det sålunda, "En debatt om dialektik blir, för att travestera Giddens, gärna som att spela Hamlet med många prinspretendenter." Lindholm, 1980, sid. 98.

samhället.[154] Kunskapen ses som en funktion av de ekonomiska och sociala förhållandena.[155]

Nyckelbegreppen i den marxistiska världsåskådningen är *materialism och dialektik*. Innebörden av begreppet materialism är för det första en ontologisk tes, dvs. att verkligheten är av materiell karaktär. Den andra innebörden av materialism är en epistemologisk tes, dvs. att kunskap om den empiriska verkligheten fås endast genom observation och konkret handlande. Marxismen tar här klart avstånd från den idealistiska och rationalistiska tradition som dominerade i 1800-talets Tyskland genom Hegel. Trots det bygger marxismen på Hegels idésystem.

Begreppet dialektik övertog marxismen från Hegel (1770–1831) som var idealist och rationalist och som i sin tur följde i Platons tradition. Kärnan i dialektiken för marxismen är erkännandet av "verklighetens motsägelsefulla natur".[156] Historiens utveckling ses enligt Hegels schema tes – antites – syntes. Men i stället för Hegels, och för den delen Platons, ande som reflekterar i sig själv och för utvecklingen vidare, är det produktionssättet som är drivkraften för den dialektiska utvecklingen.[157]

[154] Marxismen är inte enhetlig. Bland marxister finns de som förespråkar en accentuering av systemet och strukturen (system- och strukturmarxister) och de som betonar den mänskliga subjektiviteten (fenomenologiska eller existentiella marxister) och slutligen också de s.k. handlingsmarxisterna, en riktning som ligger mellan de båda tidigare. Men marxismen innehåller ytterligare ett moment utöver diskussionen om relationen mellan objekt och subjekt som är viktigt att betona i sammanhanget, nämligen det emancipatoriska kunskapsintresset. Teoretikerna har möjlighet att ingripa i samhället och bli en förändrande kraft i samhällsutvecklingen. Karl Marx uttrycker det själv i sin 11:e Feuerbachtes, "filosoferna har hittills bara tolkat världen på en rad olika sätt, vad det gäller är att förändra den." Marx, Karl, *Människans frigörelse*, Aldus/Bonnier, Stockholm 1965, sid. 122.

[155] Se t.ex. Bernal, John D, *Vetenskapens historia* Band 1–2. Gidlunds, Södertälje 1981. Merton, Robert K, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, New York, Collier-MacMillan Limited, London, 1968.

[156] Molander, 1988, sid. 242.

[157] Termen dialektik kommer från de grekiska orden dialektiké och tekné och betyder konsten att samtala eller diskutera. Dialektiken som begrepp dateras till 400-talet f.Kr och förknippas med Zenon. Den berömda triaden tes-antites-syntes i tysk filosofi brukar tillskrivas Hegel. Hegel byggde på en tradition, men utvidgade begreppet till att hävda att man bara kunde komma till verklig kunskap via motsägelsefulla påståenden och att kunskapsprocessen speglades i verklighetens utveckling. Den verkliga kunskapen förutsatte att man accepterade och smälte samman teser som motsade varandra.

Under 1920-talet utvecklades, vid Institutet för Socialforskning i Frankfurt, en anti-positivistisk tradition vilken med ursprung i marxismen kritiserar upprätthållandet av dikotomin antingen/eller, den s.k. Frankfurtskolan. Frankfurtskolan är en benämning som innehåller många olika riktningar och två generationer där de främsta företrädarna för den första är Horkheimer, Adorno och Marcuse och för den andra Habermas, Schmidt och Offe. De gemensamma nämnarna är idén om ett ständigt tredje alternativ mellan Hegelianism (rationalism och idealism) och Empirism. Den har liksom marxismen ett emancipatoriskt intresse men är varken objektivistisk och materialistisk eller subjektivistisk och idealistisk. Den bygger i stället på socialiteten i ett kraftfält. Det är irrelevant att tala om sanning, men genom människors möjlighet till kritiskt tänkande i en socialitet och genom en förmåga till kommunikativt handlande sker en ständig utveckling mot förnuft. Ett mål var att återförena *teori och praktik.* Teori och praktik måste återförenas för att kopplingen dememellan skall kunna bli synlig.

Frankfurtskolan anses vara influerad av den humanistiska vetenskapstraditionen och särskilt hermeneutiken. Hermeneutik var ursprungligen en tolkningslära, men har alltmer kommit att fokusera på vad tolkning är och vad det är som gör att jaget upplever något som just detta och inget annat. Förståelse och villkoren för en sådan är centralt. Det finns inga universella tolkningsregler. I stället för att tala om tolkningsregler vill Gadamer tala om ontologi och i stället för subjektet som studerar objektet talar han om verkningshistoria,[158] vilken är en process att jämföra med dialektiken. Historien verkar i oss och har effekter på oss och människan kan inte för ett ögonblick göra sig fri från historien. Syftet är inte att hitta slutgiltiga tolkningar. Idén om en riktig tolkning är suspekt. Det viktiga är just skapandet av tolkningar och kreativiteten som sådan. Ontologin är språkligheten. Människor har del i förnuftet i och med att de har del i språkligheten. Förnuftet utvecklas genom en dialektisk process mellan människa och språklighet.

Heidegger går ännu längre genom att mena att "Språket är varats

[158] Andersson, Sven, Hermeneutikens två traditioner – om skillnader mellan Schleiermacher och Gadamer. Ur *Kunskapens villkor, En antologi om vetenskapsteori och samhällsvetenskap*, Selander, Staffan (red.), Studentlitteratur, Lund 1986, sid. 152f.

hus", och att "(t)änkandet är i sitt väsen såsom tänkande av varat taget i anspråk av varat".[159] Han ser inte förnuftet som något i sig utan det finns i varat och det kan människan släppa in om hon öppnar sina sinnen. Språkligheten är varats hus och ljuset kommer från varat. Heidegger menar, vilket skiljer honom från Gadamer, att vare sig varat eller förnuftet kan utvecklas. Eller rättare sagt, det är ingen relevant frågeställning eftersom varat inte är uppbyggt efter något mönster. Vi kan aldrig få en helhetsbild, vi vet inte ens om det finns något mönster eller inte.

Motsatsställningarna mellan förnuft å ena sidan och tradition, fördom och auktoritet å andra sidan, som varit så djupt befästa sedan upplysningen, förkastas. "Förnuftet är ingen förmåga eller egenskap som kan frigöra sig från sina historiska sammanhang och horisonter. Förnuftet är ett historiskt eller situerat förnuft som alltid får sin speciella makt inom en levande tradition. För Gadamer är detta ingen begränsning eller brist hos förnuftet utan kärnan i det förnuft som är rotat i den mänskliga ändligheten."[160]

Gadamers och Heideggers idéer om språkligheten som grunden för varat har påverkat Frankfurtskolan att se språket som viktigt om än inte grundläggande. Det grundläggande, enligt Frankfurtskolan, är i stället människornas *socialitet* och *det kommunikativa förnuftet*, vilket bygger på och är inriktat på ömsesidig förståelse. Språket är centralt men ses snarare som ett redskap i kommunikationen. Denna kommunikativa rationalitet anses inom Frankfurtskolan vara central i utvecklandet av det moderna, kvalitativt demokratiska samhället. Runt dessa kommunikationsprocesser kretsar Habermas teori om det kommunikativa handlandet.[161] Det kommunikativa förnuftet är verksamt varhelst vi talar med varandra. I just detta finns en potential till en demokratisk samhällsutveckling.

Förutom en upplösning av den objektivistiska kunskapssynens distinktioner objekt/subjekt och teori/praktik förordar Frankfurtskolan även en upplösning av *fakta/värde*. En kritisk teori om det moderna samhället bör förklara sina egna utgångspunkter och ta utgångspunkt från sig själv. Samhällskritik kan ske i en inomveten-

[159] Heidegger, 1996, sid. 5 och 73.
[160] Bernstein, 1991, sid. 65.
[161] Se Habermas, Jürgen, *Kommunikativt handlande: texter om språk, rationalitet och samhälle*, 2 uppl. Daidalos, Göteborg 1996.

skaplig teori och den skall inte förhålla sig neutral till moraliska och etiska frågor. Tvärtom bör den kunna beröra frågor om rätt och moral. De normativa grunderna för teorin bör vara explicita i teorin.[162]

Relativismen som kunskapsteoretisk ståndpunkt, utvecklades ur en kritik av uppfattningen att verkligheten är teorioberoende. Öppningen kom emellertid till stor del från icke-relativister. Popper öppnade för möjligheten att se verkligheten som teoriimpregnerad.[163] Relativismen kan sägas bestå av en mängd olika uppfattningar, som är mer eller mindre toleranta. Det gemensamma skulle vara att kunskapen är relativ, dvs. att det inte finns en av betraktaren oberoende verklighet, och att kunskapen är kopplad till ett visst kunskapsintresse. Bakom teorivalen ligger social eller politisk makt. Ett stort genombrott fick denna inriktning genom Thomas Kuhn.[164] Kuhn var själv inte relativist, utan talar om normalvetenskap inom ett paradigm. Det innebär att det kan finnas en "sanning" i temporär mening inom ett paradigm, men att det blir svårt att hävda att det finns en evig sanning. Det finns normalt inte heller flera olika paradigm som är likvärdiga på samma gång. Paradigmen är inkommensurabla och ersätts av ett nytt när anomalierna blir för många.

Det finns enligt Kuhn ingen utveckling mot sanning, utan ett synsätt byts ut mot ett annat. Så var fallet t.ex. med den kopernikanska världsbilden. Jämfört med Popper är Kuhn intresserad av forskarsamhället, förutom processen vetenskap. Poppers tredje värld är visserligen föränderlig men det finns en rörelse mot allt större sanningslikhet. Samma rörelse finns inte hos Kuhn. I stället anser Kuhn att kunskap måste relateras till något. Något annat än objektivitet måste ligga bakom teorivalet såsom social eller politisk makt. Kuhn menar att det är forskarsamhällets makt eller en social makt som bestämmer vilket paradigm som råder.

Paradigmbegreppet öppnar för en alltmer relativistisk syn på kunskap och vetenskap. Gränsen mellan vetenskap och ickeveten-

[162] Månson, Per, (red.), *Moderna samhällsteorier, Traditioner riktningar teoretiker*, 3 uppl. Prisma, Stockholm 1993, sid. 288.
[163] Molander, 1988, sid. 33.
[164] Kuhn, 1997.

skap kan inte dras genom strikta demarkationsregler.[165] Fokus förskjuts till studier av vetenskapens utveckling. Kunskapsobjektet konstitueras i ett bredare sammanhang där omgivande kontext har betydelse för hur konstitueringen sker. Kuhn menar att det finns ett flertal metoder, inte bara logisk analys som hos objektivisterna. Syftet med vetenskapen enligt Kuhn är beskrivande. Vetenskapen behöver inte värderas eller legitimeras, utan istället förklaras och förstås.

Popper, Kuhn och Feyerabend har förhållit sig till och kritiserat metoden empirismen, men inte vetenskapen och den vetenskapliga kunskapen som sådan. De är samtliga normativa och ger olika metoder för hur vetenskapen skall bli bättre.

Med hjälp av Kuhns paradigmbegrepp (Kuhn tänkte först och främst på naturvetenskapliga discipliner i sin diskussion om paradigm) läggs grunden för disciplinen forskning om forskning vars intresse rör relationen forskarsamhälle och kognitiva produkter. I stället för att fokusera på ontologiska och epistemologiska frågor ställs frågorna varför vissa resultat uppkommer. Den traditionella indelningen i dikotomier förkastas och i stället söks ett tredje alternativ. Krohn t.ex. förordar, i stället för både universalism och motsatsen perspektivism (eller relativism), "open-ended search" i ett försök att få de olika förståelsehorisonterna att närma sig varandra.[166] Kunskapssökandet ses som i processform. När vi håller på att skaffa kunskap är det en intern angelägenhet. Den "färdiga" kunskapen är allmän och utsätts för kritik. Alternativet till empirism eller värdeneutralitet och relativism eller intressestyrd innebär fostran i ett paradigm som ger vissa anvisningar, *men* möjligheten att ta sig ur detta och hitta nya formuleringar och lösningar finns. Slutligen förordas en kombination av organiserad skepticism och tro inom ett paradigm.

Förhållandet till distinktionen objektivism-relativism och ifrågasättandet av den, har präglat vetenskapen generellt. Inom den samhällsvetenskapligt orienterade vetenskapsteorin är studieobjektet

[165] Hallberg, 1992, sid. 21.

[166] Krohn, Roger G, Scientific Ideology and Scientific Process: The Natural History of a Conceptual Shift. Ur *The Social Production of Scientific Knowledge. Sociology of the Sciences,* Volume I, Mendelsohn/Weingart/Whitley (eds.), Ridel, Dordrecht 1977.

emellertid ett annat än i den naturvetenskapligt orienterade. Det är samhället som är objektet för forskning och vetenskapliga teorier. Hela samhällsvetenskapen med dess olika discipliner och skilda teoretiska inriktningar tillhör en enda bred intellektuell tradition, menar Per Månson.[167] "Det moderna samhällsvetenskapliga projektet" omfattar alla samhällsvetare av idag. Även denna tradition har anor tillbaka till det antika Grekland liksom övrig vetenskaplig kunskap, men som specifik samhällsvetenskap i modern mening utvecklades den under 1700-talet och början av 1800-talet. Bakgrunden till uppkomsten av en samhällsvetenskap var de olika naturvetenskapernas hastiga utveckling från 1600-talet och framåt i en egen naturvetenskaplig fåra och dessutom dess avskiljande från filosofin hundra år senare. Allt samhällstänkande skedde inom ämnet filosofi från Platons dagar tills det under 1700-talet utkristalliserade sig en mer politiskt och ekonomiskt inriktad filosofi. Denna inriktning kom att så småningom bli samhällsvetenskapen.

Förutom samhällsvetenskapens avskiljande från filosofin skedde ett avskiljande av rättsfilosofin och rättsteorin. Rätten hade alltid tidigare varit en central del av filosoferandet, dvs. det som från början anses ha varit den stora vetenskapen. Rättssystemet var det normsystem som upprätthöll den ordning som filosoferna eftersträvade. Samhällsvetenskapen som helhet har således gemensamt ursprung med naturvetenskapen och filosofin. Samhällsvetenskapen ligger nära rätten i en vid mening, då samhällsvetenskapen sysslar med samhället som består av sociala varelser, dvs. människor. Människornas beteende i samhället styrs delvis av rättsliga normer. Förutom att samhällsvetenskapen avskiljts från de övriga områdena har den dessutom internt splittrats upp i flera olika discipliner. Varje disciplin har specialiserat sig på någon del eller aspekt av samhällslivet.

Men förutom detta finns det också inomteoretiska orsaker till splittringen av samhällsvetenskapen. I samhällsvetenskapen blir relationen *objekt/subjekt* påtagligt problematisk. Problemet är att vår föreställning om vetenskap på många sätt står i motsättning till vår föreställning om vad det är att vara människa. "Vetenskapen sysslar med det lagbundna, det förutsägbara och kontrollerbara, kort sagt

[167] Månson, 1993, sid. 14.

med en föreställning om något *objektivt*. När vi föreställer oss människor ingår det som en viktig del i denna föreställning att vi tänker, talar och handlar som *subjekt*, dvs. att vi är utrustade med något som kan kallas 'fri vilja'."[168] Vissa av de samhällsvetenskapliga riktningarna betonar det objektiva vetenskapsidealet medan andra betonar den mänskliga subjektiviteten. Inom en stor del av naturvetenskaperna kan det vara lättare att bortse från den mänskliga subjektiviteten, men det är svårare att göra vid studier av ett samhälle som trots allt till stor del består av människor i samspel. Knappast någon samhällsvetenskaplig tradition är enbart objektivist eller subjektivist. Det är snarare så att det grundläggande problem som de flesta samhällstänkare studerat och analyserat är främst *förhållandet mellan* det objektiva och det subjektiva.

Inom flera riktningar av samhällsvetenskapen, främst sociologin, har problemet lösts som så ofta förr, genom att skilja på det som inte går ihop, i detta fallet samhälle och människa. Synen på samhället som ett överindividuellt mönster har i stort sett dominerat. Det är ett systemtänkande som går ut på att helheten är något mer än alla delar tillsammans. För strukturalismen och funktionalismen och nyanseringen strukturfunktionalismen är syftet med en vetenskap om samhället att finna de objektiva och överindividuella förklaringarna till ett samhälles utseende. Den mänskliga subjektiviteten är inte det grundläggande problemet. Det är det däremot i fenomenologin. Den tar utgångspunkt i den mänskliga subjektiviteten och den värld som de konkret existerande människorna lever i. Som en motsvarighet till strukturalismens begrepp om en social struktur och funktionalismens begrepp om ett socialt system har inom fenomenologin begreppet om den mänskliga livsvärlden utvecklats.[169]

Ytterligare ett problem är förhållandet mellan det abstrakta och det konkreta. Eftersom vetenskapen generellt (enligt det naturvetenskapliga idealet och Den vetenskapliga metoden) strävar efter att uttala sig om övergripande samband och att kunna förutsäga resultat, måste vetenskapens bild av verkligheten bli förenklad, annars skulle det antagligen inte vara möjligt, eftersom verkligheten är så mångfacetterad och komplicerad. "All vetenskap, liksom an-

[168] Månson, 1993, sid. 15.
[169] Månson, 1993, sid. 19.

nat tänkande, bygger således på sådana förenklingar, dvs. på *abstraktioner* och *begrepp*. Alla begrepp är i denna mening förenklingar av den konkreta mångfaldiga verkligheten."[170] Inom naturvetenskapen är det möjligt att i experimenten försöka eliminera störande faktorer och att analysera vilka faktorer som är störande och vilka som är betydelsefulla att ha med för att få "rätt" resultat. I samhällsvetenskapen är det knappast möjligt att göra experiment i samma mening och det blir svårare att bestämma och isolera faktorer som är störande. Här uppställs i stället kravet att studieobjektet skall betraktas teoretiskt, och att betrakta allt det som på ett abstrakt plan anses ligga utanför som irrelevant i sammanhanget. Som Karl Marx uttryckte det, vid en analys av de ekonomiska formerna är abstraktionskraften dess enda hjälpmedel.[171]

2.6.2 Epistemologi eller kunskapens villkor

Med ontologisk uppfattning följer olika sätt att förhålla sig till de kunskapsteoretiska frågorna, dvs. epistemologiska ställningstaganden. Till ontologiska ställningstaganden hänförs ovan nämnda frågor om tillvarons och kunskapens väsen avseende bland annat relationen mellan kunskapen och dess objekt, dvs. om det finns en av subjektet oberoende verklighet eller inte, om verkligheten är språklig eller om den består av människans socialitet. De kunskapsteoretiska frågorna hänger samman med de ontologiska ställningstagandena men fokuserar närmare på hur kunskap nås, relationen mellan den som söker kunskap – subjektet – och föremålet för kunskapen – objektet – samt på vad kunskapen grundar sin legitimitet.

De två huvudsakliga vägarna till kunskap har, alltsedan Aristoteles och Platons dagar, ansetts vara antingen erhålles kunskap genom *erfarenhet* eller genom *förnuft*. Båda metoderna har det gemensamt att sanningen ansetts kunna nås. Det finns emellertid en stark åtskillnad mellan subjekt och objekt i de båda uppfattningarna. Empiristen menar att kunskap nås genom att observera verklig-

[170] Månson, 1993, sid. 16.
[171] Marx, Karl, *Kapitalet*, Första boken, Zenit, Lund 1974, sid. 3.

heten eller objektet. Det finns en av människan oberoende verklighet som vi kan nå kunskap om genom empiriska undersökningar. Undersökningarna kan göras med hjälp av olika metoder som verifierar eller som falsifierar. Subjektet anses vara passivt registrerande och kan inte påverka vare sig undersökningen av objektet eller resultaten, i vart fall inte om rätt metoder används. Rationalisten anser att kunskap erhålles med teoretiska, logiska, rationella resonemang med vars hjälp sanningen nås. Subjektet är här visserligen inte passivt, tvärtom, men har trots det ingen påverkan på resultatet. Sanningen kan ändå nås eftersom alla rationella subjekt kommer fram till samma resultat.[172] Även om det finns en av människan oberoende verklighet kan det metodologiskt föerligga problem med att nå den. Vissa förespråkar induktion och verifiering, åter andra deduktion och falsifiering.

Objektivismen, till vilken både empirismen och rationalismen hänförs, blir normativ, i den meningen att om sanningen kan nås, bör den också eftersträvas och följas. Kontexten betyder ingenting, inte heller vem subjektet är. Om subjektet är man eller kvinna spelar således ingen roll. Genus kan möjligtvis ha betydelse om det ligger i kunskapsobjektet.

Möjligheten av en objektiv hållning eller en positionslöshet, har ifrågasatts utifrån olika positioner eller relationer, varav ett är kön/genus. Epistemologier vilka betonar subjektets betydelse för objektet kan utgå från att det inte finns en given sanning. Subjektet påverkar objektet på olika sätt i olika skeden, i val av forskningsobjekt, metod, axiomatiska utgångspunkter och eventuellt också genom aktiv tolkning. Det finns en mängd olika varianter som fokuserar på olika faktorer. Forskningens beroende av olika materiella, ekonomiska och politiska faktorer har betonats starkt under större delen av 1900-talet bl.a. genom olika varianter av den marxistiska skolan. På senare år har andra faktorer betonats starkare, bl.a. psykologiska och sociologiska. Till viss del har detta skett beträffande delar av forskningsprocessen. Det har gjorts skillnad på externa och interna faktorer och på olika delar av forskningsprocessen genom en uppdelning i *context of discovery* och *context of justification.*

[172] Förutom Platon så brukar René Descartes framhävas som den stora rationalisten.

Att subjektet påverkar objektet vid val av forskningsproblem (*context of discovery*) är knappast längre kontroversiellt, men att så även är fallet med kunskapens innehåll, dvs. vilka resultat som produceras (*context of justification*) är måhända något mindre självklart. Genus som vetenskaplig kategori har däremot inneburit en fokusering på subjektets betydelse för hela forskningsprocessen. Resultatet påverkas här i allra högsta grad genom hur forskningsprocessen läggs upp.[173] Om vetenskapen förstås som ett teoretiskt och socialt fenomen, som tar sin början i eller som åtminstone passerar ett mänskligt subjekt, finns det utan tvekan en principiell möjlighet att genus kan ha betydelse för kunskapsbildning och vetenskaplig praxis.[174] Kritiken mot en ensidig kunskapsproduktion har till stor del formulerats utifrån den sociala praktiken. När kvinnor, efter en lång period av avskildhet, formellt fick tillgång till kunskapsproduktionen, det politiska samhället och till rätten (både som rättsliga aktörer och som föremål för rättsliga processer, till en början främst i den publika sfären) blev ensidigheten påtaglig. Kunskapens grund, vare sig det är förnuft, erfarenhet eller materiella, politiska, ideologiska förhållanden, började kritiseras som ensidig och dess anspråk på objektivitet och allmängiltighet ifrågasättas. Detta har skett inom allt fler områden då kritiken både underlättas av och underlättar i sin tur, den generella rörelsen som fokuserar på subjektets och olika externa faktorers betydelse för kunskapspro-

[173] Ett exempel är all medicinsk forskning som så gott som uteslutande använder sig av män och särskilt unga värnpliktiga män som forskningsobjekt. När det gäller t.ex. depressionsforskning har den kvinnliga biologin med alla cykliska svängningar länge setts som belastande avvikelser från den normala människan, dvs. mannen. Biologin har setts och ses fortfarande av många forskare och läroböcker som förklaringen till kvinnors depressioner. Willadsen, Jytte, Hysterikan och psykopaten – om könsskillnader i psykiatrin, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1 1989. Jfr. också Dorothy Smiths kritik av de begrepp som sociologer använder sig av och som baserar sig på uppdelningen i en privat-publik sfär, rationalitetsbegrepp, den evolutionära synen på samhällets utveckling m.m. Smith, Dorothy E, *The everyday world as problematic a feminist sociology*, Northeastern Univ. Press, Boston 1987. Jfr. även två olika rättsvetares syn på äktenskapet som ett kontrakt eller som en institution och skillnaden på vad de inrymmer i sin studie av äktenskapet, Aarnio, Aulis, Äktenskapet som avtal. Ur *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Sandgren, Claes (red.), Norstedts juridik, Stockholm 1993 samt Nordborg, Gudrun, Äktenskapet som könskontrakt. Ur *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Sandgren, Claes (red.), Norstedts juridik, Stockholm 1993.

[174] Hallberg, 1992, sid. 237.

duktionen. Bland de som (åter)infört genus som vetenskaplig kategori återfinns alla olika kunskapsteoretiska riktningar representerade.

Alla dessa riktningar har möjliggjort eller ytterligare förstärkt en relativisering av kunskapens resultat. Det bör i enlighet med dem inte anses finnas en sanning, utan flera eller kanske ingen.[175] Ett alternativt sätt att se vetenskapens uppgift är att uppnåendet av sanningen inte är det mest centrala målet, utan i stället att teorierna är funktionella. Teoriernas hållbarhet prövas genom ett funktionstest och de används så länge de är funktionella, trots att de i vissa fall uppenbarligen inte är sanna.[176] Empirin är teoriimpregnerad och kunskapen ses som preliminär. Teorierna är nödvändigtvis förenklingar av tillvaron, de beskriver inte tillvaron utan är endast en approximering av densamma. Men för att de skall vara funktionella krävs att de beaktar de faktorer och de relationer som är centrala. Vad som är centralt måste få variera beroende på vad det är som studeras och i vilket sammanhang.

Uppdelningen mellan subjekt och objekt, i både en empiristisk och en rationalististisk variant, utesluter en fokusering på subjektets betydelse för forskningsprocessen. Det är först genom medvetandegörandet om våra epistemologiska utgångspunkter som gränsen mellan motsatserna löses upp. Subjektets betydelse för forskningsprocessen i olika avseenden har betonats på olika sätt. Inom den humanistiska forskningen har t.ex. hermeneutiken som tolkningslära tillämpats sedan 1700-talet. Men även inom naturvetenskaplig och samhällsvetenskaplig forskning har subjektets påverkan av forskningens metoder, problemställningar och resultat kommit att erkännas. Detta har möjliggjort genus som vetenskaplig kategori

[175] Beträffande sanningsbegreppet se Peczenik, 1995, sid. 652–676. Jfr även Victor, Dag, *Rättssystem och vetenskap, Studier kring en analysmodell för ideologiska system*, P A Norstedt & Söner förlag, Stockholm 1977, sid. 111, där han presenterar de tre mest kända teorierna om sanning, korrespondensteorin, vilken innebär att någon form av överensstämmelse skall föreligga mellan det som tillskrivs sanning och verkligheten, koherensteorin, vilken innebär att kriteriet på sann entitet är att den ingår i ett system och slutligen pragmatismen, vilken innebär att det sanna utmärks av att dess bruk leder till framgångsrika resultat.

[176] T.ex. Newtons gravitationsteori, Feyerabend, 1977, se t.ex. sid. 52. Feyerabend hävdar att de mest lyckade vetenskapliga undersökningarna inte följt någon förordad vetenskaplig metod och att de bör undvikas i möjligaste mån. Hans kunskapsteori är en anarkistisk i motsats till rationell. Se även Popper, 1996, sid. 33ff.

eller relation i skilda delar av forskningsprocessen. Men varken kvinnoforskning, feministisk teori, genusperspektiv eller genusteori är någon enhetlig teoribildning.[177] Det som förenar den forskning som synliggör kön/genus är en kritik av den forskning som osynliggör kön/genus relevans. Vetenskapen är inte könsneutral och det är inte tillvaron eller den sociala verkligheten heller. Mannen och det manliga är norm för kunskapsprocessen. Relationen mellan kvinnor och män är impregnerad av makt, både konkret och symboliskt. Makten är till största delen icke-intentionell, men förstärks dessutom av intentionell maktutövning.[178] Utöver dessa gemensamma nämnare finns det stora skillnader inbördes. Viss feministisk teori är objektivistisk och hävdar att det finns en sanning som vi kan finna om bara metoderna är tillräckligt bra och om genus tas med som relevant kategori.[179] Den s.k. feministiska ståndpunktsteorin är objektivistisk. Den har kritiserats av t.ex. Sandra Harding som i stället förordar ett närmande till postmodernismen. Postmodernismen har fått stor utbredning inom feminismen och är en reaktion mot "Det moderna projektet" eller moderniteten, vilket bygger på ett återupprättande av det platonska/aristoteliska vetenskapsidealet med ett upplyst förnuft och ett avskiljande från "allt det andra". Att göra anspråk på förnuft är att utöva makt, enligt postmodernismen. Postmodernismen är anti-paradigmatisk och avvisar teoretiskt individualismen. I stället byggs sociala nätverk och tillfälliga sammanslutningar kring vissa konkreta intressen som löses upp när det är klart. Den feministiska postmodernismen avvisar möjligheten att berätta den sanna historien och dessutom alla försök till metaberättelser. Begränsning bör ske till de sammanhang vi verkar i. Den

[177] Holmberg, 1993b, sid. 211. Med forskning utifrån ett visst perspektiv brukar avses att en viss målgrupps intressen hävdas. Genom en sådan perspektivforskning kan målgruppens ställning i samhällets makthierarkier klarläggas. Forskningens kunskapsproduktion kan då möjliggöra en förändring av sådana makthierarkier. Men det blir nekligen något märkligt med en sådan definition av perspektiv då frågan är om genusperspektiv. Eftersom alla människor tillhör något genus, blir målgruppen *hela befolkningen*.

[178] Rätten är central i upprätthållandet av det sätt på vilket relationen är strukturerad.

[179] Den feministiska empirismens kritik av vetenskapen utgår från att den sociala verkligheten visar att vetenskapen inte lyckats uppnå hela sanningen utan bara delar av den. Empirismen som metod anses i enlighet med denna vara bra och det finns en sanning. Vidareutvecklingen av feministisk empirism i ståndpunktsfeminis-

avvisar alla försök att grunda något på något annat utom på sig själv. Det går inte att hitta några generella definitioner. Människan är social och lever i ett komplext socialt sammanhang. Det går inte att tala om en utveckling utan om olika slags rationaliteter. Detta kan leda fram till splittrade subjekt i två bemärkelser. För det första kan varje subjekt tillhöra olika intressegrupper som kan vara i konflikt med varandra. För det andra kan individerna bli splittrade i sina identiteter. Individerna är inte självklart manliga eller kvinnliga utan alla bär inom sig möjligheter till en massa olika. Eftersom det inte finns något sant eller falskt har ingen automatiskt mer rätt än någon annan. Det kan leda till en extrem individualism, trots att individualismen faktiskt avvisades.

Andra som betonar genus betydelse har en relativiserad syn på kunskapen. Åter andra betonar tolkning och förståelse. Variationerna är lika många som inom det som inte hänförs till feministisk forskning. Det är snarare frågan om att tillföra kunskapsprocessen ytterligare en faktor eller relation som är central, oavsett vilken övrig epistemologisk ståndpunkt som tas. Genusteori kan i en mening ses som en metateori, i en annan mening som ett metodologiskt förhållningssätt för att möjliggöra en analys av den vetenskapliga självförståelsen.

Ett ställningstagande i detta arbete är att subjektet alltid studerar objektet utifrån en teori.[180] Observationen är inte bara en observation utan själva seendet är präglat av en teori.[181] Och oavsett om kunskap nås genom förnuft eller erfarenhet är det *i* och *genom* människan, dvs. subjektet, som kunskapen förstås och formuleras. Förnuft och erfarenhet kan likaväl ses som sammankopplade. Förnuftet formas genom erfarenheter och erfarenheter tolkas med

men grundar sig på en materialistisk syn men den hävdar att kvinnors erfarenheter är annorlunda än männens erfarenheter generellt. Detta bestämmer vilka erfarenheter och vilken kunskap man uppnår. Men detta är kopplat till problem hur man legitimerar denna syn på en filosofisk nivå. Frågan är om det möjligt att tala om kvinnors erfarenheter och om alla kvinnor har samma erfarenhet.

[180] Jfr. Poppers formel, se not 74 i detta kap.

[181] Nerheim, Hjördis, *Vitenskap og kommunikasjon, Paradigmer, modeller og kommunikative strategier i helsefagenes vitenskapsteori*, Universitetsforlaget AS, Oslo 1995, Kap 12, sid. 209-212. Exempel som Nerheim använder sig av är om en stiliserad bild föreställer en fågel eller en antilop samt om Kepler och Brahe såg samma sak eller inte när de tittade på soluppgången (!). Brahe ser att solen stiger upp och Kepler ser att jordens yttergräns faller bort.

hjälp av förnuftet. Den kunskapsbildande processen är inte förutsättningslös.[182]

Om kunskapen ses som kulturberoende och formad i en tankeram och både förnuft och erfarenhet grundas på en (eller flera) intersubjektiv(a) förståelser blir genus likaväl som en mängd andra faktorer avgörande för hur de självklara antagandena uppfattas. Genus finns alltid med i utgångspunkterna, men för det mesta inte explicit. Betydelsen av genus förbises allt för ofta.

2.6.3 Värden som idéer och normer

Människan är primärt en social varelse. Det är genom relationer människan konstitueras i sin egenskap av just människa. Innehållet i dessa relationer formas i enlighet med den tankeram som är för handen.

I begreppet relationer ligger, åtminstone implicit, en överenskommelse om konflikthantering och därmed om beteendestyrande – rättsliga eller endast konventionsstyrda – normer. Normerna i ett komplext samhälle, med många relationer och relationer av olika karaktär, bildar system, och systemen bygger kriterier som relaterar till normsystemets grund. Ytterst söker med andra ord normerna någon form av formell eller funktionell legitimitet. Sådana legitimeringsgrunder skiftar genom tiden. Det kan t.ex. vara fråga om en grundläggande gudomlig auktoritet, men det kan också vara idéer om härskarens historiska auktoritet eller fördrag mellan medborgarna och härskarna liksom idéer om naturliga och eviga värden eller rationalitet, som vetenskaplig inomsystematisk grund.

Alla normsystem, rättsliga såväl som icke-rättsliga, har det gemensamt att de relaterar sig till mellanmänskliga relationer. Normsystemen är just normativa, dvs. de innefattar en explicit eller implicit uppmaning att bete sig på visst sätt. Sanktioner, återigen rättsliga likaväl som icke-rättsliga, har det gemensamt att de fungerar som en förstärkning av detta normativa drag.

Normer är således en funktion av mellanmänskliga relationer och dessa bygger på värden. Såtillvida har normsystemet en inneboende dynamik, eftersom ett effektivt normsystem visserligen inte förut-

[182] Selander, 1986, sid. 16.

sätter koherens men åtminstone exkluderar ständig öppen konflikt mellan tydliga värden och konkretiserad, dvs. tillämpad, norm. Både normerna och tillämpning av normerna kan sägas vara tolkningar av tillvaron och därmed av värden utifrån en tankeram. Rätten, i meningen rättsordningen, har här en speciell roll, nämligen att parallellt uttrycka och bevara den av tankeramen präglade tolkningen och värdena. Det ligger därmed en konservativ egenskap i just rättsordningen som sådant, genom dess stabiliserande effekt. Ordningen bevaras, och rätten erbjuder därmed människorna en form av emotionell trygghet, en slags tydlighet som sannolikt är nödvändig för att kunna hantera alla de intryck en komplex verklighet erbjuder.

Samtidigt är rättens innehåll inte bestämt av en oberoende verklighets innehåll. Det går med andra ord inte att tala om en rättens ontologi. Rätten och dess innehåll ses här som en produkt skapad och tillämpad av människor, det är ett ideologiskt system av normer[183] eller en förkroppsligad föreställning av vår förståelse av rätten.[184] En annan sak är att normerna *i sig* bygger på en ontologisk uppfattning av världen och människorna i den. Normer bygger just på värden, värden som konkretiseras i idéer vilka i sin tur konkretiseras i rättsliga eller icke-rättsliga normer. Vi finner dessa värden på olika sätt. De kan uttryckas som implicita (t.ex. pacta sunt servanda) eller explicita (t.ex. arbetsmiljölagstiftningens målstadganden) idéer uttryckta i rättslig form – i den svenska konstitutionen ofta uttryckta som "målsättningsstadganden" –, men de kan också återfinnas i intersubjektiva ideal, dvs. i ideal som delas av de flesta i samhället och som kommer till uttryck på olika sätt i det politiska, samhälleliga eller privata livet. Det är just idéerna som överförs mellan människor, och som bildar kontinuitet mellan olika generationer med samma kulturella bakgrund. Överföringen sker genom insocialiseringsprocesser av typ uppfostran och utbildning men framförallt genom praktisk handling – det är ett av de mest typiska dragen i mänsklig verksamhet, professionell såväl som privat, att inlärning sker genom härmning och upprepning.[185]

[183] Victor, 1977.
[184] Grbich, Judith E, The Body in Legal Theory, *University of Tasmania Law Review,* Vol. 11, 1992, s. 27
[185] Jfr "Barn gör inte som du säger, de gör som du gör".

Det är alltså idéerna som lever vidare, och det är det gemensamma idéarvet som utgör den kulturella kontextens historiska kitt. Dessa idéer kan, men måste inte, expliceras som rättsliga eller ens icke-rättsliga konkretiserade normer. Mellan rättsliga och icke-rättsliga normsystem finns det dock ett beroendeförhållande, såtillvida att implementeringen av rättsliga normer underlättas radikalt av deras överensstämmelse med de icke-rättsliga normerna. I den utsträckning rättsliga normer verbaliserar idémässigt starkt förankrade mellanmänskliga konventioner existerar över huvud taget inte någon implementeringsfas, medan omvänt rättsliga normer som saknar sådan idémässig förankring kan bli verkningslösa utan starka implementeringsstrategier, normalt i form av effektiva sanktioner. Samtidigt interagerar de olika typerna av normer, så att en ursprungligen svagt idémässigt förankrad norm, typ bältespåbudet och hjälmtvånget i svensk trafiklagstiftning, så småningom internaliseras så att normens materiella innehåll känns som en självklarhet oberoende av såväl sanktioner som t.o.m. uttrycklig rättslig reglering.

Den nu redovisade indelningen i värden, idéer och normer är naturligtvis starkt schematiskt, närmast en heuristisk, modell. Syftet är att försöka förstå varför olika i rättssystemet uttryckta värden kommer att nå olika framgång.[186] Ett skäl är att värden till sin natur inte är, och antagligen inte heller, av dynamiska skäl, bör vara internt systemkoherenta. Olika, många gånger lika starkt, förank-

[186] Anna Christensen har hävdat att det finns vissa normativa strukturer som är genomgående i rätten. Vid avvägningar mellan olika värden och normer tenderar vissa normativa strukturer att slå igenom på bekostnad av andra. Christensen, Anna, Konflikt eller harmoni. Två normativa strukturer. Ur *Politisk filosofi. Rättigheter*, Sällskapet för politisk filosofi (red.), Symposion Stockholm/Stehag 1988. Christensen, Anna, *Hemrätt i hyreshuset: en rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd*, Juristförlaget, Stockholm 1994. Min kritik mot att fastställa vissa normativa strukturer är att de blir normerande för förståelsen, strukturerna kommer att styra hur vi ser på tillvaron. Visserligen är det svårt att undvika att slå fast desamma. Om det görs så är det viktigt att de betydelsefulla strukturerna finns med. Jag saknar en central normativ struktur bland Christensens strukturer, genusstrukturen.

Jfr också Dworkins skiljelinje, så som den beskrivs av Simmonds, mellan principer, som definierar och skyddar en individuell rättighet och samhälleliga handlingsprogram, vilka uppställer kollektiva mål. Vid kollision mellan dessa har de individuella rättigheterna företräde. Visserligen kan en juridisk norm rättfärdigas både enligt samhälleliga handlingsprogram och principer. Simmonds, 1994, sid. 111f.

rade värden kan stå i konflikt. När olika på sådant sätt kolliderande värden samtidigt finns uttryckta i rätten måste en avvägning ske, åtminstone så snart man i tillämpningen stöter på rättslig argumentation från de konfliktande parterna, där argumentationen tar sin utgångspunkt i två sådana *olika* värden. I sådana värdekonflikter tvingas man i lagstiftningsproceduren att söka nå en avvägning mellan de olika värdena, och i tillämpningen nå en balans eller ett explicit ställningstagande. Inom såväl rättstillämpning som rättsvetenskapen har därför utvecklats ett system av prioriteringar, vanligen benämnt rättskälleläran, utvecklad inom rättsteorin med en rad regler av skall, bör och får-karaktär.[187] Konflikten mellan olika värden kan emellertid understundom också komma att osynliggöras just genom den rättsliga regleringens karaktär eller, i tillämpning, genom att vissa omständigheter osynliggörs såsom varande icke-rättsligt relevanta eller, tvärtom, lyfts fram som rättsligt relevanta. Här har vi en dold systeminkoherens, som rättsvetenskapen kan lyfta fram, och som säger oss mycket. Ett av de mest uppenbara exemplen är kanske synen på offrets ansvar när det gäller våldtäkt respektive rån. I våldtäktsmål förekommer ett, understundom märkligt utvecklat, resonemang om kvinnans skuld såsom provokatör, t.ex. beroende på utmanande klädsel. Ett motsvarande resonemang när det gäller rika personers utmanande rikedom, såsom skuldbefriande för rånaren, är uteslutet och skulle med stor säkerhet bli föremål för stark kritik.[188]

Rättssystemet kan också negligera att fråga är om konflikt mellan olika värden. Det kan leda till att ett av de kolliderande värdena inte får något genomslag, trots att de finns uttryckt i internt rättskällemässigt starka rättskällor, t.ex. grundlagen. Den svenska grundlagen innehåller en rad olika sådana intersubjektiva kulturellt kontextbundna ideal, typ idén om ett demokratiskt statskick, allas likhet inför lagen och jämställdhet mellan könen. Det är uppenbart att flera av de värden, som med samma dignitet formuleras såsom rättsligt skyddade värden i grundlagen, kolliderar. I tillämpningen i svensk rätt har sådana kollisioner ofta lösts genom att den konkretiserade rättsregeln i vanlig lag reellt får företräde framför den

[187] Jfr Peczenik, 1995, kap. 3, särskilt 3.2.4.
[188] Jfr not 51, kap. 4.

mer allmänna idé som kommer till uttryck i grundlag. De värden som endast uttrycks som idéer förefaller i svensk tradition ha svårare att nå genomslag än de som konkretiserats i form av rekvisit i lagstiftning av annars, enligt rättskälleläran, lägre dignitet. En förklaring därtill kan vara den betydelse den skandinaviska realismen, särskilt såsom den idémässigt utvecklats av Olivecrona, haft för synen på rättsligt beslutsfattande och dess gränser.

Om betoning sker av rätten som ett system av normer för beteendestyrning och konflikthantering blir likheten med andra icke-rättsliga normer tydlig.[189] Det som särskiljer de rättsliga normerna från andra är de speciella, av rätten själv, uppställda kriterierna för vad som anses vara rättsligt. Det blir med andra ord formella, inte materiella, kriterier som särskiljer rättsliga från andra normer. Gränsen är inte given, utan avgörs inom tankeramen. Ofta överlappar de olika normsystemen varandra. Möjligen finns rentav ett internt beroendeförhållande. En norm kan exempelvis vara både rättslig och religiös, t.ex. de normer som ingår i Dekalogen och de som ingår i Tid Guds Bud. Andra normer är mer pragmatiskt förankrade och saknar motsvarighet i såväl äldre tid som i icke-rättsliga normer, t.ex. trafikregler (som så småningom internaliseras).

Inom vissa områden upprätthålls gränsen strikt mellan det rättsliga och det icke-rättsliga. Det är särskilt uppenbart när statsmakten utövar konkret makt, dvs. där det är fråga om en (presumtiv) konflikt mellan statsmakten och samhällsmedlemmarna, t.ex. straff- och skatterätt. På andra områden, där statsmakten endast har ett indirekt egenintresse, är istället fråga om en mer diffus gränsdragning. Inom den klassiska civilrätten regleras således parternas mellanhavanden primärt enligt sedvänja, handelsbruk och standardavtal. Dessa regleringar innefattas av det rättsliga normssystemet, trots att de inte konkretiseras i lagtext. Annan typ av sedvänja, såsom t.ex. konventioner inom sällskapslivet, anses däremot inte innefattas av rättssystemet. Övergrepp, som sedan länge varit rättsligt sanktionerade i den publika sfären, har först på senare år reglerats rättsligt i samma utsträckning när övergreppen skett inom

[189] Jfr fristående imperativer som består av både moralnormer och rättsliga normer. Olivecrona, 1976, sid. 129ff.

familjen.[190] Gränsen mellan rättslig och icke-rättslig reglering är således knappast konsekvent och är sällan – inom den traditionella rättskälleläran närmast aldrig – föremål för uttrycklig argumentation.[191]

Den traditionella rättskälleläran, som erkänner vissa typer av rättskällor men inte andra, har på senare år utsatts för kritik. Som en reaktion har idén om en polycentrisk rättskällelära vuxit fram i slutet av seklet. Flera rättsvetenskapliga arbeten har använt sig av, vid tillfället, otraditionella rättskällor såsom underrättsavgöranden när andra erkända rättskällor saknats eller givit skeva beskrivningar av rättsläget.[192] Andra har gått än längre och studerar icke bindande, men ändock normativa, rekommendationer utfärdade av en myndighet.[193] Detta förefaller naturligt i ett allt mer komplext samhällsbygge, där civilrättens grunder i ett marknadsekonomiskt system måste bygga, inte på lagstiftning utan, på handelsbruk och sedvänja. De värden som ger den civilrättsliga grunden i ett fungerande marknadsekonomiskt system, såsom t.ex. Pacta sunt servanda, har ju inte heller tidigare konkretiserats som självständig rättsregel, men ändock uppfattats som självklara såväl i rättstillämpning som av rättsvetenskap och i lagstiftningsproceduren.

Det är inte bara den traditionella rättskälleläran som kan utsättas för kritik. Kritik kan, och har, också riktats mot rätten i dess konstituerande del, dvs. mot vilka antaganden, vilken erfarenhet och vilken syn på tillvaron som ligger till grund för lag och rättstillämpning. På motsvarande sätt kan kritik riktas mot bestämningen av lagens tillämpningsområde – vad som är rättsligt relevant, vad som inte är det och varför – samt mot synen på rättssubjektet. Rättssubjektet i liberalismen som idé är fri, oberoende och jämlik. Det är denna syn som även i välfärdsstaten präglat den grund-

[190] Se Dahlberg, 1990. Exempelvis kriminaliserades våldtäkt inom äktenskapet först 1965 och misshandel på enskild plats löd inte under allmänt åtal förrän 1982.
[191] Ett undantag är Håkan Hydén. Denna diskussion har än så länge inte publicerats utan finns i manus Hydén, Håkan, Del 4 *Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler*, opubl. manus 1993-08-20, sid. 5.
[192] T.ex. Christensen, Anna, *Avstängning från arbetslöshetsersättning*, Norstedt, Stockholm 1980, Hollander, Anna, *Omhändertagande av barn en studie av barnavårdsmål vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982*, Aktuell juridik, Stockholm 1985.
[193] Se Påhlsson, 1995.

läggande synen på individen. Såväl empiriska som intellektuella argument kan dock anföras för att en rimligare utgångspunkt är rättssubjektet som del av en relation, impregnerad av beroenden, lojalitet och därmed av makt.[194] Kritiken kan lätt överföras till tillämpningen av rätten, tydligast i bestämmandet av vad som betraktas som rättsligt relevant och vad som inte anses vara det.

I föreställningen om rätten, formulerad både genom rättsvetenskapen och den praktiska juridiska verksamheten, finns en strävan efter normativ koherens. Denna strävan tar sig uttryck *dels* som normerande för sättet att förstå tillvaron, *dels* som strävan i användandet av rätten. Denna strävan efter ordning har å ena sidan den positiva verkan att det ökar förutsättningarna för förutsebarhet och, i viss utsträckning, lika behandling, två värden som åtnjuter hög dignitet i rättsstatsbegreppet såsom det vanligtvis uppfattas idag, men har å andra sidan den negativa verkan att konflikter mellan olika oförenliga värden kan komma att osynliggöras. I vissa värdekonflikter är detta mer accentuerat än i andra. Rättssystemet förefaller helt enkelt erkänna vissa konflikter, men samtidigt vara blind eller ställa sig indifferent inför andra. Genusrelationen, och de specifika särdrag som har eller kan ha samband med denna, är en sådan relation som tenderar att osynliggöras, med de absurda konsekvenser som det leder till vid nyss nämnda jämförelse med offrets skuld vid våldtäkt respektive rån. Rättssubjekten ingår helt enkelt inte i en genusrelation, åtminstone inte som ett rättsligt relevant faktum *in casu.* Lagen är könsneutral – och tillämpningen blir, som i exemplet, könsspecifik utan att detta ens reflekteras över. Genusrelationen som symbolisk och konkret ordning blir *genom regeln om att kön saknar relevans* osynliggjord. När genusrelation är ojämn, beroende på makt eller andra omständigheter, i förståelse och praktik, kommer rättssystemets könsneutralitet därför snarare att befästa än att förändra rådande förhållanden, trots politisk-ideologisk konsensus om värdet i såväl praktik som förändringskrav. Möjligheten att rättsligt jämna ut en ojämn relation är nämligen starkt begränsad, så länge rättssubjekten primärt betraktas oberoende av den konstituerande maktrelationen.

[194] Jfr detta med den metod som Dorothy E Smith använder sig av i sina studier av sociologin, se särskilt Smith, 1987. Jfr även Naffine, 1990.

Formellt råder ingen ojämställdhet. Reella förhållanden saknar rättslig relevans.[195] Värdet – alla människors lika värde – har omvandlats till en abstrakt idé – jämställdhet mellan kvinnor och män – som visserligen är rättsligt förankrad konstitutionellt, men också endast konstitutionellt. Konfliktens grundläggande natur osynliggörs i den konkreta lagstiftningen, jämställdhetslagen, som omvandlar kärnproblemet till specifika rättsligt relevanta kriterier, innebärande att hela den rättsliga prövningen i det konkreta fallet kommer att fokusera på atomisering, in casu-argumentation och bevisproblematik. I sin konkretisering innebär det att jämställdhetslagen inte ställer sig könsneutral. Tvärtom verkar rättssystemet här konserverande varvid rådande genusrelationer befästes och osynliggörs redan genom själva den rättsliga tekniken för konfliktlösning. För att utjämna en ojämn relation, eller för att uppnå det värde som uttrycks i *rätten som idé,* måste man nämligen i de konkreta normerna ta utgångspunkt i just ojämställdheten. Neutralitet förutsätter således att rättssystemet tar ställning.

2.6.4 Människan – relationellt genus

Synen på människan är central i tankeramen. Människan som subjekt i forskningsprocessen har berörts ovan. Återstår den centrala frågan om människan kan förhålla sig fri till självklarheterna i tankeramen eller är fångad i dem.

Förklaringsmodeller som betonar materiella eller strukturella faktorer i förändringsprocessen tenderar att undervärdera möjligheten till förändring – människan som fånge i världen – medan idealistiska historieskrivningar tenderar att överbetona specifika individers (särskilt manliga) självständiga roll i samma process. En mer vanlig position idag är att människan visserligen formas av den kulturella kontext hon lever i, men att hon samtidigt interagerar gentemot denna kontext och således påverkar densamma.[196] Olika

[195] I den mån rätten pretenderar på att öka jämställdheten, genom Lag om jämställdhet i arbetslivet, gör den det på ett könsneutralt sätt, förutom i själva målformuleringen.

[196] Förklaringsmodeller som bortser från människans potential och vilja till förändring har lett till en djupt pessimistisk och uppgiven hållning, menar t.ex. Mathiesen, 1982, sid. 9f. Det har visserligen funnits tendenser som mer betonat individen och den potential som finns hos varje människa att ta ställning. Mathiesen talar inte

faktorer såsom ekonomiska och sociala, liksom tankeramen, sätter gränser för den specifika individens möjlighet att påverka denna kontext. Man kan också uttrycka det som att tiden, eller situationen, förändrar medvetenheten och ger incitament till förändring. När tiden är mogen, dvs. när en idé så att säga ligger i luften och finns instinktivt i många eller flertalet människor, kan vissa individer uttrycka och formulera den kritik som kan leda till en förändrad förståelse.[197] Samspelet mellan individen och kollektivet innefattar relationer i vilka idéer formas och får uttryck.

En utgångspunkt i detta arbete är att människan är relationell. Med det förstås att människan drivs av två motverkande krafter; å ena sidan söker människan alltid relationer, å andra sidan strävar hon samtidigt efter att särskiljas som individ.[198] I den utsträckning

om individens handlande utan om kollektivets. När det gäller relationen mellan kvinna och man är det till stor del frågan om individuella relationer, både i den privata och den publika sfären och det finns inga givna kollektiv på samma enkla sätt som det gör t.ex. i många politiska frågor. Habermas menar i sina senare arbeten att det är livsvärlden som är det intressanta och det viktiga studieobjektet för de nya rörelserna, t.ex. feministisk teori, miljö- och fredsrörelsen. Han betonar vidare livsvärldens betydelse, framför olika materiella, ekonomiska förklaringsmodeller. Det senare är inte oviktigt, men betoningen har alltför starkt skett på just dessa faktorer, enligt Habermas 1996. Dessa rörelser bör vara universella och offensiva. Det gemensamma för dem är just att de inte riktar in sig på ekonomin utan på livsvärlden. Detta kan ses som en medveten kritik mot den stora betydelse som vi i det moderna och postmoderna samhället lägger vid ekonomin. Intressant att notera är en viss kritik mot ekonomers tolkningsföreträde. Se t.ex. Rothstein, Bo, Veta de icke vad de göra? *Moderna Tider*, nr 70, 1996.

[197] Medvetenheten om en ojämn maktrelation kan exempelvis öka genom olika konkreta händelser samt genom en *alltmer ökad genuskonflikt som följer med en ökad integrering mellan man och kvinna, både i strukturellt och indivduellt avseende.* Den ökade genuskonflikten kan leda till en febril aktivitet åt båda håll. Konflikten kan vara en öppning till en förändring men kan också vara hotande och leda till en tillbakagång. Se SOU 1990:44 kap. 3 samt Faludi, 1993. Mathiesen talar om motmakt som en strategi för att ta sig ur vanmakt, visserligen främst på ett kollektivt plan. Se Mathiesen, 1982.

[198] Jag menar att *både* män och kvinnor har, i alla fall potentiellt, en strävan efter samhörighet och särart, något som i objekt-relationsteorin endast betonas för det kvinnliga könet. Se vidare diskussionen i Svensson, 1996. För objekt-relationsteorin, se Chodorow, Nancy, *The Reproduction of Mothering, Psychoanalysis and the Sociology of Gender,* University of California Press, Berkeley 1978. Keller, Evelyn Fox, *Reflections on Gender and Science*, Yale University Press, New Haven and London 1985. I Frankfurtskolans människosyn är det grundläggande socialiteten, dvs. människan i ett socialt system eller som social individ. Socialiteten är lika viktig för Frankfurtskolan som språket är för en hermeneutiker. Människorna har del i förnuftet, vilket omfattar sådana saker som politik, moral och ideologi. Det är

detta är en korrekt iaktagelse innebär det att den relation vari rättssubjektet ingår är ett essentiellt tolkningsdata för bedömning av såväl rättssubjektets status som de olika händelser och intentioner som bildar faktaunderlag vid den rättsliga prövningen. Rättssubjekten ingår i en relation, en relation belastad av en mängd olika institutionella, metafysiska, historiskt överförda förståelser som påverkar det individuella agerandet, och får därför i en rättslig prövning inte ses som fristående kategorier. Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att hävda att händelser, till synes fristående fakta, måste placeras in i sitt sammanhang för att vi skall förstå och rätt bedöma vad som hänt och varför.

De två drivkrafterna, att människan alltid ingår i relationer och samtidigt strävar efter särskiljande som individ, har separerats och bejakats i olika sfärer av den mänskliga tillvaron. De är ihopkopplade med olika delar av livet genom en historiskt överförd förståelse likaväl som genom en levd praktik. Det individuella draget har betonats i den publika sfären av livet, medan strävan efter samhörighet har betonats i den privata sfären, i familjen, bland de nära anhöriga. Under lång tid har dessutom den publika sfären befolkats av i första hand män och den privata sfären av i första hand kvinnor. Detta sätt att förstå tillvaron styr också hur vi uppfattar den. Vi ser och förväntar oss olika typer av kriterier som styrande för mänskligt agerande inom de olika sfärerna. I den publika sfären får huvudregeln vara den individuella, fria och jämlika människan som styrs av en rationalitet i sitt handlande. Det är först där det är uppenbart att så inte är fallet som skyddsreglering inträder av en svagare part såsom arbetstagare, konsument, hyresgäst. I den privata sfären är huvudregeln att individerna styrs av ett gemensamt intresse inom familjen. Det är upp till familjen att lösa olika fördelningsproblem som kan innebära att den ena blir beroende av den andra, ekonomiskt eller på annat sätt. Regleringen av den sfären uttrycker med tiden alltmer ideologin om oberoende, jämställda individer, ekonomiskt och i vissa fall t.o.m. ett skydd för den ekonomiskt starkare parten. Förändringen från 1800-talet fram till idag har gått i motsatt riktning om en jämförelse görs mellan den familjerättsliga och den arbetsrättsliga lagstiftningen. På familjerättens område har en avreglering skett och en övergång från synen på beroende familjemedlemmar till oberoende individer har gjorts. På

arbetsrättens område har det varit en motsatt tendens. Från en föreställning om avtalsfrihet mellan fria, jämlika parter har en skyddsreglering alltmer tillkommit under 1900-talet, i avtal och i lag.[199]

De två strävandena, till individualitet och samhörighet, sammanfattar jag i begreppet *relationell.* Jag menar att dessa strävanden finns närvarande samtidigt överallt i mänsklig tillvaro och inte att den ena hör till en sfär av livet och den andra till en annan. Visserligen innehåller relationerna olika saker beroende på vilken relation det är. Relationen är impregnerad av en mängd olika faktorer som påverkar de inblandades position i relationen. Det kan vara makt i olika betydelser, ekonomiskt beroende, känslor som förälskelse, kärlek, hat, ansvar, omsorg, lojalitet, vänskap, tidigare erfarenheter i den relationen eller i en annan relation m.m.

Människan är mest formbar i unga år. Den tidiga socialiseringen antas av en del forskare vara förklaringen till bl.a. könsordningen.[200] Men även senare under livet förändras människan i relation med andra. Detta kallas för sekundärsocialisering.[201] Flertalet människor ingår i genusrelationer, där individen, man eller kvinna, möter en annan person, man eller kvinna. De två individerna blir bekräftade och bekräftar varandra utifrån den historiskt överförda förståelse och praktik av vad det innebär att vara man respektive kvinna. Insocialiseringen på ett individuellt plan sker i den s.k. genusformerande processen där båda parter är medskapande i relationens utformning. Denna process försiggår inte i enskildhet, utan i

genom en dialektisk process mellan människan och samhället som förnuftet utvecklas. Fastän människan är en avbild av samhället så är samhället samtidigt en mänsklig produkt. Människorna har en frihet och möjlighet att förändra samhället genom att bli medvetna. Kunskapsintresset är emancipatoriskt, idealet är frigörelse för att en dialektisk process skall kunna sträva mot evig förändring mot förnuft. Förnuftet frigörs både för människan och samhället när de gör sig medvetna om sina tvångsföreställningar.

[199] Nordborg, 1993 sid. 19. Henning, Ann, *Tidsbegränsad anställning, En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner,* Juridiska Föreningen, Lund 1984, sid. 506ff.

[200] Se t.ex. Chodorow, 1978. Hartsock, Nancy, *The feminist standpoint revisited and other essays,* CO Westview Press, Boulder 1996.

[201] Den sekundära socialiseringen är central t.ex. i den symboliska interaktionismen, Se t.ex. Deegan, Mary Jo, Symbolic Interaction and the Study of Women: An introduction. Ur *Woman and Symbolic Interaction,* Deegan, M J & Hill, M (eds.), Allen & Unwin, Boston Mass. London 1987, sid. 7.

interaktion med samhället i övrigt och genusrelationen som symbolisk och konkret ordning.

Hur det lilla barnet bemöts och vilka förebilder det får har naturligtvis betydelse för hur det blir som människa senare i livet. Vi förändras och påverkas emellertid även under andra perioder i livet, av olika händelser och skeenden samt i interaktion med andra, särskilt nära relationer. Med detta perspektiv förstås inte paret som en stabil enhet uppbyggd av två avskilda individer. I stället tas fasta på relationen mellan mannen och kvinnan och hur denna utvecklas och förändras i och genom relationen. "När man tar fasta på relationen mellan kvinna och man innebär det att könsmakten måste studeras ur både kvinnans och mannens synvinkel. Det är inte mannen som är härskaren och kvinnan offret utan *könsordningen är något båda två är delaktiga i att konstruera.* Det betyder inte att mannens överordning uppfattas som legitim eller att kvinnan med förtjusning underordnar sig olika former av förtryckande behandling. Det innebär inte heller att parrelationen kan reduceras till ett förhållande av under- och överordning. Det betyder endast att maktasymmetrin mellan kvinnan och mannen inte enkelt låter sig fångas eller analyseras eftersom vi har att göra med ett komplext nät av interaktion *som också är relaterat till de samhälleliga strukturerna.*"[202]

Makt finns med som en del i alla mellanmänskliga relationer. Relationerna är impregnerade av en mängd olika faktorer bundna till just den aktuella relationen eller till mer allmänna saker. Maktbegreppet är centralt i genusrelationen, även om det huvudsakligen rör sig om makt i en något annorlunda aspekt än vad som brukar menas med makt.[203] Med utgångspunkt i den kvinnoforskning som synliggjorde och kompletterade den ensidiga kunskapsbilden med kvinnors liv och villkor, fokuserades maktförhållandena mellan kvinnor och män. Både kön/genus och makt är centrala begrepp i

[202] Holmberg, Carin, *Det kallas kärlek: en socialpsykologisk studie om kvinnors underordning och mäns överordning bland unga jämställda par*, Anamma, Göteborg 1993, sid. 17f.

[203] För olika definitioner av makt se SOU 1990:44 och Petersson, Olof (red.), *Maktbegreppet*, Carlsson Bokförlag, Stockholm 1989.

feministiska teorier[204] som används dels som beskrivningar av verkliga förhållanden, dels som analytiska redskap. Det centrala i teorier som använder sig av maktbegreppet är att det är *relationen mellan* kvinnor och män som fokuseras. Makt ses framför allt som ett relationellt begrepp. Begreppet genus avser således hur kvinna och man konstitueras genom relationen till varandra. Feministisk forskning är vanligen samhällskritisk, vetenskapskritisk och tvärvetenskapligt orienterad. I den feministiska forskningen betonas möjligen det kritiska förhållningssättet mer än i den kompletterande kvinnoforskningen.[205] Förutom att fokusera på kvinnors liv och villkor sätts maktförhållandena mellan kvinnor och män i fokus. Begreppen kön och makt används både som beskrivningar av verkliga förhållanden och som analytiska redskap.

Begreppet makt är mångtydigt och inte heller okontroversiellt. Det finns ett stort antal definitioner varav vissa står i strid med varandra medan andra snarare kompletterar varandra eller belyser olika aspekter av makt. Det entydiga resultatet av Maktutredningen var, enligt Yvonne Hirdman, att det inte är möjligt att fånga 'makt' i ett formaliserat begrepp.[206] Makt är att definiera vad makt är och själva föreställningen om vad makt är, är i sig en betydande maktfaktor.[207] För att kunna använda sig av begreppet som ett vetenskapligt analysinstrument krävs det därför en bestämning av det som tjänar sitt syfte i sitt speciella sammanhang. Det för denna framställning ändamålsenliga maktbegreppet karaktäriseras av att det primärt är rumsligt, icke-intentionellt, relationellt, strukturellt och normerande.

[204] Det finns en mängd olika feministiska teorier, patriarkatsteorier, radikalfeminism, marxistisk feminism, socialistisk feminism, olika två-systemteorier, enhetsteori och teorier om genussystem, varav en socialantropologisk och en som betonar makt och kön.

[205] Kvinnoforskning och feministisk forskning används även synonymt, se Holmberg, 1993b, kap. 7. Begreppen i sig är emellertid inte det centrala, utan snarare de olika aspekterna och fokuseringarna i den forskning som använder kön/genusbegreppet.

[206] Hirdman, Yvonne, (red.), *Maktens former*, Carlsson Bokförlag, Stockholm 1989, sid. 10.

[207] Jfr Strahl, Ivar, *Makt och rätt,* 10 uppl. Iustus förlag, Uppsala 1994, sid. 142, där Strahl skriver att själva föreställningen om vad rätt är, är en betydande maktfaktor. Jag tolkar det så som att han menar att den som har problemformuleringsprivilegiet är den som har makten.

Förståelsen av maktförhållandet mellan kvinnor och män bör för det första förstås som ett *rumsligt begrepp*.[208] Yvonne Hirdman menar att "...kvinnors position i samhället i förhållande till mäns, utmärks av deras mindre plats, inskränkta rörelsefrihet, kontrollerade handlingar. Kvinnoförtrycket utmärks just av kontroll av kvinnors rörelseförmåga: i det fysiska och det psykiska rummet. A lägger beslag på /hindrar B:s rörelsefrihet, A tar plats på B:s bekostnad."[209]

Maktens *icke-intentionella* sida betonas som särskilt betydelsefull. Makt som icke intentionellt beteende skiljer sig från den vanligaste definitionen av makt såsom avsiktligt handlande. Med det avses att någon har en möjlighet att genomdriva sin vilja gentemot någon annan. Redan i definitionen infogas därmed ett element av vilja vilket innebär att makt förutsätter ett handlande, en avsikt, ett val mellan alternativ. Den aspekten av makt finns givetvis också i relationen mellan män och kvinnor, men den skall inte fokuseras här. Mäns självklara sätt att ta plats, framför allt i den publika sfären, kan i stället förstås som maktformerande utifrån ett *icke intentionellt beteende*. Det är inte säkert och inte ens troligt att vare sig mannen eller kvinnan observerar att mannen tar plats på kvinnans bekostnad. Att män pratar mer på möten, använder sig av ett annat språk, blir lyssnade på och uppmärksammas mer, dessutom som mer sammansatta personer, som mer aktiva, som subjekt osv. uppfattar vi ofta inte.[210] En kvinna som tar plats och pratar mycket är däremot väldigt dominerande. Kvinnors aggressivitet upplevs som negativ när samma beteende hos mannen kan ses som positivt och som ett tecken på ambition.[211]

Makt som icke-intentionellt handlande passar bättre in i samman-

[208] Jfr def av makt i kap 1.2 i SOU 1990:44 där inget sägs om denna aspekt av makten. Se även Petersson, 1989. I SOU 1990:44 kap. 3 Genussystemet, uppmärksammas och kritiseras just detta förhållande.

[209] SOU 1990:44, sid. 79.

[210] Se t.ex. Einarsson, Jan & Hultman, Tor G, *Godmorgon pojkar och flickor. Om språk och kön i skolan*, Liber, Stockholm 1984. Coates, Jennifer, *Women, Men and Language*, Longman, London, 1986. Nordenstam, Kerstin, Hur talar kvinnor och män till vardags? *Kvinnovetenskaplig tidskrift* Nr 1 1990, sid. 33.

[211] Se t.ex. *SOU 1994:3 Mäns föreställningar om kvinnor och chefskap,* Betänkande av Utredningen om kvinnor och chefskap, särskilt kap. 5.

hanget då maktrelationerna mellan kvinnor och män studeras.[212] Båda parter medverkar i formeringen av relationen. Denna frivilliga formering sker utifrån och främjas av betingelserna för makten, dvs. strukturen eller systemet som ligger till grund för den icke-intentionella makten. Den icke-intentionella makten mellan kvinnor och män verkar på ett individuellt och samhälleligt plan i enlighet med strukturen, genussystemet.[213] Denna struktur ingår i den kulturella kontexten, i tankeramen.[214] Så länge dessa självklarheter inte tar sig extrema uttryck upplevs de som självklara och ingår som en naturlig del i det sociala spel som finns mellan kvinnor och män. Men, hävdar Rita Liljeström, det 'osynliga' och det 'normala' möjliggör de mer extrema formerna av maktutövande eller förtryck. För att se detta bör större uppmärksamhet riktas mot det "normala" könsspelet.[215]

Makt betraktas ofta som en egenskap hos en individ eller grupp. Det innebär en allmän förmåga att få igenom sin vilja oavsett gentemot vem makten utövas. Denna aspekt av maktbegreppet är inte särskilt relevant i detta sammanhang. Makt definieras här som ett relationsbegrepp. Om makt ses som det *inflytande* en människa

[212] Jag vill i sammanhanget poängtera att min avsikt inte alls är att förneka att det finns en hel del intentionellt maktutövande från mäns sida gentemot kvinnor som i extrema former uttrycks i sexualiserat våld, pornografi och prostitution. Det förekommer i stor utsträckning och är ett mycket stort samhällsproblem. Detta konstateras också i ett flertal utredningar och propositioner, t.ex. SOU 1995:60 och Prop. 1993/94:147. Men, utan att förminska det intentionella maktutövandet i någon grad, så är mitt "huvudföremål" det icke-intentionella.

[213] Genussystemet ingår som en del i Maktutredningen SOU 1990:44 och är utarbetat av Yvonne Hirdman som i sin tur tagit utgångspunkt i Joan Scotts genderteori. Joan Scott, amerikansk historiker och feminist, är kritisk till den normativa och ortodoxa forskningstraditionen inom historia, som råder både inom den traditionella källforskningen men också inom den tolkande, hermeneutiska traditionen. *I båda traditionerna används erfarenhet som bevis och det ifrågasätts inte.* Det måste alltid finnas en kritik av all erfarenhet. Erfarenhet, menar Scott, reproducerar snarare än ifrågasätter givna ideologiska system. Olika förståelser av erfarenhet bygger på föreställningen att individen redan finns och att erfarenhet läggs på individen. I stället, menar Scott, bör man studera hur individen blir till, bland annat genom erfarenhet. I stället för att göra individ och erfarenhet till två olika enheter som kan förstås var och en för sig, så bör de förstås som en process. Subjektet konstitueras genom processen erfarenhet. Det är olika erfarenheter som gör någon till man respektive kvinna. Scott, Joan W, Experience. Ur *Feminists Theorize the Political*, Butler, Judith & Scott, Joan W, (eds.), London, Routledge, 1992.

[214] Se Holmberg, 1993a, för hur genussystemet verkar på en individuell nivå.

[215] Liljeström, 1981, sid. 199.

har på en annan människa kan makten knappast sägas vara varken god eller ond.[216] Makt är enligt ett sådant synsätt inte en egenskap utan en relation. I den meningen finns makt alltid med i relationer och den är som sagt inte i sig själv god eller ond. Hirdman benämner maktrelationen mellan kvinnor och män som ett genuskontrakt. "Ett sätt att systematisera dessa olika rationaliteter är att teoretisera i termer av genuskontrakt. Kontrakt ska här förstås som en osynlig relation, en övertagen, kulturellt nedärvd "överenskommelse" ett slags (tvångs)band mellan två enheter."[217] Kontrakt, poängterar Hirdman, får inte uppfattas som en medveten överenskommelse mellan två parter, utan snarare som mellanrummet mellan män och kvinnor i vilket inryms beroendet, alla idéer och föreställningar, informella och formella regler och normer som genusfigurerna genererar/ade om mäns och kvinnors platser, sysslor och egenskaper i ett samhälle. Det är i detta mellanrum eller i denna relation som maktbegreppet blir viktigt att definiera och analysera. Eftersom begreppet kontrakt i ett rättsvetenskapligt sammanhang är så impregnerat av ömsesidig medvetenhet och uttryck för vilja och överenskommelse föredrar jag att använda begreppet *genusrelation*.[218] I förståelsen av maktbegreppet som relationellt ingår att makt kan ses som en möjlighet att utöva makt, dvs. som en latent maktrelation. Den latenta möjligheten karakteriserar relationen och inte de parter som ingår i den.

Genusrelationen präglas till stor del av ett agerande av båda parter som formar relationen kring ett maktförhållande. Man och kvinna konstrueras eller formas i relation till varandra. De skall inte ses som essentiella kategorier utan som definierade i förhållande till varandra. Genusen bör ses som *ihopslingrade och utvecklande en relation där båda är medagerande.* Dessutom skall man och kvinna förstås mer som uttryck för och som symboler för de poler som ingår i relationen, än som en konkret man och kvinna. Det är möjligt att se mönster genom att studera kvinnor och män som

[216] Vindeløv, 1997, sid. 465.
[217] SOU 1990:44, sid. 78.
[218] Kontrakt för tankarna till en avtalssituation där jämbördiga parter förhandlar och kommer överens utifrån en medvetenhet. Det är oftast avsaknaden av medvetenheten eller åtminstone det faktum att relationen formas utifrån tankeramen och strukturen som har relevans i genusrelationen.

grupper. *Det som reproduceras i den genusformerande processen är ett mönster.* Mönstret som reproduceras är inte ett resultat mellan två motpolers ömsesidiga inverkan utan är ett mönster bestående av en mängd olika "faktorer och bilder" som är relationella. Medverkande kvinnor och män som grupp och som individer, ingår i en relation som i stora delar utmärks av en under- respektive överordning, ett formerande till en ojämn relation.[219] Denna relation är inte en och densamma i alla situationer. Trots att det går att tala om vissa strukturella mönster i en sfär av samhället (i den publika sfären råder officiellt konsensus att män har mer makt än kvinnor) finns det motsatta mönster i andra delar av samhället. Dessutom kan individer förhålla sig till mönstren på olika sätt. Det är inte möjligt att dra konsekvenser på individnivå ur strukturella mönster. Däremot är det centralt att de mönster som finns, *dels* i förståelsen av vad det innebär att vara man respektive kvinna, *dels* i den levda praktiken, verkar normerande och påverkar individens förståelse och agerande. I detta arbete är utgångspunkten *att* genus formeras i en relation eller snarare i flera relationer. Det är emellertid inte självklart *hur* förhållandet ser ut, även om det är möjligt att tala om vissa generella mönster. Genuset man och genuset kvinna används som begrepp för de poler kring vilka genusrelationen formeras.

Ett mönster av flera maktrelationer bildar en makt*struktur*. Genusrelationerna formas utifrån och formar i sin tur en ordningsstruktur av genus.[220] Kvinnor och män som grupper och som individer medverkar i utformandet av relationer som utmärks av under- respektive överordning. Maktrelationerna kan studeras på ett individuellt, samhälleligt och metafysiskt plan. Genussystemets två grundläggande logiker är isärhållningen av könen, både i en konkret och i en symbolisk mening, samt etablerandet av det manliga som norm. Denna genusformerande process skapar ett socialt mönster som vi kan se i varje samhälle, ett mönster som kan kallas

[219] SOU 1990:44 Kap 3 Genussystemet.

[220] Genussystem är en översättning av Gender system, vilket myntades som begrepp i amerikansk antropologisk forskning på 1970-talet för att kunna särskilja biologiska faktorer från socialt och kulturellt betingade skillnader mellan kvinnors och mäns status i samhället. När begreppet började användas i kvinnoforskningen var det främst för analys av uppkomsten och effekterna av hierarkin mellan kvinnor och män.

för genussystem. "På denna systemnivå har genusfiguren A (mannen) impregnerat tanke- och institutionsvärldar med sin "mänsklighet". I alltmer komplicerade samhällen institutionaliseras denna normalitet till 'lag'dignitet."[221] Mönstret som reproduceras 'uttrycks' på en mängd olika nivåer och på olika sätt. En viktig form är de tankestrukturer och formandet av den individuella strategin som impregnerar människornas tänkande. Människan är inte fri i den meningen att hon föds i ett tomrum och formar sitt eget liv utan vi föds in i en kontext och formas genom interaktion mellan de budskap vi får från vår omgivning och oss själva. De budskap som är starkast är de som inte uttrycks i ord utan i handling.[222]

Mönstret i den genusformerande processen reproduceras genom meningsskapande och därmed också maktskapande. Maktbegreppet innehåller därmed också en *normerande* funktion. Människor, framförallt under barndom och uppväxtår men även under livet som helhet, orienterar sig i världen och i sitt sociala sammanhang, genom att formera sig utifrån "sitt" genus i relation till det "andra" genuset. Genuset kvinna finns *där*, gör *det* och har m.a.o. vissa funktioner liksom genuset man. Generella drag i genusformerandet är *exploaterandet av den biologiska olikheten*, förmågan att föda barn eller inte, samt en *dikotomisering* där männen i vissa sammanhang är det positiva och kvinnorna det negativa, medan det motsatta gäller i andra situationer. Denna värdeimpregnerade dikotomisering har historiskt lagrade och överförda praktiska, samhälleliga och metafysiska uttryck av olika slag. Den individuella nivån är viktig för reproduktionen av mönstret. "I tillägnelseprocessen av genus betona(s...) således *tankefigurernas makt* snarare än t.ex. det funktionella eller omedvetnas psykosexuella identitetsskapande krafter. Poängen är att vi säger jag – och du – att vi bestämmer oss i världen genom att bestämma den andra."[223] Vidare är genusskapandet, historiskt och geografiskt lagrade föreställningar om vad 'man' och

[221] SOU 1990:44, sid. 78.

[222] Olika teorier om insocialisering talar om hur individerna formas. Denna process är särskilt stark under barn- och ungdomen, den s.k. primärsocialiseringen, men pågår även i vuxen ålder, den s.k. sekundärsocialiseringen. Se t.ex. George Herbert Mead, Rita Liljeström. Mathiesen, 1982, sid. 112, om ideologin som stämplande och bildskapande.

[223] Hirdman, Yvonne, Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 1988, sid. 53.

'kvinna' är, "... den djupaste och ursprungligaste *livsvärldsskapelsen*, för att tala med Jürgen Habermas, som med livsvärlden menar det *djupgående sociala och kulturella gemensamhetsgods* som finns i varje integrerat socialt system och som gör att det är möjligt att ha gemensamma erfarenheter, hävda normativa ståndpunkter, göra andra delaktiga i subjektiva upplevelser. Denna tillägnelse tänker han sig sker på tre olika nivåer, i tre olika reproduktionsprocesser: 1) kulturell överlagring, 2) social integration, 3) socialisering."[224] Om man översätter reproduktionsprocesserna till genussystemets förståelseramar blir den kulturella överlagringen tankefigurerna, den sociala integrationen institutioner, artefakter och arbetsdelningen mellan könen och slutligen socialiseringen den direkta inlärningen. På alla nivåer återfinns det meningsskapande och maktformerande. I denna process är kvinnor och män lika integrerade och medskapande. Det kan beskrivas som att både kvinnor och män är fångade i samma nät. Männen har emellertid i stor utsträckning fått en högre placering i denna sociala status, där maskorna består av tankefigurernas meningsskapande makt, den sociala integrationen och i socialiseringen.[225]

Genusrelationerna kan således urskiljas på olika nivåer. För det första på de metafysiska tankefigurernas nivå (dvs. olika samhällens arketypiska, mytiska, religiösa, vetenskapliga föreställningar om man och kvinna och om deras respektive insats i skapelseprocessen[226]). På den andra nivån, den samhälleliga eller den sociala institutionella nivån, kan de metafysiska tankefigurerna användas som självklarheter i den genusformerande processen. På denna institutionella nivå verkar rättssystemet. Här sker lagstiftning, lagtolkning, avtalsförhandlingar och myndighetsutövning.

Olika könsintegrerande krafter leder till en könskonflikt som kan urskiljas i två former, likhetens och olikhetens konflikt.[227] Ivan Illich

[224] Hirdman, 1988, sid. 53.
[225] Hirdman, 1988, s. 53f.
[226] Med skapelseprocessen avses i detta sammanhang både synen på mannens och kvinnans roll i den symboliska "världsskapelsen" och i den konkreta biologiska konceptionen.
[227] Den officiella jämställdhetsideologin i Sverige är starkt präglad av ett likhetsideal. Kvinnor och män är lika. I själva verket är jämställdheten präglad av könsblindhet, det är den manliga normen som står för modell för individen. De moderna (dvs. 1800–1900-talet) idéerna om jämställdhet mellan könen har företrädesvis rört

menar att det industriella samhället förutsätter att människan är utan genus, ett neutrum, vilket i praktiken gynnar männen och missgynnar kvinnorna.[228] De könsintegrerande krafterna finns i det industriella samhället och i den liberala ideologin om människors lika värde och verkar i motsatt riktning jämfört med könssegregeringen. I denna rektangel, bestående av det industriella samhällets behov av t.ex. ekonomisk lönsamhet, likhetsideologin och genuskonflikten, uppstår kraftiga spänningar.

Makten i relationen är i stor utsträckning rumslig, icke-intentionell, relationell, strukturell och normerande. Makten sanktioneras av strukturella, samhälleliga och rättsliga förhållanden och understöds av den offentliga meningen och tolkningen, som "tar över" det hegemoniska utformandet med hjälp av, till exempel, det rättsliga systemet. Strukturella skillnader mellan kvinnor och män individualiseras och rättsliggörs på ett sätt som i mångt och mycket döljer det strukturella problemet.[229] Makten understöds dessutom av båda parter på ett sätt att det ofta blir omöjligt att tala om makt i en

sig mellan polariserna likhet – särart eller i 1980-talets termer konstruktivism – essentialism. Se Esseveld, Johanna och Larsson, Lisbeth, (red.), *Kvinnopolitiska nyckeltexter*, Studentlitteratur, Lund 1996, sid. 15. Ett alternativ till det dikotomiska tänkandet är begreppet genus, som definieras som relationellt och som en ihopslingrad formation i en ständigt pågående process. Jfr Genussystemet i SOU 1990:44.

[228] Illich, Ivan, *Genus bidrag till en historisk kritik av jämlikheten*, Liber Förlag, Stockholm 1985, sid. 13 och not 5 på samma sida.

[229] Detta kan jämföras med Mathiesens tankar om hur motmakten förintas och oskadliggörs. Det kollektiva draget kan individualiseras och handlingsmönstret kan göras meningslöst så att passiviteten råder. Detta sker på tre nivåer i vårt samhälle, enligt Mathiesen. För det första inom offentligheten, vid bildandet av den offentliga meningen om sakernas tillstånd. Antingen indefinieras motmaktens krafter så att det kollektiva draget framstår som olönsamt, eller så utdefinieras motmaktens krafter så att handlingselementet framstår som meningslöst. För det andra kan det ske genom bildandet av en normativ inställning till hur man bör bete sig. För det tredje kan det ske genom bildandet av de konkreta mänskliga organisationerna, i vilka människor görs antingen till bidragsgivare eller funktionslösa mottagare. Se Mathiesen, 1982. Jfr jämställdhetssträvandena där det kollektiva draget, dvs. strukturell ojämställdhet, individualiserats, könsdiskriminering kan endast ske i relation mellan en kvinna och en man, det är individerna i privatlivet som råder över sin tillvaro, och handlingsmönstret kan göras meningslöst, den kollektiva rörelsen indefinieras i offentligheten genom att bli en målsättning i Regeringsformen, genom bildandet av en normativ inställning som t.o.m. blir till en illusion samt genom bildande av institutionella former för hanterandet av frågan, jämställdhetsombud, delegationer, kvinnoorganisationer som blir separata öar men som inte i grunden förändrar "det ordinarie".

tydlig mening. Relationen formas i en ständig process där båda parter ingår och medverkar. Den innehåller förutom makt också positiva känslor som förälskelse, kärlek och vänskap.[230]

Alla människor ingår i relationer med andra och relationerna formas således i en ständig process. Flera av de rättviseteorier som moralfilosofer och rättsfilosofer sysslar med bygger på en syn av människan som explicit individuell och primärt intresserad av sin egennytta.[231] Olika jämnstarka personer skulle, om de fick fritt spel-

[230] Hur den ojämna maktrelationen mellan kvinna och man formas med hjälp av båda parter i både förälskelse och kärlek har studerats av t.ex. Holmberg, 1993a. Bosseldal, Ingrid, "Förälskelse – som ideal och praktik", Skillnad mellan ideal och praktik i förälskelsen, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1995 . Forsman, Ingrid Kärlek som livsmening och kulturmönster. Ur *Den sociologiska fantasin*, Bergryd, Ulla (red.), Rabén & Sjögren, Stockholm 1987. Jfr s.k. resonemangsäktenskap i samhällen som inte känner begreppet förälskelse och kärlek vid första ögonkastet. Kärlek anses där vara något som växer fram i förhållanden som bygger på ett resonemang och upprättande av olika avtalsvillkor mellan parternas familjer. Strand, Karin, Genom vatten och eld, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1995.

Det finns dessutom mycket forskning utförd på temat vad som händer med maktrelationerna mellan kvinnan och mannen när de blir föräldrar. Se t.ex. Haavind, Hanne, Makt og kjærlighet i ekteskapet. Ur *Kvinneforskning: Bidrag til samfunnsteori.* Festskrift till Harriet Holter, Kaukka, R. Hoel, M. & Haavind, Hanne (red.) Oslo 1982. Haavind, Hanne, Fordeling av omsorgsfunksjoner i småbarnsfamilier. Ur *Myk start – hard landing.* Om forvaltning av kjønnsidentitet i en endringsprosess, Rudie, I. (red), Oslo 1984 samt Haavind, Hanne, Förändringar i förhållandet mellan kvinnor och män, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 1985. Schönnesson-Nilsson, Lena, *Hennes och hans äktenskap?* Rapport 1 från projektet: Parrelationer i barnfamiljer, JÄMFO Stockholm 1985. Schönnesson-Nilsson, Lena, *Det sociala könet. Könsidentitetens betydelse för upplevelsen av äktenskapet.* Rapport 2 från projektet: Parrelationer i barnfamiljer, JÄMFO Stockholm 1987. Holter, Harriet m fl. *Familien i klassesamfunnet,* Pax forlag, Oslo 1975. Liljeström, Rita och Kollind, Anna-Karin, *Kärleksliv och föräldraskap*, Carlsson, Stockholm 1990. Björnberg, Ulla (ed.), *European Parents in the 1990s: Contradictions and Comparisons,* New Brunswick, New Jersey 1992.

Jfr också Anna G Jónasdóttir som utvecklat en teori om kärleken som den materiella grunden i maktrelationen mellan kvinnor och män, i stället för ekonomin eller arbetsdelningen mellan könen som framhålls i andra socialistiska feministiska teorier. Jónasdóttir, Anna G, *Love Power and Political Interest. Towards a Theory of Patriarchy in Contemporary Western Societies*, Örebro Studies, Örebro 1991.

[231] T.ex. John Rawls, Robert Nozick. Även utilitarismen präglas av individualismen, se t.ex. Jeremy Bentham, John Stuart Mill. Rawls rättviseteori bygger på att människan i första hand ser till sitt eget vinstintresse och först i en situation där man är okunnig om sin egen placering i samhället så kan man möjligtvis vara rättvis. Teorin kan ses som ett hypotetiskt samhällsfördrag. Denna teori är inte funktionell enligt min mening, då den utesluter så centrala delar av människan och den mänskliga tillvaron, att teorins slutsatser blir helt missvisande. Rawls har kritiserats av t.ex.

rum, påtvinga varandra sin vilja och utnyttja situationen till att maximera sin nytta enligt sitt egenintresse. Eftersom människan anses vara en egoist av naturen så blir det nödvändigt att laborera med olika tvång eller incitament till att ta hänsyn till andra. Samtidigt anses människan vara oegoistisk på vissa områden. Idén förutsätter vid sidan av den explicita egoistiska individen att det finns en annorlunda implicit människa vid dess sida, nämligen den altruistiska som rör sig inom den privata sfären.[232] Ett sätt att förhålla sig till detta är att erkänna båda dragen som mänskliga i alla relationer och på livets alla områden. Det skulle ge en annan typ av ursprungsposition om den nu överhuvudtaget är möjlig och/eller fruktbar att elaborera.

filosofen Okin, 1989. Den individualism som utmärker utilitaristerna, rättvise- och rättighetslärorna har uppmärksammats och kritiserats av en gemenskapsinriktad moralfilosofi, kommunitarianerna. De ifrågasätter även den analytiska metoden som liberalindividualistiska teorier tillämpar, på det sättet att för att få grepp om etiska problem är det nödvändigt att se samhället som en helhet. Människorna ingår i sociala relationer som är impregnerade av historiskt överfört nnehåll. Dessutom är människan, förutom egoist, också altruist eller åtminstone social och ömsesidigt beroende. Det finns därmed fler värden än rättvisa. Den kritik som kan riktas mot kommunitarianerna är att den lätt kan bli konservativ, bevarande och statisk. Kulturarvet får stor betydelse för att vidmakthålla gamla mönster och för förhållandet mellan kvinnor och män är risken troligen stor att det gamla patriarkala mönstret upprätthålls. Flera av kommunitarianerna är tämligen konservativa. Att se människan som social är inte givet positivt. Liksom de liberalindividualistiska teorierna är även kommunitarismen könsblind och verkar därmed reproducerande av den manliga normen. I genushänseende har de båda olika synsätten starka gemensamma drag. Om kommunitarismen se Peczenik, 1995 samt Kymlicka, Will, *Modern politisk filosofi, En introduktion,* Nya Doxa, Nora 1995, sid. 201ff. Feminister har lyft fram två olika sätt att tänka kring moral, vilka tenderar att vara ihopkopplade med kvinnligt respektive manligt tänkande (genom historisk överföring), men som också kan ses som två olika typer av moral som finns eller som skulle kunna finnas i alla, omsorgsetiken och rättviseetiken. Gilligan, Carol, *In a different voice: Psychological Theory and Women's Development.* Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1982. Förutom feminister och kommunitarister, har även postmodernister kritiserat den liberalistiska universalismen. Benhabib, Seyla, *Autonomi & gemenskap, Kommunikativ etik, feminism och postmodernism*, Daidalos, Uddevalla 1994, sid. 17f.

[232] Se t.ex. Okin, 1989. Naffine, 1990.

Kapitel 3. Kunskapens kulturberoende och sambandet mellan synen på vetenskap, rätt och genus

3.1 Inledning

Sättet att tänka samt att strukturera och förstå tillvaron framställs här i två modeller, balans eller hierarki. De olika tänkesätten kan ses som hypotetiska och förenklade distinktioner som kanske inte finns eller har funnits som renodlade strukturer. Däremot kan olika samhällen vara mer eller mindre präglade av de olika tänkesätten. Varje tankeram och var tid har sin förståelse som fungerar i sitt sammanhang. Tänkesätten balans eller hierarki som olika sätt att förstå och att organisera tillvaron har historiskt en stark koppling till genusrelationen som symbolisk ordning. Det balanserade tänkesättet betonar nödvändigheten av samarbete mellan man och kvinna och gör ingen värderande hierarkisering. Det hierarkiska tänkandet sammanfaller med det som brukar hänföras till våra klassiker, till vår idétradition. I denna idétradition har kvinnan setts som underordnad mannen både i en symbolisk mening och i en levd praktik. Denna ordning har varit högst central i legitimeringen av kunskapssynen och det sätt på vilket samhället organiserades och rätten utformades. Kvinnans underordning legitimerades å sin sida med att det var en gudomlig och/eller naturgiven ordning. I denna maktordning kan läsas in en avskiljandets logik, som tagit sig både symboliska och konkreta uttrycksformer. Äldre tiders idéer beträffande relationen mellan man och kvinna brukar i vår samtid uteslutas som irrelevanta och bortförklaras som tidsbundna.

Syftet med detta kapitel är *för det första* att exemplifiera den i kap. 2 framförda utgångspunkten att allt tänkande sker inom en tankeram. Detta görs för att lägga grunden *för det andra* syftet, vilket är att visa att rätten verkar i en samhällelig och historisk kontext som är föränderlig och att vi måste dra metodologiska och analytiska slut-

satser därav. *För det tredje* är syftet med detta kapitel att tydliggöra hur förståelsen inom en tankeram har symboliserats med hjälp av relationen mellan man och kvinna och hur detta också fått praktiska konsekvenser för det sätt som samhället organiserats på. Det finns, historiskt och i samtiden, en stark koppling mellan förståelse av tillvaron, genusrelationen som symbolisk ordning, rättens utseende samt det konkreta utformandet av relationen mellan kvinna och man. Sambanden kan vara underlag för och användas metodologiskt som redskap för att lösa upp föreställningen om distinktionerna mellan subjekt och objekt, fakta och värde samt teori och praktik. Föreställningen om dessa distinktioner verkar tillsammans för att upprätthålla likhetsideologin i rättsförståelsen i förhållande till relationen mellan kvinnor och män, symboliskt och konkret.

Fokusering sker på de analytiska slutsatserna, vilka kan sammanfattas i en strävan efter upplösning av föreställningen om olika distinktioner såsom objekt/subjekt, fakta/värde och teori/praktik. I denna strävan formuleras visserligen andra distinktioner, vilket är ett oundvikligt dilemma.[1] Det är inte möjligt att förhålla sig till och göra en rimlig avvägning av distinktionerna. I stället används denna spänning som utgångspunkt för en reflexion och diskussion kring det sätt på vilket distinktionerna är upprättade.

Det rättsliga tänkandet och den rättsliga praktiken genomsyras och överensstämmer med den världsbild som präglar samtiden.[2] I detta avsnitt läggs tonvikten främst vid den rättsliga dynamiken och att tydliggöra spänningen mellan föränderlighet och den rättsliga rollen eller funktionen som bevarare av den samhällsordning som råder vid varje historiskt ögonblick. Rätten uttrycker den rådande världsbilden (tankeramen) och dess normer och kommer att verka bevarande av den. Samtidigt förändras föreställningen om rätten och det är nödvändigt för att inte rätten skall förlora i legitimitet. Rättsnormernas släktskap med andra typer av normer betonas. De

[1] Se avsnitt 2.3 om avskiljandets logik.

[2] Tolonen, 1991. Att varje tidsperiods rättsliga tänkande och rättsordning eller samhällsordning i största allmänhet motsvarar de verklighetsåskådningar och -uppfattningar som är rådande, är knappast kontroversiellt. Trots detta så förutsätts rättsvetenskapen och den s.k. juridiska metoden inte ta hänsyn till denna föränderlighet i sin verksamhet. Den i praktiken tillämpade statiska synen på gällande rätt kommer, trots att det uppenbarligen är en illusion, att i stor utsträckning styra förståelsen av rätten.

normer som gäller inom en tankeram legitimeras med hjälp av den grund som tankeramen ger legitimitet. Om normerna får rättslig, religiös eller social status är mindre väsentligt ur denna aspekt. Det är normernas funktion att verka beteendestyrande och konflikthanterande som är kriteriet för att definieras som norm.[3]

Genom historiens gång har människor ställt sig samma frågor gång på gång. Människor har i alla tider sökt efter en mening och ett sammanhang i tillvaron och hur världen och människorna har kommit till. Svaren har varierat. Mitt syfte är *inte att ta ställning till svaren*. Mitt syfte är inte heller att ge en heltäckande redogörelse för alla svar som lämnats genom tiderna. Min ambition är att visa att det inte finns några givna svar, vilka en gång för alla kan läggas fast. Hur vi uppfattar tillvaron, människans existens står i relation till vad som räknas som kunskap. Kunskap ses därmed som kontextuell. Jag vill, i stället för att ta ställning till vad som är sant eller inte, rikta sökarljuset mot *förståelsen av tillvaron och av hur människan uppfattar sin existens, sitt ursprung och sitt varande i existensen.*

Sökandet efter sammanhang kan ses som ett sökande efter ordning i tillvaron. I rättsförståelsen betonas behovet av ordning. Detta behov verkar vara mer framträdande under vissa perioder än under andra. Kaos som motsättning till ordning har använts som ett argument för ordning. Om det inte finns ordning, hotar kaos. "En

[3] Rättens praktiska uppgift att hålla ordning mellan människor framhålls ofta som en preliminär legitimering av existensen av det rättsliga normsystemet. Nödvändigheten av rättens beteendestyrande och konfliktlösande funktioner tas ofta för given och accepteras som en första preliminär legitimering för det rättsliga normsystemet. Strömholm, 1996, sid. 293f. Jfr Hydéns och Anderbergs definition av rättsregler som inget annat än normer som genom att ha tilldelats statusen rättsregler har skänkts vissa särskilda egenskaper. Denna definition av rättsnormer är central för att se samspelet mellan rätt och samhälle och bildar utgångspunkten för indelningen i olika handlingssystem (politiskt, ekonomiskt, socialt, administrativt och naturgivet handlingssystem). Vissa normer görs rättsliga, främst de från det sociala, ekonomiska, politiska och det administrativa systemen, andra blir det inte. Inom det sociala området saknas till stor del rättslig reglering av normerna. Hydén, Håkan och Anderberg, Eva, Rätten i förvandling. Ur *Rätten i förvandling: jurister mellan stat och marknad,* Bertilsson, Margareta (red.), Nerenius & Santérus, Stockholm 1995, sid. 223f. Till detta område hör en stor del av tillvaron som särskilt rör kvinnor. Det innebär att rättsnormerna inte reglerar det som har stor betydelse för kvinnor. Å andra sidan medför rättsliggörandet en statiskhet och en bevarande effekt, vilket därmed innebär att möjligheten till dynamik finns just inom det sociala området. Här placerar jag relationen mellan genus och de metafysiska föreställningarna som symboliseras med hjälp av kvinna-man-relationen genom historien.

rättsordning är *prima facie* bättre än kaos därför att kaos är främmande för vår livsform och följaktligen praktiskt omöjligt."[4] Även om avsikten med motsättningen mellan ordning och kaos i detta uttalande uppfattas som ställningstagande mellan en demokratisk rättsordning och en rättslös situation som t.ex. i Liberia eller Somalia på 1990-talet, kan uppställandet av distinktionen skapa en föreställning om att de utesluter varandra. På ett symboliskt plan kan kaos uppfattas betydligt mer komplext, vilket kan vara fruktbart på ett konkret sätt. Ordning och kaos kan ses som två sidor av en helhet. Med en viss ordning kan kaos vara fruktbart.[5] Med ett visst kaos kan ordning vara strukturerande. Kaos kan i sig vara ett

[4] Peczenik, 1995, sid. 535. Kaos används av Peczenik genomgående i Vad är rätt? Kaos som hot får både inleda och avsluta framställningen. Ovissheten om rättssystemets innehåll måste bemästras på något sätt. "Alla fall måste avgöras och varje rättsregel måste kunna ges ett tydbart innehåll. Alternativet är kaos och anarki." sid. 44. Som skäl för stabilitet i rätten anförs att alltför snabba lagändringar medför kaos, sid. 53. Som argument för förutsebarhetskravet hävdas att, "Lagen skapar ordning som i princip är bättre än kaos." sid. 90. Den juridiska argumentationen kan rättfärdigas med hänvisning till att "...ett etiskt förkastligt kaos skulle uppstå om det i vårt samhälle inte längre existerade någon effektiv författning." sid. 122. I samband med ett samhälle utsatt för extremt oetisk maktutövning, framförs att "Till följd av rådande kaos förlorar landets normsystem sin karaktär av gällande rätt." sid. 192. Rättens oupplösliga samband med tvång motiveras etiskt med att tvånget är nödvändigt för samhällslivet och i regel bättre än ett laglöst kaos. "Det är bättre för ett samhälle att etablera en rättsordning, som i *vissa* fall leder till etiskt oriktigt tvång, än att tolerera kaos." sid. 195. Att på en och samma gång förkasta hela rättssystemet skulle medföra kaos och oacceptabel anarki, sid 197f. Laglydnaden förhindrar kaos, sid. 209. Den juridiska argumentationen bidrar "...till att ordning skapas och kaos förhindras." sid. 221. "Sedvanerätten utgör samhällets äldsta försvar mot det kaos som lätt kan uppstå till följd av intressekonflikter. Medborgarnas etiska omdöme är tyvärr inte tillräckligt som ett ordningsskapande medel." sid. 229. "...en ordning som *prima facie* är bättre än kaos." sid. 286. "*Kaos* skulle följaktligen uppstå, om det i ett samhälle inte längre existerade någon rättslig *ordning*. Ett kännetecken på ordning består av *förutsebarhet*." sid. 530. "...gällande rätt skapar ordning och förhindrar kaos..." sid. 536. "Är den ordning som det ifrågavarande systemet ...(det nazistiska systemet)...skapar etiskt sett värre än ett laglöst kaos?" sid. 540. "Det är således bättre att ha en normativ ordning (...) än det kaos som skulle råda i ett samhälle i vilken ingen sådan ordning fanns till." sid. 546f. "...en ordning som *prima facie* är bättre än kaos." sid. 553 och detsamma på sid. 563 och sista sidan, 700. "Revolution medför alltid en viss grad av kaos. Visserligen är en normal rättsordning bättre än kaos." sid. 556. "...om alla människor fick bryta mot lagen, skulle resultatet bli ett kaos." sid. 560. Förutsebarheten som rättssäkerhet bidrar till att ordning skapas och kaos förhindras, sid. 688. "Skulle man på så sätt avstå från en rationell etisk och juridisk debatt skulle ett livsfarligt kaos uppstå." sid. 697. ...livsfarligt kaos... sid. 698.

[5] För distinktionen kaos/ordning se kap. 2.4.

begrepp med två dimensioner, en potential – möjlighet – och en destruktiv kraft – faran eller hotet –.[6]

Värderingen av kaos har förändrats genom historien. Kaos har i andra tider setts som något positivt och livgivande och med hjälp av kaos kunde kreativiteten öka.[7] Kaos har senare kommit att förknippas med det som avgränsats från vetenskapen, det irrationella och det oförutsebara, dvs. det som inte går att förklara enligt rationella kriterier. Vetenskap definieras som organiserad kunskap, vars syfte är antingen att förklara verkligheten för att kunna förutsäga kommande händelser eller att förstå för att klarlägga mönster av olika karaktär. Vetenskapen förutsätter därigenom implicit ordning och utesluter den vardagliga kunskapen.[8] Den vetenskapliga kunskapen bygger på en mängd vardaglig kunskap inbakad i en tradition, till stor del en "tyst" kunskap. I individen möts den kunskapssyn som förmedlas genom samhället i en historisk kunskapsprocess

[6] På kinesiska skrivs weiji, vilket betyder kaos/kris, med de två tecknen fara och möjlighet. Den kineiska synen på kris är dubbel, krisen är både en möjlighet och en fara, både en början och ett slut. Med en sådan förståelse av kaos blir distinktionen ordning – kaos helt annorlunda. Ordning måste legitimeras med annat än hotet om kaos.

[7] Förutom att kaos var ursprunget till livet så kunde människor i obalans, med hjälp av kaos, bli mer hela och balanserade igen. Vid tiden för de tolv olympiska gudarna i den grekiska mytologin uppfattade man en människa med bara ett eller få perspektiv på tillvaron som psykiskt sjuk. För att komma i balans krävdes kontakt med den trettonde guden Dionysos och hans orgiastiska fester. Genom att genomgå kaosträning hos Dionysos och alltså få fler perspektiv i sig blev människan frisk igen. Jämför filmen Döda poeters sällskap, som handlade om att få nya perspektiv, samt Edwards, Betty *Teckna med högra hjärnhalvan en kurs i konsten att utveckla sin kreativa och konstnärliga förmåga*, Forum, Stockholm 1982. Jämför även myten om att ångesten är kreativitetens moder och att stort konstnärsskap kräver lidande.

[8] Etnologen Orvar Löfgren talar visserligen om "vetenskapliggörandet av vardagen" och med det avses att legitimeringen av kunskapen i vardagen alltmer hämtas från vetenskapen i stället för som tidigare från t.ex. moral och religion. Denna legitimitet gör anspråk på att tillhandahålla mer "sanna" grunder, det "är" så, inte det "bör" vara så. Löfgren, Orvar, Kulturbygge och kulturfrontation. Ur *Kultur och medvetande*, Hannerz, U m.fl., (red.), Akademilitteratur, Stockholm 1982. Å andra sidan präglas även den vetenskapliga kunskapen av den rådande moralen i samtiden. Exempelvis kan den medicinska kunskapen användas i moraliskt syfte. "Den i kulturen och historien förankrade medicinska kunskapen utgör, vid sidan av annat, ett moraliskt system. Detta blir inte minst synligt på hälsoupplysningens område, där de medicinska reglerna för hälsans bevarande ofta nog helt sammanfaller med det i kulturen och tiden moraliskt rätta sättet att leva livet på. Vi får tydliga kopplingar mellan sådant som sjukdom och oansvarighet eller mellan hälsa och måttfullhet. Etikettboken och den medicinska hälsoupplysningsskriften tenderar att

och den individuella upplevelsen eller erfarenheten av tillvaron.[9] Ytterst är all kunskap förankrad i vår tankeram, kultur eller livsform.[10] Denna helhet behöver inte vara enhetlig och motsägelsefri. Vetenskapliga teorier är endast en del av vår kunskap.

Vid tillämpning av distinktionen ordning – kaos på rätten kan *ordningen* i form av klart uttalade principer och värden ses som det som ger en trygghet och en struktur som kan ligga till grund för *kaos*, dvs. för en *avvägning* mellan olika principer och/eller värden som kolliderar med varandra. Avvägningen bör ske öppet utifrån en argumentation och diskussion. Så länge argumentationen och avvägningen görs öppet kan den ifrågasättas men också motiveras.

Rätten och förståelsen av den präglas, liksom all vetenskap, av en distans till det som studeras. Vetenskaplig kunskap skiljer sig gentemot annan kunskap genom att företrädesvis vara organiserad och systematisk. Den inhämtas med hjälp av olika metoder och utifrån en teoretisk föreställning. Det studerade, *objektet* eller den s.k. verkligheten, avskiljs därmed från den studerande, *subjektet,* och från det som faller utanför den använda systematiken, metodologin och teorin. Varje sådan studie innebär ovillkorligen en förenkling av den s.k. verkligheten eller åtminstone en begränsning till en eller flera fokuseringar. Men för att vetenskapen eller rätten skall kunna tillämpas och fungera i det sammanhang i vilket den verkar krävs att modellen eller förenklingen trots allt är användbar. Utgångspunkten bör vara att den refererar till verkligheten på så sätt att den hämtas ur, tillämpas på eller med andra ord är verksam i en verklighet. Både vetenskapen och rätten som föreställning är en modell av verkligheten. Föreställningen om distinktionen mellan teori och

både till form och innehåll bli snarlika." Palmblad, Eva och Eriksson, Bengt Erik, *Kropp och politik,* Carlssons bokförlag, Stockholm 1995, sid. 14f.

[9] Rolf, 1991, sid. 29 och 20f. Rolf utgår från Polanyis definition av begreppet tyst kunskap eller tacit knowledge. Det finns ett antal varierande definitioner av begreppet. Här hänvisas till Polanyis definition. Den tysta kunskapen är den kunskap som inte är föremål för övervägande utan tas för given. I tysthet förenas tradition och subjektivitet hos människan som en personlig kunskap. Den tysta kunskapen kan bli föremål för övervägande genom öppen reflektion. Detta kan jämföras med t.ex. Dorothy Smiths och Karin Widerbergs kritik av det objektiva erfarenhetsbegreppet som empirismen laborerar med som en väg till sanning. Smith, 1987 samt Widerberg, 1995, särskilt kap 11–12.

[10] Som alternativ till begreppet tankeram används kultur i ett samhällsvetenskapligt sammanhang och livsform som ett filosofiskt begrepp. Se Peczenik, 1995, sid. 473ff.

praktik kommer i detta arbete att förändras till en föreställning om att de interagerar.

Genom att se kunskapen som kontextuell görs ett försök att inte använda samtidens definitioner och avgränsningar för att avgöra vad som är vetenskapssyn och rättsuppfattning. Risken är uppenbar att vad som lyfts fram i historien sker utifrån dagens syn på vad som är väsentligt och utifrån dagens kriterier för vad som är vetenskap och vad som är rättsligt. Historien framställs t.ex. ofta som evolutionär även om detta inte riktigt stämmer med rättshistorien där romersk rätt framhållits som ideal långt fram i modern tid.[11] Samhället anses ofta ha blivit *mer* utvecklat, *mer* komplext, *mer* vetenskapligt och därmed *mindre* vidskepligt. Framställningar av vetenskapens historia börjar med och tidpunkten för dess tillblivelse vilken anges

[11] "Det är svårt eller omöjligt att skriva historia utan att tänka i termer av framåtskridande – eller tillbakagång." Molander, 1988, sid. 44. Traditionell modern vetenskap bygger på det linjära perspektivet och på kunskapen som en ackumulationsprocess, t.ex. Popper, Darwin, Piaget. Alla dessa företräder denna syn på kunskapsutveckling. Darwins idéer kunde knappast ha utvecklats om de inte kunde byggas på Charles Lyells antagande om jordens långsamma förändringsprocesser såsom landhöjning, sedimentering på havets botten och i floder, sandstormar m.m. Lyells teorier var en förutsättning för Darwins utvecklingslära, som i sin tur har varit en förutsättning för en mängd andra antaganden och slutsatser. Darwins utvecklingslära byggde bl.a. på en utveckling mot allt större komplexitet och mångfald. I Darwin, Charles, *The descent of man, and selection in relation to sex,* (1871), Tyler Bonner, John and May, Robert M. (eds.), Princeton University Press, Princeton N.J. 1981, sid. 326-27. definierade han de "naturliga" könsskillnaderna i fråga om fysisk och psykisk kapacitet. Mannen hade blivit överlägsen kvinnan genom det sexuella urvalet i fråga om fysisk storlek och styrka, energi, intellekt och kreativit. De egenskaper där kvinnan hade företrädet – intuition, perception och imitation – var "karakteristiska för de lägre stående raserna, och därför ett förgånget och lägre civilisationsstadium". Kvinnan hade alltså stannat på en lägre nivå i den evolutionistiska växten. Skälet var att hennes energi behövdes för reproduktionen. Kvinnans utveckling hejdades för den mänskliga rasens bästa. Se Johannisson, Karin, *Den mörka kontinenten, Kvinnan, medicinen och fin-de-siècle*, Norstedts Förlag AB, Stockholm, 1994, sid. 29.

Darwins utvecklingslära har ifrågasatts t.ex. genom upptäckten av Burgess Shale i British Columbia, Kanada, som uppvisar en långt mer komplex artrikedom under en tidig period av jordens existens än vad man tidigare ansett ha funnits. Se Gould, Stephen Jay, *Livet är underbart. Om femögda djur och naturens slumpmässiga historia*, Ordfronts förlag, Stockholm 1990. Framstegstanken, dvs. föreställningen att den verkliga guldåldern ligger framför oss, verkar idag vara alltmer ifrågasatt. Det linjära perspektivet och synen på en evig utveckling mot något bättre, har ifrågasatts av en del forskare, t.ex. av Georg Henrik von Wright som diskuterar ämnet i sina senare böcker. Se särskilt Wright, Georg H von, *Myten om framsteget: tankar 1987 – 1992: med en intellektuell självbiografi*, Bonnier, Stockholm 1994.

till de grekiska naturfilosofernas tid ca. 500 f.Kr.[12] En evolutionistisk syn på vetenskapen uttrycker exempelvis föreställningen om att det med tiden skett en alltmer utpräglad specialisering och uppdelning mellan olika områden av kunskapen och av tillvaron. Månson menar t.ex. att ..."(d)enna specialisering är en allmän och genomgripande tendens i det moderna samhället, som pågått sedan vetenskapens födelse i det antika Grekland.[13] En filosof i antikens Grekland uttalade sig om både naturfenomen, lagar och hur barn avlades. Det kan med våra dagars ögon ge uttryck för en vetenskapsyn som inte var specialiserad och atomistisk. Det behöver emellertid inte vara fallet. Kanske var det så att tillvaron delades in enligt helt andra kriterier och utifrån andra snitt. Studeras föreställningen om rätten genom historien verkar emellertid kopplingen vara stark mellan rätt, vetenskap och relationen mellan kvinnor och män som symbolisk och konkret ordning. Rättsförståelsen har tidigare setts som en del av filosofin och var dessutom nära kopplad till politik och samhällets organisering.[14] Rätten och rättsfilosoferna kände inte heller någon begränsning att reglera och organisera området för det privata förrän långt fram i historien.

Om vetenskapen anses börja vid en viss tidpunkt innebär det implicit att den tid som ligger före och dess kunskap inte kan karakteriseras som vetenskaplig. Att kalla något "ovetenskapligt" är att samtidigt nedvärdera det. Termerna "ovetenskaplig" och "vetenskaplig" är värdeladdade.[15] Föreställningen om vetenskapen som legitimerande auktoritet är stark i dagens samhälle. I äldre tider anses vidskepligheten ha varit mer utbredd än i dagens upplysta samhälle grundat på vetenskapliga grunder. Samhällen i andra kulturer och i andra delar av världen anses inte vara lika utvecklade som det västerländska. Vi talar om u(tvecklings)-länder i motsats till i(ndustri)-länder. I detta arbete är grundinställningen den att kunskaps- och rättshistorien *inte* nödvändigtvis är evolutionär. Kunskapen och rätten utvecklas inte givet mot något bättre även om de ofta förändras på ett sätt som gör det möjligt att åstadkomma något

[12] Molander, 1988, sid. 45.
[13] Månson, 1993, sid. 15.
[14] Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag,* Studentlitteratur, Lund 1985, sid. 7.
[15] Molander, 1988, sid. 24.

bättre. Kunskapen bygger inte heller givet på tidigare kunskap utan ses i detta sammanhang snarare som paradigmatisk och produceras inom en tankeram. Dess ändamålsenlighet och funktionsduglighet är relaterat till en tankeram. Kunskapen kan givetvis ifrågasättas inom tankeramen utifrån en inkonsekvens i dess praktik.

Den följande framställningen är primärt deskriptiv och begränsas utifrån ovannämnda syften. Den kommer att följa en struktur som uttrycks med hjälp av symboliken i begreppsparet man – kvinna och deras inbördes relation, antingen i balans (jämvikt) eller enligt en hierarki (över-underordning). Framställningen gör inga anspråk på att vara historiskt korrekt, i den mån det finns en sådan beskrivning. Fokus är inte ens historien utan *föreställningen* om historien. I dag finns flera historiska bilder som motsäger varandra helt eller delvis. Det sätt på vilket historien periodiserats och utifrån vilka kriterier det gjorts, är omtvistat.[16] Historien ter sig exempelvis olika beroende på om utgångspunkt tas i kvinnors liv eller i mäns liv. Eftersom tanken med framställningen i detta kapitel är att exemplifiera två olika möjliga sätt att förstå tillvaron, där den ena kan betecknas som "normal kunskap" för att citera Kuhn, uttrycker andrahandskällor, översikter och inledningar tydligare föreställningen om tillvaron än förstahandskällor och används därför i första hand.[17] Jag överlämnar till läsaren att själv bilda sig en uppfattning om hur det förhåller sig. Kanske det kan leda till en nyfikenhet och ett fortsatt sökande. Framställningen utgår från att kunskapen och rätten ses som sociala, kontextuella och att genus som analytiskt begrepp har relevans för att synliggöra en symbolisk och konkret maktordning.

Avsikten med detta avsnitt är *inte* att komplettera rättshistorien med en konkret genusrättslig kunskap.[18] Avsikten är i stället att använda genusrelationen som referenspunkt eller tankefigur för att

[16] Göransson, 1987, sid. 45.
[17] Kuhn, 1997, sid. 22. Jfr not 33 i kap. 1.
[18] Ett sådant verk är Granström, G, Andersson, G, Jansson, K, Oja, L, *Kvinnorna och rätten, Från stormaktstid till rösträttsstrid*, Hallgren & Fallgren Studieförlag AB, Uppsala 1996. Se även Widerberg, Karin, *Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980*, Liber Förlag, Stockholm 1980. Jacobsen, Grethe, *Kvinder, køn och købstadslovgivning 1400-1600. Lovfaste mæn og ærlige kvinder,* Tusculanums forlag, København 1995. Hoff, Joan, *Law, gender and injustice. A legal history of U.S women*, New York University Press, New York, 1994.

tydliggöra hur olika sätt att strukturera tänkandet och därmed ordna tillvaron både på ett symboliskt och ett konkret plan har uttryckts med hjälp av genusrelationen och hur detta lagrats och överförts genom historien. Relationen mellan kvinna och man har använts långt vidare än för att reglera relationen mellan *en* man och *en* kvinna. Relationen har fått förklara tillvarons ursprung, dess uppkomst och dess organisering. Relationen har dessutom använts som metafor för olika typer av *avskiljande* t.ex. mellan natur och människa,[19] förnuft och kropp,[20] det rationella tänkandet – vetenskapen – och det irrationella tänkandet – känslorna –,[21] den positiva rätten och den inre, moraliska rätten[22] och uppdelningen i en publik och en privat sfär.[23]

Om fokusering sker på genusrelationen är det möjligt att i historien finna olika sätt att ordna relationen. *Antingen* finns en balans i relationen *eller* så är den hierarkiserad.[24] Med balans menas jämvikt, i avsaknad av hierarki, dvs. rangskillnad. Tider som explicit talar om balans i genusrelationen synes överensstämma med en mer

[19] Naturen har, liksom kvinnan, ansetts behöva kontrolleras och exploateras av människan, mannen. Se Merchant, 1994, t.ex. sid. 149ff.

[20] Förnuftet har genom historien sammankopplats med manlighet, kroppen med kvinnlighet. Denna koppling finns i de gamla myterna (himmel, själ – man, jord, kropp – kvinna), hos Aristoteles likaväl som i medeltida uppfattningar om kosmos samt i mer s.k. moderna vetenskapliga uppfattningar, t.ex. i Comtes positivism. Se Comte, Auguste, *Om positivismen*, Bokförlaget Korpen, Göteborg, 1979, sid. 17. Se även Merchant, 1994, sid. 17.

[21] Rationaliteten-förnuftet har kopplats ihop med det manliga, irrationaliteten-känslorna med det kvinnliga. Detta finns genomgående i historien, men även i uppdelningen rättviseetik – omsorgsetik, se t.ex. Gilligan, 1982.

[22] Se t.ex. Hirvonen, Ari, Antigone. Kärlek till rättens gudinna, *Retfaerd* nr 56, 1992.

[23] Den publika sfären föreställs befolkas av en egoistisk individ – manlig – och den privata sfären av en altruistisk – kvinnlig – individ. Uppdelningen i en privat och en publik sfär är central för relationen mellan kvinnor och män. Den privata sfären, familjen, har mer eller mindre uteslutits från rättslig reglering, från studier om centrala områden i samhället, från begrepps- och teoribildning inom de flesta områden. På senare år har distinktionen alltmer kommit att upplösas. Många feminister utgår i sina teorier från den vardagliga erfarenheten som inte tar hänsyn till en strikt uppdelning i olika sfärer av tillvaron.

[24] Här används samma grepp som Descartes använder sig av, ett antingen/eller tänkande. Denna förenkling är inte en värdering av de olika sätten att strukturera tänkandet och de leder inte ovillkorligen till speciella sätt att organisera tillvaron. Det verkar emellertid finnas att samband i någon mening mellan samhällsorganisationen och tänkesättet, inte bara avseende relationen man och kvinna utan i organiseringen generellt. Synsättet kan ses som en förutsättning men inte den enda förutsättningen.

generell föreställning om balans. Å andra sidan verkar det som om samhällen som hierarkiserar genusen inbördes även tänker hierarkiskt i andra avseenden. Det framstår som *två olika typer av tänkesätt*. Som nämndes i kap. 2 ter det sig fundamentalt att mänskligt tänkande struktureras i kategorier som har ett visst förhållande till varandra. Kategorierna kan ordnas inbördes på olika sätt. De kan ses som olika aspekter av en helhet och därmed i jämvikt eller de kan särskiljas och ordnas hierarkiskt i en rangordning med skillnader i värdehänseende på olika sätt. Dessa olika tänkesätt återfinns på ett metafysiskt plan i olika typer av samhällen. Tänkesättets strukturering styr, genom omvandlandet till praktik, synen på *bland annat* relationen mellan kvinna och man. Åtminstone *möjliggör* tänkesättets strukturering för vissa sätt att förstå tillvaron. Att just mannen och kvinnan och relationen dememellan fått symbolisera och uttrycka sättet att organisera samhället på kan hänga ihop med att de är centrala eller åtminstone kända i alla samhällen.

Principerna, den manliga och den kvinnliga, skall inte ses som verkliga i den meningen att alla kvinnor består av en kvinnlig princip och alla män av en manlig. Inte heller är de essentiella, dvs. principerna innehåller inte några särskilda egenskaper som är eviga. I en essentiell mening avses med den manliga principen inte något annat än en relation till den kvinnliga principen och tvärtom. De innehåller inga givna egenskaper i sig. Det är åtminstone inte möjligt att bevisa varken det ena eller det andra. Historien och olika kulturer visar många olika möjliga tolkningar av det kvinnliga och det manliga att det verkar vara omöjligt att påstå att det finns något universellt och essentiellt i att vara kvinna respektive man. Frågan är också om det leder någonvart att fråga sig vad som är givet. Risken att sådana förklaringar blir reproducerande och styrande för nutida normerande uppfattningar om kvinnligt och manligt är uppenbar. Den s.k. biologismen, dvs. den riktning som hävdar att kvinnors och mäns olika biologiska konstitution styr vårt sätt att vara och vilka uppgifter och roller som respektive kön bör/skall ha, tenderar att användas på ett sätt som begränsar utrymmet för kvinnors och mäns rörelsemöjlighet i både en rumslig och bildlig mening. Med detta vill jag markera att det konkreta innehållet i man respektive kvinna, de facto eller som symbolisk förståelse, inte är given. Det finns inga naturliga eller självklara sätt att vara som man

eller kvinna. Däremot har respektive kön och principerna som uttrycker manligt och kvinnligt alltid förhållit sig till varandra och fördelat olika egenskaper, funktioner och förståelser emellan sig, enligt en kontextuell specifik genusordning. Dessutom har de *genom tänkandet* och den *praktiskt levda erfarenheten* kommit att sammankopplas med vissa funktioner och vissa egenskaper. I denna, historiskt och rumsligt bundna mening, är det möjligt att tala om det kvinnliga och det manliga och kvinnors respektive mäns liv och erfarenheter. I samma mening är det också möjligt att tala om vissa generella egenskaper och erfarenheter som är kopplade till ett visst kön och som är centrala i genusrelationen och i vilket maktförhållande de står till varandra.

För att skapa liv, i både en bokstavlig och en bildlig mening, har både mannen/det manliga och kvinnan/det kvinnliga ansetts vara nödvändiga och det gäller fortfarande.[25] Att mannen under vissa perioder ansetts vara viktigare i denna process var en legitimerande orsak till mannens högre status rent allmänt i samhället enligt t.ex. Aristoteles och Thomas av Aquino. I äldre tiders fruktbarhetskulturer fick kvinnan stå som en fruktbarhetssymbol. Det verkar ha inneburit en högre status i samhället som helhet. I andra tider har samverkan mellan man och kvinna betonats, t.ex. i vår samtid. Det skulle kunna leda till att de båda principernas jämvikt får *uttrycka tänkesättets strukturering* i form av balans. Trots att det *formellt* sett är så, har det inte slagit igenom reellt. Synsättet är *ahistoriskt* vilket innebär att det inte tar utgångspunkt i de historiskt överförda betydelserna av kvinnligt och manligt, den levda praktiken och maktrelationen. Därmed osynliggörs den reella bristen på balans.[26]

[25] Principiellt intressant är den möjlighet som öppnats genom medicinen och tekniken att ersätta både en mans och en kvinnas bristande reproduktionsförmåga och på så sätt skapa liv. Se Nordborg, 1995c. Under olika tider har mannen respektive kvinnan framhållits som särskilt viktiga i skapandet av liv.

[26] Detta är ett dilemma av sisyfoskaraktär. För att kunna säga något om kvinnors respektive mäns erfarenheter, situation, egenskaper eller roller är det nödvändigt att göra nedslag i historien och definiera innehållet i det manliga och det kvinnliga. Men varje sådan beskrivning tenderar att bli normativ och reproducerande. Dessutom om det skall vara någon vits att överhuvudtaget tala om genus som relevant vetenskaplig kategori så måste ju genus innehålla något och kunna åtskiljas från andra genus. Lösningen på detta dilemma är att fokusera på relationen, dvs. att

3.2 Balans

Exempel på ett tänkesätt strukturerat utifrån balans mellan det manliga och det kvinnliga påträffas i tider som är påfallande nedvärderade utifrån modern tids tankeram. Balansen finns i äldre tiders myter, i medeltidens mystik, i vissa tolkningar av kristendomen men också som olika individers tankar och idéer under historiens gång. Dagens jämställdhetsideologi kan tyckas bygga på en jämvikt mellan manligt och kvinnligt, men är snarare en ideologi där könet osynliggjorts.

Tänkesättets strukturering i ett samhälle som betonar balans framställs och har framställts som en symbolisk ordning genom föreställningen om en *jämvikt mellan* en manlig och en kvinnlig princip. Betoning av *nödvändigheten av både* en manlig och en kvinnlig princip innebär att ingen har kunnat finnas utan den andra. Manligt och kvinnligt som principer kan ses som delar av en helhet snarare än som två av varandra uteslutande motsatser. I äldre tiders myter poängteras båda kategoriernas nödvändighet i den livgivande processen. Ur kaos uppstår liv med hjälp av manligt och kvinnligt. Det tidiga sökandet efter sammanhang och mening i tillvaron återfinns i myter om skapelsen av världen och om gudarnas liv och leverne.[27] Myterna kan tala om för oss hur människan för länge sedan uppfattade världen och dess uppkomst och därmed även sig själv.

Myterna överensstämmer till stor del med idén om ett samhälle av annan karaktär än det patriarkala, det s.k. gylaniska samhället. Det råder delade meningar om förekomsten av ett sådant samhälle. Förutom det stöd som finns i många myter talar, enligt en del forskare, även de arkeologiska fynd som hittats för denna teori.[28] I

man/manligt och kvinna/kvinnligt förhåller sig till varandra på ett sätt som innebär att de rent konkret kompletterar varandra i organiseringen av samhället och symboliskt, som ett sätt att förstå tillvaron, uttryckande balans eller hierarki. Hur genusen ordnas i förhållande till varandra ur en maktaspekt får uttrycka sättet att strukturera tänkandet i en långt mer vid mening än endast avseende genus.

[27] French, 1987, sid. 49ff.

[28] Gimbutas, Marija, *The language of the goddess: unearthing the hidden symbols of western civilization*, Harper & Row, San Fransisco 1989. Det gylaniska samhället existerade, enligt Gimbutas, någon gång mellan 4 300 och 2 500 år f.Kr. bland de folk som levde i nuvarande Anatolien, Mesopotamien, Syrien, Egypten och sydöstra Europa. Basnäringen var jordbruk. Det var en påfallande fredlig kultur som varade betydligt längre än vår egen. Den var betydligt mer utvecklad materiellt och kulturellt än man tidigare trott. Den världsbilden dominerades som redan nämnts av tron på livgivande gudinnor och var betydligt mer egalitär och mindre hierarkisk än senare kulturer. Den konstnärliga utvecklingen stod på en mycket hög nivå. Det

så gott som alla typer av skapelseberättelser finns den kvinnliga och den manliga principen med som en aktiv kraft i livets tjänst.[29] Den

finns stora mängder av skulpturer som grävts fram som härrör från denna tid. En stor del av skulpturerna är symboler för gudinnan, den livgivande, födande och närande. Gudinnan hade ingen make och fadern existerade inte som begrepp förrän långt senare. Det var Gudinnan som ensam stod för livet. Gimbutas menar att kvinnofigurerna eller figurerna i form av en vulva eller med överdrivet stora bröst, magar och bakdelar inte hade med sexualakten att göra. De var inga erotiska skulpturer utan symboliserade livet som sådant.

Tempel från denna tidsålder, liksom grottorna i den tidiga stenåldern, anses symbolisera gudinnans kropp och livmoder. Livmodern var den heligaste symbolen hos den paleolitiska och neolitiska kulturen och stod för livskraften, urkällan eller ursprunget och varje kreativ process. Ordet för tempel på Sanskrit betyder livmoder. Det sumeriska ordet för underjorden, den heliga grottan och för livmoder var det gemensamma matu (moder). För pygméerna i Afrika användes samma ord för den stora grottan som för Den goda modern.

Olika initieringsriter världen över använder sig av efterliknelsen med livmodern även om de inblandade är uteslutande män. På Hinduiska prästers kappa återges en symbolisk livmoder som kallas "womb of knighthood", från vilken en kung hämtades till sin kröningsceremoni. Den förkristna helgedomen i Glastonbury som var formad som en livmoder var dessutom rödmålad för att symbolisera blodet i gudinnans livgivande livmoder. På Shakespeares tid bar männen ett klädesplagg kallat codpiece, blygdkapsel. Ordet cod är ett gammalt ord för livmoder. En liknande helgedom (Druidic shrine) finns fortfarande i Pembrokeshire i England, the Pentre Evan Cromlech. Förr var den helt tillstängd vid de tillfällen då de som skulle initieras placerades där några dagar innan det rituella återfödandet skedde från "Cerridwen's livmoder". Walker, Barbara G., *The Woman's Dictionary of Symbols and Sacred Objects*, Harper & Row, San Fransisco 1988.

Se även Eisler, Riane, *Begeret og sverdet, Kjønn og kultur*, Pax Forlag, Oslo 1994. French, 1987, kap. 1 samt källhänvisningar till det kapitlet.

Se också *Dagens Nyheter* debatt 1, 2, 17, 22 november, 6 och 8 december 1994, mellan Tore Håkansson, Eva Moberg, Jan Ovesen, Kåre Fagerström samt Elisabet Hermodsson.

[29] Gemensamt för många skapelsemyter är tillvägagångssättet då världen skapades. Ursprunget var kaos och ur detta skapades liv. Den kinesiska skapelseberättelsen återfinns i urkunden San Wu Li Ji. Den säger "I begynnelsen var kaos, och formlös dimma vältrade där. Därur spirade på skilda nivåer de knoppar som gav upphov till himmel och jord, till manligt och kvinnligt. Genom himlens kraft blev jorden havande och födde en son som var god och rättsinnig. Han var den första människan, och hans namn var Pan Gu." Henriksson, Alf & Tsu-Yü, Hwang, *Kinesisk historia*, Åkerström, Hans (red.), BonnierPocket, Stockholm 1987, sid. 9. I den samiska mytologins skapelseberättelse krävdes samarbete mellan det maskulina som skapade själen och det feminina som skapade kroppen. Dessa samarbetande skaparkrafter var ursprungligen likställda i värdehänseende. May-Lisbeth Myrhaug, föredrag på Nordiskt Forum i Åbo, Finland, aug 1994. Det barn som sålunda skapades placerades i skötet på en jordisk kvinna. Den manliga kraften (Mailmen Racken eller Maderatche) verkade i sin tur genom flera gudar av vilka vissa var kvinnliga, såsom solguden Beivi, vissa var manliga, såsom åskguden Tiermes. Den

kvinnliga principen har konkretiserats i form av jorden eller den stora modern och den manliga i form av himlen. Urkällan för jorden och himlen var kaos. Kaos var därmed något livgivande.[30] I den moderna teorin om den stora smällen finns föreställningen om att det måste ha funnits en början kvar. Förklaringen är visserligen inte en samverkan av en manlig och en kvinnlig princip utan i stället en explosion.[31] Gemensamt för alla uppfattningar är att någon gång i tidernas begynnelse uppstod kosmos och jorden genom någon aktiv handling föranledd av kaos, Gud eller en explosion.

Det symboliskt framställda schemat i skapelseberättelserna verkar sedan ha upprepats i synen på tillvaron och i sättet att organisera tillvaron. Människan ingår i alla skapelseberättelser i en helhet, i kosmos, som en del av naturen. I de skapelseberättelser som handlar om att gudarna föds ur kaos återkommer denna föreställning även i samhällsordningen. Uppsättningen gudar i denna typ av samhällen motsvarar balansen som finns i skapelseberättelsen. An-

kvinnliga kraften (Maderakka) verkade genom sina döttrar, vilka symboliserade livets och dödens principer.

I den grekiska mytologin skapades Gaia, Jorden, ur kaos. Gaia födde himlen, Uranos, med vilken hon sedermera fick de tolv titanerna. I indisk kosmogoni återfinns också Jorden och Himlen som urmoder och urfader. Den kvinnliga jorden Prithivi och den manliga himlen Dyauspitar (en form av samma namn är Jupiter, Zeus romerska motsvarighet) födde Indra, den store Storm- och regngud som företräder den nya ordningen.

[30] Orgiastiska fester förekom i många olika kulturer, förutom i det grekiska och romerska samhället, med hjälp av Dionysos respektive Bacchus, t.ex. i kristendomen som en kamp mellan Deus och Diabolus. Fortfarande finns rester av en offersed kvar i nattvarden där ätandet av Kristi kött och blod i symbolisk form ger människorna del av Kristus egenskaper. "Den mytologiska psykologins kärna är dionysosskulten med det gudainspirerade tillstånd – enthusiasmós – som tillbedjarna ansågs kunna få del av genom att delta i de extatiska hyllningarna till guden Dionysos ära. Dionysos budskap till människorna är att allt skapande tar sin början i ett kaotiskt urtillstånd och att all mänsklig förvandling måste utgå från detta kaos, från det 'dionysiska vansinne' – ekstatis – som vi når när vi hyllar och respekterar det kaotiska, skrämmande och djuriska i oss själva. Men det är först när vi förenar denna dionysiska ideologi med Apollons budskap att vi måste leva i en ständigt pågående självreflektion, som vi kan nå en efterlängtad psykisk jämvikt. Visdomens och måttfullhetens gud Apollon pläderar för en svår men livsviktig balansgång mellan det förnuftiga och det irrationella, mellan eftertanke och känsla." Clahr Hallberg, 1994, sid. 29.

[31] Den stora smällen, den s.k. urexplosionen, anses ha börjat för ungefär 15 miljarder år sedan. Molander, 1988, sid. 45.

tingen är guden androgyn, som i gnosticismen,[32] eller så finns det gudar av båda könen som inte rangordnas inbördes och som dessutom har många egenskaper. Dessa skulle vi kalla både manliga och kvinnliga.

Myter kan tolkas och har tolkats på många sätt. De har förändrats under den långa tid som de varit en del av människornas realitet. Därför är det inte möjligt att tala om en mytologi som är på det ena eller andra sättet. Myter, liksom symboler, har många dimensioner. Vilka gudar och/eller aspekter av gudar som framhållits har varierat över tid. Det verkar vara genomgående att vissa gudar eller vissa aspekter av gudar framhållits av senare uttolkare. Vid ett studium av mytologierna i dess början eller av de symboler som finns kvar, är det mycket som tyder på att den kvinnliga principen och de kvinnliga gudarna var betydligt mer framträdande än senare tiders uttolkare uppfattat. Detta behöver emellertid inte betyda att samhället skulle vara matriarkaliskt. Snarare kan de kvinnliga gudomarnas betydelse stå för ett samhälle som vördade fruktbarheten. Kvinnan som livgivande kan då fått stå som gudomlig symbolik för denna väsentliga aspekt för ett folk som lever av vad jorden ger. Denna tidsålder kan ha varit en påfallande fredlig kultur och högt utvecklad både materiellt och kulturellt. Den dominerande världsbilden var betydligt mer egalitär och mindre hierarkisk än senare kulturer. De tongivande gudomligheterna bestod främst av livgivande gudinnor.

Kunskapen var i mytisk tid nyttoorienterad och knuten till vardagen.[33] I jordbrukssamhällen syns detta i de symboler som för-

[32] Gnosticismen är en tolkning av kristendomen. Frågan om gnosticismens ursprung är inte löst. Vissa likheter har den med buddhismen, inslag av främre Orientens tänkesätt, persisk och grekisk mytologi och platonisk filosofi. Anhängarna betraktar sig som en kristen elit. Huvuddragen i dess idé är dualismen, läran står i centrum. De gör en drastisk omvärdering av rollerna i Gamla Testamentet. Jämför Fredriksson, Marianne, *Evas bok*. Wahlström & Widstrand, Stockholm, 1981, i vilken också görs en omtolkning och omvärdering av paradisets barn och syndafallet. Gnostiska originaltexter har funnits i biblioteket i Nag Hammadi, övre Egypten vid en utgrävning 1945. De hade gömts i en kruka på 400-t e.Kr. Alla texterna finns i engelsk översättning. Robinson, J.M (ed.), *The Nag Hammadi Library in English*, 3:e uppl. 1988.

[33] Med mytisk tid avses ungefär detsamma som förhistorisk tid, dvs. den tid som föregår den så kallade historiska tiden. Det är inte möjligt att exakt ange i årtal när den förhistoriska tiden börjar, men det finns studier av civilisationer som producerat konst daterad till omkring 30.000 år tillbaka. Min definition av mytisk tid över-

knippas med fruktsamhet och bördighet. Gudarna kan också ses som personifikationer av olika fenomen i naturen och egenskaper hos människor och djur som är sammankopplade till födelse, liv, överlevnad och död. Den högsta eller första guden i många mytologier var Jorden eller Den stora modern. Olika naturfenomen förklarades med gudarnas handlingar. När Tor blev arg slog han med sin hammare och då åskade det. En viss regelbundenhet i månens, solens och stjärnornas banor observerades. Regniga perioder avlöstes av varmare och soligare perioder m.m. Gudarna påverkade människornas liv, men människorna kunde också i viss mån påverka gudarna. Genom offer kunde gudarna blidkas. Varje människa hade dessutom en direkt kontakt med gudarna. Exempelvis kunde en havande samisk kvinna höra namnet på sitt kommande barn av gudarna i en dröm. Det namnet återknöt till en död förfader eller förmoder som fick sin själ placerad i det nya barnet. På det sättet fick varje nyfödd en plats i ett större sammanhang, i en kontinuitet.

Kunskapen, och kontrollen över den, var till stor del varje människas. Det fanns visserligen de som hade en närmare kontakt med gudomarna. Präster och prästinnor, medicinmän- och kvinnor, schamaner och dylikt kunde vara ett mellanled mellan människa och gud/ar. Oraklet i Delfi innehades till en början av en gudinna, Themis, men var tillgänglig för människor likaväl som andra gudar. Med tiden verkar det som de enskilda människorna alltmer behövde en speciell prästinna eller gudom för att tolka oraklets uttalanden.[34]

Någon gång mellan 5000 år f.Kr och 1000 år f.Kr verkar ett stort systemskifte ha ägt rum i sydöstra Europa och Främre Asien. Varför

ensstämmer i stort med denna tidsindelning, möjligtvis går den lite längre fram i tiden, fram till den tid som brukar betraktas som vetenskapens födelse i teoretisk mening, nämligen i den antika grekiska världen på 700-talet f Kr. Den historiska tidens början i Grekland brukar räknas till 750 f Kr, alltså ungefär samtidigt med den tid då naturfilosoferna börjar sin verksamhet. Med historisk tid brukar avses den tid från vilken det är möjligt att rekonstruera ett historiskt skeende utifrån skriftliga källor. Gränsen mellan förhistorisk och historisk tid varierar kraftigt från område till område. I Mesopotamien, Egypten och Persien går gränsen vid 3.000 f.Kr, i Kina ca 1.500 f.Kr, i Grekland ca 750 f.kr och i Sverige ca 1.050 e.Kr.

[34] Oraklet i Grekland hette Delphi. Helgedomen eller altaret/skrinet oraklet var ursprungligen dedikerat till Den stora Gudinnan under namnen Themis, Gaia och Phoebe. Dess första prästinna Delphyne, mördades av Apollon när han tog över helgedomen. Walker, 1988.

det skedde råder delade meningar om.[35] Det kan ha varit en rad invasioner från olika indoeuropeiska stammar, bergs-, stäpp- och ökenfolk. Ridande på hästar och med vapen i hand kunde de kuva den fredliga kulturen. Endast på Kreta överlevde den gylaniska kulturen och fortsatte ännu en tid.[36] Vid systemskiftet påbörjades och institutionaliserades de stora krigen. Vid 1000 år f.Kr. anses skiftet ha varit fullbordat. Det kan sägas tämligen säkert på grundval av lämningar som visar hur människorna organiserade sitt liv, vilka gudar, symboler och myter som började användas vid den tiden. Det kan vara samma skifte som Hesiodos skriver om i sin Theogoni.[37] Han säger att hans mor berättat för honom om tiden före den doriska invasionen 300-400 år före hans levnad, dvs. 1100 – 1000-talet f.Kr. Då levde människorna i fred och harmoni och odlade jorden som blomstrade och gav i överflöd. Dessa människor levde på detta sätt tills det kom en annan ras med vapen av brons.

Tanken om systemskiftet och en annan tillvaro före skiftet, återfinns också i den bibliska berättelsen, som en bekymmerslös tillvaro i paradiset fram till det s.k. syndafallet. Denna idé om en paradisisk tillvaro i en avlägsen forntid levde stark länge. "Själva tanken på att människans historia börjat med en guldålder var levande genom hela den klassiska antiken och långt fram i tiden. Småningom har den alltmer kommit att avlösas av föreställningen att den verkliga guldåldern ligger framför oss."[38] Det dröjde emellertid ända till 1600-talet.

Det finns mycket som tyder på att åtminstone alla de indoeuropeiska folkens mytologiska och religiösa uppfattningar har gemensamt ursprung i en indoeuropeisk urform. Att språken utvecklats från samma urspråk talar för en gemenskap även i annat hänseende än språkligt.[39]

[35] French, 1987, kap. 2. Eisler, 1994, sid. 65f.

[36] Den med Kreta idag förknippade ormgudinnan anses vara från den kulturen. Eisler, 1994, kap 3.

[37] Den grekiska mytologin systematiserades redan på 700-t f Kr av historieskrivaren Hesiodos, som i sin Theogoni presenterade teorier om världens, gudarnas och människornas uppkomst och dess släktskap. Clahr Hallberg, 1994, sid. 36.

[38] Eriksson, 1989, sid. 8.

[39] Bæksted, Anders, *Nordiska gudar och hjältar,* Forum, Stockholm 1988, sid. 13. Det finns t.ex. kopplingar mellan guden Tor i Norden, den germanska äldre formen Tiwaz, som i sin tur språkhistoriskt hänger ihop med Zeus (grek), Dyans (gammalindisk) och *Ju*-piter (lat), dvs. namnet på den gamla indoeuropeiska himmelsguden.

Huvudförsörjningen för de indoeuropeiska folken var erövrande av andra folk och att bedriva handel med t.ex. slavar, hudar, metaller eller dylikt. Denna typ av samhälle hyllade gudomar som var krigiska, oftast manliga. Gudarna och människorna var ordnade i sträng hierarki och offren till gudarna tjänade ofta som ett sätt att blidka den fasansfulla guden. Det fanns i denna typ av samhälle en uppdelning i filosofisk mening mellan ondska och godhet som inte verkar ha funnits i de tidigare beskrivna gylaniska samhällena.[40] Trots att de hade en annan inriktning på sitt samhälle än de folk som levde i det gylaniska samhället verkar de ändå ha tagit över en del av det mytologiska godset från det gylaniska samhället. Samma gudomar kan ha fått andra roller i en ny typ av samhälle, de kan ha kompletterats med andra gudar som blir deras överordnade. Influenser överförs i flera riktningar mellan olika folkgrupper som har kontakt med varandra på något sätt.

Kristendomen ersatte kaos med Gud, vilken skapade himmel och jord, dvs. kosmos. Gud i den kristna förståelsen var liktydigt med förnuftet, då Gud inte anses kunna vilja annat än det förnuftiga. Denna gudsbild skiljer sig från tidigare gudar som tedde sig mer mänskliga på det sättet att de hade fel och brister likaväl som starka och positiva egenskaper. Kristendomens Gud ter sig inte androgyn men det är möjligt att denne var det från början.[41] Det finns i alla fall olika konkurrerande tolkningar av kristendomen. Gnosticismen är en tolkning av kristendomen vars källor från tiden under de första århundradena e.Kr påträffats på 1900-talet. Den ansågs kättersk av den kristna lära och institution som var den legitima. Det intressanta med gnosticismen är att den såg Gud som androgyn och

Ytterligare två exempel är Loke som liknar Prometheus och Tor som kämpar mot Midgårdsormen, Indra med draken och Apollon (grek) med ormen Python. Flera av de grekiska, egyptiska och orientaliska gudomarna och tidiga mytologiska berättelser är i stort sett identiska. Exempelvis hade Hera tidigare formen av en ko, detsamma som den egyptiska gudinnan Hathor. Fruktbarhetsgudinnan Demeter och kaosguden Dionysos har sina motsvarigheter i de egyptiska gudomarna Isis och Osiris. Apollon heter i Egypten Horus och Artemis Bubastis.

[40] I persisk och indisk mytologi t.ex. var Ah'ura Maz'dah den ende, över hela skapelsen upphöjde, guden. Han förkroppsligade verksam godhet, ljus och helighet. Hans onda motsvarighet var Angra Mainyu, vilken representerade mörker, ondska och död. Han var upphovet till allt ont och skadligt i världen.

[41] Jfr. Schömer, Eva, Ett himmelens kulturarv att bära. ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag 1995, sid. 280.

föreställningen om jämställdhet mellan kvinna och man som självklar både på ett metafysiskt, principiellt plan men också på ett verkligt plan. "Gnosticismen (...) hävdade att det fanns en ursprunglig enhet av manliga och kvinnliga motsatser i en transcendent Gud men en dualism mellan Gud och den jordiska världen, mellan gott och ont, mellan ande och materia."[42] Till skillnad från den ortodoxa kristendomen hyllades också ormen som den som gav kunskapens frukt till Eva.[43]

Det finns de som anser att Jesus bejakade de värderingar som funnits tidigare och som i hans samtid nästan försvunnit. Dessa värderingar, som framkommer i Jesus budskap, är påfallande besläktade med mentaliteten innan det stora skiftet ägde rum, i det gylaniska samhället. Detta budskap med sega och djupa rötter kan ha levt kvar till viss del underjordiskt i området, menar Riane Eisler.[44] Jesus var märkbart icke-hierarkisk och bemötte alla med samma respekt (eller förakt) oavsett deras samhälleliga status. Han hade flera betydelsefulla kvinnor runt omkring sig och verkar ha förespråkat jämställdhet mellan kvinnor och män genom praktiskt handlande. Detta stämmer knappast överens med den utformning som kristendomen senare fått genom kyrkans institutioner.

Tänkesättet som präglades av nödvändigheten av de två livgivande principerna, det kvinnliga och det manliga, verkar ha genomsyrat sättet att organisera samhället och rätten. För att försöka sätta sig in i hur tillvaron ordnades kan, i den mån det inte finns några skriftliga källor, myterna användas liksom de dramer som finns bevarade från

[42] Merchant, 1994, sid. 38. Inom gnosticismen används föreställningar om genus i stor utsträckning. Se t.ex. King, Karen L. (ed.) *Images of the feminine in gnosticism*, Studies in antiquity & christianity, Fortress Press, Philadelphia, USA 1988.

[43] Det är en helt annan tolkning än den som finns i bibeln, där Eva görs till ansvarig för syndafallet och fås att ta ansvar både för mannens bitande i äpplet och att hon låter sig bli lurad. Straffet drabbar Eva dubbelt.

[44] Eisler, 1994, sid. 141ff och 159. Jämför uppfattningen om Homeros stora insats med Iliaden, det första verk i den s.k. klassiska grekiska mytologin ca 750 f.Kr. Han brukar tilldelas rollen som den som revolutionerade tänkesättet i det avseendet att han gjorde gudarna avmystifierade och lika människan och därmed fråntog dem dess omnipotens och hotfulla kraft. Men frågan är om Homeros blev kontroversiell för att han gjorde något nytt eller att han ses som kontroversiell av nutiden för att han försökte bevara en syn som funnits tidigare. Med tanke på Gimbutas tolkning av de fynd som hittats kan tolkningen snarare vara den att Homeros stod för ett tänkesätt och ett ideal som faktiskt var på väg att dö ut.

det grekiska samhället.[45] Det finns myter från olika delar av världen som talar om en balanserad ordning mellan kvinnor och män.[46] Detta är påtagligt t.ex. beträffande den grekiska mytologin. Myterna ligger till grund för flera av de för rättsvetenskapen relevanta grekiska dramer, vilka också uttrycker en syn på kvinnor och män som mer jämställda än senare tiders idéer, t.ex. Aristoteles och Platons. I flera av den, i det antika grekiska samhället levande, mytologins rättsprocesser, återfinns det balanserade tänkandet som erkänner olika aspekter av rätten. Möjligtvis visar dessa processer, som skildras i flera dramer av den tidens pjäsförfattare, på ett påbörjat ifrågasättande av det balanserade synsättet. Mot detta stod en uppfattning om rätten som maktmedel. En rätt som erkänner en gudomlig eller inre moralisk rättsuppfattning kan uppfattas som ett hot mot ordningen. T.ex. i Sofokles drama Antigone synliggörs konflikten mellan den moraliska eller den av Gud inrättade rätten och den positiva eller av människor skapade rätten, upprätthållna och åberopade av en kvinna, Antigone, respektive en man, Kreon.[47] Motsvarande konflikt mellan de två olika rätterna, återfinns också i Aiskylos och Euripides dramer om Orestes mord av sin mor.[48]

De olika aspekterna av rätten, den inre moraliska rätten och den

[45] French, 1987, sid. 49ff. Anners, Erik, *Den europeiska rättens historia 1,* Norstedts, Stockholm 1990, sid. 38ff.

[46] French, 1987, sid. 49ff.

[47] Dramat Antigone uruppfördes 442 f.Kr. Handlingen redovisas i Hirvonen, 1992. "Antigone ser det som sin systerliga plikt att begrava sin bror såsom traditionen påbjuder. Hon gör det i strid med konungens lag och Kreon dömer henne att begravas levande. Hon muras in i en bergskammare. Haimon, Kreons son och Antigones trolovade, försöker omvända sin far – förgäves. Kungen står fast vid sin lag. Siaren Teiresias förutspår att Thebe och Kreon går under. Så kommer att ske eftersom den då döda Polyneikes inte fått en begravning, och Antigone begravts levande. Förutsägelsen får Kreon att ändra sin lag.

Det sker för sent: Polyneikes begravs, men Antigone är redan död. Hon har hängt sig i sin egen duk. I bergskammaren finner Kreon sin son Haimon vid Antigones kropp. Rasande kastar sig Haimon över sin far som lyckas fly. Sonen tar livet av sig. Då Kreon återvänder möts han av beskedet att hans hustru Eurydyke gjort självmord sedan hon fått höra om sonens död. Kreon bryts ned av sin skuld, sin ångest och förtvivlan. Dramat är slut. På grund av sin lag har Kreon förlorat allt." Se även Anners, 1, 1990, sid. 38f.

[48] I Aiskylos drama om Orestes modermord berörs den formella rättsprocessen i vilken Oreste blir frikänd av den världsliga lagen. I Euripides drama däremot behandlas den psykologiska processen i Orestes egen inre dialog med sin moral. I det senare dramat blir Oreste dömd enligt den gudomliga rättsordningen.

positiva, av människor stiftade rätten, symboliserades av två gudomar, Dike och Zeus.[49] Deras olika aspekter av rätten vägdes samman i de rättsliga besluten. I den mån de inte klarade av att göra det kunde det leda till ett frikännande enligt den ena rättsordningen och ett dömande enligt den andra rättsordningen. Så sker t.ex. i de redan nämnda skildringarna av Orestes mord på sin moder.

De tidigaste samhällena förutsätts ha varit jägar- och nomadfolk utan något behov av mer än grundläggande regler, nödvändiga för social organisation och försörjningsförhållanden. Först när människorna blev stationära förutsätts behovet av en mer utvecklad rättsordning ha förelegat.[50] Samhället antas ha varit organiserat i storfamiljer, s.k. ätter, med en rättsordning som rör förhållandet *mellan* ätterna och inte *inom* ätterna. Individen var inget rättssubjekt. Föreställningen om ätten är emellertid ifrågasatt.[51] Behovet av en rättsordning upprätthållen av en ledare motiveras t.ex. av behovet att skydda varandra mot yttre fiender och för att hjälpa varandra med jordbruk och boskap.[52] Föreställningen om äldre tiders samhällen som till stor del krigiska, patriarkala jägarsamhällen har ifrågasatts av t.ex. French.[53] De tidiga samhällen som det trots allt finns historiska källor från är den egyptiska, babyloniska och mosaiska rätten. Från den babyloniska rätten finns bevarat en lagkodifikation från Hammurabis rike, 1790-1752 f.Kr. Hammurabis lag var utpräglat kasuistisk. Från den mosaiska rätten finns den första försöken att utforma abstrakta lagbud, i De tio Guds bud eller dekalogen. Där verkar rätten ha tillkommit utifrån behovet att skapa ett system av arbetsfördelning och samarbete för att kunna bevattna och odla jorden. Samhällena verkar ha varit påfallande fredliga.[54]

[49] Dike var en av de tre horerna, döttrar till Themis som ursprungligen var den gudomliga rättsordningens gudinna. Zeus var Dikes far och stod för den mänskliga rättens aspekt. Clahr Hallberg, 1994.
[50] Anners, 1, 1990, sid. 11.
[51] Frågetecken har satts både vid ätten som central grupp i samhällsorganisationen och ätten som kollektivt rättssubjekt och ägare. Winberg, Christer, *Grenverket Studier rörande jord, släktskapssystem och ståndsprivilegier*, Institutet för rättshistorisk forskning, Lund 1985, kap. 2 särskilt sid. 14. Jfr Inger som utan att problematisera hänvisar till ättesamhället, Inger, Göran, *Svensk rättshistoria*, Liber Ekonomi, Malmö, 1997, sid. 21.
[52] Anners, 1, 1990, sid. 12.
[53] French, 1987, särskilt kap.1.
[54] Anners, 1 1990, kap. 2.

Normer och värderingar i mytisk tid hade huvudsakligen sitt ursprung i den gudomliga världsordningen. Den gudomliga ordningen, dvs. det sätt på vilket förutsättningarna för gudarnas och människans existens var ordnat, hade sin motsvarighet i en världslig ordning. Dess eviga lagar styrde tillvaron, såväl den universella som den mänskliga både i en religiös och en social mening. Den gudomliga rättsordningen personifierades av gudomar som t.ex. Themis[55], Asha[56] och Rita.[57]

Normsystemet upprätthöll den naturliga ordningen, *dels* i relationen gudomar och människor, *dels* i relationen människor emellan. Normsystemen omfattade olika aspekter av det mänskliga livet som människans förhållande till gudarna och människornas förhållande till varandra i livets alla skeden. Rätten var inte uppdelad i en privat och en publik rätt och sambandet mellan religion och rätt var påtagligt.[58] Vissa normsystem delade överhuvudtaget inte upp sin förståelse eller handlingar i ondska eller godhet och det fanns ingen djävul.[59] Gudarna likaväl som människorna var inte goda eller onda i sig utan de företog olika handlingar, varav vissa var bannlysta och kunde straffas med utfrysning, förvisning och hänvisning till ensamhet. Att inte få vara med i den sociala gemenskapen kunde vara ett hårt straff för en människa som för sin existens är beroende av gruppen. Hotet om uteslutning kan ha varit mycket verkningsfullt i en tillvaro som för överlevnaden förutsätter ett kollektiv. Fredlös-

[55] Themis var den gudomliga rättsordningens gudinna i grekisk mytologi. Hon fick tillsammans med Zeus de tre döttrarna Dike, Eunomia och Eirene. De kallas tillsammans horerna och representerar rättvisa, laglig ordning och fred. Namnen antyder att människans moral utgör en naturlig ordning i kosmos. I en annan version vakar de över naturens ordning i allmänhet, styr årstiderna och vaktar Olympens grindar. De heter då Thallo, Karpo och Auxo och personifierar grodd, blomning och frukt. Deras systrar moirerna, eller Klotho, Lachesis och Atropos, tog hand om en annan ordning, de bestämde över människors liv och öden. Moirerna motsvaras i nordisk mytologi av Urd, Skuld och Verdandi.

[56] Asha, den i zoroastrisk teologi (Persien) personifierade aspekten av Ah'ura Maz'dah, representerande den rätta kosmiska ordningen och dess jordiska motsvarighet.

[57] Den indiska gudomen för den gudomliga kosmiska världsordningen.

[58] Anners, 1, 1990, sid. 21 och 27.

[59] Det fanns emellertid normsystem som gjorde en filosofisk skillnad på ondska och godhet. Ondskan representerades av en ond kraft, en djävul som i den bibliska berättelsen eller exempelvis Angra Mainyu, dvs. den som representerar mörker, ondska och död och är upphovet till allt ont och skadligt i den persiska och indiska mytologin.

heten fanns i ättesamhällets rättsordning och innebar att ätten frånsade sig sitt beskydd över någon som begått en klandervärd handling. Den fredlöse förlorade allt rättsskydd och kunde dödas av vem som helst.[60]

Ett tänkesätt som präglas av sammanvägning av flera aspekter i stället för hierarkiserande och ensidighet *kan* leda till mer konsensusinriktade beslut. Konsensusbeslut kräver en öppen och väl utvecklad argumentationsteknik och en vilja till kommunikation. Olika argument för och emot avvägs och läggs samman till ett beslut som rymmer flera aspekter. Varje deltagare måste vara beredd att förändra sin egen inställning om andra argument väger tyngre. Ett sådant synsätt behöver inte göra skillnad mellan rätt och moral och skiljer inte ut moral som icke-rättsligt och irrelevant. Det utesluter inte heller att det finns olika intressen i rätten eller olika sätt att förhålla sig till rätten. Detta synsätt präglar en del samhällen, t.ex. de äldre nordiska samhällena. På tingen togs olika tvister upp och rätten var till stor del en fredsrätt där de olika kollektiven, familjerna,[61] skulle komma överens om priset för att sluta fred.

Förutom sådana rena tvister var de centrala frågorna i landskapslagarnas rättsliga värld fästning mellan man och kvinna, fullbordandet av fästningen genom att kvinnan lämnar en ätt till förmån för en annan ätt samt överlåtelse av jord. Om ätten var rättssubjektet var det ättens intresse som tillgodosågs.[62] Vardagslivet var starkt uppdelat i en manlig och en kvinnlig sfär. Många människor varken gifte sig eller hade någon egendom utan arbetade i andras hushåll, i storhushåll. De män och kvinnor som ingick äktenskap kunde ha det rätt väl tillgodosett rent ekonomiskt. I de nordiska länderna fanns det, jämfört med övriga Europa under feodalismen, en relativt stor jordägande bondeklass. Vilka rättigheter och skyldigheter de

[60] Anners, 1, 1990, sid. 15.

[61] Familjebegreppets betydelse varierar avsevärt i både tid och rum. Familjen i det medeltida svenska samhället omfattade en mycket vidare grupp än våra dagars kärnfamilj. Jfr detta med den konflikt som råder mellan den svenska utlänningslagstiftningens familjebegrepp och de familjebegrepp som dominerar i många av de länder vars medborgare söker uppehållstillstånd i Sverige för sig och sina anhöriga. Om familjebegreppet se flera av artiklarna i Agell, Anders, (red.), *Familjestöd, Familjebegrepp & Underhållsskylighet mot barn*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1996.

[62] Tidigare har nämnts att ätten som rättssubjekt är omtvistad, se Winberg, 1985. sid. 14ff. Se även Hafström, Gerhard, *Den svenska familjerättens historia,* 9 uppl. Lund Juridiska förening Studentlitteratur, Lund 1975, sid. 9.

olika rollerna som man och hustru medförde var detaljerat beskrivet i rätten. Förhållandet mellan man och hustru var noga reglerat och deras maktsfär var komplementär, de hade varsitt område. Kvinnans husfrudöme kunde avse stora värden i form av smycken och andra värdeföremål. Olika rättsinstitut som hemgift, morgongåva och giftorätt skulle säkerställa kvinnans möjlighet att försörja sig om mannen skulle avlida. Många av dessa institut är mycket gamla. Ursprungligen benämndes de gåvoväxlingar mellan parterna.[63] Syftet var att båda makarna skulle kunna försörja sig även efter äktenskapets upplösning. I och med den kanoniska och därmed också den romerska rättens influens kom förhållandet mellan man och kvinna att formaliseras enligt den kanoniska rätten och förändras i enlighet med den. Landskapslagarna förlorade i betydelse och kom att ersättas av centralmaktens lagstiftning. Den romerska rättens pånyttfödelse var en del i en total rörelse där antikens idéer kom att tas upp igen, i den s.k. renässansen.

Renässansen markerade tydligt gränsen mot det medeltida, som beskrevs i nedsättande ordalag och förakt.[64] Medeltiden i Europas historia brukar betecknas som mörk, mystisk och ovetenskaplig. Samma tid ses som en tid som för vetenskapens del betecknade ett stort förfall.[65] Samhället präglades till stor del av kyrkans kamp för att få behålla både religiös och världslig makt. Undervisning och forskning hade exempelvis bedrivits inom klostervärlden, av både nunnor och munkar, men på 1000-talet flyttades den verksamheten, först till katedralskolorna och sedan vidare till de universitet som så småningom grundades. De enda, enligt Jacobsen, som flyttade med verksamheten var munkarna. Nunnorna blev kvar innanför klostermurarna och blev därmed avskurna från utbildning och forskning.[66]

Den aristoteliska filosofin som återkom till Europa genom ara-

[63] Hafström,1975, sid. 57ff.

[64] Nordberg, Michael, *Den dynamiska medeltiden*, Tiden, Stockholm 1984, sid. 9. Nordberg menar att det inte är ovanligt att man tenderar att se ner på och förakta närmast föregående tidevarv, men beträffande medeltiden har den synen blivit ovanligt livskraftig.

[65] Strömholm, Stig, Den segrande romerska rätten. Ur *Europa och rätten*, Natur & Kultur, Stockholm 1991. Strömholm talar också om de mörka århundradena då användningen av den autentiska Corpus juris civilis utfärdad år 534 e.Kr. inte varit möjlig, sid. 82f. Se även Eriksson, 1989, sid. 31. Se för en annorlunda skildring av medeltiden den redan nämnda Nordberg, 1984.

[66] Jacobsen, Grethe, Kvinderet og kvinders retshistorie, *Retfærd* nr 56 1992, sid. 30.

berna med början på 1100-talet var ett stort hot mot kristendomen. Thomas av Aquino förenade dessa genom att anpassa Aristoteles så att dennes idéer gick ihop med kristendomen. Kyrkan kunde därmed behålla sin makt men var alltjämt hotad. Som ett led i denna kampen kan man se både häxprocesserna och inkvisitionen mot oliktänkande. All denna repressivitet tyder på att både häxor och oliktänkande sågs som ett starkt hot mot kyrkans makt.[67] Häxorna ansågs vara symbol för naturens våldsamhet och hade kraft att framkalla oväder, orsaka sjukdomar, förstöra skördar m.m. Denna kraft ansågs behöva kontrolleras.[68] De oliktänkande var även grupper som tolkade religionen på ett annat sätt än den av påven styrda religionen. Flera av de riktningar som senare fick starkt genomslag i framförallt de nordvästra delarna av Europa, var starka kritiker av den hierarkiska kyrkan och förordade i stället en kyrka som använde ett språk som allmänheten förstod och som såg den enskilda människans relation till Gud som den primära, alltså en icke-hierarkisk kyrka.

Häxförföljelserna kan ses som ett uttryck för den fruktan och skräck som var följden av den ifrågasatta auktoriteten hos kyrkan och en allmän omvälvande tid där mycket av det självklara blev ifrågasatt, menar Illich. "Detta gav upphov till en religiös situation utan tidigare motstycke, ett läge genomsatt av förvirring, ångest och fasa. Den tradition uppburen av präster och spåmän som förr i tiden hade givit rituell sanktion åt det av genus präglade livet, den hade nu brutits, och de präster i den romerska kyrkan, vilka nu ersatte dem, hade förvandlats till kyrkoherdar med uppgift att förvalta och normalisera det genuspräglade livet. Så uppstod ett tomrum som påkallade en ny rit. Officianten i denna rit var häxan, prästinnan i en epok av brutet genus." Vidare menar Illich att i kampen mot henne förenades "...alla de andliga och världsliga vapen den nya staten

[67] Häxa i inkvisitionens tid och som föremål för de stora förföljelserna är historiskt en unik figur. Häxan i denna form infördes inte i hedniska samhällen utan i samhällen där kyrkan hade en stark, eventuellt hotad, position. Häxorna var mestadels kvinnor samt örtsamlerskor, kloka gummor och jordemödrar. Häxan försvann först under upplysningstiden. Illich, 1985, not. 115, sid. 184. I Sverige var häxförföljelsernas tid relativt kort och förekom endast under 1600- och 1700-talen. För sambandet mellan kvinnan och häxan se Merchant, 1994, sid. 154ff.
[68] Merchant, 1994, sid. 149.

kunde uppbringa."[69] Häxan som företeelse verkar ha ansetts som roten till allt ont, liksom en gång Eva gjordes ansvarig för syndafallet.

Det finns samtidigt en annan bild av medeltiden som är betydligt ljusare. Många idéer rörande relationen kvinna – man framfördes som skulle kunna vara från vår samtid. Under senmedeltiden uppträdde ett antal författare i en debatt om kvinnosyn och kvinnans ställning. Kvinnans människovärde framhölls samt hennes jämställdhet och lika värde med mannen.[70] Jämställdhetstanken överensstämmer också med en metafysisk föreställning under denna tid. Den androgyna guden och synen på balansen mellan den manliga och den kvinnliga principen levde stark under medeltiden. Uppfattningar om balans och dualism florerade.[71] Den manliga och den kvinnliga principen symboliserade dualismen på en mängd olika sätt, i metafysiska frågor, kosmos ordning, rättssystem och också förhållandet mellan könen rent praktiskt. Alkemister som Thomas Vaughan och Paracelsus beskrev solen och månen som två jämlikar och deras fullbordade äktenskap som resulterande i jordens fruktbarhet. Detta stämmer överens med samtidens konceptionsteori. Paracelsus menade att den manliga och den kvinnliga principen hade lika stor vikt vid den sexuella fortplantningen. Detta ställningstagande stämmer överens med dagens uppfattning, vilket däremot *inte* t.ex. Aristoteles konceptionsteori gör. Den aristoteliska filosofin såg det kvinnliga könet som passivt och mottagande. Även om vi idag inte givet kopplar ihop synen på fortplantningen med synen på kosmos ordning föll det sig mycket naturligt att göra det långt in i modern tid. "Aristoteles tankar om den mänskliga fortplantningen överfördes också på världsalltet."[72] Även Nikolaus Kopernikus anspelar på äktenskapet mellan den manliga himlen och

[69] Illich, 1985, sid. 86.
[70] Exempelvis Christine de Pisan som levde 1364 – 1430 och var författare och skrev bl.a. Le Livre de la Cité des Dames 1405, vilken var en skildring av ett samhälle med en mängd starka, handlingskraftiga och intelligenta kvinnor. Hennes insats var inledningen till en lång om än inte särskilt känd tradition att skriva kvinnohistoria. Jacobsen, 1992, sid. 27-38. Se även Kelly, Joan, Early Feminist Theory and the Querelle des Femmes, 1400-1789. Ur *Women, History and Theory: The Essays of Joan Kelly,* The University of Chicago Press, Chicago, 1984, sid. 65-109. Nordberg, 1984, sid. 12 och 143.
[71] Merchant, 1994, sid. 40.
[72] Merchant, 1994, sid. 37.

den kvinnliga jorden.[73] Både kvinnan och jorden som passiva mottagare stämmer sämre med den uppfattning vi har idag än med t.ex. medeltidens alkemisters och gnosticismens syn på befruktningen. Alkemin byggde på de grekiska naturfilosofernas idéer om ett grundämne som alltings beståndsdel.[74] I enlighet med denna teori gjordes försök att framställa guld. Försöken omgärdades av en mängd symbolik och formler. Dualismen symboliserades av solen (den manliga) och månen (den kvinnliga) som två jämlikar och hermafroditen Mercurius fick symbolisera motsatsernas androgyna enhet.[75]

Medeltiden avlöstes, som nämnts ovan, av en allt bredare och mer omfattande rörelse bakåt i tiden till antiken, renässansen. Antikens idéer i form av "det vetenskapliga tänkandet" i främst Aristoteles tappning får genomslag i allt större omfattning. Idéerna upplevs emellertid inte som självklara och de får inte genomslag utan förändring och anpassning. Den aristoteliska filosofin får ett uppsving genom syntesen med kyrkans idéer genom Thomas av Aquinos försorg (skolastiken).[76] Denna sammansmältning innebär en klart hierarkisk syn på förhållandet mellan kvinnor och män. Legitimeringen söktes ytterst i biologin och i den naturliga (gudomliga) ordningen.

3.3 Hierarki

Tänkesättet där manligt och kvinnligt ordnas hierarkiskt utmärker tänkandet hos de filosofer som format det som vi betecknar som vetenskap och vetenskapligt tänkande. Att upprätta distinktioner och att avskilja något från något annat är centralt i det vetenskapliga tänkandet. Genus-

[73] Merchant, 1994, sid. 37.
[74] De grekiska naturfilosoferna brukar ses som de första vetenskapsmännen. Det för dem gemensamma draget var att de ansåg att allting hade en urgund. Vilket ämne det var, var de emellertid inte överens om.
[75] Merchant, 1994, sid. 40.
[76] Thomas av Aquino är den stavning som används i Nationalencyclopedin, medan bibliotekssystemet använder sig av Thomas av Aquinas. Jag använder det förstnämnda i texten medan källhänvisningar sker till det namn som används i det refererade verket.

relationen i både symbolisk och konkret mening, har både använts som legitimering för och blivit legitimerad genom det hierarkiska strukturerandet.

Vetenskapens födelse brukar dateras till det antika Greklands naturfilosofers tänkande på 500-talet f.Kr.[77] Naturfilosoferna, sofisterna, filosofen Sokrates, Platon, Aristoteles m.fl. utvecklade en, jämfört med tidigare, annorlunda syn på kunskapen. Tänkesättet, som här benämns det hierarkiska tänkandet, kan ses som en grund för den moderna tidens syn på vetenskap och avskiljande.[78] Det fick emellertid genomslag långt senare.

Kunskapen i det antika Grekland var inte nyttoorienterad utan den fanns till för sin egen skull. Förutsättningen för denna kunskap var det slavsamhälle som utvecklats. Det fanns en liten klass av fria män som kunde ägna sig helt åt att filosofera, diskutera och styra samhället.[79] Den högsta kunskapen var filosofi. Den avskildes från all annan kunskap genom att definieras som vetenskap. Detta avskiljande innebar även en hierarkisering på det sättet att praktisk nyttoorienterad kunskap ansågs vara mindre värd. Denna uppdelning finns fortfarande stark i nutidens syn på kunskap, även om värderingen av praktisk respektive teoretisk kunskap varierar i olika sammanhang och med vem som gör värderingen.[80] Ur filosofin och av filosoferna formades synen på all annan kunskap och dessutom på samhället. Filosoferna definierade världen. De skilde den

[77] Molander, 1988, sid. 48. Eriksson, 1989, sid. 29.

[78] Historien framställs vidare på det sätt som tjänar samtidens syften bäst. Renässansens ansträngningar att mörklägga medeltiden kan framhålls som ett exempel, även det moderna och vetenskapliga samhällets fördömande av det omoderna och det ovetenskapliga. En enorm ansträngning lades ner på att förfölja kvinnor och framhålla kvinnor som farliga i häxprocesserna. Det kan ses i kombination med den syn på kvinnor som fanns i Aristoteles och Thomas av Aquinos filosofier och de åtgärder som på olika sätt uteslöt kvinnor från kunskapsbildning och publik verksamhet.

[79] Enligt Lidbeck fastslog Platon att samhället skulle bestå av 5 040 invånare per medborgare. Lidbeck, Åse, Jämställdhet? En fråga om förnuft!, Om kvinnans plats i Platons Utopia. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993, sid. 19.

[80] Uppdelningen i praktiska och teoretiska linjer på gymnasieskolan fanns kvar tills för några år sedan. Praktik och teori skiljs också åt i olika vetenskapliga discipliner och värderas dessutom olika, beroende av kontext.

teoretiska filosofin från den praktiska vardagskunskapen, och i enlighet därmed själen från kroppen, tänkande från arbete osv. I avskiljandet ingick också en hierarkisering av motsatserna. Det högsta var teorin, filosofin, själen, mannen osv., vilket även kan märkas i den tidens syn på kärlek. Den högsta kärleken var den mellan män, den platoniska. Kärleken mellan man och kvinna var av en annan art, främst med syfte att producera avkomma.

Hela detta synsätt legitimerades med att det var en gudomlig eller naturgiven ordning. "Naturen bestämmer förhållandet mellan könen. Kvinnor och män är olika, de har olika funktioner och olika mycket makt."[81] Att kvinnan var underlägsen mannen bevisades genom Aristoteles konceptionsteori. Han menade att mannen i kroppsligt avseende representerar ett högre utvecklingsstadium än kvinnan. Detta skall inte tolkas som att kvinnor och män skulle vara lika i själsligt avseende, tvärtom. Det människorna har gemensamt med djuren är fortplantningsfunktionen. Där framkommer hans syn på skillnaderna mellan man och kvinna. Mannen representerar ett högre utvecklingsstadium än kvinnan. Mannen kännetecknas av värme, kvinnan av kyla, mannen är bäst utvecklad i kroppens övre delar, kvinnan i dess nedre. Hans blod är varmare än hennes, därför är han också modigare och mer intelligent. Det är mannen som vid tillkomsten av ett barn, ger liv åt materialet som kvinnan bidrar med. Det manliga alstringsbidraget är i styrka överlägset det kvinnliga därför att det är mer aktivt, varmare och torrare. Därför borde avkomman alltid bli manlig. Ibland förlorar emellertid det manliga herraväldet och det uppstår en ofullkomlig avkomma.[82] Denna ordning präglade och fick dessutom legitimera hela samhällsstrukturen.

Det hierarkiska tänkandet präglade alltmer makten i samhället och det legitimerades utifrån en naturlig eller gudomlig patriarkal ordning. Kristendomens utbredning under 300-talet och framöver stärkte denna ordning. Kyrkan hade en starkt legitimerande roll för makten. Under medeltiden dominerade den teologiska världsbilden, visserligen i symbios med den aristoteliska genom skolastiken, fram till den naturvetenskapliga revolutionen. Trosfrågor stod högt i kurs som vetenskap ända fram till 1500-talet, då tro blev ett från

[81] Eduards och Gunneng, 1993, sid. 34f.
[82] Eduards och Gunneng, 1993, sid. 35f.

vetenskap skilt område. Kyrkan utövade en stark kontroll över sina undersåtar. Fritänkare straffades hårt och de som vände ryggen åt kyrkan förföljdes på olika sätt, genom häxjakt, inkvisition och andra repressiva åtgärder. Den som inte underordnade sig Gud och kyrkan ansågs förhärdad och förtappad.

Aristoteles och Platons idéer gjorde sitt intåg i Europa och fick så småningom genom föreningen med kristendomen starkt fotfäste. I slutet av 1100-talet kom lärda araber till Norditalien och började sprida de nygamla idéerna genom att översatta dem till latin från arabiska och grekiska. De antika filosoferna, Aristoteles och Platon, ansågs ha nått den högsta kunskapen och Aristoteles blev sanningsvittnet framför andra. Idén om att kunskapen kan öka och att kunskap läggs på kunskap kom långt senare, med fullt genomslag först i och med den naturvetenskapliga revolutionen.

Den romerska rätten har under olika perioder framhållits som mycket komplex och utvecklad, mer än vad flera senare rättssystem varit. Den romerska rättens påverkan på övrig europeisk rätt förmodas dessutom vara mycket stor, liksom den kanoniska rätten.[83] Mycket av denna påverkan skedde emellertid tämligen sent. I Bologna studerade lärda personer från hela Europa romersk och kanonisk rätt. Juridiken fick en framträdande roll inom det, på 1100-talet, startade universitet där. Till en början sågs den kunskap som redan fanns som höjden av kunskap. Studierna ägnades åt att kommentera den redan uppnådda kunskapen. Detta gjordes genom anteckningar i kanten, s.k. glossor. Därav kom de att kallas glossatorer.[84] Så småningom kom arbetet att bli mer inriktat på att skapa en för samtiden användbar rätt. Den mer självständiga skolbild-

[83] Även den svenska medeltidens rättskällor är präglade av romersk och kanonisk rätt. Modéer, Kjell Åke, *Historiska rättskällor En introduktion i rättshistoria,* Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993, sid. 47ff. Tamm, Ditlev, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, 2 uppl. Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1996, sid. 239.

[84] Glossatorskolan var en medeltida rättsskola med centrum i Bologna. Glossatorerna utarbetade en apparat av kommentarer till den romerska och kanoniska rätten med ordförklaringar och hänvisningar, bedömningar eller överväganden över förhållandet mellan flera parallellställen i lagverket. Tamm, 1996, sid. 259. Anners, 1, 1990, sid. 125f.

ningen kom att kallas postglossatorer.[85] Men fortfarande levde kunskapssynen kvar att kunskapen redan uppnåtts.[86]

Genom glossatorernas ansträngningar togs det första viktiga steget på vägen till en rättsvetenskap som byggde på romersk rätt.[87] Men på universiteten studerades även Aristoteles och det kom att få effekter på hela tankelivet.[88]

I svensk rätt kom influensen från den romerska rätten till en början främst via kanonisk rätt. Influenserna skedde till stor del då studerande svenskar skickades till, de på 1100-talet och 1200-talet startade, universiteten i södra Europa.[89] Studenterna bör även ha blivit påverkade av de aristoteliska idéerna som alltmer kom att prägla universiteten. I Bologna, som var det första universitetet som fick sina privilegier 1158, var juridik ett centralt ämne och den betydande verksamhet som skedde där påverkade de svenska studenterna i hög grad.[90] Kodifieringar av lagar blev ett sätt att ta efter den tradition som glossatorerna verkade i. Så småningom nedtecknades landskapslagarna i Norden, kanske som ett resultat av påverkan från kontinenten. I landskapslagarna märks både nordisk tradition och påverkan från kontinenten.[91] Vid nedtecknandet av landskapslagarna var de redan på väg att ersättas av rikslagstift-

[85] Postglossatorerna verkade i Italien på 1200–1400-talen. De införde bl.a. begreppet juridisk person. Namnet antyder att de sågs som efterföljare till glossatorerna och osjälvständiga. Numera är den uppfattningen modifierad och benämningen konsiliatorer vinner alltmer tillämpning. Anners, 1, 1990, sid. 131ff.

[86] Eriksson, 1989, sid. 55. Först på 1600-talet vinner framstegstanken, dvs. kunskapen genom forskningen är en jättelik ackumulationsprocess på det sättet att kunskap läggs på kunskap.

[87] Tamm, 1996, sid. 257.

[88] Anners, 1, 1990, sid. 120.

[89] Strömholm, 1991, sid. 85. Modéer, 1993, sid. 47. Tamm, 1996, sid. 278.

[90] Sannolikt, menar Strömholm, studerade svenskarna inte i första hand romersk rätt utan den kanoniska rätten. Se Strömholm, 1991, sid. 85.

[91] Anners, 1, 1990, sid. 169. Inger, 1997, sid. 17.

ning.[92] Centralmakten började alltmer uppträda som lagstiftare.[93] Så småningom influerades centralmakten alltmer av den kanoniska och därigenom också den romerska rätten. Denna påverkan pågick fram t.o.m. 1600-talet. Det romerska institutet fideikommiss infördes t.ex. under 1600-talet.[94] 1734 års lag var, enligt Tamm, i hög grad en samling av äldre gällande rätt.[95]

I det feodala Europa[96] hade den kejserliga lagstiftningen under den tidigare medeltiden konkurrerat med sedvanerätten, vilken av många jurister på 1200-talet sågs som den förnämsta källan till den positiva rätten.[97] I exempelvis Frankrike var romersk rätt subsidiär i förhållande till ius commune.[98] Den kristna läran med dess normsystem "...utgjorde den metafysiska tanke- och begreppsvärld inom vilken juridiken – liksom andra vetenskaper – hade att röra sig."[99] Den aristoteliska läran, som återkom till Europa med araberna på

[92] Inger, 1997, sid. 16f. Dessutom har den uppfattningen framförts att de centrala bestämmelserna i landskapslagarna var nymodigheter som hämtats från kontineten. De är därmed ingen källa för att fastställa den tidens gällande rätt. Landskapslagarna kan därmed inte användas som bevis för ättesamhällets existens. Winberg, 1985, sid. 19.

[93] Den s.k. Edsöreslagstiftningen i form av lagar om kvinnofrid, husfrid och tingsfrid infördes under Birger Jarls (d. 1266) regeringsperiod. Inger, 1997, sid. 57. Modéer, 1993, sid. 40. I Magnus Erikssons lands- och stadslagar, liksom i Kristoffers landslag, konkretiserades kvinnofriden genom att våldtäkt och kvinnorov blev straffbart. Liknande lagar återkom i 1734 års lag och 1864 års strafflag. Jansson, Karin, Kvinnofrid ur olika perspektiv – våldtäkt, kvinnorov och andra sexuella övergrepp cirka 1600-1900. Ur *Kvinnorna och rätten, Från stormaktstid till rösträttsstrid*, Granström, G, Andersson, G, Jansson, K, Oja, L, Hallgren & Fallgren Studieförlag AB, Uppsala 1996, sid. 67. Fridslagarna kan ses som ett exempel på den rättsliga uppfattningen att rätten är ett slags överenskommelse, sluten i något rationellt syfte, menar Strömholm, 1996, sid. 295.

[94] Fideikommissinstitutet infördes i Sverige i den gestaltning som levat kvar till våra dagar på 1600-talet. Det hade visserligen en föregångare på 1500-talet. Se Hafström, 1975, sid. 137.

[95] Tamm, 1996, sid. 278f.

[96] I Sverige var feodalssystemet inte lika långtgående som i övriga Europa. Andersson, Perry, *Övergångar från antiken till feodalismen*, A/Z Förlag, Lund 1992, sid. 162.

[97] Nordberg, 1984, sid. 252.

[98] Tamm, 1996, sid. 279.

[99] Anners, 1, 1990, sid. 117.

1100-talet hotade att rasera hela tanke- och begreppsvärlden.[100] Thomas av Aquino lyckades emellertid förena kristendomen med det vetenskapliga empiristiska idealet. Föreningen kom att gå under namnet skolastiken. En hierarkisk uppdelning skedde i olika rättssystem, den gudomliga eller den eviga lagen, den naturliga lagen och slutligen den mänskliga eller positiva lagen. Naturrätten härledde Thomas ur det mänskliga förnuftet. Han kombinerade Aristoteles filosofi och den romerska rättens naturrättsliga inriktning i Ciceros tappning,[101] för att dra upp konturerna till det naturrättsliga system som kom att användes av Hugo Grotius och senare tiders rättslärda.[102] Gud som hierarkins högste, kom så småningom att ersättas av människan och den sanna kunskapen, vetenskapen. Den rättsliga legitimiteten söktes inte längre hos Gud och den gudomliga, eviga lagen utan i folkviljan, i människan. Detta har fått större genomslag i den del av Europa som övergav katolicismen för protestantismen. Den senares individualistiska syn på människan ledde till att människan fick ett nytt förhållande till Gud. Den enskildes personliga förhållande till Gud blev viktigare än förhållandet till kyrkan som institution. Reformationen byggde på denna tanke att religionen gjordes mer tillgänglig för människan medan kyrkan som institution och maktfaktor ifrågasattes.

Rätten som legitimerades genom människornas vilja och kontrakt eller överenskommelser kunde konkurrera med eller ingå förbund med den naturliga rätten. Naturrätten ansågs vara av högre dignitet än den positiva rätten, dvs. den av människor skapade rätten. I stället för Gud som källa, var naturen eller förnuftet dess källa. I enlighet med naturrätten förespråkades eviga, universella mänskliga rättigheter, i förhållande till vilka den positiva rätten ansågs vara underordnad.[103]

[100] Anners, 1, 1990, sid. 120.

[101] Marcus Tullius Cicero (106-43 f.Kr) definierar naturrätten i De Republica (Om staten) "Den sanna lagen är vad det rätt använda förnuftet säger." Anners, 1, 1990, sid. 81.

[102] Anners, 1, 1990, sid. 121.

[103] Naturrättsliga idéer har funnits och återkommit under historiens gång. Exempel är de mänskliga rättigheterna som återfinns i olika internationella och regionala konventioner tillkomna under 1900-talet. Erfarenheterna av andra världskriget och av Hitlers naziregim visade att det inte räckte med nationell lagstiftning för att garantera människorna ett liv eller åtminstone inte ett värdigt liv. Trots att normsystemen visserligen var legitima, i meningen grundat på en i legitim ordning till-

Idéerna från Platon och Aristoteles kom således att bli ny kunskap för det senmedeltida samhället och bildade grunden för de

kommen makt, hade resultaten av dem blivit minst sagt katastrofala och lett till synnerligen oönskade resultat. Modéer, Kjell Å, *Land skall med lag byggas II,* Nio rättshistoriska uppsatser, Juridiska föreningen i Lund, 1984, sid. 23ff. Danelius, Hans, *Sverige och de mänskliga rättigheterna*, UD informerar 1988:2. Förenta Nationerna antog den allmänna deklarationen om de mänskliga rättigheterna 1948. Denna innehöll en kortfattad uppräkning av de rättigheter som ansågs så betydelsefulla att de borde skyddas som mänskliga rättigheter. Den innehöll för det första de traditionella medborgerliga och politiska rättigheterna som formulerats redan på 1600-talet. De tillkom i en tid som präglades av idén om individerna som fria och jämlika vilka motvilligt överlämnat vissa uppgifter till en statsbildning. Överlämnandet skedde motvilligt eftersom staten ansågs vara något onödigt ont som individerna skulle skyddas mot. Deklarationen innehöll utöver de traditionella rättigheterna, en rad sociala rättigheter som rätten till arbete, en dräglig levnadsstandard och social trygghet. Den allmänna deklarationen har sedan legat till grund för olika konventioner på området, Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, SÖ 1971:41 och Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, SÖ 1971:42, antagna av generalförsamlingen 1966.

Vid sidan av detta har regionala konventioner tillkommit, för Europas del Europarådets Konvention (d. 4 nov. 1950) angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken ratificerades av Sverige 1952 och numera är inkorporerad i svensk rätt med ställning såsom svensk lag. Bernitz har framfört kritik mot att Europakonventionen endast givits ställning som svensk lag och alltså i princip inte har någon företrädesrätt framför svensk lag i övrigt. Se Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, *Juridisk Tidskrift* 1994/95 Nr 2, sid. 259-269. Det finns även internationella konventioner som ligger till grund för Sveriges uppräkning av de grundläggande fri- och rättigheterna i 2 kap. RF från 1976 och 1979. Petrén, Gustaf & Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Liber Förlag, Stockholm, 1980, sid. 40. Fortfarande gäller rättigheterna i relationen mellan medborgarna och staten, inte medborgarna emellan. Det verkar komma en ny generation internationella deklarationer och konventioner, vilka fokuserar på skydd för olika intressen i relationen medborgarna emellan. Ett exempel är Deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor, utkast hösten 1993.

De nationella normsystemen kompletterades således med ett internationellt och regionalt normsystem genom olika konventioner. De begrepp som ingår där pretenderar på att vara universella, men de har kritiserats för att vara västerländska. Dessutom betonas olika typer av rättigheter i olika delar av världen. I väst betonas de medborgerliga fri- och rättigheterna, medan i det forna öst, dvs. länder med kommunistiskt samhällsskick, betonar de ekonomiska och sociala rättigheterna. I u-länderna betonas vikten av ekonomisk utveckling. Se Danelius, 1988. Detta blir tydligt i de olika regionala konventioner som utformats. Lindholt, Lone, Om at kunne eller skulle, og hvis ikke, hva' så – *Retsvidenskabeligt Institut B, Årsberetning 1992*, København 1993.

Argumentationen om var rättigheterna kom ifrån, byggde på att människan har vissa naturliga rättigheter som står över alla mänskliga rättssystem. Då alla stater uppenbarligen inte skyddar sina medborgares rättigheter är det upp till världssamfundet att se till att det finns ett grundläggande skydd. Detta resonemang låg till

idéer som revolutionerade det vetenskapliga tänkandet under 1500-talet och framåt. De lever dessutom fortfarande som en del i vårt nutida tankearv.[104] Den nya kunskapen hade en annan grund än den teologiska. De två källorna till kunskap som ersatte den enda källan tidigare – Gud, ansågs vara förnuft och erfarenhet, av vilka Platon förordade den förra och Aristoteles den senare.

Platons idéer kom till i en tid då samhället var extremt uppdelat. En liten grupp fria män hade resurser att kunna ägna sig åt filosoferande på heltid. Platons kunskapsgrund var förnuftet. Verkligheten enligt Platon är tvådelad i en idévärld och en sinnevärld. I idévärlden finns idén hos ord och begrepp. Idévärlden är oföränderlig. Idéerna är "verkligare" och värdefullare än de bleka och ofullkomliga avbilderna vi erfar genom sinnena. Om idévärlden kan vi få säker kunskap genom att använda förnuftet.[105] Giltig kunskap måste vara oföränderlig, sanningen kan inte vara förgänglig. Av detta drog han slutsatsen att det går att uppnå sanningar bara om det oförgängliga och oföränderliga. I sinnevärlden finns ingen varaktighet utan det råder förändring och förgänglighet, om denna kan vi bara ha uppfattningar och inte kunskap. Han kommer fram till att vi lever i en inte fullt verklig skuggvärld genom våra sinnen, kunskap kan vi bara ha om idévärlden – genom förnuftet eller själen. När själen är bunden i en kropp kan den inte uppnå fullständig kunskap om idévärlden.

I Atén, där Platon levde, hade kvinnorna i aristokratin, vilken Platon tillhörde, en för männen mycket undangömd tillvaro. Pojkar och unga män växte upp utan att ha någon kontakt med flickor och unga kvinnor. Idealet om den platoniska kärleken, dvs. den icke fysiska, mellan män, tog sig uttryck i sköna tankars skapande. Äktenskap ingicks som resonemangsparti mellan unga kvinnor och oftast dubbelt så gamla män. Platons kvinnorelationer begränsades,

grund för inrättandet av världsorganisationen FN efter andra världskriget. Naturrättsliga tankar fick därmed ett uppsving efter en period av dominans av strävan efter att hantera rätten vetenskapligt i betydelsen att göra rättssystemet till ett objektivt, vetenskapligt system legitimerat inomsystematiskt och fritt från värden. Detta karaktäriserade i hög grad den tyska och den nordiska rättsuppfattningen.

[104] Både Platon och Aristoteles studeras inom akademin. Platons Staten finns som kurslitteratur på Göteborgs universitet 1996.

[105] Hegels tänkande är en vidareutveckling av Platons idéer om idévärlden och dialektiken mellan den och sinnevärlden.

så vitt man vet, till modern och en syster. En möjlig förklaring till Platons ambivalens i hans syn på kvinnor, kan sökas just i hans miljö, i det samhälle som han strävade efter att förändra.[106] I Platons Timaeos,[107] som är ett slags skapelseberättelse, säger han att mannen står högst bland djuren, skapad av gudarna. De ursprungliga gudaskapade männen levde sina liv, dog och återskapades. De fega och skurkaktiga männen återskapades som kvinnor. De lättsinniga blev fåglar. Landdjuren skapades av dem som saknat intresse för filosofi och de allra dummaste och okunnigaste männen blev fiskar. Sexualdriften skapades samtidigt som kvinnan, vars livmoder längtar efter att bli havande, annars orsakar livmodern svåra lidanden. Dessa pågår så länge mannen inte planterat något frö hos henne.[108] Trots detta menar Platon att vissa kvinnor mycket väl kan bli statens härskare, även om det inte är särskilt troligt. Timaeos uttrycker kosmos ordning i vilken ingår legitimeringen av kvinnans lägre natur. Naturen och materian var kvinnliga medan idéerna var manliga.[109] Därmed följer Platon den tradition som funnits länge tillbaka i tiden och framåt att världen, jorden, var kvinnlig. Genom att höja

[106] Lidbeck, 1993, sid. 22.

[107] Plato in twelwe volumes, 9 Timaeus, Heinemann Harvard University Press, London Cambridge Mass. 1989. För de filosofiska ramarna, se Merchant, 1994, sid. 32.

[108] Jfr detta med teorier om sjukdomen hysteri som särskilt under perioden 1870 – 1910 närmast inkarnerade komplexiteten i bilden av den kvinnliga sexualiteten. Hysteri kunde vara orsakad av hämmad sexualitet eller brist på sexualitet och konception. Å andra sidan kunde den hysteriska kvinnan ha en överaptit på sex och var starkt utagerande i erotisk mening. Själva namnet är hämtat från det grekiska ordet för livmoder, hystera. Hysteri har setts som en kvinnlig sjukdom analyserad och entusiastiskt framhävd av läkare under den kristna eran ända fram till 1900-talet. Man trodde från början att hysteran gav sig ut på vandring i kroppen och orsakade många olika symptom. Kyrkans män förordade exorcism som botemedel. Hysteri kom att spela en central roll i kvinnomedicinen och dess definitioner av kvinnlighet och kvinnlig sexualitet. "Allt hos kvinnan är en gåta och allt hos kvinnan har en enda lösning: den heter havandeskap." Nietzsche, Friedrich, *Så talade Zarathustra*, Forum, Stockholm 1991, sid. 61. (Orig. skrivet på 1880-t). Freud kallade kvinnan en mörk kontinent, ett gåtfullt landskap där själ och kropp möttes i osedda inre spår. "Över kvinnlighetens gåta har mänskligheten grubblat i alla tider", Freud, 1955, sid. 476. Se hela kapitlet om kvinnligheten sid. 475-494. Även Gay, Peter, *Freud*, Bonnier, Stockholm 1990, sid. 522. För en kritik av Freuds analys av kvinnan psyke, se Miller, Jean Baker, *En ny kvinnopsykologi,* LiberFörlag, Stockholm 1980. Se Johannisson, 1995, avsnittet om hysteri sid. 149ff.

[109] Merchant, 1994, sid. 32.

idéerna ovan materian bröt han inte med en föreställning utan hierarkiserade bara de ingående kategorierna.

Kontroll och kunskap var viktiga begrepp för Platon och han detaljreglerade i varierande grad samhället och människornas liv i sina olika skrifter. I Staten behövdes inget rättssystem eftersom filosoferna styrde samhället enligt sin filosofi. Men i det, för honom, mer realistiska samhället "Lagarnas samhälle" styrde en rådsförsamling. Där var det nödvändigt med lagar. Hans rättssystem var ett normsystem som reglerade allt i minsta detalj. Det fanns ingen skillnad mellan privatliv och offentligt liv. Vilka som skulle tillåtas avla barn var lika reglerat som hur avtal mellan köpare och säljare ingicks. Som en naturlig följd av behovet av kontroll kan Platons negativa inställning till förändringar ses. All förändring var a priori negativ och måste undvikas till varje pris. Lagarna var ett hjälpmedel för att undvika förändring. Men när det gällde kvinnorna hade han i praktiken ingen kontroll alls. Han såg dem kanske som ett hot, menar Lidbeck, undangömda som de var.[110] Han visste inte hur de fungerade, vad de sysslade med osv. För att få kontroll över kvinnan måste han ha henne under uppsikt. Hon måste ut i offentlighetens ljus, demaskeras, berövas sin hemlighetsfullhet. De dolda aristokratiska kvinnorna måste jämställas med männen, övriga kvinnor hålls på plats av det rådande samhällssystemet, liksom männen i de lägre klasserna. Den aristokratiska kvinnan kan genom förfining nästan göras till en man! Mannen har inget att förlora på detta, eftersom kvinnan ändå i praktiken inte lyckas konkurrera med honom. Hon är ju underlägsen och dessutom mannens egendom, antingen *en* mans egendom (som i Lagarna) eller *alla* mäns egendom (som i Staten). Chanserna att hon verkligen blir filosof är möjliga, men i praktiken minimala. Ju mer kvinnan avlägsnar sig från sin kvinnlighet, desto bättre kan hon fördras av Platon.[111]

När Platon skisserar sina idealsamhällen i Staten och Lagarna presenterar han sina delvis revolutionerande tankegångar om kvinnan och hennes ställning i samhället. Med dagens begreppsapparat är det möjligt att mycket förenklat hävda att Platon i Staten förespråkar en fullständig jämställdhet mellan könen medan han i La-

[110] Lidbeck, 1993, sid. 23.
[111] Lidbeck, 1993, sid. 23.

garna uttalar sig för en mer begränsad reformering av kvinnans ställning i samhället. Men jämställdheten gäller bara en mycket begränsad befolkningsgrupp. Dessutom är Platons uttalanden till synes fulla av motsägelser. I ena stunden är kvinnan mannens jämlike och kan i princip bli filosof, i nästa stund är hon bakslug och illfundig eller t.o.m. fullständigt obefintlig. Detta är motsägelsefullt eftersom filosofen då han strävar efter det goda inte kan vara bakslug och illfundig. En förklaring till denna motsägelsefulla inställning, kan vara att det är samhället/staten som står i centrum för hans intresse och inte människan/kvinnan. Han vill skapa ett rättrådigt samhälle. Kvinnan blir därför, liksom även mannen, något av en restpost.[112]

Förnuftet och insikten spelade en avgörande roll hos både Platon och Aristoteles. Till skillnad från Platon ville emellertid Aristoteles framhäva att vägen till insikt går genom iakttagelser av empiriska fakta. Genom induktion går det att dra slutsatser från det enskilda till det allmänna och generella. Rent tänkande var inte nog för att inse grundsatser, empiriska iakttagelser krävdes också.

Aristoteles menade att några få vetenskaper har möjlighet att uppfylla vetenskapsidealet, nämligen den första filosofin (metafysiken), matematiken och fysiken. Hans metafysik byggde på antagandet att allt i naturen har ett syfte eller ett mål. Alla förklaringar måste därmed vara teleologiska, dvs. ändamålsbestämda. Han anslöt sig till läran om de fyra elementen, jord, vatten, luft och eld samt lade till ett femte, etern, vilket fyller rymden ovanför månens bana. Alla element har sin naturliga plats och strävar att återvända dit om de flyttats.[113]

För Aristoteles, likaväl som för Platon, var politisk stabilitet viktig. Kvinnorna var av naturen underlägsna männen. Legitimiteten för det gav den redan nämnda konceptionsteorin och den gudomliga ordningen. Alla i samhället hade sina givna roller, alla var nödvändiga. Medborgare var bara vissa män. Utgångspunkten i Politiken är att det är själsliga skillnader i första hand. Exempelvis ansåg Aristoteles att unga människor inte borde få barn med mo-

[112] Lidbeck, 1993, sid. 13.
[113] Molander, 1988, sid. 56f.

tivering att avkomman hos unga föräldrar lätt blev defekt, av honkön och liten till växten.

Dessa idéer togs således upp i det senmedeltida Europa och förenades med den tidens stora idétradition, den kristna. Vid flera tillfällen ställdes kyrkan vid ett vägval och valde att anpassa sig och bli ett konglomerat av olika idéer. Risken var annars att kyrkan hade förlorat striden om idéerna. Den hade tidigare påverkats av nyplatonismen under senantiken genom främst kyrkofadern Augustinus (354–430). Platons lära om de eviga idéerna stod i konflikt med kristendomens tanke om att Gud skapade världen. Grekerna ville gärna tro att världen alltid hade funnits och hade svårt att ta till sig den bibliska skapelseberättelsen. Augustinus placerade de platonska idéerna hos Gud och menade att "idéerna" fanns i Guds tankar innan denna skapade världen. En som var ledande i arbetet med att förena kristendomen med Aristoteles filosofi var Thomas av Aquino. Han behandlade så vittomfattande områden som existensen och naturen hos Gud, kosmos ordning, mannens natur och kvinnans, moral, rättvisa och hur kristendomen skall utövas. Ett av hans mest kända verk, Summa Theologica, visar tydligast hans syn på kvinnan som medborgare och på hennes plats i samhället.

Thomas utgår från den praktiska situation som kvinnan befann sig i under hans tid. Kvinnor var mer eller mindre omyndigförklarade och stod under en mans förmynderskap, först fadern, sedan maken. Kvinnans underordning är enligt Thomas, normal och han accepterar den a priori. Samhället består av två sorters människor, de som har ett omedelbart förhållande till staten och de som har en huvudman eller förmyndare mellan sig och staten. De omedelbara orsakerna till kvinnans underordnade ställning, såväl i samhället som i familjen, summerar Thomas på följande sätt. Eftersom kvinnan är underordnad mannen "...säger Filosofen (dvs. Aristoteles) i Politiken att statens styre fördärvas, när styret har tillfallit kvinnor"[114] givet att statens styre är bra. Kvinnan skapades till hjälp åt mannen för att hjälpa honom med fortplantningen. Kvinnan är

[114] Gunneng, Hedda, Underordnad i livet – likställd efter döden. Om kvinnans förhållande till mannen i Thomas av Aquinos tänkande. Ur *Kön, makt, medborgarskap: Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels*, Eduards, Maud (red.) Gleerups Förlag Stockholm, 1993, sid. 47 Citat av Super I ad Corinthios XIV:7.

underordnad mannen för hennes eget bästa, mannen har nämligen bättre förståndsgåvor. Han argumenterar för kvinnans underordnande med utgångspunkt i det tankegods som allmänt kallas den aristoteliska konceptionsteorin.[115] Denna fick sitt genombrott genom just Thomas. Denna teori får motivera kvinnans underordning i det politiska livet. Mannens makt över kvinnan är en del av den gudomliga ordningen, alltså kan det inte vara fråga om maktmissbruk.

Thomas filosofi var ett försök att åstadkomma en universalsyntes, ett allomfattande system som utmärks av harmoni och samverkan, dvs. koherens som alternativ till kaos.[116] All mänsklig kunskap utgör en enhet. De enskilda vetenskapsgrenarna som bygger på observation är de minst allmängiltiga. Ovanför dessa står filosofin, en rationell disciplin som söker formulera principer för alla vetenskapsgrenar. Överst svävar teologin, som inte bygger på sinnesdata utan är oberoende av förnuftet men beroende av den gudomliga uppenbarelsen. Eftersom uppenbarelsen höjer sig över förnuftet står den inte i motsättning till detta. Vetenskapen, filosofin och teologin kompletterar varandra inom samma system, tillsammans utgör de en enhet. Tron erbjuder fullkomnandet av förnuftet. Tillsammans utgör de kunskapens byggnad, de är aldrig motstridiga.

Som så många andra i äldre tider var Thomas inte bara teolog och filosof. Han var också naturvetenskapsman, moralfilosof och rättsteoretiker. Organiserandet av samhället och rättssystemet var en central uppgift. I detta resonemang finner vi uppdelningen av tillvaron i en privat och en publik sfär. Thomas har en tydlig bild av förhållandet mellan man och kvinna, men också mellan far och son samt husfar och slav. Dessa relationer har det gemensamt att de är separerade från den publika sfären och från de politiska rättigheter som gäller mellan landsmän. Relationen mellan far och son karaktäriseras som paternal right (patriarkat), mellan husfar och slav som dominative right (dominans-underordning) och mellan man och kvinna som *domestic right* eller *justum æconomicum* (enskild, familje-, privat). Relationen mellan man och kvinna rör sig således hela

[115] För en beskrivning av konceptionsteorin, se Ekenvall, Asta, *Manligt och kvinnligt*, (Kvinnohistoriskt arkiv V), Göteborg 1966.
[116] Jfr Peczenik, 1995, uttalanden om ordning och kaos. se not 4 detta kap.

tiden inom den privata sfären och är uttalat separerad från den publika sfären.[117]

Detta är helt i överensstämmelse med hans syn på människan, dvs. mannen som Guds avbild och kvinnan som skapad av mannen. "God's image is found in man in a way in which it is not found in woman; for man is the beginning and end of woman, just as God is the beginning and end of all creation. Thus after saying that the man is the image and glory of God, while the woman is the glory of the man, the Apostle goes on to show why he says it, and adds: for the man is not from the woman, but the woman from the man; and the man was not created for the woman, but the woman for the man."[118]

Mannen och kvinnan är således skapade av olika materia, enligt Thomas. Mannens kropp har skapats av "the slime of the earth". "Slime" betyder jord blandat med vatten. På grund av detta brukar det sägas att varje man är en liten värld i sig, en mikrokosmos. Men mannen är inte lika perfekt som den Gud han är avbild av. Detta kan tyckas märkligt eftersom Gud är perfekt och så även hans verk. "To man, however, this sort of perfection; channelled down in a less excellent way, and in less full measure. For man does not have a knowledge of all natural things in his natural consciousness,..."[119] Samhällsordningen och rättssystemets utseende legitimeras genom detta resonemang. Det är Guds och naturens ordning.

Kort efter Thomas död började den kristna syntesen mellan tro och vetande spricka. Det gudomliga perspektivet som varit utgångspunkten under medeltiden började ge vika för ett mänskligt perspektiv från och med renässansen, som börjar i slutet av 1400-talet.[120] Ett steg i denna riktning togs av Marsilius av Padua som framförde på 1320-talet, att fursten enligt den gudomliga världsordningen fått sin makt av folket genom härskarfördraget. Sådana fördragsteorier kan liknas vid föreställningen om rätten som ett slags överenskommelse mellan olika grupper vilken var vanligt i de

[117] Aquinas, St Thomas *Summa Theologiæ*, Eyre & Spottiswoode, (eds.), London, McGraw-Hill, New York 1964–1981, vol 37, sid. 15–16.
[118] Aquinas, 1964–1981, vol 13, sid. 61.
[119] Aquinas, 1964–1981, vol 13, sid. 17.
[120] Renässansen är högst central för vår uppfattning om medeltiden. Renässansen är pånyttfödelsens tid och återupplivandet av antikens idéer. Renässansen växte fram i Italien under 1200-talet och spreds under de följande århundradena till övriga Europa. Till Sverige kom den först under 1500-talet.

germanska och de nordiska samhällena under tidig medeltid. Men den mer specifika tanken om härskarfördraget fick inte något stort genomslag förrän senare i mellersta och norra Europa i de ickekatolska länderna, genom idéerna om den rationalistiska naturrättsläran på 1600-talet. En omständighet som möjliggjorde detta var att förhållandet mellan den kristna tron och vetenskaperna blivit friare. Denna åtskillnad banade väg för både nya vetenskapliga metoder och för religiös innerlighet. Det inträffade en fullständig revolution i mänskligt tänkande som rubbade och förändrade grunden för hela kosmos. Under en tid var det tveksamt om kyrkan skulle hålla fast vid den ptolemaiska världsbilden eller om den skulle acceptera den nya världsbilden, den kopernikanska, som fick allt större genomslagskraft. Kyrkan valde att införliva den kopernikanska världsbilden i sin och det skedde slutligen under Galileo Galileis tid vid sekelskiftet 1500-1600-talet. Det är troligt att kyrkan insåg att de annars hade förlorat helt.

3.4 En ny världsbild

Det hierarkiska tänkesättet har haft flera olika hierarkier. Gud ersattes så småningom av människan som blev den som studerade sin omgivning, naturen. En ny människosyn etablerades, den fria och jämlika människan. Det civila samhället befolkades av fria jämlika individer. Men det civila samhället eller det publika var bara en del av tillvaron. Samhället delades upp i en privat och en publik sfär och kopplades dessutom ihop med kvinnor/det kvinnliga och män/det manliga. Villkoren i det publika livet utformades utifrån mäns tillvaro. Rättsstaten utformades utifrån och för det publika livet. Den enskilda människan fokuserades vilket fick till följd att relationerna inte uppmärksammades. Människans indivuella drag har kommit att bli utgångspunkten och normen, liksom den publika individen.

För kvinnor blev följden i mångt och mycket en inskränkning av deras rörelsefrihet och möjligheter till försörjning och därmed en lägre värdering av det kvinnliga. När borgerskapet så småningom kom att definiera tillvaron blev den borgerliga kvinnan sinnebilden för en kvinna. Kvinnans uppgift var att stå för den emotionella privata sfären och att vara en prydnad för hemmet. Visserligen fanns det en stor arbetande grupp kvinnor, men definitionen skedde utifrån den borgerliga gruppen. Denna definition spreds senare under 1900-talet till kvinnor i medel- och arbetarklassen.

Under 1500-talet blev ifrågasättandet av den rådande världsbilden så omfattande att en ny världsbild tog form och ersatte den gamla. Detta hade påbörjats tidigare, men fick inte fullt genomslag förrän på 1500-talet.[121] Den nya världsbilden var inte fullständigt underbyggd. Tillräckligt mycket talade emellertid för en förändring av världsbilden. En sådan omsvängning kunde ske utan att observationer entydigt talade varken för att den gamla teorin i alla sina detaljer var felaktig och eller att en ny teori i alla detaljer bedömdes som riktig. Övergången skedde successivt och någonstans på vägen blev slagsidan så stor att det gamla perspektivet måste överges. Ett *nytt synsätt* kunde etableras. Men det var långt ifrån alltid helt övertygande och "sant".[122]

Gud och kyrkan hade fram till och med medeltiden legitimerat den rådande världsbilden. Den framförallt på 1200-talet akuta krisen för Gud som legitimitet genom Aristoteles läror hade lösts genom Thomas av Aquinos försorg i symbiosen mellan kristendom och de aristoteliska lärorna, skolastiken. Nu utsattes denna legitimeringsgrund för en än allvarligare kritik. Gud som legitimering fick ge vika och ersattes av en ny men lika överväldigande bestämningsgrund – naturen.[123] Makten i samhället förändras sålunda från att ha varit gudomlig till att bli sekulariserad. Det civila eller

[121] Grunden hade lagts redan av Aristoteles. Mer konkret skedde under 1300-talet och framåt en rad tekniska uppfinningar som kom att få stor betydelse för den fortsatta utvecklingen. Den tidiga forskningen var mycket nyttoinriktad. Sverige var sent ute i denna förändringsprocess. Produktionsförhållandena i Sverige tillät knappast någon teknisk utveckling vid den tiden. Ett flertal faktorer samverkade till detta. Se Andersson, 1992, sid. 157ff.

[122] Föreställningen om ett avgörande brott i historien återkommer i olika former och vid olika tider i västerländskt tänkande, menar Winberg. Se Winberg, 1985, sid. 208. Ett exempel är den uppdelning som gjordes av prästeståndet i 1720-talets samhälle. Kontrasten mellan gammal tid och nutid definierades i begreppsparet kärlekstid – penningtid. Andra jämförbara tidsuppdelande begrepp som härrör från den klassiska samhällsvetenskapliga traditionen från 1800-talet och tidigt 1900-tal är Gemeinschaft – Gesellschaft, status – kontrakt (som förresten liknar de begrepp som används av Anna Christensen i Christensen, 1988, nämligen det harmoniska statusförhållandet och det konfliktbaserade partsförhållandet.), traditionellt – modernt samhälle, feodalism -kapitalism eller kollektivism – individualism. I grunden rör det sig om samma tankegång. Förändringen antas vara genomgående på alla livets plan, enligt Winberg.

[123] Jónasdóttir, Anna G. Hon för honom – han för staten. Om Hobbes och Lockes kvinnosyn. Ur *Kön, makt, medborgarskap: Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels*, Eduards, Maud (red.) Gleerups Förlag Malmö, 1993, sid. 60f.

det politiska samhället tar över från det patriarkala[124] och legitimering sker med hjälp av naturen. Naturen är rationell och i naturen finns sanningen. Människan blir central eftersom det är människan som subjekt som kan få kontroll över naturen och genom empiriska betraktelser finna sanningen.[125]

Människans sökande efter sanningen sker inte längre inom de s.k. klassiska vetenskaperna som bedrevs inom de under 1200 – 1300-talen startade universiteten. Vetenskapen vid universiteten var del i en klassisk lärdomstradition. Den gav ett sätt att se på världen som var utan större praktisk betydelse. Den vetenskapliga revolutionen under 1500- och 1600-talen rörde ett fåtal vetenskaper, astronomi, mekanik, optik och i viss mån geologi. I stället skedde den naturvetenskapliga expansionen utanför universiteten i fristående forskningsinstitut. Vetenskapliga akademier, inriktade på ekonomiskt och tekniskt fruktbara vetenskaper, skapades, främst under 1600-talet. De stöddes av kungar och andra världsliga makthavare. Boktryckarkonsten gav nya möjligheter att sprida kunskaper. De tidigare dominerande vetenskaperna, främst filosofi, minskade i betydelse och idealvetenskapen blev den naturvetenskapliga. En rörelse hos övriga delar av vetenskapen påbörjades som gick ut på att försöka efterlikna det naturvetenskapliga idealet.

Synen på människan i den nya världsbilden var inte längre hierarkisk som i den teologiska eller patriarkala. Människan ansågs vara född fri och jämlik. Detta blev grunden för det nya civila samhället. Alla definierades emellertid inte som människor i den tidens samhälle. Politiska och medborgerliga rättigheter tillkom bara vissa beroende på kön, social tillhörighet, inkomst och/eller förmögenhet. Det civila eller politiska samhället omfattade bara en del av människans tillvaro. Familjen undantogs helt och hållet från det civila samhället. I den mån familjen berördes var det som en förbindelselänk mellan det ursprungliga naturtillståndet och det civila samhället. Det civila samhället var det offentliga samhället, det var där medborgarna utövade sina politiska, medborgerliga rättigheter och

[124] Det patriarkala samhället byggde på en hierarkisk ordning med den högste patriarken Gud i toppen, därefter guds representant påven, den världslige härskaren och slutligen husfadern, patriarken i familjekretsen.
[125] Horkheimer & Adorno, 1997, sid. 24f.

bedrev handel med andra fria, jämlika individer. Det var där som medborgarna skulle skyddas från statligt intrång i de olika fri- och rättigheterna. Staten hindrades också från att göra intrång i den privata sfären, den som undantogs från det civila eller politiska samhället. Följden blev att i denna privata sfär levde den gamla ordningen kvar, den patriarkala.

Under medeltiden tycks kvinnor, liksom män, ha haft stora möjligheter att förvärvsarbeta. Det fanns ett stort antal förvärvsaktiva kvinnor inom ett stort antal yrken.[126] Detta förändrades genom den nya tidens förändrade syn på samhället. Kvinnor, först borgerskapets och adelns kvinnor, senare också arbetarkvinnor, blev alltmer instängda i den privata sfären.[127]

Upprättandet och införandet av de olika sfärerna av tillvaron och hopkopplingen med män och kvinnor i respektive sfär skedde således samtidigt med införandet av naturen som legitimeringsgrund. I naturen fanns det sanna, det rationella, det objektiva. Den som kunde finna ut detta var människan, subjektet. Men subjektet omgärdades med en föreställning om att dess erfarenhet, som frambringades genom empiri och sedan även förnuftet, kunde användas för att finna sanningen. Föreställningen om det objektiva subjektet innehåller implicit en omöjlighet att ifrågasätta objektiviteten, ett axiom, dvs. något som inte själv kan vara föremål för ifrågasättande.

Denna föreställning kom att tillämpas på naturen. Människans förhållande till naturen kom att liknas med förhållandet mellan man och kvinna. Naturen skulle liksom kvinnan kontrolleras, utforskas och behärskas. Den (hon) var oberäknelig, farlig, mystisk, mörk men innehöll uppenbarligen också en hel del rikedomar som kunde exploateras. Denna koppling lever kvar långt in i vår egen tid.[128]

Grunden för världsbilden förändrades således genom det vetenskapliga tänkandet. Den nya vetenskapliga metoden som föddes under renässansen, gick ut på att naturen skulle undersökas med människans egna sinnen. Gamla auktoriteter ifrågasattes, förnuftsresonemangen kritiserades. Synen på kunskapens utveckling ändra-

[126] Se t.ex. Nordberg, 1984.

[127] För svenska förhållanden beskrivs detta i Frykman, Jonas och Löfgren, Orvar, *Den kultiverade människan*, LiberLäromedel, Lund 1979.

[128] Jämför titeln på Johannisson, 1995. *Den mörka kontinenten, Kvinnan, medicinen och fin-de-siècle.*

des från att kunskapen redan var uppnådd till idén om kunskapens tillväxt.[129] De vetenskapliga akademier som grundades var främst inriktade på ekonomiskt och tekniskt fruktbara vetenskaper. Problem kan inte lösas enbart genom tanken. Nu skulle alla undersökningar, genom empirisk metod, bygga på iakttagelser, erfarenheter och experiment. Förändringarna skedde främst i ett fåtal vetenskapliga discipliner, astronomi, mekanik, optik och i viss mån geologi. Naturvetenskaperna höjde sin status i förhållande till andra vetenskaper. Filosofi hade länge varit den allra högsta vetenskapen, under medeltiden även teologi och de övriga fria vetenskaperna. Naturvetenskapen började nu i stället bli den disciplin som formulerade problemen och lösningarna. Praktik och teori återförenades och förutsebarhet blev ett nyckelbegrepp och ett kriterium för vetenskaplighet. Systematiska experiment och iakttagelser måste förankra universella lagar.

Den nya vetenskapliga metoden banade väg för en teknisk revolution. Människan hade börjat frigöra sig från naturens villkor och började bli härskare över naturen. Den engelske filosofen Francis Bacon[130] betonade den praktiska nyttan av kunskapen och menade att naturen skulle erövras och kontrolleras och utnyttjas för människans syfte.[131] Strävan efter kontroll var inte ny. För Platon var kontroll mycket angeläget, men föremålet för hans kontroll var inte naturen utan samhället och dess organisering. Genom kontroll gick det att undvika den hotande förändringen.[132]

De aristoteliska och ptolemaiska ramarna var länge användbara, men till slut förkastades de då för mycket talade emot dem.[133] 1543

[129] Se idén om kunskapens utveckling, Eriksson, 1989.

[130] Francis Bacon, engelsk filosof och statsman, 1561 – 1626. Han delade in allt vetande i rationell kunskap vilken kunde erhållas med hjälp av förnuftet och uppenbarat vetande som rörde främst teologiska spörsmål. Hans empiristiska filosofi utgick från att vetenskapens syfte är att praktiskt hjälpa människan att behärska naturen. Därför måste man skaffa sig ett stort erfarenhetsstoff, vilket endast kan ske genom experimentella observationer. Han ägnade särskild uppmärksamhet åt de olika fördomar eller möjligheter till feltolkning som han kallade idola mentis. Som exempel kan nämnas den enskilde vetenskapsmannens personlighet som kunde påverka hans slutledningar samt ordets makt över tanken.

[131] French, 1987, sid. 125.

[132] Jfr Merchant, 1994.

[133] Detta trots att det var en hel del i den nya ramen som uppenbarligen inte var sant. Se för en beskrivning av detta Feyerabend, 1977.

publicerade Nikolaus Kopernikus (1473–1543) boken Om himlakropparnas kretslopp. Solen hade nu placerats i centrum istället för som tidigare jorden.[134] Kopernikus var teoretiker, till skillnad från dansken Tycho Brahe (1546-1601) som var en noggrann observatör. Brahe konstaterade förekomsten av kometer och observerade en ny stjärnas födelse. Båda företeelserna stred mot Aristoteles lära om en evig oföränderlighet ovanför månens bana. Både Kopernikus och Brahe var verksamma utanför universiteten. Johannes Kepler (1571-1630) var assistent till Brahe i Prag. Kepler lade grunden till en ny fysik, men inom gamla tankeramar. Han är känd för påståendena att planeterna rör sig i ellipser och att deras hastighet är olika i olika delar av banan. Accepteras detta ligger Aristoteles kosmologi i spillror. Men den världsuppfattning på vilken både kyrkan och universiteten ännu stödde sig föll inte så lätt.[135] Den nya världsuppfattningen existerade sida vid sida med den som stöddes av Aristoteles och Bibeln under en övergångsperiod som varade i mer än hundra år.[136]

Galileo Galilei (1564-1642) var den som så småningom fick uppleva att den kopernikanska världsbilden accepterades. 1588 inbjöds Galilei att inför akademin i Florens hålla ett föredrag om läget, storleken och uppbyggnaden av helvetet som det skildrats i Dantes Inferno i Den gudomliga komedin. Detta var då ett högst vetenskapligt diskussionsämne. Med hjälp av föredraget blev han professor och fick således vetenskaplig status. Han förkastade tingens inre egenskaper och ersatte dem med yttre, observerbara korrelationer som måste beläggas med experiment. Det viktiga var att beskriva iakttagbara regelbundenheter så att de medger förutsägelser. Det empiriska vetandet upphöjdes till vetenskap. Det var en *vetenskapens självständighetsförklaring* som stötte sig mot både kyrkan och filosofin. Genom konstruerandet av ett teleskop med ungefär tjugo gångers förstoring, ifrågasatte han den ptolemaiska världs-

[134] Samtidigt publicerade Andreas Vesalius (liksom Kopernikus var han medicine studerande i Padua) boken, Om människokroppens byggnad. "(D)et första empiriskt vetenskapliga verket i nyare tid", se Sjöstrand, Torgny, *Medicinsk vetenskap: historik, teori och tillämpning*, Natur och Kultur, Stockholm 1979, sid. 30. Sjöstrand menar att 1543 kan sättas som tidpunkt för revolutionens verkliga födelse och anledningen till det är just Vesalius och Kopernikus verk. a.a. sid. 29f.
[135] Molander, 1988, sid. 64f.
[136] Molander, 1988, sid. 190.

bilden och hjälpte därmed den kopernikanska att ta över. I Kina, med en annan kosmologi, hade redan tidigare gjort sådana observationer. Europeiska astronomer noterade förekomsten av förändringar på himlavalvet först ett halvsekel efter det att Kopernikus öppnat vägen för ett nytt synsätt. Det ptolemaiska systemet kunde ha lappats och lagats ytterligare, men det började bli tydligt att det var ett lappverk. Plötsligt fanns det *alternativ*. Den förmodligen mest betydande boken i omsvängningsprocessen var Galileis Dialog om de två viktigaste världssystemen från 1632. Denna bok skrevs inte på latin, utan på folkets språk. Galilei skrev populärt och anknöt till vardagliga erfarenheter för att visa att det nya världssystemet inte var så konstigt. Egentligen hade han inte särskilt starkt stöd för det kopernikanska betraktelsesättet, men han lyckades presentera det på ett sådant sätt att mer talade för det nya synsättet. Galilei hade stor betydelse för en omsvängning i uppfattningarna om vad vetenskaplig kunskap är och hur världen och universum ser ut.[137] Med den galileiska vetenskapssynen förenades teori och praktik. Förutsebarhet blev ett nyckelbegrepp, och vetenskapliga lagar måste förankras i systematiska experiment och iakttagelser.

Det var inte Galilei utan den engelske fysikern Isaac Newton (1642-1727) som till sist beskrev solsystemet och planetrörelserna. Han beskrev inte bara hur planeterna rör sig runt solen utan också varför de gör det. Och han gjorde det genom att bland annat hänvisa till Galileis dynamik. Den av Newton uppfunna gravitationslagen innebar att två massor attraherar varandra med en kraft som är proportionell mot produkten av massorna och omvänt proportionell mot kvadraten på avståndet mellan massorna. Att planeterna rör sig i elliptiska banor runt solen, är ett resultat av två olika rörelser, för det första den rätlinjiga rörelse de fick när solsystemet bildades, och för det andra den rörelse som är riktad mot solen på grund av gravitationen, eller tyngdkraften.[138]

En förändrad världsbild hade slagit igenom. Från att ha sett jorden som universums centrum blev *jorden reducerad* till att bli en planet styrd av och cirklande runt solen. Synen på människan förändrades ungefär samtidigt i lika stor utsträckning. Den *enskilda*

[137] Molander, 1988, sid. 67ff.
[138] Molander, 1988, sid. 74.

människan fick en mera central placering än tidigare. Synen på människan som primärt en del i något större, kosmos, släkten eller dylikt, övergavs. Tidigare var jorden alltings medelpunkt, men när astronomin påstod att det inte fanns någon medelpunkt i universum fanns det plötsligt lika många medelpunkter som människor.[139]

Från att ha ingått i en hierarkisk patriarkal rangordning med sin givna plats blev nu varje individ lika mycket värd som alla andra. Det fanns inte längre någon naturlig rangordning, alla är lika mycket värda. Men denne jämlike individ befolkar inte hela samhället utan begränsas till det civila eller det politiska samhället. För 1600-talets ideologer, varav flera av de som påverkat västerlandets tänkare var britter, rationaliserades med hjälp av den matematisk-mekaniska modell som inte bara bestämde universum utan också samhället.[140]

1600-talets England var ett förändringens samhälle. Den kapitalistiska ekonomin ökade väsentligt i omfattning, produktionen försköts allt mer från hushållsbasis till det borgerliga samhället. De nya ägande- och kontrollrelationerna i produktionen befästes och försäkrades fortsatt existens av den liberala rättsstaten, dvs. av den nya statsform som växte fram ur 1600-talets inbördesstrider och politiska och religiösa omvälvningar. Denna förändringsprocess försämrade på många sätt levnadsvillkoren för kvinnorna i alla samhällsklasser.[141] Tidigare hade många kvinnor haft en ansenlig självständighet i praktiken inom sina områden, trots ett manligt familjeöverhuvud. Men den försvann vid övergången till ett produktionssätt som låg utanför hushållet. Kvinnor blev föderskor och statussymboler i de förmögna skikten, rättslösa hemmafruar bland hantverkarna, nödlidande i större utsträckning än männen i löne-arbetarklassen.

Thomas Hobbes (1588–1679) var naturvetenskapsman och filosof liksom hans samtida Galilei och Descartes (1596–1650).[142] Han valde, förfärad över den sociala upplösningen och striderna som rasade i hemlandet, att ägna sig åt politisk filosofi. Inom detta område har han haft ett bestående intellektuellt inflytande. Han såg som sin

[139] Med reservation för den tidens definition av människa.
[140] Jónasdóttir, 1993, sid. 61.
[141] Jónasdóttir, 1993, sid. 59.
[142] Uppgifter om Hobbes och Locke är hämtade från Jónasdóttir, 1993.

livsuppgift att formulera och bevisa vilken samhällsordning som var bäst. Detta gjorde han främst i de tre skrifterna, Elements of Law 1640, Man and Citizen 1642 och Leviathan 1651. Han ansåg sig ha bevisat "att ett jämlikhetstillstånd är ett krigstillstånd och att ojämlikheten därför infördes genom allmänt samtycke".[143] Hobbes filosofi handlar om relationer mellan människor, om att reglera sociala relationer, allt från samlag till utrikespolitik. Allt som praktiseras i dessa sociala relationer finns i botten för Hobbes filosofi.[144] Allt praktiskt liv behandlas endast som ordnings- och styrproblem, dvs. i termer av makt och rätt. Den nya vetenskapssynen, den matematisk-naturvetenskapliga och teknologiska, präglade Hobbes politiska tänkande.

Hobbes politiska filosofi är upphängd på delningen mellan ett naturtillstånd eller den mänskliga naturens grundbetingelser och ett politiskt organiserat samhälle. Som en oklar förmedlande länk mellan naturtillståndet, vilket antas vara befolkat av enskilda oberoende individer, och det ordnade samhället befinner sig familjen. Naturtillståndet utgör Hobbes teoretiska modell som ska förklara de politiska förhållandena. De dimensioner modellen innehåller är för det första en grundläggande mekanisk samhällsmodell. Den stämmer överens med grundprinciperna i den då nya galileiska fysiken som innebar att all materias naturliga tillstånd är rörelse, så även människornas. Ständig rörelse leder till ständiga motsättningar. För att kunna bevara freden måste därför stabiliserande hinder skapas.[145]

För det andra innehåller modellen begreppsanalyser av människans kroppsliga och själsliga egenskaper. Kroppens krafter är av tre slag, närande, rörande och födande och själens av två slag, kunskapskraften och rörelsekraften. Vidare innehåller modellen antaganden om sociala relationer mellan kvinnor och män med inslag av "historiska belägg" som går ut på att det i naturtillståndet inte finns någon lagstiftning och därmed inga äktenskap eller ägandeförhållanden överhuvudtaget. Könsumgänge sker med fritt in-

[143] Jónasdóttir, 1993, sid. 58. Citerat och översatt från Hobbes, Thomas, *Man and Citizen*, Gert, Bernard, (red.) Humanities Press (USA) Harvester Press (England) 1972, kap 10, s. 225.
[144] Detta gäller också Lockes filosofi. Se Jónasdóttir, 1993, sid. 58.
[145] Jfr Hugo Grotius och folkrätten.

gångna kontrakt. Slutligen inrymmer modellen ett historiskt/antropologiskt begrepp som inrymmer alla statslösa samhällsformer. I hans naturtillstånd förekommer det alltid familjer med inbördes rangordning, som regel med det strängaste fadersvälde. Samtidigt får naturtillståndet beteckna alla sociala förhållanden där människor lever under en oduglig sammanhållande makt eller utan någon övermakt.

Det kan för nutidens betraktare råda en uppenbar konflikt mellan själva grundprinciperna i t.ex. Hobbes modell. Alla är likaberättigade, fria och jämlika men inte inom den privata sfären. Familjen företräds av aktörer som är med om att upprätta den viktiga samhällspakten i det civila eller politiska samhället, dvs. familjefadern.[146] Hobbes ifrågasätter patriarkalfilosofernas grundläggande legitimering av mannens överlägsenhet, nämligen att det är mannen som är den aktive i avlandet av barn. Tvärtom, menar Hobbes, samverkar kvinnan och mannen i avlandet, men den som har makten över barnet är den som tar hand om barnet, vilket i första hand är modern. Relationen kvinna-man diskuterar Hobbes inte. Kvinnans ställning i samhället och i staten är dubbeltydig. Visserligen förespråkar han en likhetsmodell för kvinnor och "människor". Som regent kan visserligen en kvinna fungera, men det är bättre med en man. Män är ändå bättre lämpade än kvinnor för arbetsamma och farliga handlingar. "Kvinnans ställning i staten undergrävs slutligen med argument som är helt främmande för hans övriga tänkande."[147] Inom ramen för en individualistisk filosofi föreskrev både Hobbes och Locke (1632–1704) att kvinnor skulle vara underordnade männen.[148]

Locke ansåg att förutom de områden av livet som bestod av de primära och sekundära sinneskvaliteterna fanns vissa områden som bestod av intuitiv eller "demonstrativ" kunskap. Detta gällde t.ex. de etiska grundregler som alla, enligt Locke, är medvetna om. Han pläderade alltså för naturrättstanken, som är klart rationalistisk.

[146] Detta är precis samma reflektion som man kan göra när det gäller John Rawls individ från 1970-talet. Den individens olika roller är desamma som Hobbes individs roller, dvs. denne är familjefar, överhuvud, aktör på den offentliga arenan och försvarare av sitt land. Se för en kritik av John Rawls i detta avseende Okin, 1990.
[147] Jónasdóttir, 1993, sid. 73.
[148] Jónasdóttir, 1993, sid. 81.

Även David Hume (1711–1776) talade om vissa etiska och moraliska grundregler, men i strid med rationalisterna ansåg han att de inte grundades på förnuftet utan i stället på känslorna. Han skilde på en beskrivande mening, en s.k. är-utsaga, och en normgivande mening, en s.k. bör-utsaga. Hume menade att det inte är möjligt att bevisa något genom att gå från en är-utsaga till en bör-utsaga. Bör-utsagor grundar sig inte på förnuft utan på känslor. Att vara ansvarsmedveten i Humes mening betyder inte att man litar till förnuftet utan till sin känsla för andras väl och ve. Tvärtom går det att utifrån ett förnuft resonera sig fram till att ödelägga både andra människors liv och världen, det går däremot inte att göra utifrån känslan.

Till skillnad från Hobbes försöker John Locke inte tillämpa en strikt vetenskaplig metod. Locke menade att familjen var ett äktenskapssamhälle, bortom vilket det politiska samhället tog vid. Det politiska samhället var en organiserad sammanslutning med syfte att säkra egendomen inåt och riket utåt. Intressenterna i det politiska samhället valde sedan sina representanter att styra – till allas bästa. Äktenskapssamhället var ett förbund mellan man och hustru. Äktenskapssamhället, egendomen och det politiska samhället hängde trots allt ihop. Familjen och egendomsordningen garanterade det politiska samhällets kontinuitet, en generation länkades ihop med en annan. Den fria individen förenar sig frivilligt i ett samhälle och låter sig underkastas vissa begränsningar i lagar och sanktioner för sitt eget bästa. Här ser vi tydligt hur gränsen mellan den privata och den publika sfären markeras, men också hur den publika förutsätter den privata.

För relationen mellan kvinnor och män i teori och praktik var uppdelningen av tillvaron i en privat och en publik sfär central. Övergivandet av den patriarkala ordningen öppnade för en uppdelning mellan den privata sfären, som en patriarkalisk rest, och den publika sfären, som grundades på människosynen att alla män är födda jämlika. *Den patriarkala ordningen* gjorde ingen artskillnad mellan privat och publik sfär, det fanns olika patriarker av olika valör ordnade i en hierarki sinsemellan, Gud, kungen, fadern och maken i nu nämnd ordning. *Den liberala ordningen* byggde på en ordning med jämlika individer i den publika sfären, men inte i den privata. Eftersom det huvudsakligen var män som kom att erövra den publika arenan och kvinnorna alltmer knöts till den privata

sfären, kom en alltmer liberal ordning att råda mellan män, medan samma män var patriarker i den privata sfären i förhållande till kvinnorna. Den privata sfären förs därmed ut från den samhälleliga eller politiska agendan och skyddas tom från inblandning av staten. 1600-talet sägs följaktligen vara en vattendelare i kvinnornas historia, inte bara i England utan i hela västvärlden.[149]

Tiden efter 1600-talet har förstärkt uppdelningen i en privat och publik sfär och dess koppling till manligt och kvinnligt. Ur kvinnors synvinkel har både den patriarkala strukturen och den liberala strukturen klara nackdelar. Den stora skillnaden är att den patriarkala är tydlig och den liberala döljer skillnaden mellan kvinnor och män genom att organisera samhället på ett sådant sätt att det inte blir uttalat och synligt. De normativa strukturerna bär på samma statiskhet i relationen mellan genus trots att de för övrigt är av olika art.[150] Kvinnorna har återigen alltmer kommit att röra sig i den publika sfären. Men arbetsdelningen har varit starkt förankrad. Den svenska arbetsmarknaden är tämligen könssegregerad[151] och Sverige framställs ofta som ett land med mycket hög grad av segregering jämfört med andra länder.[152] Uppdelningen i en privat och en publik sfär skedde samtidigt med en mängd andra uppdelningar. Tänkesättet präglades till stor del av en uppdelning i motsatser som uteslöt varandra. Många av de problem som följde med en ny (naturvetenskaplig) legitimeringsgrund löstes genom att olika delar av

[149] Clark, Alice, *Working Life of Women in the Seventeenth Century*, Routledge & K. Paul, London Boston 1982. (Originalet från 1919.)

[150] Jfr Christensen, 1988.

[151] I SOU 1996:56 *Hälften vore nog – om kvinnor och män på 90-talets arbetsmarknad*, sid. 11, hävdas att Sverige har en mycket könsuppdelad arbetsmarknad. Könsuppdelningen förekommer på minst tre plan, uppdelningen mellan hushållsarbete och marknadsarbete (Se Johansson, Vicki, *Vem gör vad, när och var? omsorgens organiseringsformer i kommunerna och kvinnors och mäns omsorgsarbetsdelning*, Publica Norstedt, Stockholm, 1997), vilka yrken och arbetsområden som respektive kön har samt olika villkor inom branscher och yrken, t.ex. i fråga om lön och positioner.

[152] Det är emellertid mycket svårt att göra rättvisande internationella jämförelser. Det finns komparativa undersökningar som tyder på att segregeringen är något högre än i jämförbara länder. Det finns en påtaglig segregering, både horisontellt och vertikalt. Orsakerna till detta kan sökas dels på utbudssidan, dvs. i arbetskraften, dels i efterfrågan, dvs. att en diskriminering sker från arbetsgivarnas sida. Ds 1993:8, *Kvinnors arbetsmarknad 1990-talet – återtågets årtionde?* Jonung, Christina, Yrkessegregeringen på arbetsmarknaden, sid. 79.

tillvaron, olika typer av frågor, olika kunskapsdiscipliner helt enkelt avskildes från det vetbara området. Människan hade, med hjälp av de idéer som Aristoteles och Platon långt tidigare presenterat, blivit mediet för att nå kunskap. Människan tog således gudens/gudarnas plats som kunskapens källa. Den kunskap som människan inte kunde nå och inte kunde "kontrollera" avskildes från kunskapsområdet eller från den vetenskapliga kunskapens område. Tro, moral, värdefrågor förbehölls religionen eller de mer filosofiska delarna av kunskapen. *Fakta* blev vetenskapens domän. Inte nog med att avskiljandet genomfördes, de olika kunskapsområdena hierarkiserades också. Den vetenskapliga kunskapen var den sanna kunskapen. Metafysiska frågor var "bara" frågan om tro. Förnuft och erfarenhet uppfattades som objektiva medier eller instrument för att nå evig och sann kunskap. Dessa två källor till "sann" kunskap har förordats var för sig eller båda två i olika varianter genom hela historien.

I början av 1600-talet lanserade René Descartes[153] en ny vetenskaplig metod som påverkade hela det västerländska tänkandet. Descartes byggde sina idéer på uppdelningen antingen/eller. Detta tänkesätt har kommit att kallas den cartesianska oron.[154] Han ställde upp grundläggande principer för både vetenskapligt och annat tänkande i sin bok Avhandling om metoden (1637). Alla förutfattade meningar skulle elimineras och därefter skall vetandet byggas upp från säkra utgångspunkter.[155] Hans betonande av insikt är helt motsatt Galileis tänkande. Genom intuition kunde han med hjälp av sitt förnuft uppnå säker kunskap inom filosofin. Descartes menade att man måste börja med ett radikalt tvivel även av sinnesintrycken. Det kan tänkas att en ond demon, enligt Descartes, gav vetandet helt falska föreställningar. Han tvivlade på allt, tills han nådde filosofins första princip, Cogito, ergo sum, (jag tänker, alltså

[153] Fransk filosof, jurist och matematiker.

[154] Bernstein, 1991, sid. 37ff. Den cartesianska oron är en tankeskapelse, som Bernstein menar är till nytta när det gäller att få grepp om de primära frågorna. Oron inleddes inte med Descartes och formulerades inte heller slutgiltigt. Begreppet är ett redskap för att beskriva sökandet efter filosofins grund eller arkimediska punkt på vilken vi kan bygga vår kunskap. Detta formulerar Descartes i sina Meditationer, 1996.

[155] Jfr postmodernismens dekonstruktion.

existerar jag). Från denna utgångspunkt resonerade han sig vidare till slutsatsen att han skapats av Gud.

För Descartes var brist på klarhet ett stort problem. Han kritiserade t.ex. Galilei för att inte tillräckligt ha analyserat de begrepp han använde. Galilei tog avstånd från kravet på det absolut säkra, något som Descartes betonade. Detta utvecklade han grunden för i resonerandet kring dikotomin antingen – eller, dvs. antingen finns det en fast grund för vår existens och kunskap eller så störtar vi i det hotande kaoset. I enlighet med detta utvecklar han också en dualistisk uppfattning om människan. Han delar människan mitt itu. Kropp och själ är väsensskilda substanser. Endast människan har själ. Han genomför en strikt tudelning mellan den andliga verkligheten och den materiella verkligheten. Därigenom visar han att han har en helt igenom materialistisk och mekanistisk verklighetsuppfattning, precis som de materialister han kritiserade. Denna tudelning var visserligen inte ny, den fanns redan hos Platon och Aristoteles.

Descartes var utpräglad rationalist. Han delade det ställningstagandet med Sokrates, Platon och Augustinus. Han var en i ledet av stora *individuella filosofiska systembyggare* som Platon, Aristoteles, Thomas av Aquino och de senare Spinoza, Leibniz, Locke, Berkeley, Hume och Kant. Myter och religiösa uppfattningar kan ses som *kollektiva filosofiska systembyggen.* Gemensamt för båda är att de försöker ge svar på alla viktiga filosofiska frågor och presentera en heltäckande förståelse av tillvaron och grunden för den. Descartes slog an de två frågeställningar som kom att dominera den filosofiska debatten under lång tid framöver och som vi fortfarande idag förhåller oss till, *frågan om vägen till den sanna kunskapen,* genom förnuftet eller erfarenheten, och *förhållandet mellan kropp och själ.*

De två distinktionerna hänger ihop på det sättet att *vägen till kunskap,* oavsett om mediet är förnuftet eller erfarenheten, *går genom själen* och inte genom kroppen. Själen är den del som är oberoende av den mänskliga kroppen eller subjektet, den som är objektiv, allmängiltig och rationell. Kroppen däremot är något som skall kontrolleras, som är irrationell, sinnlig, oförutsebar, driven av instinkter av olika slag. Kroppen kom också i det vetenskapliga tänkandet och i tänkandet överhuvudtaget att kopplas ihop med

naturen och med kvinnan. "Mellan kvinnorna och naturen finns det ett urgammalt samband – en anknytning som har bestått i alla kulturer, språkområden och historiska skiften."[156] Naturen och kvinnan hade det gemensamt att de skulle kontrolleras.

Själen hade sedan länge kopplats ihop med den manliga principen. I de mytiska föreställningarna konkretiserades till en början den manliga principen i himlen i motsats till den kvinnliga jorden. Senare kom solen att föreställas som manlig, jorden kompletterades med månen som kvinnlig. När solen kom att stå i centrum genom den omvälvande förändring som skedde med tänkandet under 1500-talet innebar det också en värdemässig förändring i förhållandet mellan solen och jorden, dvs. mellan det manliga och det kvinnliga. Kopernikus flyttade "...bort den kvinnliga jorden från världsalltets mitt och ersatte den men den manliga solen."[157] Betecknande är också att "(p)å 1500-talet hade Elisabet I jämförts med den ptolemaiska primum mobile som kretsade runt den kvinnliga jorden, men på 1600-talet blev Ludvig XIV Solkungen."[158]

Andra som ungefär vid samma tid också gjorde en uppdelning mellan fakta och värde och som dessutom kopplade den till kvinna – man var den tidigare nämnda Francis Bacon. Han och Descartes kunde förena sig i strävan efter uppdelningen, men när den väl genomförts och sökljuset riktades mot uppnåendet av fakta, valde Francis Bacon en väg, Descartes en annan.

Bacon ansåg att verklig kunskap endast kunde uppnås genom empiriska studier. Genom experiment kunde en induktion ske. Genom samma resultat i ett antal fall uppstår ett möjligt förhållande. Människan föds utan kunskap, menade Bacon, men kommer genom sinnesintrycken att se verkligheten. Descartes å sin sida ansåg att matematiken erbjöd den bästa modellen. Kunskap kunde, enligt Descartes, uppnås med hjälp av förnuftet genom en rationalistisk metod. Genom deduktion kan ett säkert förhållande bli synligt. Från en given sats kan ett stort antal konkreta fall slutledas. Människan har förnuftet som medfödd kunskap, menade Descartes.

En av de brittiska empiristerna, Locke, utsatte den kontinentala

[156] Merchant, 1994, sid. 17.
[157] Merchant, 1994, sid. 150. Detta är hämtat från Fontenelle, Bernard de *Entretiens sur la pluralité des mondes* 1686, i svensk översättning Samtal om flera werldar 1759.
[158] Merchant, 1994, sid. 150.

rationalismen (de mest tongivande rationalisterna under 1600-talet var fransmannen Descartes, holländaren Spinoza och tysken Leibniz) för stark kritik. Han såg empirismen som den rätta vägen till kunskap, men han modifierade empirismens syn på det tomma medvetandet. Empiristerna menade att vi över huvud taget inte har någonting i vårt medvetande innan vi har fått några sinneserfarenheter. Vårt medvetande är som en tabula rasa, eller oskrivet blad, innan vi har erhållit några sinnesintryck. Men Locke möjliggjorde en kompromiss mellan rationalismen och empirismen. Han skilde mellan primära och sekundära sinneskvaliteter och erkände därmed ett visst medfött förnuft hos människan. Genom detta förändrade han och undergrävde i viss mån den strikta uppdelningen mellan förnuft och erfarenhet i Descartes filosofi.

Locke var inte ensam om sina försök. Empirismen och rationalismen förenades även i Immanuel Kants transcendentalism, utvecklad på 1700-talet.[159] Han menade att villkoren för våra förmågor accepterar både empirism och rationalism. Under förmågan måste det finnas villkor för att kunna ta till sig sinnesförnimmelser och för att kunna använda förnuftet. Han gjorde en distinktion mellan tinget-i-sig-själv (*Ding an sich*) och fenomen eller sinneting. Därmed erkände han både empiristernas uppfattning att kunskap visserligen fås genom empiriska observationer men förmågan att ta kunskapen till sig kräver ett användbart förnuft. Människan föds inte med ett klart förnuft, utan det utvecklas efterhand.

3.5 Rätten som objekt tar form

Den rättsliga legitimeringsgrunden upphörde att vara teologisk i enlighet med den världsbild som ersatte Gud med människan. Naturrätten skildes från teologin och fick andra grunder, naturen eller förnuftet. De två möjligheterna motsvarade den tidens skiljelinje mellan empirism och rationalism. Rätten avskiljdes från filosofin, moral kom att hänföras till

[159] Immanuel Kant (1724-1804) tysk filosof, professor i logik och metafysik. Han var till en början anhängare av den rationalistiska filosofin i Christian Wolffs tolkning, men kom så småningom att påverkas av Humes skepticism. Kants uppdelning i analytiska och syntetiska satser korsas med distinktionen mellan kunskap a priori (kunskap som inte är beroende av erfarenhet) och kunskap a posteriori (erfarenhetsbaserad kunskap), varigenom han får fyra olika möjligheter.

de metafysiska ämnena som alltmer förlorade i status, rättsvetenskapen kom att bli alltmer logisk och positivistisk, mån om att uppfylla de kriterier som det vetenskapliga idealet för tiden uppställde. De filosofer som hänvisade till naturtillståndet som det ursprungliga medverkade till den tolkning av historien som förklarar den naturliga ordningen mellan man och kvinna som ojämn. Ideal om jämlikhet, frihet och broderskap gällde inte kvinnor, trots att det fanns de som förespråkade att så skulle vara fallet. Rättsligt blev kvinnor formellt fullvärdiga medborgare först en bra bit in på 1900-talet. Det berodde inte på att kraven på fullvärdigt medborgarskap börjat ställas först då. De kraven har funnits genomgående under historiens gång.

Naturrätten förankrad i en teologisk grund har dominerat och finns i olika varianter genom hela historiens gång, särskilt fram till 1500-1600-talet. Den teologiska naturrätten kan hänföras till naturrätt, men skiljer sig från senare varianter av naturrätt beträffande legitimeringsgrunden. Den debatt om makten i samhället som fördes på 1600-talet i England rörde frågan om samhällsmaktens egentliga källa. Den avgjordes till patriarkatets nackdel[160] och till det sekulariserade samhällets fördel. Men det gäller framförallt i den publika sfären, medan den privata sfären avskildes från det egentliga samhället. Den privata sfären var en förutsättning för den publika, men den kom inte utifrån sina förutsättningar att ge några avtryck i sättet att reglera samhället eller i kunskapssynen. Objektivitet och rationalitet präglade den publika sfären lika väl som den vetenskapliga kunskapen. Det som avskildes var allt det som inte tillhörde den publika, vetenskapliga sfären, nämligen det subjektiva och det irrationella. För att upprätthålla distinktionen formulerades kriterier som verkade självuppfyllande. De medborgerliga fri- och rättigheter som formulerades reglerade förhållandet mellan medborgaren i den publika sfären och staten. Den privata sfären undanhölls från reglering genom att skyddas från statlig inblandning. Vetenskaplig kunskap definierades som kunskap som nås genom vetenskaplig metod enligt empirismens metoder eller rationalismens metoder. Sådant varom inte kan nås sann kunskap, är ingen vetenskaplig kunskap utan trosfrågor.

[160] Med patriarkat avses här den samhällsordning som byggde på en hierarkisk syn på människorna och som inte gjorde någon uppdelning i olika sfärer. Högst upp i hierarkin fanns Gud, sedan kom kyrkans representanter, efter det den värdsliga makten i olika skikt, husfadern och husmor, tjänstefolk och barn.

1600-talets Europa var en motsättningarnas tid. Renässansens återupplivande av antikens idéer efterföljdes av barocken. Konsten karaktäriseras av kontraster i form och färg. Den moderna teatern utvecklades. Shakespeare inledde barocken med sina skådespel. Hela livet sågs som en teaterföreställning. Den tidigare positiva livsinställningen som rått under renässansen fanns kvar, men många gick till den andra ytterligheten genom att förneka världen och leva i religiös tillbakadragenhet. Det trettioåriga kriget (1618-1648) plågade mer eller mindre hela Europa. Kriget hade både religiösa och politiska maktkamper som bakgrund.

Motsättningarnas tid barocken är miljön också för Descartes särskiljande av kropp och själ. Denna uppdelning, liksom den filosofiska dikotomin idealism och materialism, går visserligen som en röd tråd genom hela historien från naturfilosoferna i det tidiga Grekland. Sällan har de båda uppfattningarna existerat sida vid sida med sådan styrka som under barocken. Materialismen fick hela tiden ny näring genom den nya naturvetenskapen. Det var Newton som lade de sista pusselbitarna på plats i den mekanistiska världsbilden.[161] Lösningen blev som sagt, att idealismen och materialismen fick sina egna områden som blev åtskilda och dessutom rangordnades sinsemellan. Den materialistiska synen förbehölls de naturvetenskapliga delarna av kunskapen, kroppen, naturen och tekniken medan den idealistiska synen förbehölls den kunskap som alltmer kom att ligga utanför vetenskapen, såsom teologiska och metafysiska frågor. Denna värdering har sedan kommit att styra hur olika vetenskapliga discipliner försökt att nå upp till den statustyngda naturvetenskapen.

Rättsfilosofin började skiljas från teologin. Rättens legitimeringsgrund i en gudomlig ordning övergavs särskilt i den mellersta och

[161] Denna mekanistiska världsbild var inte oemotsagd i sin samtid. Kritik mot mekanismen och den dikotomisering som den medförde framfördes av de som hävdade naturens fundamentala organiska enhet. Bland dem fanns de s.k. vitalisterna som förespråkade en monistisk naturfilosofi som var fundamentalt antiexploaterande. En av vitalisterna var Anne Conway. Hennes filosofi var klart anticartesiansk främst ifråga om dualismen och antihobbesiansk ifråga om materialismen. Kropp och själ var av samma substans och skilde sig åt endast beträffande formen. Conway, Anne, *The Principles of the Most Ancient and Modern Philosophy*, Loptson, Peter (ed.), The Hague Nijhoff 1982. Se även Merchant, 1994, kap. 11 samt Malmström, Anna-Karin, Anne Conway, *Filosofisk tidskrift* nr 2/94.

norra delen av Europa, dvs. i det icke-katolska Europa. I det katolska Sydeuropa kom kopplingen mellan den religiösa och den världsliga makten, där den förra ger legitimitet åt den senare, att behållas. Naturrättens grund förändrades, från att ha byggt på den naturliga och den positiva rättens överensstämmelse med den gudomliga rätten, tonades den gudomliga rätten ner alltmer och avskiljdes som ett separat normsystem som var förbehållet för människan i förhållande till dennes Gud.[162] Området för teologi avskildes alltmer från den världsliga sfären och förbehölls individerna. Den världsliga rätten legitimerades med stigande intensitet med en naturrättslig föreställning av annan art än den teologiska.

Den rationalistiska naturrättsläran innehöll vissa element från antik filosofi och medeltida statslära. Den byggde på läran om samhällsfördraget, vilken innebar att fria individer slöt samhällsfördrag med en av dem utsedd härskare. Detta var i enlighet med den naturliga rätten, vilken bestod av allmänna, eviga och oföränderliga förnuftsprinciper. Den yttersta legitimiteten för den positiva rätten söktes således i den förnuftsenliga naturrätten.[163] Naturrättsläran utvecklades i olika riktningar. I England kom den materialistiska riktningen genom Hobbes att få stort inflytande.[164] Efter nederlaget för hans idéer, vid återupprättandet av monarkin efter "Den stora revolutionen", kom Locke att vara ideologen med sin liberala naturrättslära som medgav konstitutionell monarki.[165] I

[162] Detta möjliggjordes genom protestantismens avskiljande från katolicismen. Reformationen var i allra högsta grad anti-auktoritär och betonade varje människas direktrelation till gud. Ett led i denna strävan var att latin övergavs som språk i kyrkan. Guds ord skulle förmedlas på modersmålet.

[163] Det var med dessa tankar som grund som Hugo Grotius lade grunden till folkrätten. Eftersom det 30-åriga kriget var ett krig mellan det katolska och det icke-katolska länderna var det inte möjligt för Grotius att åberopa den gudomliga rätten i sina strävanden att få de krigförande parterna att iaktta större hänsyn till civilbefolkningen. Naturrätten var det alternativ som kunde åberopas av parterna oavsett religion och gudsbild.

[164] I Thomas Hobbes (1588 – 1679) naturrättslära saknas helt de teologiska inslagen. Han har en materialistisk filosofisk ståndpunkt. Hans idéer påverkade främst det politiska och statsrättsliga området. Efter "Den stora revolutionen" i England 1640 – 1649 återupprättades monarkin så småningom legitimerad genom gud och inte med hjälp av Hobbes materialistiska statslära. Hobbes var för övrigt vän med Galileo Galilei. Hobbes vistades på kontinenten en stor del av sitt liv som landsflyktig.

[165] Även John Locke (1632–1704) vistades på kontinenten, i Frankrike och i Holland, under perioder av sitt liv.

Frankrike kom, under 1700-talet, naturrätten att få en mer liberal och revolutionär inriktning. Naturtillståndet romantiserades och upphöjdes i bl.a. Rousseaus idéer.

Med upprättandet av nationalstaterna och de nationella rättsordningarna samt i skuggan av 30-åriga kriget, lades grunden för folkrätten. Rätten hade tidigare varit allmän genom att den gudomliga lagen gällde allt och alla. När den positiva rätten fick alltmer utrymme och gränserna mellan staterna upprättades blev rätten alltmer lokal och nationell. Erfarenheterna av 30-åriga kriget visade på ett behov av en internationell rättsordning. De krigförande utförde en hel del grymheter och skändade civilbefolkningen i en utsträckning som inte gjorts tidigare.[166] Hugo Grotius brukar framhållas som folkrättens pionjär. Hans verk De Jure Belli ac Pacis Libri Tres utgavs i Paris 1625 och översattes till engelska 1654.[167] Grotius gör som så många andra, han hänvisar till Platon, Aristoteles och Cicero. Han verkar för en humanisering av metoderna för krigföring och lägger en grund för en internationell rättsordning. Han menar att även krigförande stater bör iaktta vissa grundläggande humana principer.

Det trettioåriga kriget var ett krig mellan det katolska Europa och det protestantiska Europa. Parterna hade inte samma uppfattning om Gud, men med hjälp av Grotius och hans antagande om det förnuftiga i civiliserade samhällens rättsordningar kom *den naturliga rätten att ses som ett universellt system* som kunde sammanbinda alla människor utan hänsyn till religion. Detta underlättade för båda parter att acceptera förslaget till en human folkrätt. Grundvalen var inte jus divinum, utan ett system som var givet i det mänskliga förnuftet och som var oberoende av varje lagstiftare. Med denna argumentation kunde hans idéer accepteras av både katoliker och protestanter.[168]

Grotius lag om krig och fred riktade sig till de krigförande parterna och aktörerna. Den reglerar vad de får och inte får göra i

[166] Det var för övrigt under detta krig som Descartes formulerade sin berömda sentens "Cogito, ergo sum (Jag tänker, alltså finns jag)".
[167] Grotius, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Vol II Book I – III, Translation of the Text, by Francis W.Kelsey, The Classics of International Law, Brown Scott, James (ed.). Oxford University Press, England 1925.
[168] Tamm, 1996, sid. 297.

förhållande till civilbefolkningen i första hand, den civilbefolkning som är oskyldig. Det är för det första barn och kvinnor, men också sådana grupper som gamla män, bönder, präster, köpmän och krigsfångar. Om dessa grupper genom handling intar positionen som krigförande bör de visserligen inte skonas och inte heller om andra skäl väger tyngre. Denna lag har utvecklats till en mer allmän folkrätt men är i grunden en reglering av krigförandes beteende gentemot civilbefolkningen.

Om 1600-talets förnuft söktes i civilisationen och det civila samhället, sökte 1700-talets rationalister förnuftet i naturen. Så gjorde t.ex. Jean Jaques Rousseau (1712–1778), en av de s.k. upplysningsfilosoferna som verkade för en allmän bildning och upplysning. Han ansåg att mänskligheten skulle göra stora framsteg när kunskap och förnuft väl hade segrat.

De idéer som Rousseau formulerade har haft ett stort inflytande på eftervärlden.[169] Hans uppväxt var orolig, utan mor, med en bohemisk far. Han fick ingen ordnad utbildning och försörjde sig med lite av varje. Hans viktigaste skrift i samhällslära "Du contrat social au principes du droit politique" kom 1762. I denna presenterade han en helt ny uppfattning om samhällsfördragets innebörd.

Civilisationen var, enligt Rousseau, något ont i sig, därför skulle människan vända tillbaka till naturen. Naturen och förnuftet var för upplysningsfilosoferna ungefär detsamma, eftersom människans förnuft är en gåva av naturen. Kyrkan och civilisationen stod i motsats till detta. Religionen måste vara förenlig med människans naturliga förnuft och flera kämpade för en humaniserad kristendom. En del av upplysningsfilosoferna var visserligen materialister och ateister, men flertalet ansåg att det stred mot förnuftet att tänka sig en värld utan Gud, eftersom världen var förnuftigt inrättad.

De franska upplysningsfilosoferna i allmänhet var mer praktiskt inriktade än sina engelska motsvarigheter. De kämpade för medborgarnas naturliga rättigheter vilka ansågs vara att den enskilde skulle ha rätt att tänka fritt och fritt kunna uttrycka sina åsikter både när det gäller religion, moral och politik. Frågan om kampen mot censur, dvs. tryckfriheten, var därför central.

[169] Hammar, Elisabet, Fostran till foglighet, Om kvinnans villkor i Rousseaus tänkande. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag, Malmö 1993, sid. 99.

Naturrättens innehåll, enligt Rousseau, är att människan är född fri och råder över sig själv, åtminstone fr.o.m. den dag som denne har nått det förstånd och den mognad som krävs.[170] Friheten är en följd av människans natur. Naturtillståndet är beskaffat sålunda att det var en ren idyll, alla var sig själva nog och det härskade fullständig jämlikhet. Detta lyckliga tillstånd störtdes när äganderätten infördes. Så småningom skapades även skillnader mellan fattig och rik, mellan bildad och obildad, mellan herre och slav. När staterna skapades befästes dessa skillnader mellan människorna. Samhällsfördraget formulerades i ett samhällskontrakt som enligt Rousseau skulle lösa följande problem, en sammanslutning som med alla gemensamma krafter försvarar och skyddar varje deltagares person och egendom, och genom vilken var och en, när han förenar sig med alla, likväl inte lyder under någon annan än sig själv och förblir lika fri som förut. Den enda möjliga styrelseformen är direkt demokrati. Folket har en ovillkorlig rätt till revolution. Innehavarna av den verkställande makten är folkets tjänare och inte dess herrar. Rousseau ansåg det visserligen inte önskvärt eller positivt med våldsamma omstörtningar, men hans idéer kom ändå att användas för genomförandet av den franska revolutionen 1789. "Contrat social" har kallats "den franska revolutionens lagbok".

Rousseau dog ett decennium innan den franska revolutionen bröt ut. Hans viktigaste begrepp var frihet och jämlikhet och de präglade hans politiska, moraliska och pedagogiska tänkande. I sitt hävdande av folkets rättigheter gick Rousseau längre än Locke, som endast hade erkänt en villkorlig rätt till revolution för folket. Locke var den första som talade om maktfördelning. Denna liberala tanke anammades bland de franska rationalisterna och blommade ut i 1700-talets Frankrike. Främst vidareutvecklades den av Montesquieu som menade att lagstiftande, dömande och verkställande makten bör skiljas åt för att undvika tyranni. Maktfördelningsläran och läran om individens oförytterliga rättigheter hade ingen plats i Rousseaus system. Hans stora patos var jämlikheten, men hans lära om allmänviljans suveränitet gav inte människorna något skydd mot statsmakten. Rousseau var kritisk mot rådande egendomsskillnader

[170] Jfr Mill och hans tankar om kolonialismen, Se Liedman, Sven-Eric, *Från Platon till kommunismens fall: de politiska idéernas historia,* Månpocket, Stockholm 1993.

och mot privat ägande över huvudtaget. Han såg inte den enskilda äganderätten som någon naturlig, okränkbar rättighet.

Trots Rousseaus många uttalanden om alla människors jämlikhet och hans ideala naturtillstånd där det rådde harmoni och frihet, slutade dessa resonemang när det väl kom till hans konkreta uttalanden om kvinnan. Uppfostran av pojkar och flickor skulle skötas på helt olika sätt, då deras uppgifter men även förutsättningar var helt olika.[171] Hans idéer och resonemang var beträffande relationen mellan kvinna och man inte på något sätt nytänkande eller revolutionära. Tvärtom lade han ner mycket kraft på att förklara kvinnors och mäns olika roller i samhället men också deras olika förutsättningar. Pojkarna skulle uppfostras till att bli självständiga, kritiska och jämlika medan flickorna däremot redan från början skulle vänjas vid sin behagande och underordnade position visavi mannen. Det fanns andra vid denna tid som utsträckte sitt resonemang om jämlikhet till att avse även kvinnor.[172]

Mänskliga fri- och rättigheter som formulerats redan med början på 1600-talet låg till grund för den franska revolutionen och för den amerikanska konstitutionen. De utsattes emellertid för kritik för att de inte tog hänsyn till kvinnors fri- och rättigheter. 1787 gav upplysningsfilosofen Condorcet ut en skrift om kvinnans rättigheter. Den följdes 1791 av en förklaring om kvinnans medborgerliga rättigheter, skriven av Olympe de Gouges som var en av dem som kämpade hårdast för kvinnornas rättigheter i samband med den franska revolutionen. Anledningen till att en speciell förklaring om kvinnors rättigheter presenterades var densamma som vid antagandet av konventionerna om kvinnors mänskliga rättigheter på 1900-talet.[173] Den då antagna förklaringen om de medborgerliga rättigheterna ansågs inte generell och neutral i förhållande till genus. Den

[171] Se Rousseau, Jean-Jacques, *Emile eller Om uppfostran*, Del 1 – 2, Stegeland Göteborg 1977 – 1978. Hammar, 1993, sid. 89ff.

[172] Hammar, 1993, sid. 100.

[173] Konvention om kvinnans politiska rättigheter, SÖ 1954:16 antagen 1953. Konvention om gifta kvinnors medborgarskap, SÖ 1958:27, antagen 1957. Konvention angående samtycke till minimiålder för samt registrering av äktenskap, SÖ 1964:29, antagen 1962. Konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, SÖ 1980:8 1979. Samtliga konventioner är ratificerade av Sverige. En deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor antogs av FN:s generalförsamling i oktober 1993.

hade heller inte sagt ett ord om kvinnornas naturliga rättigheter. Olympe fordrade att kvinnorna skulle ha samma rättigheter som männen. Hon avrättades 1793 och det blev i den Franska republiken hädanefter förbjudet för kvinnor att delta i politisk verksamhet.[174]

Naturrätten fortsatte att dominera fram till 1800-talet, men då som rationalistisk, liberal, materialistisk eller revolutionär. Under 1800-talet kom den "vetenskapligt" influerade rättsuppfattningen att ta över. Legitimiteten söktes inte längre i någon högre idealistisk eller metafysisk ordning utan i historien (romersk rätt) eller i rättssystemet i sig. Rättsvetenskapen blev en nationell angelägenhet genom den uppblossande nationalismen.[175] Den tyska rättsvetenskapen i form av den historiska skolan blev mönsterbildande för flera andra europeiska länder. Den kom som en reaktion mot det tänkande som präglat Europa sedan 1500-talet, det rationalistiska och formal-logiska enligt naturvetenskapliga metoder. Reaktionen utmynnade i en våg av historicism.[176] Vägledning söktes i den historiska erfarenheten och traditionen. Tillvaron sågs som en organism. Detta tänkande innebar att naturrätten, uppfattad som ett generellt giltigt rättssystem, blev ohållbart.[177] Sedan 1600-talet hade det inom rättsvetenskapen utvecklats en tradition att bygga system. En som hade stor betydelse för rättsfilosofin var Immanuel Kant. Hans filosofiska system var uppbyggt i enlighet med formallogiken.[178] Hans moral- och pliktlära innehöll en kritik av det rena förnuftet, dvs. han reducerade den absoluta och generella naturrättens postulat innehållande rättssatser vilka uppfattades som absolut riktiga därför att de ansågs vara givna av naturen, till ett antal godtyckliga och obevisbara påståenden. Därmed blev naturrätten vetenskapligt ohållbar. Kant fick stor betydelse för den historiska skolan och dess

[174] Graham, Ruth, Loaves and Liberty: Women in the French Revolution. Ur *Becoming visible: Women in European History*, Bridenthal, Renate & Koonz, Claudia (eds.), Boston 1977, sid. 245-249. Hon lär ha ropat "Kvinnan har rätt att bestiga schavotten. Då skall hon också ha rätt att bestiga talarstolen!" Hammar, 1993, sid. 101. Om Olympe de Gouges se Moksnes, Aslaug, *Kvinner på barrikadene. 8 essays om kvinnenes kamp under Den franske revolusjon*. J W Cappelens Forlag, Oslo 1974.

[175] Anners, 2, 1990, sid. 114.

[176] Kelly, John M, *A short history of Western Legal Theory*, Oxford University Press, New York 1993, sid. 320ff.

[177] Anners, 2, 1990, sid. 115.

[178] Anners, 2, 1990, sid. 116f.

kritik av naturrätten. I enlighet med historiska skolan ansågs den anti-historiska uppfattningen som präglar de dogmatiskt-systematiska insatser som ofta ligger till grund för tillkomsten av revolutionära lagreformer, som direkt skadliga. Rätten skulle i stället vara ett uttryck för den allmänna folkviljan, med vilken förstods den historiskt givna rättsliga idétraditionen, sådan den tolkades och uttrycktes av historiskt skolade rättsvetenskapsmän.[179] Den historiska skolan kom att söka sig till den romerska rätten och det var genom sina verk om den romerska rätten som Savigny uppnådde sin berömmelse som rättsvetenskapsman.[180] Trots kritiken av naturrätten tillämpade den historiska skolan naturrättens begreppsteknik. Den historiska skolan och dess olika förgreningar fortsatte i den tradition som under 1700-talet blivit vedertagen juridisk metod.[181] De drag som återkommer i olika rättsvetenskapliga skolor under de senaste århundradena är systemtanken och alla försök att systematisera rätten, begreppsbildning, generalitet, åtskillnaden mellan teori och praktik, likaväl som juridik, politik och formallogik. Dessa finns kvar i rättspositivismen och rättsrealismen och även i övriga monistiska rättsförståelser.

Hegel (1770–1831) var den stora tänkaren på 1800-talets början och hade stor betydelse. Det var Hegels idéer som Marx växte upp omgiven av och som han senare utgick ifrån. Hegel var en av systembyggarna. Hans idealistiska teori om världsanden var total. Det har den gemensamt med den historiska materialismens systembygge. Trots att marxismen använde sig av Hegels sätt att förstå i en dialektik, var det utifrån helt andra grunder. Hegel var idealist och marxismen materialistisk. Hegel var rationalist och marxismen empirisk. Marxismens kunskapsintresse var emancipatoriskt. Hegel talade om världsandens speglande i världen som drivkraft för förändring. Hegel byggde i sin tur på ett kulturarv från Platon som hade det dialektiska tänkandet som grund. Platon ansåg att verklig kunskap uppkom i andens samtal med sig själv och inte genom empiri. Hegels dialektik kan uttryckas i ett utvecklingsschema, varje dominerande princip, – tes –, föder fram sin egen motsats, – antites –, som ger en sammanjämkning , – syntes –. Syntesen blir till en ny

[179] Anners, 2, 1990, sid. 118.
[180] Tamm, 1996, sid. 315.
[181] Anners, 2, 1990, sid. 122.

tes i en ny process. All verklig utveckling sker i andens värld. Världsanden är först *i sig*, dvs. den existerar. Utvecklingen går mot att världsanden skall lära känna sig själv, *för sig*. Världsanden *reflekterar sig i världen*, den är orsaken.

Både Hegel och marxismen gjorde anspråk på att deras teorier gällde för hela samhället. Därigenom uttalar de sig också om hur relationen mellan kvinnor och män bör ordnas och varför. Deras system bygger på en viss fördelning av manligt och kvinnligt i en symbolisk ordning som också blir en konkret ordning. Marxismen fokuserade på klassen som kategori och bortsåg helt från genus. De förnekade visserligen inte kvinnors underordning, men den var en följd av produktionsförhållandena och skulle automatiskt upphöra när det klasslösa samhället uppnåtts. Detta har kritiserats internt inom den marxistiska ideologin, till stor del av feminister.[182] Hegel uttryckte klart och tydligt att kvinnor och män inte var av samma sort och att de har olika uppgifter i samhället.

Hegels syn på kvinnor och män är att de har skilda karaktär. På den abstrakta rättens nivå behandlas människan som ett abstrakt begrepp. På denna nivå talar Hegel om jämlikhet mellan alla människor och om människans abstrakta rättigheter och potentiella möjligheter. Men när Hegel talar om en mer konkret nivå framträder den grundläggande olikheten mellan kvinnor och män. Deras respektive uppgifter behandlas i samband med sedlighetens första nivå, familjen. "Det verkar logiskt med tanke på att det tycks som om kvinnan ska ha sin huvudsakliga aktivitet där och eftersom, som vi ska se, hennes 'andliga utvecklingsnivå' inte gör henne lämpad att vara bärare av eller att vandra med till Förnuftets högsta utsiktsplatser."[183] Däremot definierar inte Hegel vad kvinnans uppgifter skall vara, vilket exempelvis Rousseau gjorde mycket konkret. Hegels tystnad i det avseendet kan, enligt Eva Lundgren-Gothlin, avspegla förändringen i samhället med en alltmer avskild privat sfär inom vilken kvinnans, dvs. den borgerliga kvinnans, liv utspelar sig men som också blivit en del av den allmänna ideologin.[184] Under 1800-

[182] Ganetz, Hillevi, Gunnarsson, Evy, Göransson, Anita (red.), *Feminism och marxism: en förälskelse med förhinder: en antologi*, Arbetarkultur, Stockholm 1986.
[183] Lundgren-Gothlin, 1987.
[184] Lundgren-Gothlin, 1987, sid. 47.

talet formades två möjliga bilder av och roller för kvinnan, den svaga, ömtåliga och sjukliga överklasskvinnan och den starka, farliga och smittsamma underklasskvinnan. Med tiden kom överklasskvinnan att bli norm för allt fler kvinnor i och med borgerlighetens och så småningom medelklassens tolkningsföreträde.[185] "(D)en kvinnosyn som skulle dominera det framväxande moderna Europa var medelklassens kvinnosyn, synliggjord av vetenskapen, utbildningssystemen och de oskrivna konvenansreglerna. Trots att man till en början tillskrev överklassens och arbetarklassens kvinnor skilda biologiska regelsystem, var det borgerlighetens kvinnosyn som så småningom skulle anammas också av arbetarklassen och bli en slags modell för det ideala kvinnolivet med sitt crescendo i 1950-talets hemmafrudröm."[186]

Det är först under 1900-talet som genus *inte* förväntats ha någon betydelse för rättsuppfattningen. De rättsteorier som bygger på en vetenskaplig legitimeringsgrund vidkänner inte betydelsen av genus. (Detta sammanfaller också med avskiljandet av värden och moralfrågor.) Inte förrän *vetenskapens antagande om genusneutralitet* generellt börjat kritiseras som icke genusneutral, dels i kunskapskonstituerandet, dels i den vetenskapliga praktiken, kom rätten att utsättas för samma granskning. Då denna kritik riktas mot rätten är det nödvändigt att komma ihåg att rätten tidigare så gott som alltid explicit talat om synen på genusrelationerna och också legitimerat dem på något sätt. Dessutom har genusrelationen använts symboliskt för att förklara långt större och vidare sammanhang än bara det konkreta förhållandet mellan man och kvinna. Rentav verkar förståelsen av tillvaron som sådan ha uttryckts med hjälp av relationen man och kvinna.

3.6 Antingen – eller

Distinktionen antingen-eller förstärks. Med hjälp av den evolutionistiska tanken förstärks det positivt laddade i utvecklingen från det teolo-

[185] Med medelklassens tolkningsföreträde menas att det är utifrån medelklassens erfarenhet, förståelse och värderingar som verkligheten definieras.
[186] Huvudinnehållet i denna borgerliga ideologi om mannens och kvinnans skilda roller är att kvinnans styrka är omsorg och känslor, mannens styrka är handling och förnuft. Johannisson, 1995, sid. 16f.

giska, via det metafysiska till det positivistiska tänkesättet. Sanningen finns och sanningen är en. Människan kunde nu självständigt, utan att gå via Gud, finna sanningen. En tro på möjligheten innebar emellertid en viss osäkerhet som gudstron inte medgav. Polariseringen mellan de som hävdar att en sanning finns och de som hävdar att det inte finns någon sanning förstärks. De förra argumenterar utifrån distinktionen kaos – ordning. Det moderna definieras utifrån vad det inte är. Upplysningen är motsats till myten. Alla kunskapsdiscipliner som gjorde anspråk på att vara vetenskaper kom att präglas av den postivistiska synen, den logiska empirismen. Fokusering kom att ske på enhet, verifierbarhet, förutsebarhet, kunskapsobjektet. För rättens del innebär detta att rätten mer och mer blir en rätt, dvs. ett kunskapsobjekt, ett logiskt hierarkiskt uppbyggt system. Systematiseringen blir a och o i rättsvetenskapen.

Upplysningsfilosoferna,[187] som från början var rationalister, utvecklades alltmer mot en empiristisk kunskapsteori. David Hume (1711 – 1776) kritiserade naturrätten och förklarade krig mot metafysiken. Hume inspirerade Jeremy Bentham (1748 – 1832) och John Austin (1790 – 1859) till att utveckla rättspositivismen. Bentham kom att finna stöd för den i nyttoprincipen, utilitarismen, medan Austins grund främst var antimetafysisk. Rättspositivismen hade också grund i den historiska skolans syn på den bestående rätten som värdefull i sig, därför att den var ett resultat av gångna tiders samlade erfarenhet. Tanken att rätten är historiskt objektivt riktig underlättar att uppmärksamheten riktas mot rätten i sig. Den blir alltmer ett eget system som är faktiskt gällande. Rättsvetenskapen kunde koncentreras på rättssystemets struktur och systematisering och behövde inte ta ställning till andra skäl än de rent inomsystematiska.[188] Rätten blev alltmer ett objekt, skilt från subjektet/n. Tanken i rättspositivismen stämde överens med den naturvetenskapliga vetenskapsuppfattningen, vilken också präglades av åtskillnaden mellan subjekt och objekt. Legitimiteten söktes delvis utanför rätten, i den legitima makten, delvis inom rättssystemet, i en grundnorm. Som motvikt mot denna framstod under början eller en bit in på

[187] Upplysningsfilosoferna är en beteckning på en grupp filosofer i Frankrike och Storbritannien under perioden 1720–1789. Deras paroller var individens förnuft, åsiktsmässig tolerans, folkupplysning, human lagstiftning, kunskapsteoretisk empirism, mekanistisk syn på människan, naturen och samhället. Locke, Hume, Newton, Voltaire, Montesquieu och Rousseaus hänförs till gruppen.
[188] Anners, 2, 1990, sid. 125ff.

1900-talet *rättsrealismen,* som släppte rättspositivismens fiktion om lagstiftarens vilja. Rättsrealismen var till viss del inriktad på framtida avgöranden, exempelvis i prognosteorin. Här återkommer det positivistiska vetenskapskriteriet förutsebarhet. Men inom rättsrealismen ryms också hermeneutik, rationalism, konventionalism, m.m.

Hume påverkade också den franske filosofen Auguste Comte (1798 – 1857), som menade att människans världsåskådning och vetenskap kan indelas i tre stadier, det teologiska, det metafysiska och det positiva. Denna tanke stämmer överens med den evolutionistiska tanke som Charles Darwins teori om arternas uppkomst förutsätter.[189] Vid tiden för det moderna samhällets början, menade Comte, skulle utvecklingen ha nått det positiva stadiet. Men trots att avskiljandet av tron, av metafysiken, av den privata sfären, av det irrationella, känslomässiga slagit igenom och klart avgränsat området för kunskapen som förtjänar att kallas vetenskap, var det fortfarande inte givet vad som var *kunskapens grund*, förnuftet eller erfarenheten.

Rationalisterna och empiristerna fortsatte sida vid sida med den gemensamma övertygelsen att sanningen finns och att den går att finna, även om de förespråkar olika metoder. Detta legitimerades inte längre med en självklar auktoritet, Gud. Denne hade ersatts av subjektet människan som den som söker och finner kunskapen. Ödestron hade ersatts av en tro på möjligheten. Det var människan som kontrollerade tillvaron, eller åtminstone kunskapen om tillvaron, genom vetenskapen.

En tro på möjligheten innebär samtidigt en viss osäkerhet som gudstron inte medgav. När osäkerheten blir allt tydligare, sker en polarisering, mellan de som förespråkar att det endast finns *en* sanning och de som förespråkar att det finns (kan finnas) flera. Den

[189] Charles Darwin (1809 – 1882) lade fram teorin om arternas uppkomst samtidigt med Alfred Russell Wallace, de var dock oberoende av varandra. 1859 publicerades Darwins *On the Origin of Species by Means of Natural Selection*, på svenska 1871 Om arternas uppkomst. Huvudprinciperna i teorin är att en enorm överproduktion sker i naturen. Variationer inom kullar och generation leder till ett naturligt urval och därav följer kampen för tillvaron, ett allas krig mot alla där den mest lämpade vinner. Kampen är som störst inom en art eftersom de konkurrerar om samma livsbetingelser. Denna teori begränsades till en början till djuren och först 1871 publicerades verket om människans utveckling, *The Descent of Man.*

förstnämnda argumenterar med hjälp av distinktionen ordning – kaos, där hotet om kaos skall legitimera ordningen. "*Antingen* finns det ett stöd för vår existens, en fast grund för vår kunskap, *eller* så kan vi inte undslippa de mörkrets krafter som omger oss med galenskap, med intellektuellt och moraliskt kaos."[190] "Den cartesianska oron" får symbolisera sökandet efter *den* fasta grunden för kunskap. "Den är en strävan efter någon fast punkt, en stabil klippa på vilken vi kan trygga våra liv gentemot de ständigt hotande växlingarna. Den vålnad som svävar i bakgrunden för denna resa är inte bara en radikal kunskapsteoretisk skepsis utan även en fruktan för det vansinne och kaos som råder när inget är fast, när vi varken kan nå botten eller hjälpa oss upp till ytan. Med kylig klarhet leder Descartes oss med synbar och obeveklig nödvändighet till ett storslaget och förledande Antingen/Eller."[191]

Denna kunskapsteoretiska kamp förs i en tid som följer efter en omvälvande, revolutionär och blodig period. Idéerna som låg till grund för den franska revolutionen och hos många av dem som utvandrade till framförallt Nordamerika och för dess konstitution från 1779 ansågs visserligen vara naturliga, förnuftiga och eviga, men de var uppenbarligen i strid med de som innehade makten i Europa. Legitimiteten söktes hos "båda sidor" i en högre ordning, Gud eller naturen, med de praktiska konsekvenserna var mycket olikartade.

Kritiken mot 1700-talets makthavare var till stor del en kritik mot hierarkier och förtryck mot oliktänkande. Trots detta uteslöt de som förespråkade jämlikhet och yttrande- och religionsfrihet en stor del av mänskligheten från sina krav.

Den dominerande kunskapsteoretiska strävan efter ordning och objektivitet förstärks och befästs med hjälp av föreställningen om det moderna. Det moderna är allt det som det omoderna inte är. "Modernity, for a start, is not supposed to be about myth. Nor can a sober and secular law any longer inhabit the realm of the sacred. The very idea of myth typifies 'them' – the savages and ancestors 'we' have left behind. Myth now can only be a residue or an aberration, a faint evocation of paradise lost or a resurgence of

[190] Bernstein, 1991, sid. 39.
[191] Bernstein, 1991, sid. 39.

monsters. In the infinite arrogance of modernity, myth is made to correspond with the static and closed in meaning and social ordering whilst modernity is equated with progress and a fecund openness."[192]

Genom upprättandet av distinktionen mellan det gamla och det nya skapas myten om den objektiva kunskapen och vetenskapen. Upplysningens förnuft är motsatsen till myten och upplyst tänkande "...has been understood as an opposition and counterforce to myth."[193] Det moderna är det objektiva, det sanna och det universella. "With varying content, the term 'modern' again and again expresses the consciousness of an epoch that relates itself to the past of antiquity, in order to view itself as the result of a transition from the old to the new....The project of modernity formulated in the 18th century by the philosophers of the Enlightenment consisted in their efforts to develop objective science, universal morality and law, and autonomous art according to their inner logic."[194] Genom att tydligt markera gränsen mot det andra, det avvikande upprättas myten om det uppenbara, det självklara, det objektiva och sanna. "Enlightened being is what the other is not. Modern law is created in this disjunction."[195]

Den logiska empirismen eller positivismen slog så småningom igenom och kom att prägla i stort sett alla vetenskaper som gjorde anspråk på att vara vetenskaper. Så även rättsvetenskapen. Den logiska empirismens idé om att vara en ideal- och enhetsvetenskap kom att verka normerande och dess främsta metodologiska hypotes för att nå sanningen, verifierbarhetstesen, kom visserligen att modifieras men utan att egentligen förändra kunskapssynen förrän senare.

Den historiska skolan kan ses som en reaktion mot upplysningstidens förnuftsdyrkan och tro på principer som, enligt historiska

[192] Fitzpatrick, 1992, sid. ix.
[193] Habermas, Jürgen, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Polity Press, Cambridge 1992, sid. 107.
[194] Habermas, Jürgen, Modernity – An Incomplete Project. Ur *Postmodern culture*, Foster, H (ed.), Pluto Press, London, 1989, sid. 3 och 9.
[195] Fitzpatrick, 1992, sid. 45.

skolan, formulerats utan hänsyn till tradition.[196] Det var också en reaktion mot det revolutionära elementet i naturrätten som lett till blodig revolution i Frankrike och som också låg till grund för den Nya världens konstitution. Rättens grund fanns i folkmedvetandet. Detta kunde inte sökas i samtiden utan i den ideala rätten, nämligen den romerska. "Vetenskaplig metod" användes vid studium av den romerska rätten. Genom att studera de romerska rättslärda, seder och bruk samt lagar kunde juristerna finna folkmedvetandet. Historiska skolan var tillbakablickande och statisk. Den ledde därmed till en allt djupare klyfta mellan rättsvetenskapen och rättspraxis. Så småningom utkristalliserades begreppsjurisprudensen och den rena rättsläran med en slående likhet med den logiska empirismen.[197]

Den logiska empirismen utvecklades på 1920-talet i Wien, med August Comte som inspirationskälla. Skolbildningen kombinerar rationalismens och empirismens motsatta uppfattningar, vilket även Kant gjorde. De delar upp satserna i analytiska och syntetiska. De senare kan i sin tur delas in i meningsfulla och meningslösa satser. Det är de analytiska satserna som kan prövas genom experiment. Logisk empirism utvecklar inom området för de analytiska satserna, enhetsvetenskapen och den vetenskapliga metoden, vilken bygger på verifierbarhetstesen. Det är möjligt att nå kunskap om sanningen genom att verifiera om bara tillräckligt tillförlitliga metoder används. Logisk empirism blir därmed endast lämplig för viss typ av kunskap, nämligen kunskap som syftar till kontroll.[198]

Enhetsvetenskapen fokuserar på objektet. Subjektet har ingen betydelse som enskilt subjekt, för ett studium av objektet. Det enda vi vet är våra sinnesförnimmelser och de är universella, lika för alla subjekt. Det finns enligt denna förståelse en absolut sanning, den kan nås genom verifiering eller åtminstone teoretiskt genom falsifiering, induktion eller deduktion. Fakta och värde är klart åtskilda.

[196] Dess främste företrädare var Freidrich von Savigny (1779–1861). Skolbildningen var starkt påverkad av Hegel (1770–1831), vilket den har gemensamt med marxismen.

[197] Tolonen, 1991, sid. 3. Kelsens rena rättslära, liksom rättspositivismen i stort, är påfallande lik den logiska empirismen. Kelsen sökte efter den rättsliga ordningens elementära grundbegrepp som samtidigt skulle utgöra den rättsliga ordningens allmängiltiga former.

[198] Jfr kritiken mot enhetsvetenskapen och upplysningens förnuft i Horkheimer & Adorno, 1997, särskilt sid. 25.

Utsagor om politik och moral hör till metafysik. Vetenskap är bara det som kan utrönas genom vetenskapliga metoder. Förutsebarhet är centralt.

Empiristen anser således att absoluta sanningar kan nås genom verifiering eller genom falsifiering. Kunskapen visas sann genom överensstämmelse med verkligheten, eller så kan den provisoriska kunskapen förbättras, genom att felaktigheter undanröjs och kunskapen utvecklas mot en allt större sanningshalt.

En som kritiserat tanken att det går att nå kunskap om sanningen genom verifiering är vetenskapsfilosofen Karl Popper. Han anser visserligen att *empirin är den vetenskapliga basen* men *empirin är teoriimpregnerad.* Problem förutsätter teori. En observation är aldrig förutsättningslös, det finns alltid ett perspektiv och en uppgift eller ett problem som styr hur din observation blir och vad du observerar.[199] Poppers värld är tredelad. Människan (värld 2) är subjektiv och observerar tingen eller den "faktiska" verkligheten (värld 1) genom teorin (värld 3). Den bästa vetenskapliga attityden är att försöka falsifiera teorin. Det kan leda till en förändring i den tredje världen eller av teorin som kan få till följd en ständig utveckling mot sanning. Det är inte möjligt att veta när sanningen är nådd, utan falsifieringen måste fortsätta. Popper fokuserar *processen* vetenskap som varande mer intressant än *resultatet* vetenskap.

Vetenskaplig kunskap kan med rationella metoder testas mot den empiriska verkligheten. Metoden är logisk analys av den vetenskapliga kunskapens struktur. Hos Popper även av kunskapsprocessen. Syftet är normativt, dvs. hur görs observationer och hur förbinds de med teorier. Kunskapsintresset i den naturvetenskapligt orienterade uppfattningen är i första hand tekniskt. Det gäller att tillhandahålla metoder som är så bra som möjligt för att kunna komma så nära sanningen som möjligt.[200] Det finns en stark skiljelinje mellan objekt och subjekt. Det spelar ingen roll vem subjektet är, objektet

[199] Molander, 1988, sid. 33.

[200] Det metodologiska förhållningssättet i vetenskaplig praxis, objektivitet till skillnad från subjektivitet, måste skiljas från den vetenskapsteoretiska uppfattningen objektivism. Det handlar mer om att belysa en sak från olika håll och eftersträva opartiskhet. Såväl en relativist som en objektivist kan sträva efter att vara så objektiv som möjligt i sitt angreppssätt och i sina metoder. Att erkänna subjektiviteten kan leda till mer objektivitet.

är detsamma i alla fall. Det finns en stark åtskillnad mellan fakta och värde. Vetenskapen sysslar inte med värden och värderingar utan enbart med fakta. Metafysiska frågor avfördes från vetenskapens område.[201]

Detta blir särskilt tydligt i den skandinaviska rättsrealismen, den s.k. Uppsalaskolan.[202] Uppsalaskolans grundare och idégivare var Axel Hägerström (1868 – 1939) som utvecklade en värdenihilistisk filosofi. Han förnekade inte att värden finns, men de tillhör metafysiken och skall rensas bort från vetenskapen. Uttalanden som innefattar värderingar, kan varken vara sanna eller falska. Rättsrealismen företer stora likheter med rättspositivismen, trots att den förra var en kritik mot föreställningen om viljemomentet i rättspositivismen, dvs. att rättens legitimitet grundas på någons (lagstiftarens, Guds osv.) vilja. Rättsrealismen förnekar att gällande rätt är ett uttryck för statens vilja. Olivecrona menade att rättsreglerna i stället utgör s.k. fristående imperativer.[203]

Den skandinaviska realismen präglade rättsuppfattningen i hög grad under en stor del av innevarande århundrade. Den strikta uppdelningen mellan rättsvetenskap, de lege lata-resonemang, och rättspolitik, de lege ferenda-resonemang, är fortfarande stark. Bristen på en levande värde- och moraldiskurs ifrågasätts från olika håll idag.[204] Rättsrealismens monistiska rättsuppfattning är även kritiserad.[205] Vid sidan av rättsrealismen har naturrättsliga idéer förekommit, först som en reaktion på andra världskriget men senare

[201] Bondeson, Ulla (red.), *Rationalitet i rättssystemet,* Publica Rätt och samhälle, Liber Förlag, Stockholm 1979, sid. 22.

[202] Strömholm anser att rättsrealismen växte fram i de nordiska länderna, till att börja med sannolikt utan någon påverkan från vare sig den logiska postivismen eller någon rättsteoretisk riktning i samtiden. Se Strömholm, 1996, sid. 101. Till Uppsalaskolan hänförs Wilhelm Lundstedt (1882–1955), Karl Olivecrona (1897–1980), Per Olof Ekelöf (f 1906) och Alf Ross (1899–1979).

[203] Olivecrona, 1976, sid. 128ff.

[204] Se t.ex. Blume, Peter och Petersen, Hanne (red.), *Retlig polycentri*, Akademisk Forlag København 1993. Se även debatten om rättspositivismen och moralen i *Dagens Nyheter* 3 jan, 17 jan, 20 jan, 31 jan och 6 feb 1996 mellan Svante Nycander, Hans-Gunnar Axberger, Christer Rune och Maciej Zaremba. Dessutom Zaremba, Maciej, Orättens rötter, *Moderna Tider* 62-63, dec/jan 1995/96 om rättsväsendets förfall.

[205] Kritiken utifrån en polycentrisk eller pluralistisk hållning är inte enhetlig utan riktar sig dels mot en monistisk rättskällelära, dels mot en monistisk rättsuppfattning.

också i olika rättsrationalistiska strömningar.[206] Främst under 1970-talet men också under 1980-talet fanns inom nordisk rättsvetenskap en kritisk rörelse med rötter i marxismen.[207] Från 1980-talet och framåt har rätten, vid sidan av den traditionella rättsdogmatiken, även kritiserats som ensidig och utformad enligt en manlig rationalitet.[208]

[206] T.ex. Aleksander Peczenik och Aulis Aarnio.
[207] T.ex. Lars D. Eriksson, Per Eklund, Dag Victor, Karin Widerberg.
[208] Se t.ex. Dahl I-II 1985a, Nordborg, 1995a, Olsen, Frances E. (ed.), *Feminist legal theory I: Foundations and outlook*, Dartmouth, Aldershot, Singapore, Sydney, 1995.

Kapitel 4. Den rättsliga legitimitetens normerande funktion

4.1 Inledning

I rättslig form bevaras och uttrycks sättet att organisera samhället. Denna rättsliga ordning är i behov av att legitimeras. Om de rättsliga normerna åtnjuter legitimitet kommer de att verka normerande och självbekräftande. Legitimitet kan uppnås genom det formella anspråket på legalitet samt genom ett mer allmänt moraliskt rättfärdigande. Därutöver underlättas, kanske möjligen förutsätter, legitimiteten av rätten att den är i överensstämmelse med andra normer såsom ekonomiska, sociala, politiska m.m. Olika legitimeringsgrunder verkar i olika sammanhang och i förhållande till olika grupper. Om legitimeringsgrunderna åtnjuter förklaringsvärde kan de rättsliga normerna internaliseras och kan därmed komma att verka inomsystematiskt bekräftande. Det sätt på vilket samhället är organiserat i rättsliga normer framstår därmed som självklart och verkar normerande för sättet att förstå och hantera tillvaron och mänskliga relationer. Hur genusrelationen påverkat sättet att reglera samhället rättsligt och hur samma relation regleras rättsligt är centralt för hur det praktiska livet kommer att te sig. Om praktiken, eller förståelsen, inte stämmer överens med det sätt som de rättsliga normerna är ordnade på, kan det leda till en legitimitetskris. Med hjälp av genusrelationen kan obalansen mellan föreställningen om rätten och rätten som praktik tydliggöras.

Den rättsliga formen är en central form i vilken sättet att organisera och strukturera samhället uttrycks och bevaras. Rätten som konkret företeelse har en speciell roll som bevarare av samhällsordningen. Till föreställningen om rätten hör flera lager av historiskt överlämnad betydelse och föreställningar om hur tillvaron ter sig. För att ordningen skall accepteras av allmänheten, men också internt av rättsvetenskapen och den juridiska professionen, måste den ges legitimitet. Legitimeringsgrunden är betingad av dess koherens med den hegemoniska föreställning eller med den tankeram vilken vid

varje tidpunkt är förhärskande. Därtill kan flera grunder medverka till den rättsliga legitimiteten samtidigt, så länge de ryms inom samma hegemoniska tankestruktur och inte är antagonistiska. Den vetenskapliga legitimiteten samsas med det industriella samhällets krav på funktionalitet, föreställningar om rättvisa och ambitioner att skydda olika grupper mot oönskade konsekvenser av samhällelig eller privat verksamhet. Olika krav och olika värden får genomslag i rättslig form, som idéer som dessutom oftast konkretiseras som normer.

Legitimiteten visavi allmänheten grundas till stor del på kopplingen mellan rätt och rättvisa.[1] Legitimiteten kan dessutom variera med vilken del av de rättsliga normerna som skall legitimeras eller om rätten som helhet (och enhet) fokuseras. Vilken grund som används varierar dessutom i förhållande till vem legitimiteten sker gentemot. Den vetenskapliga förklaringsmodellen, rätten som ett objekt av systemkaraktär präglat av enhetlighet och rationalitet, är central för rättens legitimitet som objektiv och som vetenskaplig i betydelsen avgränsad från subjektiva bedömningar och värderingar. Den ligger till grund för andra förklaringsmodeller, om än inte alltid så tydligt. Med genus som analytiskt begrepp blir speciellt legitimeringsgrunder, vilka utesluter genus relevans genom en avskiljandets logik, särskilt intressanta. Där är den vetenskapliga legitimeringsgrunden särskilt central. Den bygger på åtskiljandet mellan subjekt och objekt. Objektet, rätten, blir därmed upphöjt över sådana konkreta faktorer som subjektets kön. Detta manifesteras i symbolisk form med den romerska rättvisans gudinna Justitia. Hon är neutral,

[1] Kopplingen mellan rätt och rättvisa finns i språkligt avseende långt tillbaka. Med rätt som adjektiv avses sammanfattningen av allt handlande och tänkande som ger uttryck åt eller grundar sig på begrepp om eller känsla för vad som är, från moralisk eller juridisk synvinkel, rätt eller rättvist. Substantivet rätt i obestämd form är svårt att skilja från adjektivet rätt, enligt *Ordbok över Svenska språket,* utgiven av Svenska Akademien, Lund 1962. Med rätt avses i språklig mening domstol, dom, straff, lag och stadga men har historiskt använts i kombination med lag, som t.ex. lag och rätt. Den som känner det rätta är rättvis. Hellquist, Elof, *Svensk etymologisk ordbok*, Liber Läromedel, Lund 1980. Rättvisa är också en egenskap eller ett förhållande att handla eller vara i överensstämmelse med det moraliskt eller juridiskt rätta. Rättvis kan även avse en norm för handlande i överensstämmelse med det rätta, som mer eller mindre personifierad om normen anses såsom en andlig eller gudomlig makt, eller som krav på enhetlighet och likhet för alla, opartiskhet, objektivitet och skälighet. *Ordbok över Svenska språket,* 1962.

generell och sysslar inte med individer i tanken. "In its purported objectivity and neutrality, law is supposed to adopt a common approach to all."[2]

Om och när legitimeringen fungerar som avsett kommer också rätten att verka självuppfyllande och inomsystematiskt bekräftande. Rättens självuppfyllande aspekt verkar normerande på både ett samhälleligt och ett individuellt plan. Det rätten uttrycker kan komma att internaliseras i människorna genom en ständigt pågående internaliseringsprocess, som är särskilt stark under barn- och ungdomsår men som fortsätter hela livet. Genus används som en position att utgå ifrån i analysen av rättens normerande verkan. Fokus är det självklara. De historiskt överförda innebörderna av genusrelationen som symbolisk och konkret ordning verkar dels normerande, dels empiriskt i både teori och praktik. Rättens roll som bevarare av samhällsordningen omfattar givetvis också ordningen mellan genusen i genussystemet. I vår samtid förutsätts genus inte ha någon betydelse, rätten förutsätts vara könsneutral. I själva verket styrs rätten av avskiljandets logik.

4.2 Legitimering

Grunden för legitimitet är kontextuell. Vilken typ av legitimitet som används eller åberopas är beroende av tid och rum men också i förhållande till vem. Centralt i legitimeringen är föreställningen om rätten och på vilken grund den vilar. Med en inomsystematisk legitimitet blir det mer centralt att objektifiera rätten än med en utomsystematisk legitimitet. Den ordning som kallas den formella likhetens logik är i själva verket en avskiljandets logik. Legitimitet åt ordningen ges av vetenskapen, den demokratiska ideologin och jämställdhet mellan kvinnor och män. Med hjälp av genusrelationen kan obalansen mellan föreställningen om rätten och rätten som praktik tydliggöras.

4.2.1 Rättens giltighetsanspråk

Rättens anspråk på giltighet grundas på någon typ av legitimering. För att få genomslag är rätten beroende av att legitimeringsgrunden åtnjuter förklaringsvärde inom rådande tankeram. Olika tankera-

[2] Naffine, 1990, sid. IX.

mar ger olika legitimiteringsgrunder förklaringsvärde. Den legitimitet som under 1900-talet har givits högsta förklaringsvärde i vår samtid är den vetenskapliga,[3] även om tron på vetenskapens möjlighet att presentera eviga sanningar nyanserats betydligt. Den vetenskapliga världsbilden präglar även den rättsliga självförståelsen och rätten verkar i sin tur upprätthållande av den samhällsordning som speglar världsbilden i stort.[4] Legitimiteten grundas i en vetenskaplig tankeram huvudsakligen på rättens formella legalitetsanspråk vilket logiskt byggs upp utifrån logiska strukturer och formella kriterier. Denna föreställning om rätten kommer att problematiseras i kapitel 5. Men legalitet räcker inte som legitimitet i den moderna staten enligt västerländsk modell. Rätten behöver förankras även axiologiskt, i dess överensstämmelse med ett mer allmänt moraliskt eller etiskt normsystem. Dessa två aspekter av legitimitet betonas olika starkt av olika uppfattningar om rätten. De kan också ses som olika dimensioner av legitimiteten som verkar samtidigt. De formella anspråken ger den huvudsakliga inomvetenskapliga legitimiteten och de axiologiska ger å sin sida primärt legitimitet i förhållande till allmänheten. De kan emellertid inte separeras från varandra annat än teoretiskt. I själva verket är den vetenskapliga legitimiteten baserad på ett axiologiskt ställningstagande om att den vetenskapssyn som avvisar värden och som betonar den formella, objektiva strukturen har företräde framför en mer värdebaserad förståelse. De axiologiska grunderna ges å sin sida vetenskaplighet genom att inordnas och definieras i likhet med de vetenskapliga idealen. Anspråk ställs på att kunna definiera sådana företeelser som rättvisa och likhet inför lagen. Resultatet tenderar att utesluta vissa delar av tillvaron vilka skulle omöjliggöra en bestämning av ett begrepp i stället för att inse det omöjliga i att bestämma innebörden av något som är så relationellt, mångsidigt och kontextuellt beroende. Även

[3] Vetenskapen påverkar våra liv alltmer och är det medel genom vilket hela vår civilisation snabbt håller på att omvandlas, menar t.ex. Bernal, 1981, sid. 13. Av den anledningen vill han också betona vilket socialt ansvar vetenskapen och dess utövare har för att vetenskapen skall användas till det allmännas bästa. Vetenskapen i sig kan innebära både en fara och en möjlighet. När originalet utgavs 1954 ansåg Bernal att strävan efter en socialt ansvarig vetenskap inletts. Hans förordade metod för en sådan syn på vetenskapen är ett medvetet och aktivt samhällsansvar. Detta förutsätter ett studium av vetenskapens och samhällets relationer i det förflutna.
[4] Eriksson, 1989, sid. 54.

beträffande distinktionen formell legalitet och axiologi förordas således en upplösning.

På legitimiteten grundas rättens anspråk på att vara en tvångsordning. Rätten som tvångsordning och dess legitima våldsutövande framhävs av flera rättsvetenskapsmän som nödvändigt. Det är, enligt Strahl, t.o.m. *tack vare* möjligheten att använda våld som lagen kan upprätthållas och därigenom garantera att samhället är fredligt och välordnat.[5] Å andra sidan betonas uppfattningen att varje rättssystems effektivitet i ett längre perspektiv är beroende av att det i allt väsentligt efterlevs frivilligt.[6] Med frivilligt avses här att medborgarna internaliserar rättssystemet i sitt eget normsystem. För att så skall ske krävs att det upplevs som riktigt och/eller rimligt.

Dessa två sätt att nå efterlevnad, tvång eller samtycke, förekommer i praktiken snarare sammanblandade än som renodlade förhållningssätt.[7] Sett ur ett historiskt perspektiv är det möjligt att hitta exempel på situationer när tvånget varit dominant. Envåldshärskare av olika slag, i olika tider, även i vår samtid, har använt tvång i stor utsträckning för att genomdriva sin rättsordning.[8] I mer demokratiska stater bygger rätten i större utsträckning på att individerna tar det till sig som acceptabelt och med en känsla av att det upplevs som legitimt. Människorna kommer av egen vilja att anpassa sig och följa rättssystemets regler då de internaliserat dem

[5] Strahl, 1994, sid 113. Se även Olivecrona, 1976, sid. 264.

[6] Töllborg, 1986, sid. 59. Töllborg, Dennis, *Lag och ordning – mer än bara lag och polis? eller Sagan om den svenska personalkontrollen.* Stencil sid. 2. Om normerna uppfattas och accepteras som legitima, verkar de normerande för samhällets gemensamma värderingar och verkar sammanhållande. Se Stjernquist, Per & Widerberg, Karin, *Introduktion i rättssociologi,* Departement of Sociology of Law, Report Series 5-1978, Lund University, Lund, 1978.

[7] Dessa två former för maktens upprätthållande, tvång eller samtycke (konsensus) är föremål för Machiavelli, Niccoló, *Fursten,* Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm 1991, (Orig. skriven 1513). Macchiavellis diskussion om tvång och konsensus finns med som en del i begreppet hegomoni i Gramscis tappning. (Den andra delen är det utdragna ställningskriget.) För Gramscis hegemonibegrepp se t.ex. Gramsci, Antonio, *Brev från fängelset,* Rabén & Sjögren, Stockholm 1981, Gramsci, Antonio, *En kollektiv intellektuell,* BOC-serien, 1 uppl. Cavefors, Staffanstorp 1967.

[8] Rättsordning används här för att markera en snävare betydelse av begreppet rätt, en rätt som inte överensstämmer med samhällets, vid den tiden, rättsliga självförståelse. Hade den gjort det hade den inte behövt genomdrivas och påtvingas.

som sina egna. Makthavarna behöver inte i samma utsträckning kontrollera individernas följsamhet och utdöma sanktioner i preventionssyfte. Rättssystemets anspråk på åtlydnad är, enligt Strömholm, i själva verket detsamma som dess legitimitetsanspråk såsom tvångsordning. Det som gör att dagens samhälle accepterar rätten som tvångsordning är den *demokratiska ideologin*, enligt vilken "...den regel eller det beslut som i viss ordning – vanligen indirekt, genom valda ombuds ställningstaganden – har folkflertalet (flertalet av kommunens invånare, föreningens medlemmar osv.) bakom sig, dessa men också endast dessa är 'legitima'"[9]

Oavsett om rätten bygger på tvång eller konsensus behöver den således legitimeras. Tvång är i sig knappast ett effektivt sätt att nå efterlevnad. Det förutsätter en starkt kontrollerande maktapparat. Om rätten inte överensstämmer med medborgarnas eget normsystem förlorar den i legitimitet och efterlevnaden blir mindre, "...inget politiskt system kan i längden existera utan att upplevas som genuint legitimt."[10] Det kan utvecklas en praxis som 'tillåter' ett beteende som är förbjudet i lag, t.ex. att gå mot rött ljus,[11] köra lite för fort, dra av för kostnader i deklarationen trots att de är rent privata kostnader och låta barnen smälla smällare trots att de inte uppnått den ålder som krävs. Å andra sidan är den rättsliga normen och hotet om sanktioner knappast avgörande för flertalets inställning till mord. Normen att inte döda någon annan människa är inte bara rättslig, den är också etisk, moralisk och religiös. Vidare kan olika mål som rätten utges eftersträva, men som av olika anledningar inte förverkligas, leda till att medborgarnas misstroende mot det rättsliga systemet ökar, t.ex. jämställdhet mellan könen, jämlikhet mellan olika samhällsklasser, allas likhet inför lagen. Samma effekt kan bli följden av rättsliga avgöranden som upplevs som stridande mot

[9] Strömholm, 1996, sid. 296.
[10] Eriksson, Lars D, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Helsingfors Juridica 1980, sid. 45.
[11] Vilket så småningom påverkade lagstiftningen så att det inte längre ovillkorligen är förbjudet, i alla fall i så måtto att det inte är sanktionerat, se Vägtrafikkungörelsen 7 § 1 st. och 164 § 1 st.

ett allmänt rättsmedvetande och som omoraliska, såsom styckmordsrättegången[11] och Lindomefallet.[12]

Om skillnaden mellan legitimitetsgrunden, eftersträvansvärda mål och dess konkretiseringar i idéer och normer och upplevelsen av om de nås eller inte blir för stor, kan det leda till en accelererande legitimitetskris. Om normerna inte motsvarar de centrala målen och värdena kan legitimiteten ifrågasättas och krav på förändring formuleras. Detta är antagligen särskilt signifikant för de rättsregler som berör vardagslivet eller de delar av rättssystemet som är särskilt beroende av medborgarnas sociala medvetenhet och värderingar. Ett ifrågasättande av legitimiteten kan också formuleras ur erfarenheter som av olika anledningar blir/görs intersubjektiva och som därmed förändrar det kollektiva erfarenhetsbegreppet.[13] Denna process är ständigt pågående. Olika tider och sammanhang framhäver eller formulerar vissa erfarenheter, vissa frågor eller vissa gruppers situation. Exempelvis präglade borgerlighetens sätt att se på saker och ting den intersubjektiva förståelsen av tillvaron sedan 1800-talet och framåt. "...vid 1800-talets slut står borgarklassen som segrare, både ekonomiskt, politiskt och socialt."[14]

Borgerlighetens sätt att definiera tillvaron och organisera sitt liv har impregnerat hela samhällssynen och så småningom övertogs dess sätt att leva av arbetarklassen. Ett tydligt uttryck för detta är den korta period som Hirdman benämner husmoderskontraktet.[15] Husmoderskontraktet, enligt Hirdmans definition, avser perioden 1930–1960 och kan ses som en pragmatisk lösning på en mängd konkurrerande krav. Kvinnors legala underordning var borttagen och den demokratiska tanken om alla människors lika värde kom alltmer att prägla samhället och genomsyrade alltmer exempelvis

[11] NJA 1986 sid. 138. Se också Olsson, Hanna, *Catrine och rättvisan*, Carlssons Bokförlag, Stockholm 1990.

[12] Jacobsson, Ulla, *"Vi hade ju haft ihjäl en gubbe": mordet i Lindome*, Nerenius & Santérus, Stockholm 1995. Den s.k. Lindome-problematiken, dvs. ingen kan bindas vid brottet då två närvarande personer skyller på varandra, låg till grund för Ds 1993:15 Efter Lindome, i vilken övervägdes ett utvidgat straffansvar för underlåtenhet att avslöja och hindra brott, som ett sätt att lösa sådana situationer. Jfr. not 50 i detta kap.

[13] Denna process, som bl.a. Bourdieu lyfter fram, beskrivs av Moi, 1994.

[14] Frykman, 1979, sid. 222.

[15] SOU 1990:44, sid. 84ff.

utbildningsväsendet. Arbetsmarknaden expanderade och behövde arbetskraft. Enligt den moderna tidens anda blev livet i allmänhet, bl.a. barnafödandet likaväl som boendet och mathållningen, utsatt för den sociala ingenjörskonsten. Hemmen blev rationella produktionsenheter enligt en kombination av konservativ borgerlighet och modernism. Husmodern blev en modern institution. Arbetarklasskvinnor hade för första gången råd och möjlighet att vara hemarbetande och det framhävdes dessutom som något positivt och passande enligt tidens ideologi. Gifta kvinnor förbjöds visserligen inte att lönearbeta, men deras naturliga arbetsplats ansågs vara hemmet. Under moraliserande former fastslogs, att samhället inte hade något ansvar för barnpassningen. Rättsligt understöddes detta av ett skattesystem som gjorde att det inte lönade sig för husmödrarna att arbeta. Vidare höjdes mödrarnas legala status genom barnbidraget, vilket från och med 1949 betalades ut till mödrarna. Dessutom kom barn födda utom äktenskap att stå under moderns vårdnad från och med 1949.[16] För de kvinnor som förvärvsarbetade fanns det möjlighet att få hjälp med skötsel av hem och barn genom hemhjälp eller hemassistenter, dvs. kommunalt anställda utbildade kvinnor som kunde hjälpa till i hemmen. Detta medverkade till att gränsen mellan det privata och det publika kunde upprätthållas och de förvärvsarbetande kvinnorna kunde arbeta på manliga villkor.[17] Det alltmer ökande arbetskraftsbehovet under vissa perioder medverkade säkerligen till att alltfler kvinnor, trots olika (rättsliga) åtgärder för att stärka kvinnan i modersrollen, ändå sökte och fick arbete utanför hemmen.[18] Arbetskraftsbehovet löstes till stor del genom invandring, men i ökande utsträckning även genom det för Sverige typiska deltidsarbetet som blev lösningen på konflikten mellan kvinnors ansvar för barn och kvinnors förvärvsarbete.[19] Det

[16] SOU 1990:44, sid. 89.

[17] Kristdemokraterna har under våren 1997 diskuterat att utarbeta ett förslag om återinförande av hemhjälp eller hemassistenter, s.k. kommunala barnvakter. Uppgift från Jan Fjellstedt, politisk sekreterare för Kristdemokraterna 1997-06-06.

[18] Kyle, Gunhild, *Gästarbeterska i manssamhället: Studier om industriarbetande kvinnors villkor i Sverige*, Liber Förlag, Stockholm 1979, sid. 163.

[19] Deltidsarbete har rättsligt sett behandlats som avvikande från det normala, vilket är heltidsarbete. Det är heltidsarbete som är utgångspunkten för olika typer av förmåner och ersättningar, trots att det för kvinnor periodvis varit och är "åtminstone lika normalt" att arbeta deltid. Ungefär hälften av förvärsvarbetande

dröjde till början av 1970-talet innan moderns ansvar för barnen kompletterades av ytterligare en ansvarstagande "part", samhällets, inte faderns. Kvinnors ekonomiska oberoende möjliggjordes genom att samhället tog över en del av det ansvar som tidigare legat på modern. Faderns roll förändrades inte förrän senare, rättsligt genom möjlighet till föräldraledighet och så småningom genom den s.k. pappamånaden.[20]

Legitimiteten prövas och kritiseras utifrån olika mer eller mindre intersubjektiva erfarenheter. Kritiken och den kris som den kan leda till kan manifesteras i den demokratiska processen eller på annat sätt, i olika rörelser eller i förhållningssätt som kanske kan leda till att det blir uppenbart att rätten inte passar eller stämmer in i det sätt som "verkligheten" gestaltar sig. Detta är ju inget ovanligt för rätten som helhet. Nya institut skapas efter behov, t.ex. olika former av associationer, olika former av kreditinstitut såsom finansiell leasing, olika regleringar av vissa typer av avtalssituationer för att skydda svagare part osv. Denna flexibilitet hos rätten kan ses som en förutsättning för dess stabilitet.[21] Det verkar emellertid vara olika svårt att förändra rätten beroende på vilken typ av frågor eller problem det gäller. Den kritik som riktats mot rätten i fråga om dess oförmåga att hantera kvinnors erfarenhet och att åstadkomma rättvisa mellan könen har visserligen lett till en rad åtgärder, men de strukturella skillnaderna kan inte hanteras av rätten då de inte passar in i systemet och dess primärt individualiserade karaktär.

Rätten som ideologi och rätten som praktik kan således hamna i obalans. Den ideologiska dimensionen för allmänheten bygger på föreställningar som rättvisa och moral medan rätten som praktik visar upp andra sidor som gör eller kan göra att förtroendet för rätten minskar. Ju starkare ideologin är desto mer kan praktiken bortförklaras som undantag. Ju starkare praktiken blir desto mer

kvinnor med barn under 17 år arbetar kortare tid än 35 tim/vecka, medan motsvarande siffra för män är ca 5 %. *På tal om kvinnor och män*, 1996.

[20] 1974 omvandlades moderskapsförsäkringen till föräldraförsäkring. 1 jan. 1995 förbehölls 1 månad för varje förälder, dvs. 1 månad kunde inte längre överlåtas till den andre föräldern.

[21] Se t.ex. Sandgren, Claes, Kunskapssamhället och rättssystemet. Ur *Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv,* Sandgren, Claes (red.), Fritze, Stockholm 1995.

förlorar rätten som normativ påverkan på människors egna normsystem.

Olika rättsområden har olika stark koppling till och förankring i moraluppfattning, allmänna mänskliga normer, religiösa normer och legitimeras också på olika sätt. Olika grupper i samhället kräver dessutom olika typer av legitimeringsgrunder. Allmänheten har mer behov av att rätten upplevs som rättvis, medan juristen betonar vikten av koherens, rationalitet och effektivitet. Anspråk på legitimitet kan ställas utifrån rätten som helhet eller från delar av rätten såsom vissa rättsliga begrepp, institut, principer, värden m.m. Vilken typ av legitimitet som ges förklaringsvärde är av skiftande slag beroende på om det är hela rätten eller mindre delar av den som skall legitimeras.

Samtycket och internaliseringen av rätten grundas ofta på att medborgarna känner förtroende för systemet i sin helhet utan att känna till särskilt många detaljer. Detta varierar beroende på vilket område av livet det gäller. På sådana områden där den rättsliga normbildningen anknyter direkt till vardagslivet skapas legitimiteten genom överensstämmelse med medborgarnas sociala medvetenhet, deras värdeskalor och värderingar.[22] Den demokratiska ideologien i modern västerländsk version innefattar, förutom den representativa demokratin, oftast också "...ideologiska moment av (i regel) kristet eller profanhumanistiskt ursprung, som hänför sig till samhällsordningens syften och innehåll (respekt för integriteten, för 'mänskliga rättigheter' o.d.). Om dessa moment råder emellertid inte någon enighet mellan olika politiska riktningar."[23] Vissa av dem återfinns i konstitutionen som mål som styr den offentliga verksamheten, andra finns förankrade i en intersubjektiv normbildning, åter andra varierar starkt mellan olika grupper i samhället eller med geografiska områden, huruvida det är storstad eller landsbygd osv. Gränsen mellan rätt och moral är här snarare formell än reell.

> "Välfärdsstatens ideologi har naturligtvis i hög grad *mytisk* karaktär," anser Wilhelmsson. "Detta hindrar inte, att man i den juridiska diskursen tar ideologin på allvar, som ett uttryck för samhällets primära

[22] Peczenik, 1995, sid. 48f.
[23] Strömholm, 1996, sid. 296.

mål (...), vilka också bör komma till uttryck på det konkreta rättsliga planet."[24]

4.2.2 Rättens uppgifter

Att det överhuvudtaget behövs ett normsystem i en rättslig form för att styra beteendet och hantera konflikter tas i stort sett för givet och denna nödvändighet accepteras därmed som en första preliminär legitimering.[25] All mänsklig samvaro kräver, enligt ett sådant synsätt någon form av normer. Normer kan vara av olika slag, rättsliga, religiösa, etiska, moraliska eller mellanmänskliga och grunda sin giltighet på olika förklaringsmodeller. Nödvändigheten av just ett rättsligt system i den form vi idag har kan knappast hävdas som någon universell självklarhet. Rätten kan ses som ett av flera möjliga sätt att sanktionera normer och absolut inte det enda, sett ur ett större tidsmässigt och rumsligt sammanhang.[26] Det som skiljer rättsliga normer från andra normer är dess tillkomstsätt och förankring i en politisk-demokratisk och rättslig tvångsordning.

Petersen använder sig av begreppet informell rätt, som ett sätt att förstå rätten som en rättsform som är mer än den formellt i vederbörlig ordning fastställda lagen.[27] Informell rätt används som ett deskriptivt begrepp som omfattande normativa föreställningar, hänsyn och handlingsmönster vilka inte bygger på en skarp åtskillnad mellan rätt och moral eller börat och varat. Föreställningarna återfinns både som formellt rättsliga och som inte formellt rättslig normer. De normativa föreställningarna kan inte fastslås genom

[24] Wilhelmsson, Thomas, *Social Civilrätt Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*, Juristförbundets Förlag, Helsinki 1987, sid. 35.
[25] Strömholm, 1996, sid. 294. Jfr. Peczeniks uttalande, "Lagen skapar ordning som i princip är bättre än kaos." Se Peczenik, 1995, sid. 90.
[26] Denna definition av normer stämmer överens med t.ex. Håkan Hydéns definition, som beteenderegler för mellanmänsklig samvaro. Vissa av dem får en rättslig form, andra regleras i religiösa, etiska, ekonomiska normsystem. De normer som ges karaktären av rättsregler är inget annat än normer som genom att ha tilldelats statusen rättsregler har skänkts vissa särskilda egenskaper. Genom att upphöjas till rättsregler kopplas en statlig tvångsmakt in till upprätthållandet av normen. Hydén och Anderberg, 1995, sid. 223.
[27] Petersen, Hanne, *Informel ret på kvindearbejdspladser*. Akademisk forlag, København 1991, sid. 65.

auktoritativa skriftliga källor utan de förmedlas ofta muntligt mellan människor som befinner sig inom ett semi-autonomt område. De normativa föreställningarnas giltighet beror inte på statliga sanktioner utan snarare på faktisk efterlevnad och iakttagelse. Sanktioner är oftare av en allmän moralisk eller praktisk karaktär. Den bindande karaktären av den informella rätten beror på att den upplevs som förpliktande och att efterlevnaden är nödvändig för att vardagslivet skall fungera.

Rättens elementära funktioner är inte givna och föreställningarna om rättens funktion och karaktär är ideologiska föreställningar, menar Dalberg-Larsen.[28] De ingår i vår föreställning om rätten och får dessutom legitimera rätten. De ideologiska föreställningarna verkar inomrättsligt bekräftande. Att ordning är bättre än kaos, att det är nödvändigt att välja mellan de båda, att normer ingår i ett system, att systemet har en rättslig form och vilken del av den mänskliga tillvaron som regleras rättsligt, varför det rättsliga normsystemet passar vissa konflikter men inte andra är exempel på frågeställningar som gör att det finns anledning att fundera över hur självklart det självklara egentligen är. Om vissa konflikter inte passar att lösa inom det rättsliga systemet kan antingen systemet ändras eller konflikterna flyttas utanför systemet.[29] Det är inte självklart vilket alternativ som bör föredras eller vilket som faktiskt väljs – medvetet eller omedvetet.

Rätten är emellertid inte bara en föreställning, den finns och den används, men varje gång man skall försöka fånga den eller fånga dess utseende, kärna eller funktion blir den undflyende. Ändå finns den där.[30] Föreställningen om rätten och dess funktioner behövs för att människan skall kunna verka i ett kollektiv och för att möj-

[28] Dalberg-Larsen, Jørgen, *Retsstaten Velfærdsstaten og hvad så? Sammenhænge mellem retsudvikling og samfundsudvikling set i et retssociologisk perspektiv.* Akademisk Forlag, København 1984, sid. 25.

[29] Jfr t.ex. familjetvister. Se SOU 1995:79 *Vårdnad boende umgänge* Vårdnadstvistutredningen där det diskuteras om särskilda familjedomstolar, sid. 125.

[30] Sättet att förstå kan liknas vid den hermeneutiska spiralen eller en prövande perspektivism enligt Kierkegaard. Rätten som tillämpad föreställning används upprepade gånger men aldrig på riktigt samma sätt, utan ständigt förändrad utifrån nya, annorlunda frågeställningar, perspektiv och med fler ställningstaganden och avgöranden i bagaget. Perspektivet förskjuts ständigt, gränserna prövas ständigt på nytt. Arnald, Jan, När börjar den moderna tiden? *Göteborgs-Posten* Kultur 1996-08-03.

liggöra en i stort sett accepterad enhetlighet. Men föreställningen måste kunna ifrågasättas och förändras vid behov. Förändringen kan visserligen påkallas genom praktiken men den kan också påkallas genom en ändrad förståelse. Behovet av ordning har betonats utan närmare analys av vad som skulle ske om ordningen upphörde. Ordningen kan särskilt ses som ett kännetecken för rättsstaten vilken betonar den formella strukturen. Välfärdsstaten kännetecknas också av ordning men av en annan karaktär, en mer materiell ordning, vilken i stor utsträckning kommit att innebära rättvisa utifrån vissa formella, objektiva kriterier. I denna ordning blir det avgörande *vilka kriterier* som får ligga till grund för den materiella rättvisan.

Hur rätten och dess funktion definieras avgörs av den teoretiska ramen eller, mer generellt, tankeramen. Definitioner av rätten är emellertid oftast inte generella eller uttömmande utan avgörs av vilka syften definitionerna har och i vilket sammanhang de görs. Rätten kan exempelvis karakteriseras som historiskt föränderlig och bunden, som en samhällelig integrationsmekanism, som en spegel eller en manifestation av rättsstaten.[31] Rättens funktion att tillgodose behovet av ordning är tämligen allmän.

För att slippa oordning och kaos, anses ett normsystem behövas.[32] Oordning och kaos anses per definition som något negativt och ordning blir därmed i motsats till det negativa något positivt. Rättsordningens elementära uppgifter, enligt Strömholm, är att möjliggöra för ett kollektiv av individer att fungera.[33] Människan är en social varelse och fungerar i relationer till andra.[34] Vidare menar Strömholm att det, för att kollektivet skall kunna fungera, krävs en ordning som uppfyller syftet samhällsfrid av elementäraste slag för att människan som individ och som kollektiv varelse skall kunna leva. För att detta syfte skall uppnås är det två behov som bör tillgodoses i denna ordning. För det första en påverkan av samhälls-

[31] Dalberg-Larsen 1984, sid. 19.
[32] Jfr not 3 och 4, kap 3.
[33] Strömholm, 1996, sid. 152ff.
[34] Det är detta som avses med uttrycket den relationella människan. Det finns samtidigt två drivkrafter, individens behov av att vara individ samtidigt som att individen alltid verkar i relation till andra. Trots att det rättsliga subjektet som föreställning är en fri, oberoende, jämlik individ, tar rätten i själva verket hänsyn till ojämlikhet i vissa relationer. Petersen, 1996b.

invånarnas beteende i sådan riktning att friden inte äventyras och för det andra ett sätt att hantera uppkomna konflikter så att det accepteras av de inblandade och av andra. Sättet att hantera konflikter bör dessutom påverka och styra beteendet i önskvärd riktning i framtiden, för de inblandade men också för andra. Begreppen "påverka beteendet" och "hantera konflikter" skall tolkas mycket vidsträckt och inrymmer således en mängd olika typer av funktioner.

Behovet av ordning kan ses i en mer generell aspekt, som drivkraften för kunskapssökandet, det som präglar det vetenskapliga kunskapssökandet men också det som ger människan (barnet) trygghet. Barnets behov av trygghet och strukturer[35] är centralt för dess förmåga att som vuxen kunna ta personligt och moraliskt ansvar. Strukturen eller ordningen kan då ses som en bas eller som en grund för olika ställningstaganden i den speciella situationen. I människans ansvarstagande förmåga ligger just kompetensen att resonera utifrån *olika* känslomässiga och axiologiska ställningstaganden som leder fram till beslut som tar ställning mellan sinsemellan konkurrerande grundantaganden eller principer. En trygghet i en ordning skulle därmed kunna leda till att ordningen endast är utgångspunkt och att öppenheten att göra avsteg från ordningen skulle kunna vara större i den mån det finns skäl för det. Med andra ord, ordningen kan fungera som ett redskap i stället för hinder i avvägningar och ställningstaganden. Antigone i Sofokles drama får symbolisera denna balans mellan det känslomässiga och det rationella. Det rationella- ordningen, den positiva rätten – ställs mot det känslomässiga – moraliskt ställningstagande, den inre moralen – men blandas i nästa ögonblick samman. Hon agerar rationellt utifrån sina moraliska ställningstaganden medan Kreon blir ett offer för sina känslor i och med försöken att förfäkta den positiva rätten.[36] Denna konflikt mellan moralen och den positiva rätten kan återfinnas också i den s.k. civila olydnaden. Att inte följa lagen kan vara etiskt godtagbart. Skyldigheten att följa lagen är blott pro-

[35] Se t.ex. Angel, Birgitta & Hjern, Anders, *Att möta flyktingbarn och deras familjer*, Studentlitteratur, Lund 1992, Lars H. Gustafsson, om den s.k. strof-modellen, Atle Dyregrov, om krisbearbetning. Detta behov hos barn är en viktig del i den s.k. Montessori-pedagogiken.
[36] Se Hirvonen, 1992.

visorisk, menar Peczenik.[37] Civil olydnad kan vara acceptabelt i vissa fall såvida de etiska skälen mot laglydnad har en klar övervikt över etiska skäl att följa lagen samt att en rättslig argumentation är utsiktslös.[38]

Konflikten mellan moral och positiv rätt präglar också många av de relationer som rör sig inom den privata sfären och som stöter på problem när privata relationer skall omvandlas till rättsliga konflikter och lösas inom det rättsliga systemet. Kevät Nousiainen visar i "Rättens system och kvinnans vardag" hur den moraliska motivationen utifrån icke-rättsliga normer som kvinnan (i det fallet) ger sina handlingar inte alls är relevant ur det rättsliga systemets perspektiv och hur den vardagliga tolkningen får ge vika.[39] Detta får betydande konsekvenser särskilt då parten, som i Nousiainens artikel, är den som har minst resurser, både ekonomiskt, materiellt i annat avseende och i möjligheter att försörja sig m.m. Det finns en empirisk verklighet (genusrelationen som konkret ordning vilken understöds av genusrelationen som symbolisk ordning) som gör att kvinnan betonar en annan rationalitet än den rättsliga för sina handlingar inom den privata sfären, vilket får konsekvenser för kvinnor som grupp.

Rätten tillgodoser således behovet av ordning, men detta behov får inte överskugga den andra aspekten som är minst lika viktig, nämligen behovet av axiologiska, moraliska ställningstaganden utifrån öppet redovisade grunder. Om rätten avskiljer denna sida av mänskliga relationer blir ordningen det primära och verkar därmed alltmer skilt från människors vardag och egna normsystem. Avståndet mellan rätten och rättens förankring ökar. I stället för att upprätthålla distinktionen antingen – eller, i form av dikotomin ordning – kaos, kan de ses som två sidor av samma sak. Det ena

[37] Prima facie-rätten som en del av prima facie-etiken, se Peczenik, 1995, sid. 557f.
[38] Jfr en domares beslut att inte följa lagen vid flera ansökningar om att få ta del av allmän handling (videogram). Stockholms tingsrätt Mål nr B 5946-92. Beslutet överklagades till hovrätten och beslutet upphävs, Mål nr Ö 1215/93, Ö 1665/93. Vid senare ansökan om att få ta del av allmän handling i Tingsrättens mål B 5946-92 hade riksdagen fattat beslut om ändring i Sekretesslagen (SFS 1993:437) vilket innebar att domaren i Tingsrätten kunde fatta samma beslut som tidigare, dvs. avslå ansökan. De allmänna handlingar som ansökan avsåg var videogram med barnpornografi.
[39] Nousiainen, 1995, sid. 332.

utesluter inte det andra. Det är snarare en gradskillnad än artskillnad. En viss ordning kan tillåta att bedömningar som leder till avvikelser från ordningen kan ske i den speciella situationen. Å andra sidan kan en ordning innebära ett stort mått av oordning. Genom att inte ta hänsyn till situation och konsekvenser kan resultatet bli att människor blir behandlade orättvist.

Uppfattningen om rätten att tillfredsställa människornas behov av ordning, kan i sin tur kombineras med olika teoretiska förankringar. Den kan också i sig tolkas som ett avståndstagande från uppfattningar som söker legitimering i någon slags naturrättslig föreställning om en högre rätt eller i någon slags vetenskaplig logik. De praktiska uppgifterna för rätten kan helt enkelt ses som ett sätt att förhindra konflikter mellan människor och lösa uppkomna sådana samt att organisera en samverkan mellan samhällsmedlemmarna för att uppnå resultat. Vilka resultat som är önskvärt att uppnå måste därmed bestämmas i varje samhälle vid varje tidpunkt. Strahl menar exempelvis att om det är sant att rätten är ett människoverk, finns det all anledning för människorna att forma den så att den tillgodoser deras önskemål.[40] Vetenskapen, rättsvetenskapen i detta fallet, kan inte avgöra vilka målsättningar som är de riktiga men den kan peka på och analysera följderna av olika målsättningar. Att det finns ett rättsmedvetande förnekar Strahl inte, men det är en produkt av de rättsregler som tillämpas och är därför dels konservativt men dels också benäget att anpassa sig efter ändrade förhållanden.[41]

Rättens uppgift, förutom att upprätthålla ordning, är även att hantera redan uppkomna konflikter. Uppgifterna i sig kan troligen alla enas om och kan knappast sägas vara kontroversiella. Det är i stället när de fylls med innehåll som de blir kontroversiella. Det är i bestämmandet av vilka beteenden och vilka konflikter som skall påverkas/hanteras, i vilken riktning och på vilket sätt, som oenighet kan uppstå. Det vanliga är att tala om konflikt*lösning*. Så gör t.ex. Strömholm, men ordet lösning inbegriper då att själva konflikten löses, försvinner och situationen blir konfliktfri. Ett mer passande ordval skulle kunna vara hantering, eftersom ordet hantering bättre beskriver förfarandet i en konflikt som rättsliggörs. Hantering inne-

[40] Strahl, 1994, sid. 148.
[41] Strahl, 1994, sid. 148ff.

bär att en behandling av en konflikt får en viss effekt som samhället pålägger parterna, men konflikten kan i och för sig fortsätta vara konfliktfylld. Konflikten löses inte, utan vissa rättsföljder knyts till vissa rättsfakta. Parterna accepterar möjligtvis rättsföljderna men problemet är inte löst. Att välja ordet konfliktlösning skapar en föreställning om att konflikter löses och parterna blir tillgodosedda på ett sätt att de upplever att konflikten är löst. Att lösa en konflikt leder tankarna till en förhandling, en kompromiss, en lösning som parterna kan acceptera och finna sig nöjda med. En annan variant skulle kunna vara att parterna själva tillsammans med en "garant" kommer fram till en lösning. Detta är tanken i de samarbetssamtal som i början av 1970-talet introducerades av socialtjänsten som en metod att lösa vårdnads- och umgängestvister. I Vårdnadstvistutredningen föreslås införandet av en bestämmelse i Föräldrabalken som erinrar om den möjlighet föräldrar har enligt socialtjänstlagen att genom samarbetssamtal nå enighet i frågor om vårdnad, boende och umgänge.[42]

Vad som anses vara en konflikt beror på vilket område det handlar om. På vissa områden är det konkreta händelser som är relevanta, inte mönster i relationer. Makt, beroenden, ekonomiskt eller känslomässigt, är relevant i vissa fall men inte i andra. Sättet att uppträda regleras i handelsrelationer men inte i privata relationer. Makt i vissa relationer justeras genom lagstiftning genom att den med minst makt ges mer makt. Att konkreta händelser tas ur sitt sammanhang och bedöms atomistiskt (och därmed blir bedömda som mindre allvarliga) har kritiserats vad gäller misshandel i parförhållanden där misshandeln kunnat ske och fortgå just genom makt och beroenden av både psykologisk och materiell karaktär. Vid upprepad misshandel leder varje misshandelstillfälle eventuellt inte till allvarliga fysiska skador. Upprepningen och den psykiska nedbrytning som kan bli följden av den, kan emellertid vara mycket

[42] Se SOU 1995:79, sid. 66 samt sid. 56ff. Intressant att notera är att vikten av att det finns både en man och en kvinna som samtalsledare framhålles. Vanligtvis är det kvinnor som är samtalsledare, konstateras det, och det är svårt för många män "...att acceptera en situation där de är ensamma med hustrun/sambon och ytterligare två kvinnor." sid. 64. I detta sammanhanget är könstillhörigheten högst relevant.

Se om alternativ konfliktlösning Vindeløv, 1997 samt Vindeløv, Vibeke, Polycentri og alternativ konfliktløsning. Ur *Retlig polycentri*, Blume, Peter og Petersen, Hanne (red.), Akademisk Forlag, Køpenhavn 1993.

allvarlig, både fysiskt och psykiskt. Synen på denna typ av misshandel har förändrats en hel del, i alla fall i lagtext och förarbetsuttalanden. Om och hur tillämpningen har förändrats är svårare att säga.

Förutom att rätten löser problem *skapar* den också sociala konflikter, menar Luhmann. "Additionally, consensus must be presupposed not only for the normative style of expectation but also for the readiness to impose sanctions and for the carrying out of conflicts where these expectations are thwarted. In this respect, law is not only a means of solving social conflicts, but, in the first place, and most important, a means of creating social conflict: a prop for presumptions, demands and rejections even in cases where resistance is expected."[43] Rätten synliggör dessutom vissa konflikter i en rättslig mening medan däremot andra inte behandlas rättsligt alls.

Ett sätt att undvika konflikter är att påverka beteendet till ett visst önskvärt sätt. Rättssystemet tillhandahåller en mängd olika styrmedel för detta.[44] Valet av styrmedel är ingen enkel, okomplicerad sak då alla styrmedel kan ha vissa icke önskvärda konsekvenser, de kan vara ineffektiva, de kan ha biverkningar eller de kan hindras av olika tröghetsfaktorer. Med tröghetsfaktorer avser Strömholm sådana grundelement som påverkar utformningen av rättssystemet. Han nämner resurstillgång, praktikabilitetssynpunkter, ideologiska, etiska och religiösa element. "Till dessa grundläggande tröghetsfaktorer träder andra, när ett system varit i tillämpning någon tid, och i synnerhet när det börjat göras till föremål för medveten reflexion, systematisering, uppteckning och undervisning. Samma arbetsekonomiska överväganden, som gör att samhällsstyrningen i stor utsträckning sker genom permanenta, åtminstone under viss tid oföränderliga regler, inte genom ständiga order *ad hoc*, kommer sannolikt också att påverka förändringsrytmen i rättssystemet. Har en lösning använts under en tid, uppstår tankeva-

[43] Grundmann, Reiner, *Luhmann Conservative, Luhmann Progressive,* EUI Working Paper LAW No. 90/7, sid. 14f. Det är en översättning av ett citat i Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1984, sid. 451. Numera finns en engelsk översättning, Luhmann, Niklas, *Social Systems*, Stanford University Press, Stanford Calif. 1995.

[44] Strömholm ger exempel på närmare 20 olika styrmedel. Strömholm, 1996, sid. 164 med hänvisning till Hellner, Jan, *Juridiska styrmedel.* En skiss. ADBJ-rapport 1974:2 stencil Stockholm 1974.

nor, som i hög grad förstärker de ideologiska och teknisk-ekonomiska tröghetsfaktorerna."[45] Dessutom bildas grupper av människor som har intresse av att vidmakthålla den rådande ordningen eller av att förändra den i viss riktning, menar Strömholm vidare.

Sådana tankevanor som Strömholm nämner ger han själv uttryck för i sitt utvecklingsexempel.[46] Tanken om *utvecklingen* från ett primitivt, okomplicerat och icke reglerat samhälle till ett alltmer komplext är inte oproblematisk och okontroversiell. Synsättet att se s.k. primitiva samhällen som primitiva i betydelsen outvecklade ifrågasätts alltmer.[47] Beroende på vilka kriterier som värderas och på vilket sätt kan sådana samhällen tvärtom vara mycket väl "utvecklade" eller ha en funktionellt sett bra organisering i rättsliga eller andra normsystem.[48]

På vilket sätt beteendet påverkas, vems beteende som påverkas och vilket beteende som är önskvärt avgörs genom olika axiologiska ställningstaganden. Beteendet kan påverkas på en mängd olika sätt. Exempelvis genom att förbjuda eller påbjuda visst beteende och knyta sanktioner till det eller att erbjuda fördelaktiga 'paket' med rättsverkningar, t.ex. äktenskapet eller dispositiva lagar som gäller om inte parterna avtalat om annat.[49] Beteendepåverkan kan ske av aktivt beteende eller passivt.[50] Förbjudet beteende kan eventuellt påverkas av annan parts beteende, som i och för sig inte behöver vara förbjudet. Det kan t.ex. vara omständigheter som verkar förmildrande eller försvårande.

Rättens uppgift att skapa ordning och påverka människors be-

[45] Strömholm, 1996, sid. 160.
[46] Strömholm, 1996, sid. 157ff.
[47] Se t.ex. Gimbutas, 1989.
[48] Se Petersen, Hanne, Polycentrisk almen-lære? Eller fællesskab i forskellighed, *Retfærd* Nr 78, 1997.
[49] Strömholm, 1996, sid. 153.
[50] I Ds 1993:15 övervägdes ett utvidgat straffansvar för underlåtenhet att avslöja och hindra brott, som ett alternativ för att lösa den s.k. Lindome-problematiken. Denna fråga kom att ingå i SOU 1996:185 Straffansvarets gränser del I-II, Straffansvarsutredningens betänkande. I den utredningen föreslås en viss utvidgning av straffansvaret för underlåtenhet att avslöja och hindra brott utöver det straffansvar som redan finns. Dessutom föreslås införande av en straffbestämmelse avseende underlåtenhet att bistå nödställd.

Att det svenska rättssystemet inte straffar passivt beteende i vissa fall har kritiserats av Zaremba, 1995/96. I flertalet andra europeiska länder bestraffas underlåtenhet att vidta någon form av hjälpinsats.

teende och på det sättet undvika konflikter bygger på den värdemässiga grunden att konflikter är negativa, att de går att undvika och att ordning är positivt. Alla relationer är konfliktfyllda på det sättet att de olika parterna har olika intressen, olika sätt att uppfatta och förstå en situation och olika kontexter i vilka de ingår. Detta innebär en risk att beteendet styrs i en riktning där den ena partens intresse får väga över den andra partens. Vissa beteenden tillåts eller påbjuds trots att den ena parten därmed inte får sin syn på saken erkänd i rättslig form. Hur en situation eller en relation definieras rättsligt har stor betydelse för vilket ansvar som läggs på varje part och hur situationen bedöms då en konflikt uppstått. "Var och en skulle anse det vara absurt att påstå, att en person klädd i dyra kläder som rör sig ensam ute när det är mörkt och som någongång frivilligt donerat pengar, i verkligheten skulle vilja bli rånad – i synnerhet om han gav pengarna utan motstånd på grund av att han var rädd eftersom rånaren var beväpnad. I samband med våldtäktsrättegångar har motsvarande påståenden om exempelvis provocering, som syftar till att få offret att framstå som medskyldigt, framgångsrikt framförts."[51]

Vilka konflikter som hanteras rättsligt är givetvis inte självklart. Att reglera något rättsligt är inte givet positivt eller negativt. Andra

[51] Pohjonen, 1995, sid. 218. Även om detta exempel kommer från American Bar Association Journal, vol. 61, Apr 1975, finns motsvarande resonemang om offrets sexualhistoria och agerande i samband med våldtäktsbrottet med som relevant för bedömningen av gärningsmannens ansvar, även i Sverige. För en kort genomgång av straffrättens brister när det gäller att se kvinnors intressen i våldsbrott med män som gärningsmän, se Berglund, Kerstin, Rättens användbarhet vid brott mot kvinnor. Ur *Kvinnor och miljöer, Rapport från det 9nde nordiska kvinnojuristmötet 19 – 21 maj 1995,* Herrlin, Monica (red.), Publikationer av institutionen för privaträtt vid Helsingfors universiet, Helsingfors 1995.

Den sexualsyn som ligger till grund för sättet att se på våldtäkt och om förövaren kan dömas till våldtäkt, präglas av föreställningen om mannens oförmåga att styra sin kropp, kvinnans ansvar för att tydligt markera att hon inte vill och för att göra motstånd i stället för att frivillighet från båda parters sida är ett grundläggande krav för sexuellt umgänge. Så länge inte en aktiv frivillighet råder så föreligger det ett tvång, enligt min mening. Tvånget föreligger således även vid passivitet. Så länge inte kvinnan, likaväl som mannen, garanteras att själv bestämma över sin sexualitet, har rätten inte lyckats att tillgodose kvinnors mänskliga rättighet att bestämma över sin kropp och sin sexualitet. I 1979 års Konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, SÖ 1980:8, åtar sig konventionsstaterna, däribland Sverige, att "...skapa rättsligt skydd för kvinnors rättigheter på samma grunder som för män...", artikel 2 c. Jfr HD:s dom den 10 sep 1997 i mål nr B 2078/97 och särskilt underrätternas argumentation kring vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att våldtäkt resp. sexuellt utnyttjande skall anses ha förelegat.

typer av normer kan vara nog så starka och styrande. Rättsliga normer bör ses i sammanhang med andra typer av normer, då behovet av rättsliga normer eventuellt ökar om motsvarande normer i annan form minskar i betydelse. Slutligen är det naturligtvis väsentligt på vilket sätt en konflikt löses rättsligt. Vilken part får sina intressen tillgodosedda och är det överhuvudtaget möjligt att göra en avvägning som är bra i någon objektiv mening? Ambitionen om ett enhetligt, koherent system som *löser* konflikter är möjligtvis bra som ambition, men risken är att det leder till ett osynliggörande av tillvarons många sidor och aspekter. Det alltför komplicerade avskiljs och utesluts från det som tas hänsyn till.

4.2.3 Olika legitimeringsgrunder

Legitimiteten kan ses som ytterst baserad på antingen en utomsystematisk eller inomsystematisk grund. Med en utomsystematisk grund avses då att rätten stöder sig antingen på någon naturlig ordning, på något moraliskt kriterium, eller på en auktoritet i form av en gud, en härskare, en överenskommelse. Med en inomsystematisk grund avses å andra sidan att systemet i sig självt uppställer vissa giltighetskriterier, överensstämmelse med en grundnorm (fiktiv eller verklig), koherens inom systemet, formallogik. Gränsen är visserligen diffus. Det som kännetecknar de inomsystematiska giltighetskriterierna är att de uttryckligen inte är axiologiska, dvs. de är inte värdemässiga eller avses åtminstone inte vara det. De utomsystematiska är oftare axiologiska eller grundar sig på någon typ av auktoritet. Rätten i sig är då inte primärt en auktoritet, utan auktoriteten hämtas från någon typ av källa. Det är tveksamt om indelningen är motiverad vid närmare betraktelse. Både utomsystematiska och inomsystematiska grunder kan ses som en enhet av rätt och källa. Om det är Gud eller vetenskapen som är källan beror snarast på tankeramen. Föreställningen om att det går att dela upp grunderna i utomsystematiska och inomsystematiska, där den vetenskapliga är inomsystematisk, stöder emellertid föreställningen om att den senare är objektiv och ett objekt med ett vetenskapligt inneboende väsen.

Vilken grund som än används är sättet att legitimera ordningen oerhört väsentlig för dess giltighet. Vilket sätt som används är

beroende av vilken typ av grund som samtiden ger förklaringsvärde. Den inomsystematiska grunden kan ses som den vetenskapliga samtidens förklaringsmodell. Genom att uppfylla de vetenskapliga kraven och idealen blir rätten giltig.

Skiljelinjen mellan och isärhållandet av teori och praktik, som är ett starkt allmänt vetenskapligt ideal, har påverkat även föreställningen om rätten och hur den legitimeras. Genom vetenskapliggörandet av rättsliga normer och olika begrepp som t.ex. erfarenhet, förnuft, rättvisa och rättssäkerhet har både normer och begrepp varit oantastliga för en erfarenhet eller för ett förnuft som avvikit från det innehåll som pretenderar på att vara objektivt och positionerat det avvikande som subjektivt och partikulärt. En allt större skiljelinje mellan den vetenskapliga föreställningen om rätten och den praktiska och moraliska kan i sig verka för att legitimiteten ifrågasätts.

Inomsystematiska grunder är inte axiologiska i den meningen att de öppet utgår från vissa värden. Dess föreställning om och ståndpunkt att ett rättssystem som stöder sig på en vetenskaplighet, i form av logiska, systematiska, objektiva premisser, anses emellertid "bättre" och "mer rationellt" än ett rättssystem som inte är värdeneutralt och som bygger på värden och etik. Föreställningen om vetenskaplighetens företräde i förhållande till annan kunskap och till värden, kan ses som ett axiologiskt ställningstagande.

Luhmann fokuserar på betoningen av den interna systematiska logiken i stället för yttre legitimitetsgrunder. Detta är, enligt Luhmann, den stora skillnaden mellan gammal och modern rätt. "Whereas the former derived its validity from its environment, i.e. from a 'divine' or 'natural' order, the latter derives its validity from its own operations. Modern law itself establishes what is legal which is to say, it itself establishes its own validity."[52]

Betoningen av systemet med en inre logik, enhetlighet, förvetenskapliggörandet genom att efterlikna idealvetenskapen, den naturvetenskapliga positivistiska vetenskapssynen (där Kelsens rena rättslära är mycket närbesläktad med logisk empirism) samt den inom norra Europa alltmer tynande tillvaron för religionen och dess moraliska och etiska aspekter är alla viktiga aspekter i rättens och

[52] Grundmann, 1990, sid. 7.

rättsvetenskapens avskärmande från yttre legitimitetsgrunder samt från axiologiska diskussioner och ställningstaganden.

Kelsen betonade den inre logiken och rätten som ett eget system genom att helt avskärma det från verklighetsanknytningen genom att hänföra rättsnormerna till ett "böra" (Sollen) som står i motsats till ett "vara" (Sein). Detta skulle garantera den rena rättslärans vetenskaplighet och skiljande från rättspolitik.[53] Den Rena rättsläran är ett försök till etablerandet av en rättslig vetenskap som enbart har att lita till sitt objekt – rättsliga normer – utan några referenser till andra normer eller normativa system. Den är en teori som besvarar frågorna vad rätten är och hur den ter sig och inte vad rätten bör göra och hur det skall göras.[54] De enskilda lagarna härleder sin giltighet ur de statsrättsliga reglerna för deras tillkomst. Dessa i sin tur härleds ur konstitutionens giltighet, vilken bygger på en "grundnorm". Denna är Kelsens "Stufenbau", ungefär "avsatsbyggnaden". Grundnormen är egentligen ingen konkret rättsnorm utan en logisk utgångspunkt för hela rätten. Kelsen menar att den har stark anknytning till staten som skapar rätt genom att använda sig av den författningsmässigt stadgade lagstiftningskompetensen och som ser till efterlevnaden genom att rättsliga beslut sanktioneras genom olika tvångsmedel.

Grundnormen härleddes inte från någon utomrättslig legitimering. Detta var inget problem för Kelsen. Kelsen intresserade sig enbart för normerna och avskiljde moralen från det rättsvetenskapligt relevanta området. Däremot förnekade han, enligt Pöyhönen, inte kopplingen mellan rätt och moral.[55] Om vi accepterar Kelsens

[53] Kelsens rättslära måste ses i ljuset av hans samtid och situation som jude i det alltmer nazistiska Tyskland. Nazismen använde sig av klara värderande ställningstaganden, visserligen med vetenskaplig täckmantel. Kelsens, från värden rensade, rättsteori blir möjligtvis förståelig i en tid där värden användes för synnerligen inhumana syften.

[54] Gustafsson, Håkan, Den andre Kelsen, *Retfærd* Nr. 71, 1995. Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law,* Berkeley, Los Angeles, London 1967. Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran Dess metod och grundbegrepp*, Statsvetenskaplig tidskrift, häfte 3, Lund 1933.

[55] Pöyhönen, Juha, Föredrag på forskarkursen Rättens allmänna läror, Majvik, Finland, 21-26 maj 1996. Jfr Gustafsson, 1995, som menar att bakgrundsvärden alltid finns oavsett hur neutral och formell en rättsuppfattning än ter sig. Kelsens rättsteori markerar rättsvetenskapens inträde i modernismen, anser Ewald, François, The Law of Law. Ur Teubner, Günther (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law*

utgångspunkt omöjliggörs all normativ kritik av rätten, i alla fall inom en rättslig ram. Rätten framstår då dessutom som statisk.[56]

Den skandinaviska realismen och dess påverkan av de tyska ansträngningarna att bygga system och att rensa rätten från alla kopplingar till någon yttre legitimering, har bidragit till ytterligare teknifiering av rätten och en bristande förankring i etiska och moraliska ställningstaganden genom att helt enkelt utesluta dem som irrelevanta för rätten. Rättsuppfattningen har blivit mer och mer avskild från värden eller andra utomsystematiska legitimeringsgrunder. Detta upprätthålls och förstärks genom att den allmänna värderingsbyggnaden inte analyseras och ifrågasätts. Att den analyserats otillräckligt kan delvis bero på att värderingar varit mer eller mindre bannlysta under rättsrealismens influenser för rättsvetenskapliga arbeten. För en disciplin som har svårigheter att definieras som vetenskaplig enligt de kriterier som uppställs för vad som skall anses vetenskapligt, är det än viktigare att markera gränsen gentemot det ovetenskapliga, i detta fallet det som har med värden och subjektivitet att göra.

Att rätten och rättsvetenskapen präglats och präglas av det positivistiska vetenskapsidealet med dess inomsystematiska kvalifikationsnormer utesluter inte att det i själva verket finns gott om inslag av explicita rättigheter och värden i rätten. De mänskliga rättigheterna legitimeras med att de skulle vara naturliga och, om inte eviga, i alla fall nästintill. I grundlagen (RF) återfinns de värden som präglar den samtida synen på vad som anses som förutsättningar för att samhället skall kunna kalla sig demokratiskt. Men dessa värden

and Society, Gruyter, 1988, sid. 40. Den rena rättsläran är också en direkt tillämpning av den logiska empirismen på det rättsvetenskapliga området. Se Tolonen, 1991, sid. 3.

[56] Genom att avstå från möjligheten till normativ kritik av rätten fick kanske den nazistiska rättsordningen ännu större genomslag. Rätten avsäger sig en potential till axiologisk argumentation och diskurs i och med betoningen av en postivistisk rättsuppfattning. Kelsens rena rättslära kom i en tid då nazismen vann allt större segrar i det tyska riket. Kelsen var jude och tvingades så småningom, 1940, fly till USA. Han var på sin tid kritisk till, av förståeliga skäl, att söka rättens giltighet i folkliga grunder. Men hur kunde han medverka till att frånhända juridiken att verka för en mer human rätt? Kanske tedde det sig omöjligt. I stället dröjde det till efter andra världskrigets slut och nazitysklands förlust som det internationella samfundet sökte stöd i en föreställning om eviga, universella, naturrättsliga mänskliga rättigheter.

och rättigheter verkar ändå ha blivit impregnerade av vetenskapens ideal och dess sätt att styra förståelsen av tillvaron, det finns objektiva, sanna, logiska, rationella värden och rättigheter som är universella, allmänmänskliga och könlösa. Detta har till och med blivit en garant för att värdena och rättigheterna skall vara legitima. Det finns *en norm* för ett värde och en rättighet och det finns avvikelser från denna norm.[57] Det är alltså inte bara betoningen av den inomsystematiska legitimeringen utan också förvetenskapligandet, i meningen *en* sanning, *en* rättvisa, *en* likhet av den legitimeringen som sker i olika yttre grunder, moraliska, etiska eller liknande, som präglar rättsuppfattningen.[58] Detta är dessutom viktiga aspekter för rättens alltmer könsneutrala, formella likhetssträvan. Kön förlorade sin betydelse, både i kunskapskonstituerande och rättslig mening, genom avskaffandet av den formella olikheten. Alla olika grunder för att förklara könens olikhet och dess hierarkisering i varierande grad som tidigare förekommit genom historien, har under 1900-talet upphört i *likhetens* namn. När forskning och praktik så småningom kom att påvisa att reella skillnader faktiskt inte upphört genom den formella likheten, är det avvikelserna och avvikarna som är problemet och det som skall ändras, inte ideologin/normen om likhet.[59]

En av flera viktiga grunder för legitimering är uppfattningen av rätten som *rättvis* i någon abstrakt mening. En regel som inte upplevs som rättvis eller en dom som inte uppfattas som rättvis, kan leda till krav på en förändring av regeln eller av praxis. Detta kan ske genom en politisk process genom agerande av den allmänna opinionen, av partier, regering och riksdag eller genom en rättspolitisk argumentation av jurister i rättsvetenskaplig forskning, i doktrin eller i tillämpningen i domstolarna. I domstolarna finns ett visst utrymme för att tolka lagen på olika sätt.[60] Genom t.ex. extensiv tolkning eller analogier kan lagregelns tillämplighet utökas.

[57] Redan under Franska revolutionen försökte Olympe de Gouge få igenom en deklaration om kvinnors mänskliga rättigheter, då de s.k. mänskliga rättigheterna främst rörde mäns mänskliga rättigheter. Se kap 3.

[58] Jfr distinktionen monistisk-pluralistisk rättsuppfattning, som för vissa handlar just om dylika uppfattningar. Exempel på försök att bestämma vad t.ex. rättvisa är i en universell, objektiv mening är Rawls och Finnis.

[59] SOU 1990:44, sid. 83.

[60] Kleineman argumenterar för att de dömande organen, i synnerhet HD, bör aktivt utveckla rätten genom rättsskapande verksamhet, i alla fall på områden där lagstift-

Målet lika rättigheter för kvinnor och män anses uppfyllt genom formellt könsneutral lagstiftning, dvs. lagen bortser från kön. Därmed osynliggörs kön i lagstiftningen, trots att kön i praktiken visar sig ha stor betydelse. Frågan är om inte lagen för att kunna legitimeras med rättvisa mellan könen behöver *åstadkomma* rättvisa och inte bara förhålla sig passivt genom att bortse från kön genom en formellt könsneutral lagstiftning. Ett sådant steg har delvis tagits genom de aktiva åtgärder för att åstadkomma jämställdhet mellan könen som föreskrivs på alla arbetsplatser.[61]

Vi har genom en tydlig markering i grundlagen en normativ inställning i rätten att män och kvinnor skall ha lika rättigheter och att lagen inte får behandla någon av ett visst kön på ett sämre sätt eller ens på ett särskilt sätt, jämfört med det andra könet. Den ideologiska normen som präglar vår uppfattning av tillvaron är således att könen har lika rättigheter och behandlas på samma sätt. Men tillvaron visar sig vara annorlunda och det leder till att förhållningssättet i lagen kan ifrågasättas. Rättvisa mellan könen uppnås inte på det sätt som lagen är utformad nu. Det är stor skillnad mellan förståelsen av hur det, enligt värden förankrade i rättssystemet, borde vara och förståelsen av hur det är.

Beträffande rättens och därigenom samhällets förhållande till relationen kvinnor – män brukar rättvisa framhållas som den vikti-

aren är oförmögen att utforma detaljregler. Kleineman, Jan, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen?, *Juridisk Tidskrift* 1993–94 sid. 718–733. Se även Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans, om skadeståndets gränser,* Iustus Förlag, Uppsala 1993, sid. 204. Kleineman instämmer därmed i Anderssons påpekande att det är lämpligt att därvid "erkänna" en metod där de rättspolitiska "övervägandena bakom motiveringen kan göras explicita". Andersson, 1993, sid. 205. Rättsvetenskapen och den rättsvetenskapliga argumentationen även då den utförs av domstolen, har sin uppgift att ordna den teoretiska grundvalen och de sökta rättspolitiska resultaten så att de harmonierar. T.ex. så menar Kleineman att den s.k. dolda äganderätten inom äktenskapsrätten i stället bör placeras där den hör hemma, i fordringsrätten som en "dold rätt till fastighet." Se Kleineman, Jan, Dold äganderätt till fastighet (är) inte en äganderätt i vanlig mening...", i *Juridisk Tidskrift*, 1993–94 sid. 360–364. Se också angående frågan om rättsvetenskapen som rättskälla Kleineman, Jan, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, *Juridisk Tidskrift* 1994–95 sid. 621–630.

[61] För arbetsplatser med 10 anställda eller fler gäller dessutom att arbetsgivaren årligen skall kartlägga löneskillnader och upprätta jämställdhetsplan, §§ 9a–11 JämL.

gaste legitimeringsgrunden. Rättvisa mellan kvinnor och män ingår i den demokratiska tanken och även i kriteriet likhet inför lagen som en av de faktorer som främjar rättssäkerheten och som kännetecknar en rättsstat.[62] Likhet inför lagen kan indelas i en formell och en materiell dimension. Den formella likheten innebär att rättsreglerna skall vara generella. Föreställningen om formell likhet bygger i själva verket på en norm i förhållande till vilken människor kan likna eller avvika ifrån.[63] Formell rättvisa beträffande kvinnor och män formuleras i RF 1:2, det allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter.

Den materiella likheten får ses som ett undantag från huvudregeln formell likhet och innebär att ingen diskriminering får förekomma i praktiken. Missgynnande på grund av kön är förbjudet i RF 2:16, utom i två undantagsfall, då föreskrift avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt samt om föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor. De distinktioner mellan olika människor som återfinns i rättsreglerna måste ha en etisk motivering. "Lagen får t.ex. särbehandla människor på grund av kön, men endast för att ge dem skydd (genom att det underrepresenterade könet erhåller viss förtur vid anställning m.m.), inte för att ge uttryck för etiskt omotiverade föreställningar om ett köns generella överlägsenhet."[64] Denna distinktion ger intrycket av att formell likhet skulle vara uppnådd. Dessutom ger det intrycket av att även likhet i materiell mening är uppnådd genom att det finns en rättslig möjlighet till positiv särbehandling för att öka jämställdheten.

Rätten utfästs explicit att vara rättvis i någon mening, trots att ordet rättvis inte återfinns i grundlagen eller någon annan lagstiftning.[65] Rätt och rättvisa hör historiskt ihop. Rättvisa i meningen likhet inför lagen konkretiseras i RF 1:9 som krav på likhet inför lagen, saklighet och opartiskhet i all offentlig verksamhet. Dessa krav överensstämmer också med *de vetenskapliga kriterierna* saklighet, objektivitet och förutsebarhet (lika behandling). Till objektivitetsprincipen i RF 1:9 kommer ett flertal stadganden som rör offent-

[62] Peczenik, 1995, sid. 51f.
[63] Se t.ex. Hirvonen, 1992, Naffine, 1990, Okin, 1989, Grbich, 1992.
[64] Peczenik, 1995, sid. 53.
[65] Se t.ex. Strömholm, 1996, sid. 299.

lig förvaltning, domstolar, domare m.fl.[66] Trots att andra legitimitetsgrunder som effektivitet och rationalitet[67] är väsentliga, är föreställningen om kopplingen mellan *rätt och rättvisa* grundläggande eller i varje fall central, trots de försök som gjorts att skilja dem åt i de positivistiskt influerade rättsteorierna.[68] I alla fall gäller detta legitimiteten gentemot medborgarna. Den inomrättsvetenskapliga legitimiteten är betydligt mer komplex och får sökas i teorierna om rätten som ytterst ligger till grund för den rättsliga självförståelsen.

Rättvisa som en särskilt angelägen legitimitetsgrund för rättens sätt att förhålla sig till kvinnor och män bygger på en vetenskaplig grund som är ensidig. Gemensamt för de flesta rätts- och moralfilosofers rättviseteorier är att de söker definiera begreppet rättvisa i sig eller som ett system av vissa angivna normer,[69] utan att se genus. Dessutom utgår de från den publika delen av tillvaron och ser privatlivet som oproblematiserat och avskilt, explicit eller implicit. Följden av att genus osynliggörs och utesluts redan i definitionen av rättvisa blir därmed att rättvisan med denna utgångspunkt är orätt-

[66] RF 11:9 objektivitetsgrundsats vid statliga tjänstetillsättningar, Rättegångsbalken, förvaltningsbesvär enligt Förvaltningslagen och Förvaltningsprocesslagen, laglighetsprövning enligt Kommunallagen, domarreglerna m.m. RF 1:9 innebär inget absolut förbud mot särbehandlande normgivning. Tvärtom är normgivning av den karaktären att skillnader görs mellan olika individer (grupper) utöver vad som kan följa av gällande rättsregler, självklar i ett välfärdssamhälle. Dessutom uppställs hinder mot diskriminerande normgivning i 2 kap. RF. Se Petrén, 1980, sid. 37f.

[67] Peczenik förordar en s.k. LSD-rationalitet, vilken innebär krav på logiskt sammanhang i en diskurs. Se Peczenik, 1995. Habermas utgår, enligt Peczenik, från en demokratiprincip i sin diskursmodell, som bestämmer att rättsreglerna är legitima endast om de skulle accepteras av alla rättssubjekt i en rättslig normgivningsprocess som uppfyller vissa krav på en rationell debatt – en diskurs. Peczenik, 1995, sid. 69f. Peczenik menar vidare att enligt Habermas bildar den fria och rationella debatten i ett "civilsamhälle" en länk mellan individernas privata "livsvärld" och det politiska systemet. Demokratiprincipen skyddar vissa rättigheter som alltså, enligt Habermas motiveras av den rationella debatten. Moraliska, religiösa, metafysiska eller traditionella argument kan däremot inte användas som legitimeringsgrund.

[68] Symboliskt kan detta uttryckas med Justitia, vars olika attribut har förändrats över tid. Det kan noteras att hennes ögonbindel som symboliserar just objektivitet, inte förekommer förrän på 1500-talet och alltmer framträder i takt med den naturvetenskapliga revolutionen och förändringen av vetenskapsbegreppet på så sätt att objektiviteten (sanningen) och förutsebarheten blir alltmer centrala ingredienser i den vetenskapliga kunskapen. För en studie av Justitias förändring se Curtis, 1987. För vetenskapsbegreppets förändring se t.ex. Molander, 1988.

[69] Peczenik, 1995, sid. 410.

vis. Detta osynliggörs med hjälp av vetenskapliggörandet i form av teoribyggen, begreppsbildning och metoder. Den vetenskapliga objektiviteten, den formella likheten förutsätter en avskiljandets logik och upprätthållandet av gränsen mot det avskilda blir central. Det är intressant att notera att då den ensidiga etiken börjar bli synlig, formuleras det som en rättviseetik som anses manlig till sin karaktär och som en följd av det formuleras det andra, det avvikande i en egen kategori, som en omsorgsetik som anses vara kvinnlig till sin karaktär. En "etik" skulle kunna inrymma både rättvisa och omsorg och det skulle kunna vara både manligt och kvinnligt till sin karaktär.

4.3 Rättens normerande verkan

Om legitimiteten fungerar kommer föreställningen om rätten att verka normerande inomrättsligt och gentemot allmänheten. Rätten ses som en rätt, ett kunskapsobjekt med vissa inneboende karakteristika vilket skapar föreställningen om den som objektiv och därmed rättvis. På det sättet definierar rätten sig själv och samtidigt tillvaron. Tillvaron definieras rättsligt i olika stadier av den rättsliga processen. Samhällets organisering uttrycks och bevaras genom det rättsliga komplexet. För genusrelationen har det stor betydelse vilka områden av tillvaron som rättsliggörs och det sätt på vilket tillvaron synliggörs. Föreställningen om det självklara hindrar oss t.ex. från att se motsägelser i rättsnormerna.

4.3.1 Internalisering central

Om legitimeringen av rätten ges förklaringsvärde, kommer rätten att verka som bevarare av sig själv och den ordning som rätten uttrycker. Rättens självuppfyllande, eller *ideologiska roll*, verkar i olika relationer. *För det första* förekommer de i relationen mellan rätten och dess utövare å ena sidan och allmänheten å andra sidan. Hur rätten verkar och tillämpas eller snarare hur den *uppfattas* verka och tillämpas är väsentligt för allmänhetens respekt för rätten och för efterlevnaden av det rättsliga normsystemet. Eftersom en av rättens funktioner är just att styra beteendet hos människorna är

förankringen väsentlig och avgörande för hur pass djup internaliseringen av rätten blir. Internaliseringen av rättsföreställningen ses som mer central än rätten som tvångsordning.

För det andra verkar den rättsliga självförståelsen ideologiskt i relationen teorier om rätten å ena sidan och rättens utformning och hela den juridiska professionen å andra sidan. Den rättsliga självförståelsen uttrycks och formas i rättsteorierna och dessa teorier styr också samma självförståelse speciellt genom det som inte uttrycks utan det som tas för givet. Teorierna styr också den juridiska professionens utövande och, inte minst, vilka uppgifter som är centrala för rättsvetenskapen. Inom tankeramen råder konsensus eller åtminstone intersubjektivitet om grundläggande antaganden eller om metafysiska antaganden. Detta är de antaganden som Strömholm benämner kompletterande övernormer och de tillhör det första ledet i de intellektuella operationer en advokat (läs jurist) genomför när denna försöker bedöma ett fall ur rättslig synpunkt.[70] "Han utformar mer eller mindre precist och medvetet för sig själv *en språklig beskrivning av händelseförloppet.*"[71] I detta arbete utgår han eller hon från de förhärskande erfarenhetssatser och tankelagar, som finns implicita såsom självklara led i hanteringsregler.[72] Luhmann talar om "shared symbolic system" med innebörden de mest elementära formerna av kulturen, som ontologi, epistemologi, kunskapens tillväxt, tidsdimension, rumsdimension, människosyn, syn på kvinnor och män.[73]

4.3.2 Rätten utövar makt

Genom den ideologiska eller normativa verkan utövar rätten makt genom att definiera den tillvaro som bestäms vara rättsligt relevant. Rätten definierar vad som tillhör det rättsliga området och sätter sig själv över andra sätt att se på och bestämma vad rätten är, genom speciella metoder, språk och kriterier för att välja ut vad som är

[70] Strömholm, 1996, sid. 36f samt 28.
[71] Strömholm, 1996, sid. 28.
[72] Strömholm, 1996, sid. 37.
[73] Grundmann, 1990, sid. 12. Begreppet används i samband med Luhmanns bestämning av begreppet norm, vid vilken han försöker hitta en medelväg mellan det naturrättsliga försöken att justifiera rättvisa normer och sociologernas sätt att förklara existerande sociala normer som rätt och slätt existerande. Normer blir för

rättsligt relevant. Vidare tolkas vardagliga händelser utifrån ett rättsligt filter och diskvalificerar därigenom andra uppfattningar om den sociala verkligheten. Vardagserfarenheter måste översättas till en annan form för att bli rättsliga frågor innan de kan processas i det rättsliga systemet. Parterna i en process representeras vanligtvis av lagkunniga personer som gallrar i argumenten och väljer ut rättsligt, relevanta fakta. Icke-rättslig kunskap är följaktligen suspekt och/eller sekundär, menar Smart.[74] Rätten gör anspråk på att ha metoden för att finna "sanningen" i meningen vad som faktiskt hände, att ta bort allt irrationellt, att isolera en objektiv kärna av fakta.[75] Det anspråket visar sig inte så mycket i praktiken, som i idealet om "riktiga" beslut och domar.

Rätten definierar verkligheten genom begrepp och redskap för att hantera konflikter i det vardagliga livet. Den rättsliga tankeramens funktion som självklar, som objektiv norm döljer att det just är en norm. "In its purported objectivity and neutrality, law is supposed to adopt a common approach to all."[76] I den mån denna tankeram dessutom kan upprättas på ett ontologiskt plan framstår den som mer än epistemologisk, som en oberoende verklighet. Om denna "oberoende verklighet" råder det konsensus eller intersubjektivitet. "Empirisk verklighet" blir uppfattningar och bortförklaras som undantag eller beroende på något annat. Neutraliserad eller naturaliserad politik blir moral. Faktisk diskriminering i samhället blir i lagen detsamma som lika behandling. "Lagen utövar alltså ett reellt inflytande över den sociala konstruktionen av dessa inverterade bilder – och återspeglar dem i sin tur. I samhällen som styrs enligt liberala principer medverkar rätten till att perspektiv och föreställningar om samhället blir institutioner som formar och präglar det. Neutral, abstrakt, upphöjd och allomfattande härskar lagen i den liberala staten. Där institutionaliseras såväl männens makt över kvinnorna som makten i dess manliga form."[77]

Luhmann i stället föränderliga, uppkomna (arise) ur en upprepad erfarenhet som ger en intersubjektiv "shared symbolic system". Luhmann använder sig av motsatserna naturrätt och sociologi och banar sig väg mittemellan i ett tredje alternativ.

[74] Smart, 1989.

[75] Vissa förhållanden definieras som objektiva rekvisit, andra som subjektiva. De objektiva rekvisiten pretenderar på att vara "sanna" i en objektiv mening.

[76] Naffine, 1990, sid. IX.

[77] MacKinnon, 1991, sid. 17.

Innan jag går vidare skall jag kort redogöra för begreppet ideologi och dess förhållande till tankeram och förståelse samt begreppet makt som det används i föreliggande arbete. Ideologibegreppet används i många olika betydelser.[78] I föreliggande arbete används generellt begreppet *förståelse och/eller tankeram*. Då det gäller rättens ideologiska kraft eller roll används begreppet då det är tal om tankeramens internalisering hos människorna. Ideologi i detta sammanhang används som liktydigt med den förståelseskapande funktion som tankeram eller förståelse har på det sättet att *all definition av tillvaron är en föreställning*. Det är därför inte möjligt att tala om en sann eller falsk verklighetsbild eftersom verkligheten är det som vi förstår att den är. Det blir heller inte särskilt fruktbart att tala om att en härskande klass, eller vissa materiella eller för den delen ideella faktorer, vilka skapar illusioner om verkligheten genom att ideologin implementeras. Det är en förenkling att hävda att en faktor styr ideologin vare sig det är produktionsförhållanden, Gud, härskaren, världsande eller vad det vara månde. I stället är förståelsen av tillvaron och av människan strukturerad i ett komplext nät av förhållanden i både tid och rum. Denna förståelse återfinns i tidens legitimerande – och legitimerade – förklaringsmodell såsom myter, religiösa uppfattningar, vetenskapliga förklaringar m.m. Sann eller falsk blir därmed en irrelevant distinktion, eftersom tankeramen ses som det sätt på vilket vi uppfattar tillvaron. Det finns ingen objektiv bild att jämföra med. Detta är samma tanke som i Kuhns paradigmbegrepp och i inkommensurabilitetstesen, teorier som tillhör olika paradigm kan inte mätas med samma mått. Någon neutral punkt för bedömning av rivaliserande teorier existerar inte. Detta innebär emellertid inte att det är omöjligt att göra jämförelser.[79]

Mitt begrepp tankeram eller förståelse (och mer specifikt rättslig självförståelse) kommer därmed att likna ideologibegreppet som en mer eller mindre systematisk helhet av föreställningar och synsätt, som bildar grunden för människors uppfattning av förhållandet till

[78] Om ideologibegreppet, se Bruun, Niklas, *Kollektivavtal och rättsideologi En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*, Juridica, Vammala 1979, sid. 30ff och Töllborg, 1986, sid. 53ff.
[79] Kuhn, 1997. Jfr Hallberg, 1992.

sina existensbetingelser. Ideologibegreppet i denna mening är oberoende av distinktionen sann eller falsk.[80] Vanligt är annars att ideologibegreppet används för att beteckna en falsk eller förvrängd återspegling av verkligheten.[81] Makt i den mening som det definieras i detta sammanhang är ett centralt begrepp för att synliggöra rättens ensidighet, relevansen av genus och rättens normerande verkan. Med makt avses inte i detta sammanhang det medvetna utövandet av makt. Mer betydelsefullt för tankeramens och rättens normativa verkan är den hierarkisering eller ordning som vi upplever som naturlig. Makt i denna mening är då primärt icke-intentionell.

Maktbegreppet används här i en betydelse som i stort överensstämmer med den betydelse som maktbegreppet har i teorin om genussystemet och som definierats i avsnittet 2.6.4.[82] Makten ses som rumslig, icke-intentionell, relationell, strukturell och normerande.

I rätten återspeglas dessa aspekter i flera olika avseenden. Den *rumsliga* aspekten, vilken skall tolkas både psykiskt och fysiskt, blir särskilt tydlig i ett historiskt perspektiv. Kvinnor blev självständiga myndiga personer med rösträtt genom olika lagändringar successivt under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet.[83] Uppdelningen av samhället i en privat och en publik sfär har också märkts i skillnad i reglering. Samma brottsliga handling bedömdes länge helt

[80] Detta ideologibegrepp liknar det som Bruun använder sig av i sin avhandling Bruun, 1979, sid. 34.

[81] Ett sådant ideologibegrepp används i Töllborg, 1986, sid. 53f.

[82] Se SOU 1990:44, kap 3. Till viss del stämmer denna maktdefinition överens med Hanne Haavinds definition av makt, vilken i sin tur används som utgångspunkt i t.ex. Holmberg, 1993a. Haavind anger fyra olika kriterier för hur makt kan analyseras, varav de två första stämmer överens med den maktdefinition som används här, dvs. makt är en relation och makten utövas inte med nödvändighet intentionellt. Se Haavind, 1982, sid. 145.

[83] T.ex. 1845 års lag om lika arvsrätt innebar lika arvsrätt för flertalet kvinnor, 1858 blev ogifta kvinnor i vissa avseenden myndiga från 25 års ålder. Det dröjde det visserligen till 1872 innan kvinnan fick gifta sig utan tillstånd av hennes giftoman. Läraryrket öppnades för kvinnor 1853, universiteten öppnades för kvinnor 1873. Visserligen undantogs teologi och juridik och utbildningen kunde inte heller leda till anställning. Allmän rösträtt infördes 1919-1921, 1920 blev gift kvinna myndig och fick ta anställning utan medgivande av sin man. Kvinnor kunde bli domare 1933 och 1939 blev det förbjudet att avskeda en kvinna på grund av giftermål eller barnsbörd. Dahlberg, 1990.

olika beroende på om handlingen företogs i den publika eller i den privata sfären. Våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserades först 1965 och misshandel i hemmet (på enskild plats) föll inte under allmänt åtal förrän 1982. För åtal krävdes att kvinnan/offret anmälde brottet. Lagstiftarens uttalade syfte var att värna familjen och privatlivets helgd.[84] Fortfarande skyddar tryckfrihetsförordningen *skildringar* av sådana handlingar som är kriminaliserade som handlingar. Dessutom skyddas den sexualisering av kvinnors underordning som i flera sammanhang bedömts som hinder för att uppnå jämställdhet mellan könen.[85] Svårigheterna att få till stånd ett ingripande mot könsdiskriminerande reklam är ett exempel. I Norge finns ett stadgande om förbud mot könsdiskriminerande reklam i markedsføringsloven 1 §.[86] I Sverige har däremot flera försök under lång tid inte lett till lagstiftning.[87] För att en marknadsföring enligt svensk lag skall kunna angripas som otillbörlig krävs en koppling mellan den otillbörliga marknadsföringen och konsumenten. 'Kvinna' är inte ett skyddsintresse, såsom rekvisiten formulerats i lagstiftningen, och den *objektifierade* kvinnan är inte konsument – bara det förhållandet att kvinnor *används* som marknadsföringsinstrument i reklam innebär således, med den förhärskande lagtolkningen, inte att hon blir konsument i lagens mening. Den normativa effekten blir

[84] Dahlberg, 1990, sid. 225. Jfr not 190 i kap. 2. Jfr också Finland som kriminaliserade våldtäkt inom äktenskapet så sent som 1994. I tidigare propositioner användes argument mot en kriminalisering som inte skulle användas gentemot andra brott, t.ex. "Då våldtäktsbrottet är synnerligen skamligt, verkar det inte motiverat att utsträcka våldtäktsbrotten att gälla förhållandet mellan äkta makar." Pohjonen menar att diskussionen tydligt visade att våldtäkt av hustrun inte uppfattades som ett brott. Den visade också tydligt männens rädsla för att bli åtalade. Pohjonen, Soile, Kvinnor, våld och straffrätt. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala, 1995, sid. 215.

[85] Prop. 1993/94:147, sid. 17. SOU 1995:15 *Könshandeln*, Betänkande av prostitutionsutredningen, uttrycker att "...mycket av nutidens pornografi är kvinnoförnedring som underhållning." sid. 133. SOU 1995:60 Pornografi kan anses vara en grogrund för våld mot kvinnor, sid. 103. Se vidare den av mig förda diskussionen i Svensson, 1995. Notera att ordet pornografi inte används i det senaste arbetet. Syftet med det är att skilja på skildringar av sexualisering av kvinnors underordning, sexuellt utnyttjande och sexualiserat våld å ena sidan och skildringar av erotiska handlingar å andra sidan. Termen pornografi torde associeras med båda dessa företeelser i varierande utsträckning. Det som påverkar relationen mellan kvinnor och män i negativ riktning är det förra, inte det senare.

[86] Petrell, 1996, sid. 76.

[87] Ds 1994:64 *Diskriminerande reklam*, sid. 11.

att framställningar av kvinnor som objekt faktiskt skyddas, vars andra sida, vilket alltså inte godtas som ett rättsligt relevant argument, kan bli att kvinnors psykiska och fysiska sfär de facto begränsas.

Kvinnors rädsla förknippas med maktstrukturer mellan könen på många olika nivåer.[88] Rädslan för våld inverkar på kvinnors användande av det sociala utrymmet. Kvinnor undviker att vistas i olika miljöer vid olika tider av rädsla. "Största delen av kvinnors rädsla är inriktat på sexualiserat våld och på våld som hör samman med detta, och som således förknippas till könens sociala relationer."[89] Flera forskare hävdar sambandet mellan våld mot kvinnor i pornografi (teori) och konkret våld mot kvinnor (praktik).[90] I antropologiska studier har sambandet mellan hierarkisering och ojämna maktrelationer mellan män och kvinnor å ena sidan och förekomsten av våldtäkt å andra sidan kunnat konstateras. I samhällen där det förekommer mycket våldtäkter är kvinnans ställning i förhållande till mannen underordnad och könen är i stor utsträckning åtskilda. Dessutom sägs antalet våldtäkter vara större i samhällen där män inte deltar i skötseln av barnen.[91]

Den *icke-intentionella* aspekten av rättslig makt märks på det sätt genom vilket många kvinnor och män väljer att förhålla sig till olika rättsliga regler. Trots att t.ex. föräldraförsäkringen ger både mammor och pappor lika stor möjlighet och rättighet att vara föräldrale-

[88] Hanmer, Jalna and Maynard, Mary, Introduction: violence and gender stratification. Ur *Women, violence and sexual control.* Hanmer, Jalna and Maynard, Mary (eds.) Macmillan, London 1987. Stanko, Elizabeth A. Typical violence, normal precaution: men, women and interpersonal violence in England, Wales, Scotland and the USA. Ur *Women, violence and sexual control.* Hanmer, Jalna and Maynard, Mary (eds.) Macmillan, London 1987. Stanko, Elizabeth A. *Everyday violence. How women and men experience sexual and physical danger.* Pandora Press, London 1990.

[89] Koskela, Hille, Stadsmiljön som rädslan och kontrollens rum. Ur *Kvinnor och miljöer, Rapport från det 9nde nordiska kvinnojuristmötet 19 – 21 maj 1995*, Herrlin, Monica (red.), Helsingfors universitet, Helsingfors 1995, sid. 59.

[90] Se t.ex. Dahlberg, 1990, sid. 242, Mackinnon, 1987, särsk. del III.

[91] Pohjonen, 1995, sid. 201 med hänvisningar till Sanday Reeves, Peggy, The Socio-Cultural Context of Rape: A Cross-Cultural Study, *Journal of Social Issues*, vol. 37 (1981), sid. 5-27 samt Ortner, Sherry B, Gender and sexuality in hierarchical societies: the case of Polynesia and some comparative implications. Ur *Sexual meanings, the cultural construction of gender and sexuality,* Ortner, Sherry B. & Whitehead, Harriet (eds.) Cambridge 1981, sid. 359-409.

diga utnyttjas bara en liten del av dagarna av papporna.[92] Detta kan förklaras på en mängd olika sätt som tenderar att bli reproducerande av samma mönster. Eftersom mannen tjänar mer är det mer ekonomiskt om kvinnan stannar hemma eftersom endast en viss del av lönen ges i föräldrapenning samt att beloppet är begränsat till ett visst maximalt belopp. Detta kan få till följd att hans lön kan höjas då han kan satsa på karriären medan hennes lön halkar efter då hon tar större ansvar för hemmet. Till detta kommer förstärkningar av mönstret genom förväntningar hos t.ex. arbetsgivare om ett visst beteende hos kvinnor respektive män. Även kvinnor som inte har barn eller som delar på omsorgen om barnen med sina män, förväntas få barn eller ta större ansvar för de barn de redan har. Vidare förstärks föreställningen om att ansvar för barn är negativt ur t.ex. karriärsynpunkt. Detta trots att det torde vara så att den kunskap och den erfarenhet som omsorgen om barn ger kan vara positiv för ens förmåga att leda ett arbete eller ge andra positiva effekter.

En annan förklaring till att många kvinnor väljer att stanna hemma kan vara att kvinnors faktiska beteende och önskningar är formade utifrån ett livssammanhang som många kvinnor har och/eller historiskt har haft.[93] Kvinnor har kanske medvetet kommit att värdera kontakten med sina barn högre än vad många män gör och därför prioriterar de barnen framför arbetet och att tjäna mer pengar. Genom att vi internaliserar dessa värderingar blir de emellertid självuppfyllande. I Vårdnadstvistutredningen hävdas att det ur barnens intresse är väsentligt med en nära kontakt med båda föräldrarna.[94] Det är givetvis inte så i alla enstaka fall, men å andra sidan kan det på sikt och ur ett mer generellt perspektiv vara väsentligt. Om det dessutom är så att relationen mellan kvinna och

[92] 1994 användes 11 % av föräldrapenningdagarna av pappor. 1974 var det 0 % av papporna, 1980 5 %, 1990 7 %, 1993 10 %. Däremot stannar papporna hemma med sjuka barn och med tillfällig föräldrapenning i större utsträckning, 1994 34 % av dagarna, 1974 40 %, 1980 37 %, 1990 35 % och 1993 33 %. *På tal om kvinnor och män,* 1996.

[93] Prokop, Ulrike, *Kvinnors livssammanhang, Begränsade strategier och omättliga önskningar*, Rabén & Sjögren, Stockholm 1981 särskilt del II.

[94] Med barnets bästa avses bl.a. en nära och god kontakt med båda föräldrarna. SOU 1995:79, sid. 74f. Se för en kritisk analys av gemensam vårdnad, Kurki-Suonio, Kirsti, Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus Förlag, Uppsala 1995.

man på sikt blir mindre fylld av sexualiserat våld om männen deltar i skötseln av barnen, som nämnts ovan, är det centralt även av andra skäl att båda föräldrarna delar på skötseln av barnen.

Rättsliga normer måste ses i sammanhang med andra normer och strukturer i samhället. Den rättsliga normativa verkan av formell könsneutralitet som ger lika formella rättigheter till kvinnor och män kan motverkas av de normer och det sätt på vilket genusrelationen är formad individuellt och strukturellt. Rättssubjektet i såväl den rättsstatliga liberalideologiska samhällsformationen likaväl som i den välfärdsstatliga, är som utgångspunkt en individ.[95] Detta till trots görs undantag i den rättsliga regleringen. Anställningsavtalet som tidigare ansågs som ett avtal mellan två fria parter, har rättsligt reglerats för att utjämna förhållandet mellan två ojämna parter.[96] Den rättsliga konstruktionen, kollektivavtalet, kom förvisso att skapa balans mellan parterna, eller företrädare för dem, och stabilitet på arbetsmarknaden.[97] Genusrelationen är däremot inte synlig i rätten. Rättsliga normer kan, förutom att se och hantera en maktrelation, även skapa eller vidmakthålla ojämna maktförhållanden i relationer genom att *negligera* en viss relation och maktförhållandet i den, vilket är fallet med genusrelationen. Om det i rätten tas hänsyn till att genusrelationen till stora delar är ojämn, individuellt och strukturellt, skulle rättsliga normer kunna fungera balanserande och utjämnande liksom rättsliga normer gör beträffande andra relationer med ojämna maktrelationer, t.ex. arbetsgivare-arbetstagare, konsument-näringsidkare, hyresgäst-hyresvärd. Ett problem med detta är emellertid att rätten fryser förhållandet i ett visst läge om parternas positioner definieras på ett visst sätt. Relationens maktförhållande kan möjligtvis fastlåsas och i

[95] För en diskussion av sociala rättigheter som primärt inte tillkommer individen, se Eriksson, Lars D. Sociala rättigheter som en ny form av egendom. Ur *Kritik, moral och rätt*, Institutionens för Offentlig rätt publikationer, Helsingfors Universitet, Helsingfors 1992, sid. 279. För en argumentation för att sociala rättigheter bör vara skyddade i lagstiftningen, se Westerhäll, Lotta, Nytt perspektiv på frågan om patienträttigheter. *Juridisk Tidskrift* 1996-97 Nr 2, sid. 427-436. Westerhäll, Lotta, Rättigheter som grund för social trygghet, *Retfærd* Nr 75, 1996. Westerhäll, Lotta, Änkepensionen bör vara skyddad av grundlagen, *Svenska Dagbladet*, 10 april 1997.

[96] Regleringen av anställningsavtalet har kommit att ifrågasättas igen under senare tid. Se t.ex. Bruun, Niklas, Hur förnya arbetsrätten? *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, årg1, nr 2, vintern 1995.

[97] Lag om kollektivavtal infördes 1928. Jfr. Henning, 1984, sid. 506ff.

sig verka normerande och reproducerande, om en kategori definieras som svag i sig. Om olika faktorer förändras och medför en viss förskjutning mellan parterna i relationen kan rätten t.o.m. komma att motverka sitt eget syfte. En möjlig lösning för att undvika det problemet är för det första att synliggöra *relationen* och vidare att alltid bedöma den aktuella relationen i stället för att definiera varje kategori som under- respektive överordnad. En kvinna är självklart inte alltid svag och underordnad likaväl som en man inte alltid är stark och överordnad. Likväl är genusrelationen som symbolisk och konket ordning ojämn generellt sett. Genom att fokusera på innehållet i relationen och då särskilt bedöma maktförhållandet kan balansen återupprättas i den relationen och i den situationen utan att för den skull alltid se den typen av relationer som definitionsmässigt ojämna på ett visst sätt. Det talar för en öppenhet i rätten och att inte låsa fast positioner genom att definiera olika parter på ett visst sätt i förhållande till varandra.

Den *strukturella* aspekten märks i rättssystemet genom upprättandet av och uttryck för en viss samhällelig struktur och upprätthållandet av denna ordning, bl.a. genom distinktion privat/publik samt genom den manliga normen som resulterar i det formellt identiskas logik, vilken jämställer genom att jämföra med normen.[98] Rättssystemet reglerar huvudsakligen eller åtminstone ursprungligen förhållandet stat – individ samt individ – individ i den publika sfären. Privatlivet skyddades till en början från all statlig inblandning. För dem som primärt rörde sig inom den privata sfären medförde det en stor rättslöshet. Den manliga normen var självklar till en början men osynliggjordes så småningom genom att alla människor formellt skulle behandlas lika i lagen. Ordningen är inte enbart social, utan det är en ordning som har sin grund i människans förståelse av världen och som i sin tur ligger till grund för vetenskapliga distinktioner, begrepp och metoder likaväl som för rättslig reglering.[99] Uppdelningen i en privat och en publik sfär är på inget sätt naturligt given och har heller inte funnits i evighet. Det är en

[98] Hirvonen, 1992, sid. 24. Se även Nousiainen, 1995, sid. 308.

[99] T.ex. synen på människan som fri, jämlik, individ och distinktionen mellan privat och publik sfär. Dessa kategoriseringar var inte så problematiska att upprätthålla så länge gruppen människor i meningen rättssubjekt förbehölls män med en viss förmögenhet eller position i samhället. Allteftersom gruppen människor utökades

ordning till vilken hör flera lager av historiskt överlämnade betydelser och som har stor betydelse för hur genusrelationen ser ut. Ju fler människor (med olika erfarenhet och situation) som innefattas i gruppen formellt fullvärdiga juridiska och politiska subjekt, desto starkare betonas likhets- och neutralitetstanken. "Den *rättsliga jämställdheten* har införts oberoende av olikheter mellan könen. Denna jämställdhet realisera(de)s i ett 'försenat' skede för kvinnornas del att olikheten mellan kvinnor och män i de västerländska samhällena t.o.m. blev skarpare under 1700- och 1800-hundratalet. Till en början gällde den rättsliga jämställdheten bara mellan män, inte mellan män och kvinnor. Den öppna diskrimineringen av kvinnor rättfärdigades med deras särart. Den rättsliga jämställdheten rättfärdigades med, att kvinnor inte är väsentligt olika män."[100] Genom denna kovändning kunde det juridiska systemet bevaras intakt utan problem. Kvinnor innefattades helt enkelt i det rättssystem som byggts upp för fria, jämlika män som huvudsakligen agerar i den publika sfären.

Den definition av tillvaron som görs av de rättsliga normerna verkar *normerande*. Även det rättsliga normsystemet ingår, enligt min mening, i det djupgående sociala och kulturella gemensamhetsgods som Habermas talar om. Det rättsliga normsystemet legitimeras och kompletteras med, bygger på och verkar i detta gemensamhetsgods av gemensamma erfarenheter och normativa ståndpunkter. Etnologer använder begreppet kultur som ett beskrivande begrepp för de kunskaper och värderingar som delas av en grupp människor, intersubjektivitet eller värdehegemoni med andra ord. Det handlar om kollektiva medvetandeformer som inte kan studeras eller förklaras lösryckta från sitt sociala sammanhang. De är så självklara och så grundläggande att de upplevs som naturliga och givna. Det är anledningen till att de är så svåra att kartlägga och ifrågasätta. Men de kulturella djupstrukturerna är i själva verket skapade av människan. Det är människans sätt att hantera verkligheten och tillvaron. "Som kulturvarelse är människan inte bara en symbolskapare utan även en systembyggare. Vi lär oss filtrera,

genom att alla formella skillnader tagits bort, blir föreställningen om likhet, jämlikhet, frihet och uppdelningen av tillvaron i privat/publikt alltmer komplicerad att upprätthålla.

[100] Nousiainen, 1995, sid. 309.

etikettera, förtränga och tolka den ström av oordnade intryck vi möter i vår vardag. Skelettet i denna apparat för ordning och reda utgörs av de tankemässiga grundstrukturer som ingår i vårt medvetande. De är vårt vapen mot kaos."[101]

De tankemässiga grundstrukturerna överförs till varje människa och tillägnas i varierande utsträckning. Detta kan beskrivas som ett samspel mellan det gemensamma tankegodset[102] och individerna i relationer. Tillägnelseprocessen översatt till det rättsliga området i tre olika nivåer som Habermas talar om,[103] skulle bli 1) grundläggande förståelse, verklighetsbild, värden, de mest allmänna rättsliga principerna, 2) rättsordningen, värden i form av idéer och konkreta normer, domstolsväsendet, domstolsprocessen, andra typer av processer, hela organiseringen av och hanterandet av lagarna, 3) tillämpningen av lagarna och internaliseringen, den normbildande funktionen genom prevention, avskräckande syfte eller vedergällning. Risken med att dela upp tillägnelseprocessen av det rättsliga området i tre olika nivåer är att de ses som klart definierade avgränsade nivåer av rätten. De blir lätt till en formell struktur som verkar statiskt och normerande på sättet att se på det rättsliga som en rätt. Den kan i det avseendet liknas vid alla de framställningar av rätten som ett hierarkiskt uppbyggt system enligt vissa strikta logiska mönster. Fördelen, om framställningen tolkas diffust och endast i förhållande till sitt syfte just här och nu, är att det blir möjligt att tydliggöra det komplexa i det som vi kallar det rättsliga. *För det första* är rättsliga värden, i form av idéer och normer, inte enbart rättsliga. Vissa finns starkt förankrat i de flesta människor, inte på grund av att de är reglerade i lagtext, utan på grund av att de är tämligen allmänmänskliga och självklara för de flesta och lärs in i takt med inlärningen av allt det gemensamma kulturella godset. Dessa värden kan mycket väl vara förankrade i rättsordningen men ändå kollidera med andra rättsliga normer. *För det andra* är uppdelningen användbar när det gäller att skilja på frågorna vad rätten

[101] Frykman, 1979, sid. 16.

[102] Det finns många uttryck och begrepp för detta. I avhandlingen varieras begreppen för att inte låsa fast tankarna till en tradition. Här letas således inte efter en exakt definition utan i stället förståelsen av företeelsen. Den offentliga meningen, den generaliserade andre, den hegemoniska meningen, den tysta kunskapen är andra begrepp.

[103] 1. Kulturell överlagring, 2. social integration, 3. socialisering.

är eller om rätten är något, på vad rätten/det rättsliga legitimeras och vad det är som gör att det rättsliga åtnjuter effekt. *För det tredje* blir det lättare att se att förändringar kan ske på en eller två nivåer utan att förändringar sker på andra nivåer. *För det fjärde* tydliggörs genom tillägnelseprocessen uppdelat i olika nivåer att internaliseringen av det rättsliga sker på olika sätt, med olika medel och olika starkt i olika avseenden.

4.3.4 Symbolvärde att reglera rättsligt

Rättsliga normer påverkar värderingar. Symbolvärdet av att reglera något och hur det görs är väsentligt. Att använda rätten för att påverka attityder och värderingar, är ofta ett medvetet mål med lagstiftningen. "En påverkan av attityderna har allmänt ansetts som en av rättsordningens uppgifter. Speciellt inom straffrätten är detta centralt och medvetet."[104] En allmän attitydförändring kan visas genom en lagändring eller en kriminalisering av en handling och denna åtgärd verkar också påverkande på människors attityder. Om de rättsliga normerna ses som konkretiseringar av de värden som växer fram i en mellanmänsklig tillvaro, se avsnitt 2.6.3, blir sambandet med andra icke-rättsliga normer och möjligheten till förändring självklar. Om vissa värden skall få genomslag i rätten bör de därför ses i ett större sammanhang än rent inomrättsligt. Rättsnormers normerande verkan kan förstärkas genom olika informationsinsatser och en allmän debatt. Ett exempel på det är förbudet mot att aga barn som infördes i Föräldrabalken (FB) år 1979.[105] Vissa rättsliga normer skulle säkerligen kunna tas bort utan att de skulle förlora sin betydelse som handlingsregel, som t.ex. mord, medan andra rättsliga normer behöver förstärkas och medvetet förändras även i icke-rättsligt avseende för att de skall förverkligas, som t.ex. förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av kön och etnisk tillhörighet. Att komma till rätta med det i praktiken förekommande våldet mot kvinnor, samtidigt som skildringar av våld mot kvinnor skyddas genom yttrandefriheten, är troligen en omöjlighet och

[104] Pohjonen, 1995, sid. 202.
[105] FB 6:1 barn får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Jfr också införandet av bilbältestvång och särskild skyddsanordning i form av t.ex. bilbälteskudde eller bilbarnstol, VTK 117a §,

ett uttryck för en dubbelmoral eller kanske en omedvetenhet. Våld mot kvinnor anses vara ett av hindren för att uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män och vidare en kränkning av kvinnors mänskliga rättigheter.[106] Trots detta tillåts och skyddas skildringar i olika form av detta våld.[107]

Rättens uppgift att påverka är ofta tydlig också i familjerättslig lagstiftning. Lagstiftningen om homosexuella sambor och registrerat partnerskap har t.ex. ett attitydförändrande syfte.[108] Ett argument *för mer reglering* av privatlivet och äktenskapet är att lagen, genom att fastslå generella principer, kan påverka attityder och beteende i önskvärd riktning. Denna förväntade påverkan är ett skäl till varför grupper som anser sig missgynnade i rättssystemet som strategi sätter sin tillit till rättsliga åtgärder.[109] Feministiska forskare har

[106] Prop. 1993/94:147 om jämställdhetspolitiken. *Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens,* Peking den 4-15 september 1995, Aktstycken utgivna av Utrikesdepartementet Ny serie II:51, Stockholm 1996, sid. 34.

[107] Beträffande våld mot barn i form av barnpornografi, har det skett en debatt som har successivt förändrats, alltsedan barnpornografi blev förbjudet och ansågs som ett missbruk av tryckfriheten 1980. Trots att produktion och spridning av barnpornografi är förbjudet, har det hävdats att innehav av barnpornografi skyddas av tryckfrihetsförordningen (TF). Alltfler röster har emellertid börjat göra sig hörda, vilka hävdar att innehav av något som är ett missbruk av tryckfriheten knappast kan skyddas av densamma. I Barnpornografiutredningens betänkande SOU 1997:29 *Barnpornografifrågan Innehavskriminalisering m.m.*, föreslås att all befattning med barnpornografi skall kriminaliseras, alltså även innehav. Justitieminister Laila Freivalds har i massmedia sommaren 1997 utlovat en proposition med samma innehåll redan under hösten 1997.

[108] Den officiella hållningen är att samlevnad mellan parter av samma kön är en fullt accepterad samlevnadsform, LU 1973:20 sid. 116. Önskemål om likabehandling av homosexuella och heterosexuella personer betonas i SOU 1993:98 *Partnerskap* Partnerskapskommitténs betänkande och av lagutskottets majoritet, LU 1993/94:28 sid. 8. Enligt Agell är ideologiska önskemål om att ett homosexuellt förhållande skall kunna genom registering manifesteras som likvärdigt med äktenskap, den synpunkt som fungerat som den starkaste drivkraften bakom tillkomsten av lagen om registerat partnerskap. Agell, Anders, *Äktenskap Samboende Partnerskap,* Familjerätt 1, Iustus förlag, Uppsala 1995, sid. 243.

[109] Lagen kan erkänna och bekräfta förhållandets speciella natur och värdet av jämställdhet och att dela lika. En sådan tanke presenteras av O'Donovan, Katherine, *Sexual divisions in law,* Weidenfeld and Nicolson, London 1985. Hon menar att äktenskapet skulle kunna, likaväl som andra relationer med två avtalsparter, utgå ifrån en dispositiv lag som blir tillämplig om inte parterna avtalat om annat. Äktenskapet skulle därmed karakteriseras som ett kontrakt vari ingår olika förhandlingsbara frågor under äktenskapets bestånd såsom hur inkomsterna och hemarbetet skall fördelas, hur mycket tid var och en skall få på egen hand under veckan och under helgerna och liknande frågor som i dag inte är reglerade.

diskuterat, huruvida det är framgångsrikt att använda sig av rätten för att förbättra villkoren för kvinnor.[110] Argument *mot* att reglera privatlivet eller andra förhållanden som för kvinnor ter sig som problem, t.ex. könsdiskriminerande reklam, könshandeln generellt, brist på barnomsorg m.m., är att det inte passar att reglera sådant rättsligt eftersom det rör en typ av relationer som inte är rationella, de är präglade av olika känslomässiga bindningar som kärlek, omsorg, beroenden av olika slag osv. Det ligger mycket i detta. Rätten som vi föreställer oss den, som en reglering av fria, jämlika personer vilka ingår avtal med varandra på lika villkor, passar inte särskilt bra för att reglera relationer som inte är av detta slag. Men föreställningen om rätten stämmer inte överens med hur rätten faktiskt används för att utjämna maktrelationen i vissa relationer. Föreställningen verkar emellertid normerande och kan ställas som ett hinder mot att beakta det ojämna maktförhållandet mellan kvinnor och män. För kvinnor och män som ingår äktenskap har utvecklingen, jämfört med t.ex. anställningsavtalet, utvecklats åt helt motsatt håll.[111] Äktenskapet har varit betydligt mer reglerat tidigare och har särskilt under 1900-talet alltmer avreglerats och alltmer kommit att präglas av synen på man och hustru som jämlika, fria, oberoende individer.[112]

Om äktenskapet skall ses som ett avtal eller ett institut är inte givet. Idag verkar många uppfatta äktenskapet som ett institut,[113] även om det tidigare betraktats som ett avtal.[114] Flera forskare framför det som väsentligt, ur kvinnors synpunkt, att se äktenskapet som ett avtal.[115] Det finns främst två anledningar till detta. *För det första* är det möjligt att genom avtalet som vetenskaplig referensram synliggöra och problematisera makt- och arbetsfördelningen i äk-

[110] T.ex. Smart, 1989. Dahl, 1985a. Pohjonen, 1995. Äktenskapet som könskontrakt, se Nordborg, 1993. Jfr för en annan syn på äktenskapet Aarnio, 1993.
[111] Christensen, 1988.
[112] Nordborg, 1993, sid. 26f.
[113] Se t.ex. Aarnio, 1993. Med institut menas ett komplex av rättsregler för ett visst bestämt ändamål i samhället.
[114] Felaktigt har det angivits som det enda avtal som kvinnor kunde ingå, trots att det i själva verket inte var möjligt. Det var i själva verket ett avtal mellan män, nämligen giftomannen och den blivande maken. Nordborg, 1993, sid. 20 och 27.
[115] O'Donovan, 1985. Nordborg, 1993. Frost, Lis, Det deregulerede køn – Om privatisering av ægteskabet. Ur *Deregulering – ret uden regler*. Frost, Lis (red.), Aarhus Universitetsforlag, Aarhus 1990, sid. 135f. Haavind, 1982. Jónasdóttir, 1991.

tenskapet. *För det andra* är det, genom att rättsligt uttrycka detta som den offentliga meningen, ett sätt att påverka attityder. Det blir också möjligt att använda sig av rätten för att balansera en ojämn maktrelation mellan parterna. "Rätten bör träda in när omsorgsetiken 'mister balansen': rätten att utöva omsorg skall säkras, likaså rätten att slippa övergrepp."[116] Gudrun Nordborg menar att äktenskapet som avtal skulle kunna leda till en könsteoretiskt medveten äktenskapsrätt i enlighet med den sociala civilrätten.[117] I den sociala civilrätten tillmäts parts ekonomiska och sociala ställning relevans i kontraktsrättsliga och obligationsrättligsa avgöranden. Rättsstatens kontraktsrätt som bygger på idén om jämbördiga parter kritiseras och utifrån en välfärdsstatlig ideologi borde, menar Wilhelmsson, kontraktsrätten kunna ta hänsyn till sådant som parternas behov av en viss minimiutkomst, hänsynstagande till parts behov av skydd vid t.ex. sjukdom, arbetslöshet m.m. samt till parternas behov av tjänster.[118] Inom äktenskapsrätten finns visserligen vissa sådana möjligheter till hänsynstagande i ekonomiska frågor, men det är begränsat till just ekonomiska frågor. Utgångspunkten är att var och en äger sitt och försörjer sig själv och det finns stora möjligheter att avsäga sig möjligheten till annan fördelning och kompensation för en social skevhet. För relationen mellan kvinnor och män generellt är det visserligen inte givet att en "social genusrätt" skulle vara att föredra. Mer angeläget, enligt min mening, är att vetenskapligt förhålla sig kritisk till rättsliga dolda strukturer, normer och principer och synliggöra genus relevans i den rättsliga formella likheten.[119]

Det är väsentligt att se rättsliga normer i ett större sammanhang. "Rätten står i ett nära samband (växelverkan) med den samhälleliga ideologin. *En* utgångspunkt vid bedömningen av vad som är samhälleligt möjligt då man utvecklar de allmänna lärorna måste därför sökas i den rådande samhällsideologin."[120] Trots denna ideologi (här är det på sin plats att tala om ideologi som falsk verklighetsbild) visar tillräckligt mycket empiri att kvinnor och män inte är

[116] Frost, 1990, sid. 135f.
[117] Nordborg, 1993, sid 29.
[118] Wilhelmsson, 1987, sid. 35.
[119] Pylkkänen, Anu, Könssystemet inom familjen. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag 1995, Uppsala, sid. 117.
[120] Wilhelmsson, 1987, sid. 33.

lika i realiteten, att de inte har lika villkor och att rätten inte lyckas garantera män och kvinnor lika rättigheter. Den normativa strävan är inte på långa vägar uppnådd samtidigt som den förmedlar en falsk verklighetsbild. Den normativa ideologin t.o.m. döljer den empiriska situationen. Detta kan ske med hjälp av det vetenskapliga förhållningssättet att skilja på teori och praktik, inom rättsvetenskapen mellan börat och varat. Effekten kan bli att konkreta åtgärder för att komma tillrätta med missförhållandena inte vidtas. Strukturella skillnader avvisas med indviduella förklaringar kombinerat med förklaringar som utgår från den fria, jämlika människans egna val.

Denna bristande koherens mellan ideologin, normsystemet och tillvaron är en grund för ifrågasättande av legitimiteten hos rättssystemet.[121] Frågan om genus har betydelse som kunskapskonstituerande, eller snarare i konstituerandet av rätten, blir primärt en problemställning som har relevans i relationen mellan teorierna om rätten och den rättsliga självförståelsen – den juristskapade verkligheten.[122]

[121] Detta är en ständigt pågående process, då konstaterandet av inkoherensen leder till åtgärder eller ansträngningar för att rätta till det ena eller det andra och därmed kommer andra konstateranden av nya inkoherenser att bli synliga. Detta liknar Sisyfos ändlösa stenvältrande samt i viss mening även Hegels tankeschema tes – antites – syntes.

[122] Graver, 1986.

Kapitel 5. Den rättsliga föreställningen

5.1 Fokusering på rättens formella väsen

Betoningen av rätten som ett objekt och som ett system med en formell struktur uppbyggd enligt logiska hierarkiska principer där de ingående delarna klassificeras och systematiseras har bidragit till att de av rättsvetenskapen uppställda kriterierna bekräftats inomsystematiskt. Värden har mer eller mindre uteslutits från rättsvetenskapens område. Detta har fått särskild stor relevans för genusrelationen, vilken rättsligt gjordes irrelevant under början av 1900-talet. Föreställningen om rättssubjektet som individ, som fri, jämlik och könlös har endast frångåtts i de fall där de biologiska skillnaderna (dvs. vissa av kvinnors särskilda biologiska funktioner) omöjliggjort ett osynliggörande. Juristerna ser "verkligheten" genom den rätts(vetenskap)liga tankeramen. Denna håller på att förändras, med hjälp av flera perspektiv som kritiserar de inomvetenskapliga grunderna, t.ex. feministisk rättsteori och rättsdogmatik, olika former av pluralistisk rättsteori, polycentri, rättsantropologi. Kontakten med andra typer av rättsuppfattningar ökar i och med västvärldens närmande till övriga världen – den västerländska uppfattningen håller på att relativiseras. Kvinnors och mäns villkor uppmärksammas vilket innebär att distinktioner som privat-publikt inte längre går att upprätthålla, samhället förändras allt snabbare vilket leder till att juridiken som instrument för att fastställa gällande rätt blir mindre hållbar, det fastställda ändras för fort för att kunskapen skall vara relevant under någon längre period, de vetenskapliga kriterierna en sanning, förutsebarhet, objektivitet, kausala orsakssammanhang ifrågasätts alltmer generellt. Allt detta innebär att rätten ställs inför nya problem som inte kan lösas inom den formella strukturen. De rättsliga gränserna behöver upplösas för att den rätts(vetenskap)liga förståelsen skall kunna rymma en mer allmänmänsklig förståelse av tillvaron.

Tankeramen, som varierar i tid och rum, uttrycker förståelsen av tillvaron men verkar också normerande genom att den styr förståelsen och begränsar därmed densamma till det inom tankeramen

möjliga.[1] Präglingen i en viss tankeram sker genom insocialisering, genom legitimitet av olika slag samt genom symboler och mytiska föreställningar. Tankeramen är *det självklara*, det som återfinns i form av icke redovisade, kanske inte ens redovisbara, antaganden samt i en föreställning som utgör en del av ett omfattande filosofiskt och ideologiskt ställningstagande. Att det anses som självklart, som doxa, döljer samtidigt att det är just en norm.[2]

Tankeramen styr vårt sätt att förstå rättsliga företeelser och dess funktioner. Tankeramen styr dessutom hur vi uppfattar rättsliga företeelsers ursprung, på vad de legitimeras och hur avgränsning sker, *dels* vilka områden eller vilka relationer som regleras rättsligt och hur, *dels* vad som förbehålls det rättsliga normsystemet och vad som lämnas till andra typer av normsystem. Den styr vilken eller vilka legitimeringsgrund(er) som ges förklaringsvärde, *dels* internt – inomrättsligt (inomvetenskapligt), *dels* externt – rätten i förhållande till allmänheten.[3] Legitimitet kan sökas inom rättssystemet, rätten ger sina egna förutsättningar i enlighet med den rättsvetenskapliga metod som förordas, och/eller utom rättssystemet, dvs. den stiftade lagen stöder sig på en högre rätt eller någon annan typ av källa, Gud, naturen, en världslig företrädare för Gud, människans förnuft, en sluten överenskommelse mellan människorna och en härskare, ett samhällsfördrag eller dylikt. Förståelsen av tillvaron uttrycks i mer eller mindre intersubjektiva semiotiska medel, språk, symboler, myter, outtalade föreställningar m.m. där föreställningen om *språket* som det viktigaste mediet är starkt.[4]

Varje tidsperiods rättsliga tänkande, rättssystem och rättsordning är en konkretiserad – i språk, institutioner, symboler och myter – föreställning och motsvarar de verklighetsåskådningar och -uppfattningar som samtidigt är rådande.[5] Utmärkande för en tankeram är att det ligger i dess premisser att den är självklar och som sådan universell och objektiv. Många av representanterna för rättspositivismen har exempelvis sökt efter den rättsliga ordningens elementä-

[1] Se kapitel 2, Teoretiska och metodologiska utgångspunkter.
[2] Simmonds, 1994, sid. 12.
[3] Detta har diskuterats i kap. 4 Den rättsliga legitimitetens normerande funktion.
[4] Inte minst genom influenser av filosofer som J.L Austin, Wittgenstein, Gadamer, Heidegger, Habermas m.fl. Om språket och symbolers betydelse se avsnitt 2.2.
[5] Tolonen, 1991, sid. 3. Grbich, 1992, sid. 45.

ra grundbegrepp vilka gör det möjligt att under alla omständigheter objektivt kunna beskriva den positiva rättens innehåll. Strävan efter enkla och entydiga kunskapssystem uppbyggda enligt logisk-matematiska strukturer har präglat rättspositivismen.[6] Den västliga positivistiska rättsvetenskapen baseras på förnuft eller rationalitet, vilket har ett historiskt sammanhang med ett positivistiskt vetenskapsbegrepp.[7] Rationaliteten kan, i sin tur indelas i ett antal postulat, t.ex. krav på sammanhang och koherens.[8]

Rätten som föreställning byggs upp eller skapas successivt utifrån olika grundantaganden som är kontextuellt formade inom tankeramen och som upprätthålls främst genom teorier om rätten som i sin tur bestämmer rättsvetenskapens studieobjekts väsen och natur och mer konkret, tillämpningen av rätten. Jag kommer att i viss mån ta upp olika huvudsakliga teorier om rätten och vilka frågor som ställs utifrån dessa, men i första hand försöka rikta uppmärksamhet på de mer eller mindre gemensamma karakteristika som den rättsliga tankeramen eller självförståelsen bygger på i vår samtid. Dessa karakteristika ingår i det självklara, i doxan och bildar den tankeram utifrån vilken rätten förstås. Syftet är inte att kritisera de olika teorierna i sig, utan snarare att fånga det signifikanta, *dels* i *fokuseringen på rättens formella väsende och struktur* i stället för på dess axiologiska grunder, *dels* på *subjekten som individer* i stället för interagerande relationella subjekt där relationerna är impregnerade av en mängd olika påverkande faktorer.

Föreställningen om rätten som normsystem formuleras i *teorierna* om rätten. Juristerna ser "verkligheten"[9] genom den rätts(vetenskap)liga tankeramen som huvudsakligen framhåller rätten som ett system med vissa inneboende egenskaper, genom regelverket, genom metodläran och de rationaliteter som präglar det juridiska tänkandet.[10] Rättsvetenskapens huvudsakliga uppgift som den pri-

[6] Tolonen, 1991, sid. 3.
[7] Petersen, 1996b.
[8] Peczenik, 1995 och Peczenik, Aleksander, Rätt, rationalitet och ideologikritik, *Retfærd* Nr 75, 1996.
[9] Med verklighet menar jag inte en av människan oberoende verklighet utan förståelsen av tillvaron. Om detta se kap 2 Teoretiska och metodologiska utgångspunkter.
[10] Dahl, 1985a, sid. 24. Graver, 1986, sid. 8.

märt uppfattas,[11] nämligen att systematisera och tolka den idealt enhetliga och motsägelsefria rätten, fungerar normerande och statiskt på det sättet att vår förståelse av rätten bygger just på denna idealbild, en önskan om ett mer eller mindre självständigt system som är koherent, konsistent och sammanhållet av en intern logik. Denna önskan verkar normerande och styr sättet att förstå rätten och tillvaron. Den interagerar dessutom med avskiljandets logik och kan därmed innebära att konflikter och avskiljande osynliggörs.

Rättsteorierna kommer att få en dubbel funktion. För det första verkar de inomvetenskapligt bekräftande. Rättens väsen söks och undersöks utifrån de uppställda rättsvetenskapliga företrädesvis formella kriterierna. Detta rättens väsen grundas under 1900-talet företrädesvis på en inomsystematisk rationalitet och ingen annan "grund" som gud, natur, härskare eller dylikt. Systemet ger sina egna förutsättningar, ramar och grunder. Systemet är dess egen ontologi och epistemologi. Fokuseringen på rättens formella struktur och vetenskaplighet har skett och sker på bekostnad av rättens axiologiska grunder.[12] Rätten har setts och ses forfarande som "fakta" och inte "värde".[13] Trots att värden i rätten synliggörs då och då, är det inte säkert att enhetligheten och den formella likhetens ideologi problematiseras. Ofta påstås de värden som åberopas vara universalistiska eller naturliga i någon mening. De rymmer då inte olikheter och kollisioner mellan olika värden samt den komplexitet som tillvaron består av och som problematiseras av att fokusera på positionslösheten som en omöjlighet, både teoretiskt och konkret.

För det andra kommer den rättsliga förståelsen som uttrycks i rättsteorierna att fungera statiskt genom att den verkar normerande och ideologiskt. Den rättsliga tankeramen präglar sättet att förstå tillvaron och rätten samt dess möjligheter och hinder. Teorierna och modellerna formulerar de antaganden som tas för givna och de

[11] Se avsnitt 2.1.

[12] Det finns givetvis de som betonar axiologiska grunder, i Sverige t.ex. Aleksander Peczenik. Trots detta kan den huvudsakliga inriktningen sägas utesluta den rättsliga förankringen i värden.

[13] Detta har med Uppsalaskolans starka inflytande i svensk rättsuppfattning att göra. Se t.ex. Olivecrona, Karl, i den engelska versionens titel *Law as fact*, 2 ed. Stevens, London 1971. På svenska Om lagen och staten, Håkan Ohlssons Boktryckeri, Lund 1940. En delvis omarbetad upplaga gavs ut under annan titel, Rättsordningen, 1966.

tenderar att bli statiska. Detta underbyggs vidare av den formella rationalitet till vilken lagarnas tillkomst är knuten. Bara den omständigheten att det krävs en speciell tidskrävande och konsensuskrävande process för att ändra lagar eller skriva nya lagar verkar i denna riktning, även om denna process har blivit mindre tidskrävande på senare tid. Lagstiftningstakten har ökat.[14] Liksom tankeramen styr den rättsliga förståelsen hjälper rätten till att bevara samma tankeram och rättsliga förståelse. Att teorier och metoder verkar för att rätten är trög att förändra är inte enbart negativt utan är också viktigt ur en rättssäkerhetsaspekt. Rätten bör vara förankrad i en samhällelig kontext och kunna legitimeras utifrån en grund med förklaringsvärde. Om så inte var fallet skulle lätt en rättsordning kunna påtvingas ett folk av en makthavare som själv tagit sig makten. Samtidigt som det råder enighet om att rätten bör vara trög och statisk, är det samtidigt önskvärt att rätten hela tiden måste kunna förändras i takt med samhällsutvecklingen. Det är t.o.m. så att en rätt som är för statisk inte fungerar ändamålsenligt. En statisk rätt är inte detsamma som en stabil rätt. För att rätten skall vara stabil, krävs en viss flexibilitet. Om idealet och målet är stabilitet i en mer generell mening, krävs en balans mellan flexibilitet och tröghet.[15]

Tankeramen förändras ständigt genom förändringar i den konkreta tillvaron och i förståelsen av tillvaron. Det sker omedvetet i en ständig interaktion mellan olika faktorer. Det kan också ske mer eller mindre medvetet med hjälp av t.ex. teoretiska ansträngningar. Ett vetenskapligt och metodologiskt förhållningssätt kan vara att hela tiden försöka bli medveten om tankeramen, ständigt ifrågasätta den och liksom filosofen alltid formulera frågor, inte svar. Alla tankeramar är begränsade och begränsande. Som hävdats i kapitel 2 är det möjligt att redan genom medvetandegörandet få till stånd förändringar, både på en individuell och kollektiv nivå. Eftersom

[14] Tolkningsjuridiken (rättsdogmatiken) som vetenskaplig disciplin är på tillbakagång, menar Niklas Bruun. En bidragande, om än inte nödvändig, anledning är den ökade lagstiftningstakten. "Den tiden är förbi, då rättsdogmatiken kunde ägna sig åt att uttolka och systematisera en lagstiftning, som bevarades intakt i tiotals år. Detta innebär att en forskningspolitisk överbetoning av rättsdogmatiken kommer att leda till en marginalisering av rättsvetenskapen." Bruun, Niklas, Recension av Örjan Edström, MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. *Juridisk tidskrift* 1994/95 nr 5, sid. 1082.

[15] Sandgren, 1995, sid. 63.

det som tas för givet ses som självklart, blir därför den stora uppgiften att peka på de antaganden som anses självklara och därefter ifrågasätta dem.[16]

Att det självklara, tankeramen, börjar bli synlig är ett tecken på att den håller på att förändras. Dessa förändringar sker fortlöpande beroende på att praktiken ändras, att människors föreställningar ändras, eller med andra ord att både immateriella och materiella förhållanden förändras. Jag tror inte att det är möjligt att hitta ett enkelt eller tydligt orsakssammanhang. Flera enstaka faktorer kan lyftas fram som betydelsefulla, såsom politiska, ideologiska, ekonomiska, genus och makt, men de ingår samtliga i en process och samspelet demellan är mycket komplext.

När tankeramens självklara antaganden börjar ifrågasättas kan det vara ett resultat av att tankeramen "inte stämmer längre", och det av olika skäl. Den tankeram som gör en åtskillnad mellan subjekt och objekt, mellan teori och praktik, mellan fakta och värde, kan upprätthålla åtskillnaden så länge positionerna i motsatserna trots allt ändå överensstämmer i det stora hela. När det gäller den rättsliga självförståelsen, eller rätten i en mer konkret mening, kan en ökad diskrepans mellan den tillämpade rätten (fakta, objekt, teori i form av "börat") och medborgarnas allmänna rättsmedvetande (värde/moral, subjekt, praktik) leda till ifrågasättande. Om legitimiteten är beroende av medborgarnas uppfattning om att rätten är rättvis, kan en alltmer utbredd uppfattning om att rätten är orättvis, leda till en legitimitetskris. Legitimitetskrisen kan i och för sig få olika effekter, den kan reformeras inom systemet, den kan transformeras eller den kan leda till de förändringar som kritiken syftade till.[17] En skillnad mellan uppfattningen om vad rätten borde vara (normativ aspekt), vad den upplevs vara (upplevd empirisk aspekt) och vad den faktiskt är (empirisk aspekt, dvs. hur den verkar) kan uppträda även inom den juridiska professionen, inom

[16] Simmonds, 1994, sid. 12.

[17] Jfr Mathiesen, 1982, sid. 88. Han talar om det kollektiva handlandet som jämförbart med legitimitetskrisen som det används här. Det kollektiva handlandet kan förvandlas till något olönsamt inom offentligheten, dvs. vid bildandet av den *offentliga meningen* om sakernas tillstånd. Inom offentligheten *indefinieras* det kollektiva handlandet (reformeras) eller *utdefinieras* (transformeras). Båda dessa åtgärder leder till att krisen neutraliseras.

rättsvetenskapen och inom andra grupper. Detta kan leda till ett allt större glapp mellan systemet och praktiken eller mellan det rättsliga och det icke-rättsliga. En sådan kritik kan slutligen leda till att normsystemet blir svårhanterligt och helt enkelt inte klarar av att hantera praktiken. Hanne Petersen pekar på förändringar som redan skett i praktiken och som fortlöpande sker, "(t)he rise of the informal sector especially in the so called third world makes the dichotomic distinction in modern law between the legal and the illegal obsolete. The rising participation of women in both formal paid work (especially in the so called first World, West or North) as well as in informal work (in the biggest part of the world) makes the distinction between public and private increasingly obsolete, and thus also the forms of law (statutory legislation and contract) which are based upon this distinction. This makes room for the emergence of other still underinvestigated normative forms and patterns, as well as the reflections upon other types of order."[18] Dessa förändringar i praktiken uppfordrar till en förändring av föreställningen om rätten, uttryckt i teorier och i den juridiska praktiken.

För att rätten skall kunna användas mer offensivt i samhället som ett redskap och ett instrument för att förverkliga de värden som anses centrala, är det viktigt att mer förutsättningslöst resonera kring rättsystemets förnyelseförmåga, menar Sandgren. "En tänkbar utvecklingslinje är att juridiken får en ökad framtida betydelse som instrument för förnyelse. (...) Juridiken är ett medel varigenom ny kunskap kan vägas samman och göras 'operativ'. Juridiken kan så stärka sin funktion att vara ett centralt instrument för kollektiva, samhälleliga beslut."[19] För att så skall kunna ske är det nödvändigt att ifrågasätta grunderna för rättslig reglering. Sandgren nämner exempelvis olika rättsliga kategorier som kanske kan bytas ut mot andra tankeprodukter som i dag är mer funktionella. Gränsen för ifrågasättandet av självklarheterna i det rättsliga komplexet behöver inte sättas för snävt, enligt min mening, utan bör få vara öppen och föränderlig. Det blir med ett sådant synsätt *än viktigare* att se rätten som en konkretiserad föreställning av mänskliga vär-

[18] Petersen, Hanne, *On Women and Legal Forms,* EUI Working Paper LAW No. 94/8, sid. 10.
[19] Sandgren, 1995, sid. 63.

den och normer och inte som ett objekt med en viss natur eller ett visst väsen. Med en sådan kunskapsteoretisk ståndpunkt blir det lättare att analysera de antaganden och axiom som ligger till grund för rätten, både i dess stabila strävan och i dess föränderliga potential.[20] De antaganden och axiom som är av intresse i föreliggande arbete är således av grundläggande karaktär, hur föreställningen om rätten skapas och hur den upprätthålls av vetenskapen om rätten, rättsteorin, rättsfilosofin och den tillämpade rätten. Dessa ontologiska och epistemologiska strukturer och axiom verkar normerande både teoretiskt och praktiskt och dessutom som bromsar i en potentiell förändring i takt med en ändring i förhållanden på en samhällsnivå och individnivå. Juridiken och rättsvetenskapen skulle, genom en öppen, medveten axiologisk diskussion, kunna vara med och ge underlag för samhälleliga val och ställningstaganden i de intresse- och värdekonflikter som oundvikligen finns i all mänsklig samvaro. I stället för att delta i skapandet av föreställningen om rätten som ett koherent, enhetligt system,[21] kan rättsvetenskapen aktivt visa på olika värdekonflikter, analysera olika avvägningars konsekvenser[22] och hela tiden vara självkritiskt beredd att ompröva tidigare gjorda analyser. Detta utesluter en syn på rättsvetenskapen som en monistisk, positivistisk och rationalistisk vetenskap. Det utesluter också en evolutionistisk syn på rätten likaväl som en statisk. Det sker inte en given utveckling från det sämre till det bättre (i någon mening) och slutmålet nås aldrig. Det krävs ständigt en öppen, kritisk diskurs som primärt är axiologisk och pluralistisk *men* också praktisk-konkret.[23]

Jag skall i detta kapitel försöka peka på de karakteristiska som särskilt har relevans för den rättsliga självförståelsens prägling av en norm som kan betecknas som *den formella likhetens logik* och

[20] Det är problematiskt att tala om rätten som ett objekt, då det verkar självuppfyllande. När jag ändå, trots allt, använder mig av ordet rätten, så avses rätt som konkretiserad föreställning och inte som ett objekt. Rätt skall ses som rättsliga normer som samverkar med andra typer av normer och med människorna som aktiva subjekt.

[21] Trots att det primärt är en normativ strävan, tenderar den att styra vår empiriska uppfattning/förståelse av rätten.

[22] Ekelöf, Per Olof, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* C. W. K. Gleerup, Lund 1951, sid. 7.

[23] Dessa axiom redovisas i kap 2.

osynliggörandet och uteslutandet av det olika, med andra ord *avskiljandets logik*. Det är den föreställning och de teorier om rätten som bygger på avskiljandets logik och som utesluter vissa erfarenheter, vissa delar av det mänskliga livet, vissa konflikter såsom ickerättsliga och som dessutom upprätthåller gränslinjen mellan teori och praktik – eller mellan "börat" och "varat". Det är den föreställning om rätten som anses ha påverkats starkt av bl.a. Hägerströms kritik av juridiken som normativ och därmed ovetenskaplig.[24] Risken för rättsvetenskapen att dömas ut från den vetenskapliga legitimiteten som normativ, var, som jag ser det, en bidragande orsak till att betoningen alltmer kom att läggas på juridikens formella, icke-normativa sida. Föreställningen om rätten som ett objekt, som ett system, blev alltmer central i försöken att få rättsvetenskapen att hävda sin vetenskaplighet. Dessa förutsättningar är inte självklara och har kritiserats bl.a. av kvinnorätten, av feministisk rättsteori och av olika pluralistiska rättsförståelser. Denna kritik är av både ontologisk och epistemisk karaktär och rymmer inom sig en potential till rättslig legitimitetskris som i sin tur kan leda till förändring. Observera att förståelsen av krisbegreppet rymmer både en negativ och en positiv aspekt, fara *och* möjlighet. Kritiken har redan inneburit att den rättsliga självförståelsen blivit alltmer tydlig, delvis förändrats och att den inte längre anses vara självklar.

De karakteristiska som jag vill peka på är av huvudsakligen tre typer. För det första är det föreställningen om *rätten som objekt*, för det andra är det föreställningen om rättssubjektet *människan* och för det tredje är det föreställningen om *området* för rätten. Dessa karakteristikas betydelse och konsekvenser problematiseras med hjälp av genusrelationen som symbolisk och konkret ordning i syfte att underlätta för en mer mångsidig och allmänmänsklig rättslig förståelse. Eftersom en stor del av hindren för att uppnå jämställdhet mellan män och kvinnor ligger i de inom systemet upprättade distinktionerna och de i enlighet med dem upprättade kriterierna (självklarheterna) är det kriterierna i sig som görs till föremål för synliggörande och medvetandegörande. Det görs utifrån ett

[24] Källström, Staffan, *Den gode nihilisten, Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin*, Rabén & Sjögren, Stockholm 1986, sid. 42. Axel Hägerström levde 1868–1939 och anses ha påverkat idédebatten under 1920/30-talen.

epistemologiskt ställningstagande om upplösning av distinktionerna objekt/subjekt, fakta/värde och teori/praktik. Distinktionernas upplösning problematiserar den rättsförståelse som definierar jämställdhet formellt, som är könsneutral i enlighet med en likhetsideologi som i själva verket döljer genusrelationens relevans, som avskiljer viss erfarenhet och vissa delar av tillvaron som rättsligt irrelevanta, som ser rätten som enhetlig, objektiv och väreneutral och som ser rättsvetenskapens primära uppgift att fastställa gällande rätt för tillfället.

1. Med föreställningen om rätten som ett objekt skilt från subjektet kan illusionen om objektivitet upprätthållas. Det är objektet i sig som ser ut på ett visst sätt och som har vissa kvaliteter. Rätten föreställs vara ett *objekt* med en viss beskaffenhet, närmare bestämt ett system som är enhetligt, i både empiriskt/normativt hänseende, och med en systematik. I denna systematik betonas den formella strukturen med indelningar i nivåer, kategoriseringar ordnade hierarkiskt i en logisk kedja.

Strävan efter enhet har inte alltid funnits. Det verkar som att strävan efter rättens enhet följer de allmänna strävanden efter system och enhet och logiska argumentationskedjor inom all verksamhet som gjorde anspråk på att vara vetenskaplig enligt ett speciellt vetenskapligt ideal. Kunskapsobjektet, dvs. rättens, väsen anses vara *rationellt*. Det blir därmed väsentligt att upprätthålla gränsen gentemot det irrationella.[25] Strävan efter rationalitet och definieringen av detsamma bör ses som en medveten strategi för att vetenskapliggöra rätten. Gränsdragningen fyller också sin funktion av att bestämma systemets premisser utifrån en negation om vad det inte är.[26] Föreställningen om ett system hänger ihop med strävan att hitta den grundläggande arkimediska punkten.[27] All kunskap tar sin

[25] Illusionen om rationalitet är egentligen inte ens en upprätthållen illusion. Här är det manliga problemformuleringsprivilegiet starkt i definitionen av vad som är irrationellt.

[26] Fitzpatrick, 1992, sid. 1ff.

[27] René Descartes levde i en tid då den tidigare utgångspunkten sinneserfarenheten inte längre var användbar. Den nya världsbild som växte fram genom den vetenskapliga revolutionen skilde sig radikalt från den omedelbara vardagserfarenheten och den sinneserfarenhet som dittills setts som kunskapens yttersta grund. Med reflektion sökte Descartes en ny yttersta grund för kunskapen och en universell

början i det erfarenhetsmässigt givna och detta anses således vara att hitta objektet och utforska dess väsen eller dess natur. Objektet för rättsteorierna blir i enlighet med detta rätt*en*. Ett alternativt synsätt är att upplösa distinktionen mellan objekt och subjekt och i stället fokusera de axiologiska ställningstagandena. Detta utesluter möjligheten till totala, enhetliga teorier. I stället bör *lokala kunskapsanspråk* ställas som tar sin utgångspunkt i praktiken. Med lokala kunskapsanspråk avses att föremålet för forskningen bör vara att ställa frågor utifrån öppet redovisade utgångpunkter. Positionen bör expliceras och svaren som uppnås måste ställas i relation till de frågor som ställts. Sökandet efter universella, eviga svar är troligen fruktlösa och kan verka hämmande snarare än främjande. De bör undvikas i den mån de omöjliggör en explicit positionering. Vilka frågor som ställs beror på relationen mellan subjektet och objektet och på vilka frågor som anses problematiska med samtidens ögon.

Vår föreställning om rätten som ett system som åtminstone är och bör vara normativt enhetligt, med sin egen inneboende logik, är inte särskilt gammal. Först på slutet av 1800-talet formulerades den rättsvetenskapliga versionen av den vetenskapliga logikens princip.[28] Jurisprudensen ansågs vara "renat tänkande".[29] Detta stämde överens med en vetenskapsteoretisk uppfattning som kom att prägla vetenskapen i stort framöver. Paul Laband definierade jurisprudensen som; "En 'ren', av ändamålstänkande och värderingar oberoende uppfattning och framställning av den positiva rätten, grun-

vetenskap. Kristensson Uggla, 1994, sid. 49. Han uttryckte det sålunda; "Arkimedes begärde endast en fast och orörlig punkt för att flytta hela jorden från dess ställe. Likaledes skulle en storartad vy öppna sig om också jag fann det ringaste som var visst och orubbligt." Peterson, Claes, *Introduktion till naturrättens historia,* stencil, sid. 29. Peterson hänvisar till Descartes, *Meditationes de prima philosophia*, 1642, II, 1. Descartes arkimediska punkt, satsen Cogito ergo sum, innebär att det tänkande jagets existens stod utom allt rimligt tvivel. Jagets medvetenhet om sig själv utgjorde den fasta grund på vilken en vetenskaplig metod kunde byggas. Sökandet efter en arkimedisk punkt präglar även Kelsens grundnorm och Harts igenkänningsregel.

[28] Naturrätten kom alltmer att överges som dominerande rättsteoretisk lära i början av 1800-t. Den rationalistiska naturrättens systematik kom emellertid att användas av de alltmer "positivistiska" rättsteorierna. Strömholm, 1996, sid. 213.

[29] Uttalandet fälldes av rättsvetenskapsmannen Karl Bergbohm, samtida med Paul Laband, tysk jurist och prof. i statsrättsvetenskap, 1838–1918. Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet,* Juristförlaget, Stockholm 1989, sid. 5.

dad endast i nödvändiga formella kategorier och på beviskraften i logiskt tänkande..."[30] *Den juridiska metoden*, dvs., den rättsdogmatiska, innebar att rätten uppfattades och framställdes i enlighet med dogmatikens krav, dvs. att "det positiva rättsstoffet samvetsgrant och i sin helhet fastställdes och genom begreppen underkastades logiken."[31] De icke-dogmatiska uppfattningarna om rätten förvisades från rättsvetenskapens område. Ekonomiska, politiska, historiska och filosofiska aspekter blev bannlysta inom rättsvetenskapen. Rättsvetenskap blev mer eller mindre liktydigt med juridisk metod.[32] Den tidigare förekommande kopplingen mellan rättsvetenskapen och dessa andra aspekter bröts helt. Denna brytning skedde explicit "med hjälp av" förnekandet av den på 1800-talet dominerande Historiska skolan. Den historiska skolan såg det allmänna rättsmedvetandet eller "folksjälen" som en rättskälla. Faran med att generalisera utifrån sin egen och sin omgivnings uppfattning diskuterar Eckhoff i Rettskildelære.[33] Det är inte bara den historiska skolan som gör sig skyldig till det. Oavsett om det benämns det allmänna rättsmedvetandet, sunt förnuft eller sakens natur,[34] är det fråga om en intersubjektiv erfarenhet som omvandlas till rättslig

[30] Wilhelm, 1989, sid. 5.

[31] Wilhelm, 1989, sid. 5.

[32] Rättsvetenskap blev en rättskälla som andra rättskällor, en underordnad sådan. Skillnaden mellan rättsvetenskapen som rättskälla och andra rättskällor är att rättsvetenskapen (i den mån den går utöver att återge andra rättskällor och på den grunden kan anses vara rättskälla) för att anses vara rättskälla måste vila på *en inre argumentationsgrund* som konstituerar dess självständiga produktiva sida. Denna produktiva sida måste ha sin grund i de principer som styr det teoretiska arbetet i sig, dvs. sanningshalten och den inre konsekvensen i argumentationen. Att rättsvetenskapen skulle få betydelse för rättstillämpningen är begränsat till frågor där det varken finns lagregler eller prejudikat, menar Hellner och hänvisar till exemplet Anders Agells argumentation för en "dold samäganderätt" till fastighet av obligationsrättslig karaktär i förhållandet mellan äkta makar. Se Agell, Anders, *Äganderätten till fastighet för makar och samboende: en studie av kommissionsskap*, Norstedt, Stockholm 1985 och *NJA* 1982 s. 589. Jfr Hellner, Jan, bemötande av Claes Petersons recension av Hellners; Rättsteori. En introduktion; *Juridisk Tidskrift*, 1996–97, sid. 539.

[33] Eckhoff, 1971, sid. 242f.

[34] Strömholm, Stig, *Idéer och tillämpningar. Studier i allmän rättslära.* Norstedts, Stockholm 1979, sid. 258–270. Eckhoff, 1971, sid. 328. Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed, En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt nordisk forlag, København 1971, sid. 116–120. Sakens natur används som rättskällefaktor om än inte så ofta längre. I svensk rättstradition används det i avsaknad av tillämpligt lagrum, prejudikat e. dyl. Ett exempel där resonemanget gick i den riktningen är NJA 1993 s. 553 där två

rättskälla. Rättsvetenskapens beroende av de normativa föreställningarna, i bl.a. det allmänna rättsmedvetandet, gör att rättsvetenskapens vetenskaplighet kan ifrågasättas, menade Axel Hägerström.[35] Rättspositivismen som i Tyskland utvecklades som reaktion mot den historiska skolan hade samtidigt sin grund i Savignys rättslära. Folkviljan byttes ut mot en annan vilja, statens.[36] I den skandinaviska rättspositivismen individualiserades viljan till lagstiftaren. Detta kritiserades i sin tur av rättsrealisterna. Samtliga idéer förhåller sig till tidigare och kan ses som uttryck för samtiden.[37]

2. I rätten betonas *människans* individuella sida och individen ses dessutom som könlös, jämlik och fri att göra sin egna val. En mänsklig prototyp eller norm ligger till grund för den *formella likhetens ideologi* som i själva verket förutsätter en *avskiljandets logik*. Att människan alltid ingår i relationer blir osynligt och därmed syns inga maktaspekter i relationerna, med vissa undantag.[38] Individen är bärare av rättigheter och är rättssubjektet framför

skolpojkar var i slagsmål med varandra. HD menade att det får anses ligga i situationen som sådan (så länge slagsmålet håller sig inom rimliga gränser) att ansvar inte kan utdömas. Det följer av allmänna straffrättsliga principer om samtyckes ansvarsbefriande verkan. Med begreppet avses sådant som anses självklart och allmänt accepterat i ett samhälle.

Hanne Petersen reser frågan om det, t.ex. beträffande vilka delar av tillvaron som är centrala, faktiskt existerar en homogen och gemensam uppfattning av värden och av sakens natur. Vad som är sakens natur beror på vems utgångspunkt som tas, kvinnors eller mäns. Petersen, 1991, sid. 327.

[35] Hägerström skilde mellan teoretiska och moraliska idéer, mellan vetenskap och metafysik. Han förnekade inte att värden finns, de kan emellertid inte göras till föremål för en vetenskaplig behandling. Hägerström kritiserade rättspositivismens viljeteori och förstärkte därmed vetenskapliggörandet av rättsvetenskapen ytterligare. För att rättsvetenskapen skulle kunna förbli en vetenskap betonades rättens inomsystematiska kriterier alltmer. Se Hägerström, Axel, *Rätten och staten, Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi*, Natur och Kultur, Stockholm 1963.

[36] Hägerström, Axel, *Rätten och viljan*, C W K Gleerup Bokförlag, Lund 1961. Strömholm, 1996, sid. 87.

[37] Den juridiska metodläran eller den tyska rättspositivismen var t.ex. ett uttryck för en bestämd politisk doktrin, nämligen den monarkisk-konservativa statsprincipen och Bismarcks antiliberala politik, enligt Wilhelm, 1989, sid. 111.

[38] T.ex. arbetstagare-arbetsgivare, konsument-näringsidkare, hyresgäst-fastighetsägare. Tanken i den sociala civilrätten är att fiktionen om jämlika avtalsparter ibland ger otillfredsställande resultat och att hänsyn får tas till ojämna maktförhållanden i relationer. Se Wilhelmsson, 1987.

kollektivet, som endast i undantagsfall erkänns en roll.[39] Individens rättigheter formulerades enligt idéer under 1600-talet i form av rättigheter och inte i plikter, i frihetens semantik (betydelselära) i stället för som tidigare, naturens semantik. Anna Christensen talar om två olika normativa strukturer, konflikt och harmoni, där konflikt motsvarar frihetens semantik och harmoni naturens.[40] Konfliktstrukturen baseras på avtalet som en relation mellan två "självständiga parter" med erkända och legitima särintressen. Harmonistrukturen karaktäriseras av en helhetsstruktur, där de normativa relationerna bestäms av den gemensamma helheten. Det finns plikter men inte några egentliga rättigheter. Individualiseringen ledde till upplösning av naturliga, förpliktande band till fria val av band som byggde på förstärkandet eller beskyddandet av individens frihet.[41] Denna förändring och de olika typerna av strukturer har fått stå som föreställning för hela tillvaron, men jag skulle vilja hävda att båda strukturerna lever sida vid sida. Betoningen av individens rättigheter skedde främst i den publika sfären. I den privata sfären levde banden och förpliktelserna kvar i en patriarkal struktur. Det doldes genom upprättandet av distinktionen publik sfär och privat sfär samt genom idéer om naturen hos de som förväntades vara altruistiska, dvs. kvinnorna. Den privata sfären förändrades således inte ifråga om de berördas rättigheter. Tvärtom undanhölls den privata sfären från statlig inblandning. Rättighetstänkandet slutade därmed vid hemmets dörr. Följden blev att innanför dörren fanns

[39] Ett kollektiv av individer kan visserligen vara part genom rättsliga konstruktioner som en juridisk person och genom ett kollektivavtal. I övrigt erkänns inte kollektiva rättigheter, se t.ex. det s.k. Skattefjällsmålet NJA 1981 s. 1 där HD avvisade de krav på kollektiv rätt som ställdes av ett flertal samebyar. För en behandling av rättsfallet se Sivertsson, Annika, Staten, samerna och demokratin, *Retfærd* 74, 1996, sid. 75. Frågan om kollektiva rättigheter i form av grupptalan har blivit aktuell i vissa typer av ärenden. SOU 1994:151, *Grupprättegång*, Grupptalanutredningens förslag, föreslår att grupptalan kan väckas i vissa typer av mål i enlighet med Lagen om jämställdhet i arbetslivet samt Miljöskyddslagen och Miljöskadelagen. Diskussion förelåg också om konsumenträttsliga tvister. I förslaget till Miljöbalk, SOU 1996:103, *Miljöbalken En skärpt och samordnad miljölagstiftning för en hållbar utveckling*, föreslås vissa ideella organisationer få utökad talerätt i enlighet med Grupptalanutredningens förslag.

[40] Christensen, 1988.

[41] Grundmann, 1990, sid. 20.

det bara plikter och gemensamma intressen, under vilka de individuella intressena underordnades.

Människans väsende i den publika sfären definierades som rationellt – Homo animal rationale est. Denna definition var inte ny. Tanken fanns redan hos Platon och Aristoteles i det Grekland som brukar beskrivas som platsen för "vetenskapens födelse". Men de inverkade inte genomgående på den västerländska vetenskapsuppfattningen förrän långt senare. Den epistemologiska uppfattningen att människans rationella väsende är kunskapens grund och att vägen till kunskap går genom det rationella förnuftet kom att påverka rättsteorierna främst genom Christian Wolff och den s.k. skolfilosofin.[42] Wolff anger genom den axiomatiska satsen, *tingets väsende utgör kunskapens exklusiva grund,* den väsensmetafysiska kunskapslärans kärnpunkt. Han ansluter sig till Descartes som menar att kunskapen nås genom förnuftet som är väsendet och tänkandet som är dess uttryck.[43]

3. Slutligen bestäms i rätten vad som är *området* för rätten, dvs. vilka områden av livet som skall regleras rättsligt. Gränsdragningen bygger på en förståelse av att rättens tillämpningsområde är självklart eller givet. Till grund för detta ligger en indelning av den mänskliga tillvaron som i mycket hög grad utgår från genusrelationen som både symbolisk och konkret ordning, nämligen i en publik och en privat sfär. Indelningen av livet i en privat och en publik sfär[44] var tydlig i rättsstaten och legitimerades rättsligt genom före-

[42] Se Peterson, stencil, sid. 38. Skolfilosofin byggde på den väsensmetafysiska vetenskapssynen. Vetenskap ansågs vara en förståndets färdighet, att orubbligt bevisa alla påstående ur ovedersägliga grunder.

[43] För en utförlig redogörelse, se Peterson, Claes, Rättslig enhet genom naturrätt? Naturrätten i 1700-talets skolfilosofiska rättsteori. *Juridisk Tidskrift* nr 4, 1993, sid. 628. Christian Wolff levde 1679–1754. Jfr också Kants tes om en universell rationalitet.

[44] Indelningen av tillvaron i en privat och en publik sfär (eller offentlig) är tämligen genomgående i teorier och i begreppsbildning. Det finns varianter. Habermas har t.ex. en tredelning där den privata sfären är uppdelad i en intimsfär (familj) och en socialsfär (marknad). Se Habermas, Jürgen, *Borgerlig offentlighet, Kategorierna "privat" och "offentligt" i det moderna samhället,* Arkiv, Lund 1988. Ytterligare exempel på indelningen är sociologen Ferdinand Tönnies begreppspar *Gemeinschaft* och *Gesellschaft* samt Max Webers rationalitetsbegrepp som utdefinierar det traditionella och affektiva beteendet från det rationella. Indelningen i en privat och en

ställningen om skyddet för individen till privatliv utan statlig inblandning. Privatlivet tedde sig, som framgått ovan, olika för män och kvinnor. Det måste ses i samband med individens plats i den publika sfären. I välfärdsstaten upplöses indelningen i privat – publikt något.[45] Flertalet av de sociala rättigheter som tillkommit under 1900-talet och framför allt efter andra världskriget, rör förhållandet mellan individ och stat i frågor som tillhör den privata sfären. Dessa rättigheter är ett uttryck för samhällets omsorg om den enskilda människan. Medborgarna skall beredas skydd, inte mot staten utan mot ett odrägligt liv med hjälp av staten.[46] Trots att gränsen inte är lika skarp som tidigare, finns den trots allt kvar. Andra gränsdragningar förekommer också, exempelvis anses vissa avtal inte böra sanktioneras av rätten.[47] Vidare överlämnas en del frågor medvetet till rättstillämpningen att utforma eller till parterna själva att komma överens om. Detta gäller särskilt civilrätten. Skälen till det kan vara flera.[48]

publik sida var tydlig i 1800-talets borgerliga hem, vilket inte var fallet tidigare. Se t.ex. Duerr, Hans Peter, *Myten om civilisationsprocessen, Band 2 Intimitet,* B. Östlings bokförlag Symposion, Stockholm 1996 om olika uppfattningar av var gränsen mellan det privata och det offentliga går.

[45] Begreppen rättsstat och välfärdsstat kan ses som beskrivningar av olika samhällstyper men också värdeladdade begrepp som ger ideologisk legitimation för ett visst samhälle. Rättsstatsideologin betonar medborgarens rättsskydd både mot staten och mot enskilda. Därför blir förutsebarheten och rättsnormernas roll som styrningsinstrument centrala. Välfärdsstatsideologin betonar måluppfyllelse i enlighet med målen att tillförsäkra medborgarna trygghet och jämlikhet. Dessutom betonas den enskildes materiella intressen och den svagare partens skydd mot den starkare. Begreppen hänger således ihop med begreppsparet formell – materiell, där rättsstaten betonar den formella rättssäkerheten och välfärdsstaten den materiella. Om begreppen jämförs i ett tidsperspektiv torde rättsstaten kunna vara en förutsättning för välfärdsstaten. Gemensamt för båda ideologierna är att de primärt rör relationen stat-individ och individ-individ. De bygger således båda på det liberalideologiska individbegreppet. Människans sociala eller relationella sida är inte närvarande. För begreppen se t.ex. Dalberg-Larsen, Jørgen, *Ret, styring og selvforvaltning*, Juridisk Bogformidling, Aarhus 1991, sid. 98. Dalberg-Larsen, 1984, sid. 30ff och 94ff. Peczenik, 1995, sid. 46. Wilhelmsson, 1987, sid. 33. Petersson, Olof, *Rättsstaten, Frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik*, Publica, Stockholm 1996. Sterzel, Fredrik (red.), *Rättsstaten – rätt, politik och moral*, Rättsfondens skriftserie, Iustus Förlag AB, Uppsala 1996.

[46] Jfr RF 1:2 samt JstL 5 §; arbetsgivare skall underlätta för arbetstagare att förena föräldraskap och förvärvsarbete.

[47] Spelskulder brukar kallas hedersskulder och betalning kan inte framtvingas med hjälp av lagen. Se Ramberg, 1996, sid. 95f.

[48] Hellner, 1994, sid. 70.

Syftet med detta kapitel är att problematisera föreställningen om rätten och de karakteristika som har relevans för att målet om jämställdhet i en reell mening inte uppnås. Dessa karakteristika är generella, men deras betydelse för olika relationer eller uppnåendet av olika värden är säkerligen inte densamma. För genusrelationen har de avsevärd betydelse. Syftet är vidare att utgöra underlag för fortsatta ansträngningar att forma en mer allmänmänsklig rätt och rättslig självförståelse. Genom att söka gränser för det rättsliga området, jämföra rättsvetenskapen med andra vetenskapliga discipliner, genom att studera andra tiders och förståelsers tankeramar, genom att lyfta fram genusrelationen som en konkret ordning för samhällsorganisationen och att använda samma relation som en tankestruktur i analysen av den rätts(vetenskap)liga självförståelsen har vissa drag i den rättsliga förståelsen framträtt som särskilt centrala för rättens öppenhet eller bristande öppenhet för att tillgodose både kvinnors och mäns intressen. Genusrelationen är central i samhället likaväl som flera andra relationer och faktorer. Jag har använt mig av genusrelationen som ett analytiskt redskap, som ett medel och som en referenspunkt, för att nå kunskap om det självklara, rättens tankeram (doxa). Tankeramens begränsande verkan/funktion styr både kvinnor och män, men tankeramen tillhandahåller olika historiskt överförda medel och villkor för kvinnor och män. Metoden att använda genusrelationen som analytiskt redskap verkar även normativt, genom synliggörande kan medveten förändring ske. De historiskt överförda medlen och villkoren är föränderliga.

Syftet är slutligen att *balansera* den förståelse av rätten som utgår från ett positivistiskt vetenskapsideal som till stor del är andro- och eurocentrerat. Det definerar sig självt genom avskiljandet av allt som det inte är.[49] Denna *avskiljandets logik* i den rättsliga självförståelsen har relevans för hur den mänskliga rättsliga normen utformas, vad som ligger i den formella likhetens ideologi,[50] synen på genus och vad uppdelningen i olika sfärer såsom privat – publik har för grund och vilka konsekvenser det får för genus. En annan logik,

[49] Jfr Fitzpatrick, 1992. .
[50] Hirvonen, 1992, sid. 24.

innefattandets logik, rymmer flera aspekter, symboliskt uttryckt i *androgynen*.

5.2 Föreställningen om rätten som objekt

Rätten föreställs vara ett objekt, i singularis. Genom att betona dess objektkaraktär upprätthålls distinktionen gentemot subjektet. Varje försök att föra in subjektiva erfarenheter kan därmed avfärdas som icke objektiva. De erfarenheter och den förståelse av tillvaron som avviker från det objektiva blir därmed avvikande och partikulära. Om rättsliga normer ses i ett intimt förhållande till människorna, upplöses åtskillnaden mellan objekt och subjekt. Rätten ses därmed inte som ett objekt, annat än möjligtvis som en konkretiserad föreställning. Med en sådan syn blir det rimligt att ställa frågan om vilka värden som konkretiseras och uttrycks i rättslig form. Om den form som normer har bortses ifrån blir skillnaden mellan rättsliga normer och andra normer, moraliska, etiska, religiösa inte särskilt stor.

Rätten uppfattas och har uppfattats på olika sätt under olika tider och i olika kulturer.[51] Bara det faktum att *rätten* omtalas som en rätt i singularis tyder på att rätten ses som ett objekt av något slag, bestående av normer ordnade på visst sätt i en enhetlig form.[52] Föreställningen om rätten som ett objekt verkar vara en förutsättning för att kunna nå kunskap om rätten på ett sätt som ges vetenskaplig legitimitet. Kunskapen har sedan länge ansetts ha sin grund antingen i *objektets* natur eller i dess väsende. Kunskapen har ansetts vara möjlig att nå på huvudsakligen två sätt, genom förnuftet eller genom sinnenas erfarenhet. Vi uppfattar ett objekt på det sätt objektet är beskaffat, varför kunskapen överensstämmer med den natur som är immanent i objektet. Oavsett om vägen till rättens väsen (kunskapens grund) går genom förnuftet eller empiri (erfarenheten) delas den gemensamma utgångspunkten om *rätten som ett objekt*. Förnuftet som vägen till kunskap om rättens väsen

[51] Se t.ex. French, 1995. Detta buddhistiska medeltida rättssystem existerade fortfarande under mitten av 1900-talet och byggde bl.a. på användandet av orakel i sökandet efter bevis. Föreställningen om rätten, för en tibetan, är (var?) att rätten är kosmos, ett mångfacetterat mönster av relationer som ständigt förändras, återuppstår och omformas i en interaktion mellan universum och det individuella i en tidlös helhet.

[52] Smart, 1989, sid. 4.

framhölls särskilt av den rationalistiska naturrättslärans företrädare Hugo Grotius, Samuel Pufendorf och Christian Wolff. Alf Ross' prognosteori kan ses som en variant av erfarenhetsstyrd kunskap inom rättsteorin.[53] Ross menade för det första att den reella rätten är den tillämpade rätten och för det andra att rättsvetenskapliga påståenden måste ha verifierbara konsekvenser. Varje vetenskapligt påstående om fakta förutsätter att det kan bekräftas med hjälp av observationer, empiri. Ross teori skapar en oöverstiglig klyfta mellan rättsvetenskapen och rättspraxis, enligt Peczenik.[54] Rättsvetenskapen tillhandahåller i enlighet med Ross, inte något normativt moment, dvs. hur domaren *bör* döma, utan blir i stället en prognos om hur domaren kommer *att* döma.

Att se rätten som ett enhetligt kunskapsobjekt bygger på den vetenskapligt upprättade distinktionen mellan objekt och subjekt. Kunskapsobjektet rätten kan studeras och analyseras som ett rent teoretiskt objekt. Objektet ter sig som ett från subjekten avskilt system av normer med sin egen inneboende logik vilket uppställer sina egna kriterier för giltighet och som får förklaringsvärde just genom sin vetenskaplighet. På detta sätt skiljs även, i föreställningen om rätten, teorin från praktiken och rätten som normativt system från mänsklig subjektivitet och mänskliga erfarenheter. Rätten kan därmed skärmas från sin kontext, från dess samhörighet med mänsklig subjektivitet, mänskliga normer och axiologiska ställningstaganden i största allmänhet.

Föreställningen om rätten som objektivt är beroende av objektkaraktären för legitimiteten. Objektet för kunskapen är rätten som något i sig och uppgiften för vetenskapen om rätten blir i enlighet med detta att utröna rättens väsen. Vad som är rättens väsen varierar med olika rättsteorier. Rätten kan visserligen även ses som ett system av normer för människornas handlande och som måttstockar för värden såsom den demokratiska tanken eller dylikt[55] eller som

[53] Alf Ross var en av förespråkarna för den skandinaviska rättsrealismen. Ross studerade rättsfilosofi för Hans Kelsen och för Axel Hägerström. Han påverkades också av den amerikanska rättsrealismen och den logiska empirismen, som ju också Kelsen var starkt influerad av.
[54] Peczenik, 1995, sid. 103ff.
[55] Strömholm, 1996, sid. 296.

ett instrument för maktutövning.[56] Båda dessa synsätt verkar emellertid vara förenklade. De verkar förutsätta att värden som den demokratiska tanken eller makten som företeelse är värdeneutrala eller åtminstone oproblematiska. Rättens komplexitet innesluter båda aspekterna och de påverkar varandra ömsesidigt.[57] Peczenik framhåller gällande rätt som ett system eller ett komplex av sammanhängande komponenter, vissa fysiska och psykiska, andra begreppsliga. De komponenter som Peczenik talar om (normer, handlingar, värden och psykiska upplevelser) kan uppfattas ontologiskt, kunskapsteoretiskt eller/och metodologiskt och rör sig på olika nivåer, där en av dem är den axiologiska.

Föreställningen om att rätten är ett objekt och har ett väsen verkar emellertid tas mer eller mindre för given. Strömholm pekar t.ex. i inledningen till sin lärobok i allmän rättslära på att frågorna "vad gällande rätt är för någonting" eller "vad som kännetecknar gällande rätt" tillhör dem som tilldragit sig den allra största uppmärksamheten i åtminstone modern rättsteoretisk litteratur.[58] Meningarna om svaret är många och någon enighet har inte kunnat uppbringas.[59] Ett sätt att lösa detta dilemma, enligt Strömholm, är att strunta i frågeställningen och inte ta för givet att rätten är "något". Liksom en zoolog som inleder ett vetenskapligt arbete om elefanter inte inleder arbetet med att ställa frågan "vad är en elefant?" behöver inte heller ett rättsvetenskapligt arbete inledas med frågan "*vad är rätten*?". I stället kan framställningarna koncentreras på det som är specifikt för objektet utifrån olika egenskaper eller perspektiv.[60] Ambitionen att definiera själva objektet ur någon generell mening överges därmed. Anledningen till detta enligt Strömholm verkar emellertid inte vara att frågan är felaktigt ställd utan att svaret är komplext.

Med en betoning av rätten som objekt, ställs subjekten, människorna i motsats till och avskärmas från objektet. Betoningen av rättens karaktär av kunskapsobjekt kan ses som en strävan att göra

[56] Strahl, 1994.
[57] Peczenik, 1995, sid. 152.
[58] Jfr titeln på Peczeniks bok, *Vad är rätt?* 1995. Observera att Peczenik valt att inte tala om rätt*en* i bestämd form utan rätt.
[59] Strömholm, 1996, sid. 25.
[60] Strömholm, 1996, sid. 26.

det autonomt, vetenskapligt och objektivt för att ge det legitimitet dels internt inom rättsvetenskapen, dels externt gentemot allmänheten. Det förklaringsvärde som ges och ger inomvetenskaplig legitimitet i samtidens föreställning om rätten är det postivistiskt influerade vetenskapliga.

"En av förutsättningarna för att det skall vara möjligt att beteckna en verksamhet som en vetenskap är att de framställningar som produceras handlar om ett verkligt existerande objekt."[61] Med denna ståndpunkt blir det självklart viktigt att framställa rätten som ett existerande objekt. Victors slutsats är att rättsdogmatikens objekt är rätten som ett ideologiskt system, vilket är en verkligt existerande företeelse. Därmed kan distinktionen mellan objekt och subjekt upprätthållas, trots beroendet dememellan. Rättens objektkaraktär är nämligen beroende av mänskliga föreställningar. Rätten föreligger som objekt endast just genom föreställningen om dess objektkaraktär. Men om ett rättssystem existerar endast som en individuell konstruktion hos enskilda individer är det omöjligt att vetenskapligt behandla systemet annat än i en individualpsykologisk mening, menar Victor. "Ett rättssystems omedelbara framträdelseform är alltid som individuell ideologi hos olika personer. Systemets närmare innehåll och form kan i egentlig mening inte vara föremål för exakt kunskap i annan mening än att man kan ha kunskap om vad en viss person anser vara systemets innehåll. Detta utesluter inte att ett rättsystem i normal mening är en *samhällelig* ideologi och inte en *individuell* ideologi. Förutsättningen för att en viss regel skall kunna anses ingå i ett visst rättssystem är att regeln av ett större antal personer av en eller annan anledning skulle accepteras som ingående i ett rättssystem, vilket av dessa personer uppfattas som *samma* rättssystem. Av den som tillämpar ett rättssystem uppfattas också regelmässigt systemet som något som är skilt från tillämparen själv. Denne måste genom rättskällor och intersubjektivt hållbar argumentation motivera sina påståenden om systemets regler. Resultaten uppfattas som vederläggbara. Den samhälleliga ideologin kommer att vara bestämmande för den individuella, även om den samhälleliga ideologins enda framträdelseform är de individuella *föreställningarna* om denna. Rättssystemet är – även

[61] Victor, 1977, sid. 16.

i sin ideologiska form – en samhällelig och inte en individuell företeelse."[62]

Betoningen av rättens (som konkretiserad föreställning) samhälleliga företeelse innebär inte ett ställningstagande att det ena utesluter det andra. Den samhälleliga och den individuella formen av rätten som föreställning samverkar samtidigt som det går att skilja dem åt. Förändringar i individers föreställning om rätten kan naturligtvis på sikt förändra rätten ur ett mer generellt samhälleligt perspektiv. Givetvis kan det motsatta också ske. Det är ju också avsikten med olika förändringar i rätten; att påverka indvidernas föreställning om rätten vilket har inverkan på beteendet men också på värderingar.[63]

Rätten som system kan således vara föremål för kunskap då det som samhällelig ideologi har objektkaraktär. "Men som objekt är det undflyende, obestämt och föränderligt, vilket gör att undersökningar av ideologin, för att verkligen ge kunskap om objektet, måste fånga in dess obestämdhet och denna obestämdhets karakteristiska drag i varje enskilt fall."[64] Trots detta är systemet empiriskt påvisbart. Rättssystemet är ett beslutssystem som faktiskt används i stor omfattning och har en faktisk påverkan på konkreta beslut. Det är *föreställningen* av systemet som en nu existerande ordning som är förutsättningen för dess faktiska inverkan. Besluten skulle inte tillmätas någon betydelse utan denna föreställning.[65] Genom detta avvisar Victor möjligheten att nå kunskap om systemet genom empiriska undersökningar, distinktionen mellan teori och praktik upprätthålles därmed.

Victors analysmodell är användbar vid varje undersökning av ideologiska system men också vid analys av kunskapssystem, om

[62] Victor, 1977, sid. 211. Jfr detta med kap. 2 och de begrepp som tas upp där, doxa, den generaliserade andre, den offentliga meningen.

[63] Värderingar används här liktydigt med värden. Så gör t.ex. även Eckhoff och Sundby i Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian, *Rettssystemer: systemteoretisk innföring i rettsfilosofien,* 2 rev. utg.Tano, Oslo 1991.

[64] Victor, 1977, sid. 212.

[65] Detta får inte förväxlas med prognosteorin. Systembunden argumentation kan visa att en dom är "felaktig". Det finns inga empiriska bevis som entydigt kan avgöra systemets utformning, utan relevanta personers föreställning om systemet. Domstolsavgöranden är visserligen ett av de viktigaste hjälpmedel vi har när det gäller att avgöra vad ett visst rättssystems innehåll är.

dessa behandlas som ideologiska system.[66] Han ser rätten som ett formaliserat ideologiskt system. Detta är fristående från frågan om vad som utmärker ett rättssystem. Victor bortser ifrån att systemet ontologiskt förutsätts vara styrt av ett kunskapsintresse. Victor skiljer på kunskap om systemet och kunskap i systemet.[67] Dessa kunskaper sammanfaller ofta. Att ha kunskaper samt att fatta beslut *i* systemet kräver ofta ganska omfattande kunskaper *om* systemet. Systemet reglerar självt vad som i olika sammanhang räknas till systemet och dess regler avgör också vad som kan räknas som kunskap om systemet.

"Att ett ideologiskt system självt skulle kunna innehålla regler om vad som skall gälla som kunskap om systemet kan förefalla paradoxalt. Det kan synas som om det vi ontologiskt betecknar som endast föreställning på en omväg bestämmer innehållet i det som vi ontologiskt uppfattar som utsagor om verkligheten. Problemet är emellertid inte särskilt komplicerat. En utsaga i ett system och om ett system kan ha samma form (och i praktiken utsägas i ett sammanhang), men de har ändå olika innebörd."[68] För att fatta beslut i systemet krävs, som sagt, kunskaper om systemets formella innehåll. Men kunskap *om* systemet kan dessutom vara mer än kunskap om dess formella innehåll, vilket således krävs för kunskapen i systemet. Victor delar således in systemkunskapen i tre aspekter,

[66] Den distinktion som Victor gör mellan kunskapssystem och ideologiskt system är av ontologisk natur. Det finns principiellt inte någon möjlighet att bevisa att ett visst system har den ena eller den andra karaktären eller att det existerar som system. Många teoretiska system har karaktären av både kunskaps- och ideologiska system. Teoretiska system byts ut mot nya teoretiska system och det visas att de gamla systemen bygger på "felaktiga" teoretiska föreställningar.Jfr paradigmbegreppet, när tillräckligt många anomalier talar emot ett paradigm sker en vetenskaplig revolution och ett nytt paradigm tar form.

[67] Denna distinktion liknar den som Hedenius gör mellan äkta och oäkta rättssatser. Hedenius menar att värdenihilismen, som en filosofisk teori med innebörden att språkliga fraser som "detta är rätt", "detta är orätt" inte uttrycker några antaganden eller påståenden om något, bör modifieras. Dylika fraser används i två olika funktioner, som äkta och oäkta rättssatser. Se Hedenius, Ingemar, *Om rätt och moral*, Wahlström & Widstrand, Stockholm 1963 (originalet från 1941), sid. 56–58. Hart använder sig också av uppdelningen genom termerna "internal aspect of rules" och "external aspect of rules", se Hart, H.L.A, *The concept of law,* Oxford, 1970, sid. 244. Jfr även Ross distinktion mellan "lovens og retsvidenskabens sætninger", Ross, 1971, sid. 20 not 6.

[68] Victor, 1977, sid. 207.

som för övrigt liknar de tre nivåer som rätten ibland framställs genom.[69] Kunskap *om* systemet går utöver kunskap om dess formella innehåll i tre hänseenden, systemets tillkomsthistoria, systemets faktiska tillämpning och systemets utvecklingsmöjligheter. Detta hänger ihop med att systemets innehåll inte är bestämt av en oberoende verklighets innehåll (dvs. inte styrt av ett kunskapsintresse) utan istället betraktas som en människoskapad och människotillämpad produkt. Det bör framhållas, att vad som är kunskap om systemet, som går utöver kunskap om systemets formella innehåll, återigen endast kan avgöras relativt systemet. Kunskap om systemets formella innehåll är en förutsättning för de andra formerna av kunskap om systemet.[70]

Det finns även andra möjliga sätt att förhålla sig till problemet. Fokus kan riktas mot *själva frågan* samt *varför frågan om vad rätten är ställs*. En analys kan ske av *förutsättningarna* för frågan och hur föreställningen om vad rätten är skapas, om rätten är någonting i sig och hur rätten blir som den uppfattas vara. I stället för att beskriva elefanten/rätten kan en koncentration ske på hur själva beskrivandet av elefanten/rätten går till och vad beskrivningen fyller för funktion.[71] "...the present meaning of jurisprudence seems to present 'law' as an existing object waiting to be discovered, while I prefer to understand my project as an inquiry into the practices whereby the beliefs and questions about authority create our understanding of 'law'."[72] Dessa frågor eller aspekter tenderar att bli epistemologiska och axiologiska, och riktar in sig på rättsvetenskapens självförståelse, det blir "rättsvetenskapsteori" eller vetenskap om föreställningen om rätten som den uttrycks i teorier om rätten och i rättsdogmatiken som teori och praktik. Genom att koncentrera sig på "konsten att beskriva rätten" är det möjligt att nå kunskap om den skapade föreställningen som objekt. Därigenom är det möjligt att komma förbi frågeställningen om vad rätten är.

[69] Se t.ex. Karlo Touri och Lars D Eriksson. Jfr också Pöyhönens triangel.
[70] Victor, 1977, sid. 208f.
[71] Jfr Bärmark, Jan, (red.), *Forskning om forskning eller Konsten att beskriva en elefant*, Natur och Kultur, Lund 1984.
[72] Grbich, 1992, sid. 26.

Rätten förlorar sin karaktär av ett objekt i sig som kan nås kunskap om, oavsett om förnuft eller erfarenhet används.[73]

Resultatet av detta synsätt blir att rätten inte är något kunskapsobjekt i sig som redan finns och som kan upptäckas, utan att rätten är skapad och skapas ständigt i ett kontextuellt sammanhang. Rätten som föremål för kunskap kan i stället ses som *den konkretiserade föreställningen om rätten.* som den uttrycks och reproduceras i rättsvetenskapen samt i den praktiska tillämpningen av rätten.[74] Med ett sådant synsätt upplöses distinktionen mellan teori och praktik.[75]

Detta skall inte tolkas som förnekandet av rätten som något verkligt, rätten finns som föreställning och som faktiskt verkande normsystem i samhället och i varje människa. I det är jag överens med Victor. Däremot inte i upprätthållandet av distinktionen mellan subjekt och objekt. Rätten som objekt kan inte isoleras från människorna som subjekt. De interagerar ständigt i en dynamisk process, men det osynliggörs genom upprätthållandet av distinktionen och att den subjektivitet som formar förståelsen av det självklara framstår som objektiv. Därmed blir all annan subjektivitet subjektiv och partikulär. Rätten bör i stället ses som formad i och genom spänningen mellan objekt, den konkretiserade föreställningen om rätten, och subjekt, människors erfarenheter, normer och villkor. Rättens komplexitet blir därmed lättare att se samtidigt som dess sammanhang med kontexten i en mer allmän axiologisk mening betonas. Rätten som föreställning uttrycker en uppsättning axiom och principer som anses centrala av samtiden. De kan vara

[73] Det metodologiska förhållningssättet som förordas är att likna vid Merton's open-ended search, det ständigt tredje alternativet, se Merton, 1973. Den av Bernstein beskrivna strävan förbi dikotomin antingen-eller som bl.a. Hannah Arendt förespråkar, se Bernstein, 1991, och Habermas idéer om det kommunikativa handlandet och växelverkan mellan bl.a. teori och praktik, se Habermas, 1996.

[74] Denna definition av rätten presenteras i inledningen till kapitel 2. Jfr även Grbich, 1992 samt Fitzpatrick, 1992.

[75] Jfr. Doublet, 1995. Doublets mål är att skapa grunden för en vetenskapsteoretisk debatt om sammanhangen och sambandet mellan rättsdogmatik, rättsanvändande och rättsvetenskap, i själva verket en ökad rättslig självförståelse. Vägen till detta, enligt Doublet, är genom ett kritiskt vetenskapsteoretiskt förhållningssätt, vilket bör innebära en kritik av de vetenskapliga kriterierna i sig. Den utgångspunkt eller referenspunkt som Doublet valt är systemteori, medan det i detta arbete är genusrelationen som relationellt och föränderligt begrepp.

och är troligen i konflikt med varandra. Vidare kan olika normer få olika effekter i olika aspekter av den rättsliga sfären, i teorierna om rätten, i tillämpningen och i människors sociala praktik.[76] På detta sätt kan varje föreställning om rätten sägas bygga på olika grundantaganden, symboler i språklig eller bildlig form samt vissa mytologiska inslag. Vissa av dem har särskild relevans för uteslutandet av en stor del av den mänskliga erfarenheten och tillvaron i den rättsliga självförståelsen. Andra grundantaganden kan vara mer väsentliga ur andra aspekter. Även "konsten att beskriva rätten" måste begränsas till vissa aspekter.

Denna ömsesidiga påverkan är central vid fokusering på hur (föreställningen om) rätten skapas och förändras, i stället för fokusering på frågan vad rätten är. Försöken att svara på respektive fråga leder till olika synsätt på rättens möjligheter att förändras och användas. Om juridiken generellt och rättsvetenskapen mer specifikt skall kunna medverka i samhällets ständiga förändring är det mer angeläget att koncentrera sig på den förra frågan än den senare.[77] Då behöver givetvis den/de axiologiska grunden/erna redovisas så öppet som möjligt. Dessutom behöver distinktionen mellan börat och varat upplösas på ett epistemologiskt plan. Kunskap om "varat" måste få påverka "börat" och förändra det senare. Det sker givetvis redan, vid behov skapas nya rättsliga fenomen som t.ex. finansiell leasing och principen om dolt samägande.[78] Ett exempel på en utredning som i direktiven sagts skall ta hänsyn till kvinnors erfarenhet av den aktuella brottstypen är Kvinnofrids-utredningen.[79]

5.3 Föreställningen om rätten som ett system

De rättsliga normerna kolliderar inbördes men också med andra typer av normer som inte har rättslig form. Argumentationen för att normer bör följas måste bli av en annan karaktär, de bör följas för att skapa förutsättningar för fungerande mellanmänskliga relationer. Dessa förutsättningar kan vara bra eller dåliga beroende på vems situation som studeras. Givet de mål och värden som finns rättsligt förankrat eller

[76] Smart, 1989, sid. 4.
[77] Sandgren, 1995, sid. 63.
[78] NJA 1980 sid. 705, NJA 1981 sid. 693, NJA 1982 sid. 589 och Agell 1995, sid. 66ff.
[79] SOU 1995:60.

förankrat i "den offentliga meningen" kan rättsvetenskapens uppgift mycket väl vara att skapa koherens eller mer konkret göra avvägningar som i varje situation kan motiveras axiologiskt. Systemföreställningen är central i den nutida rättsförståelsen och ligger till grund för inriktningen på systematisering, begreppsdefinitioner, klassificerande, strukturer, hierarkier m.m.

"Law takes on and retains its quality of transcendent effectiveness as an enduring type of sovereign rule. Like the monotheistic sovereign, law is a transcendent unity; the 'inevitability of legal unity is seen as central to the very idea of legal order'."[80]

5.3.1 "Som man frågar, får man svar..."

Fokuseringen på *frågan,* explicit eller implicit, *om vad rätten är*, uttrycks antingen i föreställningen om rättens objektkaraktär eller rätten som en konkretiserad föreställning av en individuell och/eller samhällelig ideologi. Frågan i sig förutsätter att rätten behandlas som ett kunskapsobjekt, om än på olika sätt.[81] Det blir med den frågeställningen kanske en nödvändighet, för att kunna hantera de mellanmänskliga normerna, att normerna ändå förutsätts vara "någonting" påtagligt. De är påtagliga i den meningen att de finns i människors föreställningsvärld och de upprätthålls av samhället ideologiskt och organisatoriskt. Normerna finns därmed i någon mening. Vägen därifrån till att se normerna som ett enhetligt, sammanhållet system är däremot inte självklar. Det finns inget kausalt samband mellan normer och enhetlighet i ett system.

Trots detta är föreställningen om att rättsliga normer ingår i ett system närmast självklar. Att systemet dessutom sammanhålls av en enhetlig idé eller vissa grundläggande principer som hör samman och att det dessutom ligger ett positivt värde i enhetligheten verkar också råda en bred enighet om. Föreställningen om rättens systemkaraktär upprätthålls av rättsvetenskapen likaväl som av den

[80] Fitzpatrick, 1992, sid. 56. Fitzpatrick citerar i sin tur Carty, A, English Constitutional Law from a Postmodernist Perspective.Ur *Dangerous Supplements: Resistance and Renewal in Jurisprudence*, Fitzpatrick, Peter (ed.) Pluto Press, London, 1991, sid. 182.
[81] Grbich, 1992 sid. 27.

praktiska juridiken. Den har betydelse för legitimiteten både externt gentemot allmänhet och internt inom den juridiska professionen.

I tidigare kapitel redogjordes för olika uppfattningar om kunskapens grund, epistemologin. Tillämpat på rätten blir det fråga om rättens ursprung, giltighet och dess legitimitet, *dels* internt, *dels* externt. För den interna legitimiteten är systemföreställningen central. Att fokusera på rätten som ett system med vissa inneboende kvaliteter, rationellt enligt vetenskapsidealet, förstärker föreställningen om rätten som ett kunskapsobjekt med ett väsen att utforska.

Rättsvetenskapens primära uppgift anses främst vara att med hjälp av den juridiska metoden utröna vad som är "gällande rätt". "Lagstadgandena uppfattas som direkta språkliga uttryck för gällande rättsregler, medan det är mer komplicerat att härleda rättsregler ur prejudikat. Vad som är gällande rätt framgår av 'rättskällor', varmed i detta sammanhang främst menas innehållet i lagar, prejudikat osv."[82] Att fastställa gällande rätt är naturligtvis angeläget för den praktiskt verksamma juristen och för den rättsvetenskapliga forskaren som har tillämpningen av rättssystemet som sitt föremål. Den juridiska metoden har emellertid utsatts för kritik från flera håll som varande teorilös,[83] i avsaknad av en axiologisk medvetenhet[84] och som uteslutande av kvinnors erfarenhet.[85] Detta utesluter inte att rättssystemet som sådant samt tillämpningen av det står på en teoretisk grund, om än inte alltid uttryckligen. Den juridiska metoden och den praktiska juridiska verksamheten bygger tvärtom i allra högsta grad på värderingar av ontologisk och epistemologisk karaktär.[86] I den mån den juridiska metoden även innehåller sin egen teori och ger sina egna vetenskapliga kriterier, uttrycks värderingarna i beskrivningen av metoden. Den juridiska metoden kan även ses som en metod för att fastställa gällande rätt i

[82] Hellner, 1994, sid. 29.
[83] Det finns emellertid tydliga undantag till "teorilösheten" inom rättsdogmatiken, t.ex. Håkan Andersson, Tove Stang Dahl, Jan Kleineman och Bert Lehrberg.
[84] Se t.ex. Introduktionen i Blume, 1993.
[85] Detta är utgångspunkten för kvinnorätten som disciplin. Se t.ex. Dahl, 1985a. Petersen, 1995. Nordborg, 1995a. Jfr även SOU 1995:60.
[86] Av Strömholm kallade kompletterande övernormer. Se Strömholm, 1996, sid. 37.

enlighet med en teori om rätten. Teorierna innefattar vanligtvis mer än metodfrågor och tar ställning även till hur rätten har kommit till, dvs. rättens grund och på vad dess giltighet grundas, dvs. vilken typ av legitimitet rätten åtnjuter. Dessa värderingar kan lysa igenom det rättsliga resonemanget. Det var betydligt vanligare i äldre juridisk litteratur att den teoretiska hemvisten uttalades eller var tydlig, medan det i dag är vanligare att rättsvetenskapliga forskare begagnar sina metoder utan någon uttalad teoretisk grund, menar Hellner.[87] Verksamheten går ofta ut på att finna de rätta och hållbara argumenten så långt som det är möjligt med det slag av rationalitet som deras verksamhet tillåter.

Den juridiska metoden är främst en praktisk verksamhet som inte tar ställning till grundläggande axiologiska ställningstaganden utan tar sin början i rättskällor som definieras på visst sätt, mer eller mindre snävt och precist. Samtidigt är den juridiska metoden icke-empirisk på det sättet att *effekterna* av lagen och dess verkan i det konkreta fallet inte primärt är av intresse.[88] Det är i stället ett forskningsområde som hänförs till vetenskapsdisciplinen rättssociologi. Att dra gränser och att definiera vad som faller utanför respektive innanför vetenskapliga discipliner är centralt inom vetenskapen generellt. En upplösning av distinktionen teori – praktik kan leda till en bredare förståelse av både kunskap *i* och *om* rätten.[89]

Rättsvetenskapens huvuduppgift anses vara att *systematisera rätten till den enhet som den anses normativt böra eftersträva.*[90] Risken är att denna strävan tenderar att bli en *inomsystematisk bekräftande verksamhet.* Utrönandet av gällande rätt blir huvudmålet i stället för att analysera vad olika avvägningar mellan olika intressen och värden kan få för konsekvenser. I strävan efter att bestämma gällande rätt ligger ett undvikande av att lyfta fram olika värden och kollisioner dem emellan till förmån för *ett* svar. Antagandet om ett enhetligt, koherent system bekräftas genom inomsystematiska slutsatser som bygger på de förutsättningar som just ger underlag för ett enhetligt svar. Detta kan liknas vid ett positivrättsligt empiriskt

[87] Hellner, 1994, sid. 31.
[88] En som argumenterat för empiri inom rättsvetenskapen är Claes Sandgren, se Sandgren, 1995–96a, sid. 726 samt Sandgren, 1995–96b, sid. 1035.
[89] Jfr not 67 i detta kap.
[90] Peczenik, 1995, sid. 278.

verifierande. Systemet ger sina egna förutsättningar utifrån sin egen logik. Det är möjligt att tala om en utpräglad, om än inte explicit, värde(nihilism)omedvetenhet. Som motreaktion mot detta kan ses en ström av dekonstruktionsförsök i postmodernistisk anda.[91] Genom postmodernismen kritiseras det vetenskapliga ideal som gör anspråk på sanning, klarhet, logik, opartiskhet och analytisk stränghet och dess normativa krav på liberal jämlikhet, billighet och rättvisa.[92] En dekonstruktion av begrepp och föreställningar kan visserligen ge öppningar i det invanda tänkesättet, vilket använts av många feministiska teoretiker, men det kan också leda till en återvändsgränd. Det blir i förlängningen inte möjligt att utgå från något som självklart eller "säkert". Postmodernismen har därmed det gemensamt med den positivrättsliga teorin att den är uttalat perspektivlös. Ses däremot *de*konstruktionen som en förberedelse för en *re*konstruktion, leder det till en annan förståelse. Dekonstruktionen kan användas som en kritisk analys för begrepp och förståelser som anses självklara. Analysen kan, genom medvetandegörandet av det självklara, leda till en förändrad förståelse av de grundläggande utgångspunkterna och denna förändrade förståelse kan medvetet ligga till grund för nya utgångspunkter som används i en rekonstruktion.[93]

Feministisk forskning i allmänhet och även feministisk rättsteori har influerats av postmodernismen och använt sig av den som hjälpmedel för att dekonstruera många av de axiom som vetenskapen utgår ifrån och som utestängt subjektiviteten i erfarenhets- och förnuftsbegreppen. Men den feministiska teorin har i huvudsak inte varit positionslös, tvärtom har den hävdat att det är omöjligt att vara positionslös. Därmed har feminismen riktat stark kritik mot den av

[91] Se t.ex. de i början av 1990-talet publicerade verken, Nicholson, Linda J.(ed.), *Feminism/Postmodernism,* Routledge, New York and London, 1990. Douzinas, Costas, Warrington, Ronnie, McVeigh, Shaun (eds.), *Postmodern Jurisprudence The law of text in the texts of law,* Routledge, London, 1991. Frug, Mary Joe, *Postmodern Legal Feminism,* Routledge, New York, 1992. Ferguson, Margaret and Wicke, Jennifer, *Feminism and Postmodernism*, Duke University Press, Durham, 1994.

[92] Se förordet till Douzinas, 1991.

[93] Det kan leda till sådana frågeställningar som; är indelningen av olika typer av brott i BrB ändamålsenlig? Vilken syn ligger till grund för indelningen? Kan den göras mer ändamålsenlig? Jfr också Petrell, 1996 och de av mig förda resonemangen i Svensson, 1995.

den positivistiska självförståelsen påverkade västerländska rätten för att vara androcentrisk och genushierarkiserande. Män och mäns sätt och seder har präglat det rättsliga tänkandet på alla nivåer.[94] Detta är genomgående i teorier om rätten, i den juridiska metoden och i den juridiska praktiken.

Mycket förenklat brukar tre huvudlinjer urskiljas i uppfattningarna om rättssystemet och de ingående reglernas grund, giltighet och legitimitet, nämligen *den naturrättsliga, den positivistiska och den realistiska rättsuppfattningen.* De har en viktig grund gemensam, den *monistiska* synen på rättens legitimitet,[95] som i sin tur kan särskiljas från en annan riktning, den *pluralistiska* (vilken i och för sig inte är *en* utan flera olika). Monistiska rättsuppfattningar söker finna *en* grund eller *ett* ursprung för rättens *giltighet.* Rätten uppfattas som en enhet.[96] Detta skiljer dem från pluralistiska rättsuppfattningar vars gemensamma nämnare är kritiken av monismen men också kritiken av frånvaron av en värdeteoretisk diskurs inom den monistiska rättsvetenskapen.

Skiljelinjen mellan monistiska och pluralistiska rättsuppfattningar behöver inte nödvändigtvis skilja sig ifråga om rätten är skapad eller ett objekt med ett väsen som går att utröna. Dessutom finns det många olika pluralistiska riktningar, vissa av dem inriktar sig på rättskälleläran i en snävare mening medan andra studerar rätten i en bredare mening. De senare ser inte rättssystemet som ett system, utan som ett lapptäcke av system eller regelkomplex framvuxna i olika tider med varierande förutsättningar och ideologier. Det ver-

[94] Petersen, 1994, sid. 14. Där hon hänvisar till Dahl, 1987, Gerhard-Teuscher, Ute, Über gegenwärtige und historische Erfahrungen der Frauen mit Recht. Vorüberlegungen zu einer Rechtstheorie für Frauen. Ur *Gesellschaft. Beiträge zur Marxchen Theorie*, Backhaus, H.G. (ed.), Frankfurt am Main 1981, MacKinnon, Catherine, Toward Feminist Jurisprudence. Ur *Toward a Feminist Theory of the State,* MacKinnon (ed.), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1989, Smart, 1989.

[95] Flera naturrättsliga riktningar har haft en indelning av rätten i två eller tre nivåer såsom den gudomliga (eviga) lagen, den naturliga lagen, den positiva lagen. Men den yttersta legitimitetsgrunden är den högsta nivån, alltså *en* – gud, naturen eller förnuftet.

[96] Dalberg-Larsen, Jørgen, *Rettens enhed – en illusion?, Om retlig pluralisme i teorien og i praksis*, Akademisk førlag, Køpenhavn 1994, sid. 13ff.

kar därmed ligga närmre till hands att se rätten som en konkretiserad föreställning än som ett (eller flera) objekt.[97]

Rättslig polycentri är ingen enhetlig teori utan det som förenar denna riktning är den nämnda kritiken av den monistiska rättsuppfattningen, särskilt de rättsrealistiska eller rättspositivistiska teorierna. Vidare är det förenande draget att den polycentriska traditionen återupptar analysen och diskussionen om värden i rättsvetenskapen, vilka den rättsrealistiska och rättspositivistiska rättsvetenskapen avvisat.[98] Därutöver är det troligen en skillnad mellan monister och polycentriker i fråga om världsbild och vetenskapssyn. I denna mening torde min förståelse om olika tankeramar knappast få plats i en monistisk förståelse utan snarare i en polycentrisk.[99]

I en monistisk förståelse av rätten verkar idealet om ett enhetligt, motsägelsefritt system normativt även på deskriptiva framställningar. Det normativa kommer att verka som en tankeram och en utgångspunkt för den juridiska och rättsvetenskapliga verksamheten genom det systematiska sökandet efter det enhetliga, motsägelselösa systemet.

Det gemensamma för de flesta rättsteorierna är, förutom synen på rättssystemet som en enhet, dessutom *varför* den bör ses som sådan. Detta präglar både de naturrättsliga teorierna av senare

[97] Begreppet "rättens polycentri" (eller pluralism) är långtifrån klart och entydigt. Det blev först använt av Henrik Zahle i en artikel 1986 Zahle, Henrik, Polycentri i retskildelæren. Ur *Festskrift till Torstein Eckhoff*, 1986, vilken behandlade en myndighetsspecifik rättskällelära. Senare har två forskningsprojekt startats i Norden med inriktningen Rätt och polycentri, i Danmark 90–93 och i Finland, start 1992.

[98] Se inledningen till Blume, 1993.

[99] Hanne Petersen har gjort den reflektionen att det geografiska området för en monistisk gudssyn sammanfaller med en monistisk vetenskapssyn och rättsuppfattning och detsamma gäller en polycentrisk gudsuppfattning, vetenskapssyn och rättsuppfattning, Petersen 1997. Detta talar för att det rör sig om mycket generella sätt att tänka och förstå tillvaron. När tillvaron i övrigt tyder på att monistiska idéer inte är självklara kan en reduktionistisk, defensiv hållning hos juridiken och rättsvetenskapen, på sikt leda till att rättssystemet förlorar sin betydelse både som beteendestyrande och konflikthanterande och blir ett normsystem utan förankring i tillvaron, som ett separat normsystem svävande i en juridisk intern sfär, ifrågasatt eller kanske bara ignorerat av medborgarna. Med detta vill jag inte lägga någon värdering på om det skulle vara bra eller dåligt. En pragmatisk inställning skulle kunna vara att det är praktiskt om det normsystem som har förutsättningar för att vara internaliserat av en större grupp människor genom att det ges en speciellt stark status, i form av maktapparat, sanktionssystem m.m., kan användas och fås att fungera enligt de värden som hålls högt i ett samhälle.

datum, den systematiserande rättsvetenskapen under 1800-talet i Tyskland och de rättspositivistiska och rättsrealistiska teorierna under 1900-talet. De olika idéerna betraktade rätten som styrd av ett visst inneboende och överordnat mål som genomsyrade hela rätten och betonade dess enhet. Sådana mål kunde förutom en guds eller suverän furstes vilja vara rättvisa, i konnotativ eller distributiv mening, frihet, att främja samhällsnyttan eller ge största möjliga lycka åt största möjliga antal människor.

Den naturrättsliga argumentationen, oavsett om legitimeringsgrunden är gud, naturen eller förnuftet, är abstrakt och tjänar till att göra rätten till en enhet på ett generellt plan, oberoende av tid och plats. I motsats till dessa idéer står de teorier som snarare fokuserar på enskilda nationers rättssystem och frågan om varför de bör ses som en enhet.[100] Till en början är det de teorier som uppfattar rätten som en order given av en suverän härskare.[101]

Enskilda nationers rättssystem är också området för 1900-talets monistiska rättsuppfattningar, vilka inte söker ursprung i en Gud eller en suverän härskare. Legitimeringsgrunden är i stället i t.ex. Kelsens rena rättslära rent inomsystematiskt vetenskaplig.[102] Kelsen stipulerar en grundnorm som den logiska utgångspunkten för hela rätten som en enhet och ett sammanhängande system. Harts "rule of recognition" är mer empirisk och konkret än Kelsens grundnorm men gemensamt för dem är att de båda definierar rätten som en systematisk enhet. Hart gör skillnad mellan primära och sekundära rättsnormer och fundamentalnormen återfinns inom de senare. Den har som uppgift att identifiera de sätt, på vilka regler kan införas, upphävas och ändras och den kan därför ses som en (konkret) princip för vad som kan definieras som rättskälla. Också Alf Ross uppfattar rätten som en sammanhängande enhet och inte som en beteckning för individuella rättsregler. Ross finner ursprunget till enheten i en eller annan form av empiriskt fenomen, ett överin-

[100] Dalberg-Larsen, 1994, sid. 14ff.

[101] T.ex. Thomas Hobbes och senare John Austin. I denna begränsade mening kan rättspositivismen liknas vid dessa idéer, om den givna ordern bytes ut mot lagstiftarens vilja. Lagstiftaren kan emellertid grunda sin legitimitet på en representativ församling. Jämföras kan också idéer om ett kontrakt eller en överenskommelse mellan folket och ett folkvalt överhuvud, såsom de medeltida fridslagarna i Norden.

[102] Kelsen, 1933 och 1967.

dividuellt socialt fenomen i form av en gemensam ideologi som är accepterade eller antagna av de flesta individer.[103] Det är den gemensamma ideologin i ett land som i sista hand grundar enheten som konkret kommer till uttryck i domarna.[104]

På väg mot ett upplösande av distinktionen mellan börat och varat i epistemologiskt avseende kan åtminstone en åtskillnad göras mellan ett deskriptivt och ett normativt element, dvs. rätten som empiriskt faktum och rätten som normativt faktum. Det finns en möjlighet att erkänna en normativ strävan efter enhet samtidigt som en empirisk mångfald eller pluralism accepteras. Många monister kan säkerligen acceptera empirisk pluralism eller polycentri men inte godkänna det axiologiskt/normativt, medan de som kan kategoriseras som polycentriker nog menar att pluralismen är både ett empiriskt faktum och normativt nödvändigt. Jörgen Dalberg-Larsen är en av dem som förespråkar rättslig pluralism och som ställer den i motsats till olika monistiska rättsuppfattningar.[105] Rättspluralistiska teorier står i ett kritiskt motsatsförhållande till uppfattningen av rätten som en enhet.

Aulis Aarnio har kritiserat drömmen om ett perfekt slutet rättssystem.[106] Han menar att med en relativistisk syn finns det inga sådana fenomen som ett slutet rättssystem. Det finns inga riktiga svar på juridiska problem. Juristernas och rättsvetarnas uppgift är att åstadkomma så väl motiverade lösningar som möjligt. Det blir argumentationens uppgift att övertyga auditoriet om dess relevans.

Det går också att uppfatta saken så, enligt Dalberg-Larsen, att rättens enhet inte är en kvalitet inneboende i rätten utan snarare att *enheten frammanats genom en aktiv insats från rättsvetenskapens sida.* Rättsvetenskapens främsta uppgift, menar många, är just att systematisera rätten. För det första genom att ordna gällande rätt i passande systematiska kategorier och för det andra genom att skapa grundlaget för en omfattande systematisk kodifikation av rätten, som skall ersätta den gamla (osystematiska) gällande rätten.[107]

Den moderna rätten uppfattas ha en sammanhängande karaktär,

[103] Ross, 1953, sid. 41.
[104] Jfr Dag Victor. Jfr även begreppet intersubjektivitet.
[105] Dalberg-Larsen, 1994.
[106] Aarnio, 1988, särskilt sid. 16.
[107] Se om systemföreställningarnas betydelse, Strömholm, 1996, sid. 421ff.

som ett system av normer. Sammanhangen i den moderna rättssystemen framkommer, *dels* av att ny lagstiftning ofta skapas i form av sammanhängande lagkomplex, *dels* att rättsvetenskapen söker att fastställa gällande rätt utifrån en sammanhängande, motsägelsefri syn på normsystemet. En tolkningsprincip inom juridisk metodlära är koherensprincipen, vilken lägger vikt vid att tolkning av rättsregler skall ske så att lösningarna stämmer överens med rättsssystemet i övrigt.[108] Koherensprincipen används så att det vid tolkningen av rättsreglerna läggs vikt vid att finna lösningar, som stämmer överens med systemet i övrigt. Koherensprincipen kan naturligtvis användas jämsides med andra tolkningsprinciper och olika rättsvetare lägger olika stor vikt vid de olika principerna. Trots att det är en väsentlig skillnad mellan att se rätten som koherent i sig och att tolkning bör ske koherent, kan följden av ett användande av metoden bli att rätten som objekt även tillskrivs egenskapen att vara koherent. Inte bara fastställandet av gällande rätt styrs av denna syn utan även de mer teoretiska rättsvetenskapliga arbetena. Tendensen att karakterisera rättsliga normer i form av ett system, som dessutom anses vara enhetligt är stark.

5.3.2 Olika typer av systemtänkande

Att se rätten som ett system i någon slags diffus mening är således tämligen grundläggande för jurister. Det behöver visserligen inte innebära, och innebär ofta inte heller, att rätten ses ur ett systemteoretiskt perspektiv. Systemtänkande i rättsuppfattningar och i rättsteorier präglar den traditionella rättsvetenskapen utan att för den skull vara systemteoretisk. *Traditionell rättssystematik* har under flera hundra år sett rätten som ett någorlunda enhetligt system och rättsvetenskapens huvuduppgift har varit just att systematisera och motverka inkonsistenser och att påvisa rättsprinciper och sam-

[108] Om koherenstänkande se flera artiklar i Brouwerred. P.W, m.fl. (eds.), *Coherence and Conflict in Law,* Deventer 1992 samt MacCormick, 1992, sid. 311–330 samt Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1986, sid. 176, 219 och 225. MacCormick och Dworkin skiljer sig åt beträffande mellan vad koherensen bör föreligga. MacCormick menar att enskilda delar i rättssystemet skall hänga samman i en normativ helhet och inte vara motsägande i förhållande till varandra. Dworkin betonar koherensen mellan abstrakta principer i rätten och juridiskt beslutsfattande. Peczenik, 1995, sid. 571ff.

manhang, som säkerställer systemets enhetlighet.[109] Det kan också ses som det som präglar forskning och vetenskap generellt, nämligen att systematiskt söka efter kunskap utifrån en systematik som ger det teoretiska sammanhanget, gör det begripligt och visar vilken kontext det rör sig i. Visserligen är inte all forskning och alla skeden i forskningsprocessen systematiska, men i en generell mening är det trots allt någon form av systematisk kunskap som söks. Att behandla forskningsobjektet, i detta fallet rätten, som ett system, behöver inte innebära att det är enhetligt, slutet, determinerat av systemets strukturer eller premisser. Det kan i stället innebära att rättssystemet är öppet, föränderligt, kontextuellt bundet i både tid och rum och att fokusering sker *både* på strukturella mönster på samhälls- och individnivå. Rättens ideologiska eller normativa funktion verkar på både ett individplan och en samhällsnivå.

Systemteorier var populära, främst på 1970-talet, och det talades om både öppna och slutna system. Rätten åskådliggjordes i olika boxar symboliserande olika delar eller aspekter, ordnade i olika nivåer eller i andra relationer i förhållande till varandra. I den mån rätten framställs som en geometrisk figur på 1990-talet, ses den inte företrädesvis som en låda, utan i stället som en trekant, där hörnen betecknar fakta, normer respektive värden. Tonvikten kan läggas på ett av hörnen utan att existensen eller värdet av de övriga hörnen därigenom förnekas. Rättsekonomi, placerar Pöyhönen i faktahörnet, medan rättsrealismen, Kelsens rena rättslära och han själv koncentrerar sig på normhörnet.[110] Rättssociologin skulle kunna hänföras till faktahörnet. Även inom rättsdogmatiken har t.ex. Sandgren argumenterat för rättsvetenskapens förnyelse bl.a. genom att använda sig av empiri.[111] I värdehörnet återfinns olika naturrättsliga riktningar liksom rättsrationalismen.[112]

Till den traditionella rättssystematiken kan säkerligen den stora delen av jurister hänföras. Jurister i gemen föreställer sig rätten som

[109] Sandgren, 1995–96a, sid. 730.
[110] Pöyhönen föredrag på forskarkurs i Majvik, Finland maj 1996.
[111] Sandgren, 1995–96a och b.
[112] Jfr. Töllborg, Dennis, Law as value, föredrag på IVR konferens i Argentina aug. 1997. Jfr även den domare som vägrade att lämna ut förundersökningsmaterial. Beslutet grundade sig på moralisk, etisk övertygelse och stred mot lagen. Se not. 38, kap 4.

ett system, menar Strömholm.[113] Det handlar om rätten som ett någotsånär avskiljbart system och hur detta system ordnas, dvs. vilken systematik som ligger till grund för en pedagogisk och praktisk uppdelning av rättens olika element. Det behöver inte innebära att föreställningen om rätten som ett system är klart uttalat, att systemet är lätt att definiera, klart avskiljbart eller enhetligt i utförande, principer, mål och värderingar. Det kan i stället innebära att rätten som ett system är en föreställning som vi behöver för att kunna tala om det och för att kunna använda oss av det. På föreställningen om rätten som ett system bygger vi också den vanliga föreställningen om fördelen av strävan efter enhet, efter koherens inom systemet.

I den traditionella rättssystematiken ingår att definiera de ingående delarna. Rättsfilosofer har länge varit upptagna av rättsliga grundbegrepp, såsom en del av den analytiska grenen av rättsfilosofin, vilken bygger vidare på den engelske nyttofilosofen Jeremy Bentham.[114] Rättsliga grundelement har klassificerats och skilts från besläktade fenomen såsom moral och seder och bruk.

Systemtänkandet, alltså inte bara systemteori utan systemtänkande generellt, koncentreras på ett klassificerande, definierande och analyserande av systemets ingående delar. Bland elementen i rättssystemet intar normerna en central ställning. De bestämmer i stor utsträckning det andra centrala elementet i rättssystemet, enligt Eckhoff och Sundby.[115] Normer kan indelas i olika huvudgrupper, nämligen aktiviteter varmed avses lagstiftarens och domarens avgöranden och funderingar, samt vissa förvaltningsavgöranden.[116] Rättsliga normer definieras ofta som rättsliga normer som kan

[113] Strömholm, 1996, sid. 206.

[114] Eckhoff 1991, sid. 11. John Austin (1790–1859) har spelat stor roll i denna riktning vars primära kännetecken är föreställningen om en rätten som tvångsordning med staten som legitimitet. Se Aubert, Vilhelm, *Rettens sosiale funksjon*, Universitetsforlaget, Oslo 1976, sid. 36.

[115] Eckhoff 1991, sid. 12 och 46.

[116] Eckhoff och Sundby skiljer t.ex. mellan internaliserade och systembaserade normer beroende på vilken existensgrund de har. Vidare skiljer de på grund av normernas deontiska karaktär mellan pliktnormer, kompetensnormer och kvalifikationsnormer. Pliktnormerna delas i sin tur in i olika kategorier. Dessutom särskiljer de en särskild typ av kvalifikationsnormer som de kallar riktlinjer. Deontisk = plikt, moraliskt nödvändighet, normativ. Pionjärarbete rörande deontisk logik, den del av logiken som studerar normativa begrepp är Wright, G H von, An essay in *deontic Logic and the general theory of action: with a bibliography of deontic and imperative*

genomdrivas genom användning av negativa sanktioner från statsmaktens sida eller från särskilt utpekade institutioner som t.ex. polisväsendet. Men detta är bara en del av rättsreglerna. Stora delar av den moderna resurs- eller välfärdslagstiftningen har den karaktären att den delar ut resurser, pengar eller annat.[117] På detta sätt blir det frågan om positiva sanktioner för att realisera bestämda mål. Det finns också andra typer av regler, t.ex. privaträttsliga, som knappast kan karaktäriseras som tvångsregler utan att det som skiljer dem från t.ex. straffrättsliga regler förloras.

Normer och normativa föreställningar finns i fler former än de rättsliga. Ofta tas det för givet att det går att skilja på rättsliga och andra normer. Det är inte säkert att det går, menar Eckhoff och Sundby. De tar i stället systemet som utgångspunkt. De bestämmer vilka system som är naturliga att karaktärisera som rättsliga och därefter vilka normer som skall anses höra hemma i de systemen.[118] Dalberg-Larsen menar att rättsregler inte skall definieras efter en viss form utan i stället som varje slags regel som i en bestämd periods rättskälle- och rättsuppfattning betraktas som rättsliga.[119] Med rätt som norm är det möjligt att i en mening avse (även icke-rättsliga) sociala normer som är gemensamma, intersubjektiva, speciellt med hänsyn till innehåll och funktioner. Eftersom staten har monopol på lagstiftning blir det naturligt att se lagstiftningen som påverkad av de politiska förhållandena och värderingarna i samhället, både avseende lagarnas innehåll men också vilken typ av rättslig reglering det blir.

Ordet norm består av två komponenter. Den första är språklig, för att något skall kallas en norm måste det kunna uttryckas i ord. Orden måste ge uttryck för en normativ utsaga. Normerna kan vara både generella och individuella. Normerna kan dessutom få en

logic, Amsterdam 1968. Se även Åqvist, Lennart, *Introduction to Deontic Logic and the Theory of Normative Systems,* Napoli 1987.

[117] Aubert, 1976, sid. 34ff.

[118] Vanligt är att man försöker skilja ut vad som är rättsliga normer till skillnad från andra normer. Så inte här. Det är enklare att skilja ut ett rättssystem från andra normsystem. Vidare blir en norms tillhörighet till ett visst system avgörande för vad för typ av norm det är fråga om. Andra som angripit problemet på likartat sätt är Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2 ed. Oxford 1980, sid. 2 och Peczenik, Aleksander, *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära*, 2 uppl. Norstedt, Stockholm 1988, sid. 215–216.

[119] Dalberg-Larsen, 1984, sid. 23.

normerande verkan, *dels* genom att den internaliseras i individernas egna normsystem, *dels* att de ger uttryck för en viss förståelse av tillvaron och kommer att styra vår förståelse av tillvaron. Verkligheten kan komma att te sig i enlighet med normen.[120]

Normer kan förutom att vara internaliserade också vara systembaserade. Systembaserade normer innebär en acceptans av normerna, beroende på en hållning hos människorna av olika art. Exempelvis kan en person ha ett intresse av att delta i ett spel och följer därmed reglerna frivilligt. Den som vill ingå äktenskap eller adoptera barn får följa de regler som ges för att uppnå önskat resultat. Det kan också vara fruktan för sanktioner eller respekt för auktoriteter. Förhållandet att en norm är systembaserad utesluter inte möjligheten att den också kan vara internaliserad.

Eckhoff och Sundby skiljer mellan normativa, deskriptiva och värde-utsagor. När det gäller värdeutsagor är det, likväl som för de normativa, meningsinnehållet som bestämmer klassificeringen god, dålig, riktig eller felaktig osv. Skillnaden mellan värdeutsagor och normativa utsagor är inte skarp, särskilt inte när det är handlingar som värderas. Det är inte rätt att handla så/ du bör inte handla så. Är det annat än handlingar som skall värderas blir skillnaden gentemot normativa utsagor tydligare. Men normer och värden står emellertid på olika sätt i beroendeförhållande till varandra.

Å ena sidan kan normer vara utgångspunkt för värderingar. En lagregel kan karaktäriseras som god eller dålig, rimlig eller orimlig. Vid värdering av en lag eller ett lagförslag hänvisas ofta till värden som lagen anses som ett medel till att realisera. Ofta kan många olika regler betraktas som medel att värna om samma värderingar. På grund av dessa sammanhang mellan normer och värden går det ofta att bilda sig en uppfattning om hur olika värden prioriteras i ett samhälle genom att studera dess lagstiftning.

Värden som utgångspunkt för normer kan vara t.ex. vad som skall räknas som god affärssed, god arbetsmiljö, saklig argumentation m.m. De ger en nyckel för att förstå värdegemenskap inom en grupp eller i ett samhälle. Att värdenormerna är internaliserade av ett stort antal människor, betyder att det föreligger intersubjektivitet om värdena. Detta kan var en förklaring till den förbluffande stora

[120] Föreställningen att lagen gäller lika för kvinnor och män kan baseras på principen om könsneutralitet i grundlagen, RF 1:2 och 2:16.

grad av enighet bland jurister om vad som är rättsligt relevanta värderingsståndpunkter.[121]

Det har inte ägnats lika stor möda att tränga in i de olika former av sammanhang och samspel som mellan de olika elementen i ett rättssystem och mellan rättsliga och icke-rättsliga faktorer i samhällslivet. Inom traditionell rättsfilosofi har det funnits ett visst intresse för att klarlägga sammanhang mellan de enskilda reglerna i en rättsordning. Men tendensen har för det mesta gått i riktning mot att betrakta rätten som ett statiskt och stängt system, där rätten som ordning betonas, exempelvis i Kelsens rena rättslära.[122] På senare år har emellertid många uppmärksammat dynamiken i rättssystemet och samspelet mellan rätt och samhälle. Generell systemteori har börjat vinna terräng på rättstänkandets område.

En form av systemtänkande är att utarbeta klassificeringssystem och företa logisk analys av normer. En annan form av systemtänkande är att betrakta ett lands rättsordning som ett system av element *mellan vilka* det finns ett *sammanhang*. Sammanhanget mellan normerna betonas, som element i ett system som direkt eller indirekt härleds från en grundnorm, av Kelsen, Hart (rule(s) of recognition) och Raz. Krawietz å sin sida förkastar idén om en grundnorm men betonar samtidigt rättens systemkaraktär. Krawietz bygger i stor utsträckning på synpunkter hämtade från cybernetik och allmän systemteori.[123]

Eckhoff och Sundby betonar sammanhanget mellan normer och aktiviteter på det sättet att aktiviteterna utgör förbindelselänk mellan normerna. De skapar dynamik i systemet och ombesörjer interaktionen med omgivningen. Även Ross, Klami och Frändberg anser att både normer och aktiviteter utgör delar av rätten.[124]

Den form av systemtänkande som jurister och rättsfilosofer sysslat med har främst bestått i att utarbeta idésystem. Ambitionen har

[121] Se t.ex. Dahlberg, Anita, Androcentrin i juridisk utbildning. Ur *Retlig polycentri*, Blume, Peter och Petersen, Hanne, (red.), Akademisk Forlag, København 1993 och Ryberg, Ann-Charlotte, *Domarkarriären*, Juristförlaget, Stockholm 1988.

[122] Fitzpatrick, 1992, sid. 58.

[123] Krawietz, Werner, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden 1984 och Krawietz, Werner, Recht und Moderne Systemtheorie, *Rechtsteorie* 1986, Beiheft 10 sid. 281–309.

[124] Ross, 1953, Klami, Hannu Tapani, *The Rules of Man*, Vammala 1984 och Frändberg, Åke, Om rättsordningars giltighet. Ur *Festskrift till Eckhoff*, Oslo 1986, sid. 323–34.

varit att klassificera rättsliga fenomen vilka i sin tur fungerat som grund för argumentation och slutledningar. Klassificeringssträvandena har lett till en indelning av rättsordningen i olika områden. Den europeiska systematiken har sin grund i de rationalistiska naturrättsteorierna från 1600-t.[125] Denna aspekt av systembildningen har främst en pedagogisk betydelse, som ett medel för orientering bland normerna och för att få överblick över dem.

Systemet har också tjänat som utgångspunkt för begreppsbildning och för den form av rättstänkande som består i att härleda rättsgrundsatser genom deduktion från generella begrepp.[126] Systemet ses överhuvudtaget som ordnat i en viss hierarki, med över- och underordnade normer. Konstitutionella normer anses ha högre valör än annan lagstiftning, där lagar ges företräde framför förordningar. Denna syn på en hierarkisk ordning är företrädesvis resultatet av det systematiseringsarbete som skedde i tysk rättsvetenskap under 1800-talet.

Vilken systematik olika rättssystem har varierar och är ett resultat av olika perioders syn på och behov av systematisering och dess genomslagskraft i det rättsvetenskapliga systematiseringsarbetet. Den tyska BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) från 1900 är ett exempel på strävan efter en strikt hierarkisk systematisering i själva framställningen av lagtexten. Den svenska och den övriga nordiska har visserligen också en hierarkisk uppbyggnad i generella principer varunder kan inordnas alltmer detaljerade regler, men detta märks inte i själva lagtexten. "Den balkindelning som alltjämt är ryggraden i den svenska författningssystematiken över stora ämnesområden utgör i huvudsak en ordning efter praktiska livsområden snarare än en teoretiskt genomarbetad systematik."[127] Balkindelningen är av mycket gammalt ursprung och är speciellt för de nordiska rättssystemen. Balksystemet var fullt utvecklat i de svenska landskapslagarna, men fanns redan i de isländska och vissa norska lagar.[128]

Till skillnad från en traditionell systematik är en *systemteoretisk*

[125] Hugo Grotius (1583–1645), Samuel Pufendorf (1632–94), Christian Wolff (1679–1754).
[126] Wilhelm, 1989, sid. 6f.
[127] Strömholm, 1996, sid. 209.
[128] Modéer, 1993, sid. 38.

ansats en särskild vetenskaplig ansats, rätten analyseras ur ett systemperspektiv.[129] Det finns vissa poänger med en systemteoretisk ansats, men för att berättiga en sådan bör det ge mer än vad som krävs, menar Strömholm.[130] Om rätten i sig själv ses som en modell, blir systemet då en modell av en modell. Att ha ett systemteoretiskt förhållningssätt innebär en större betoning av strukturen eller samhällsnivån. Strukturen eller helheten styr delarna, det tenderar att bli en mer deterministisk syn.[131] Det ter sig problematiskt att få ihop strukturens styrande verkan med potentialen till förändring och den individuella och samhälleliga kraften och viljan. Det systemteoretiska betraktelsesättet blir lätt passivt, delarna styrs av helheten. I detta arbete betonas samverkan mellan de olika delarna som den drivande processen. Detta kan ses som en kombination av ett hermeneutiskt synsätt, med människan och förståelsen i centrum, och en systemsyn där vissa strukturer eller mönster kan skönjas, men de är inte givna eller statiska även om de inom en tankeram är tämligen seglivade. Liksom i många andra distinktioner kan distinktionen i sig ses som ett hinder för eller som styrande för förståelsen. Det är snarare samverkan mellan de olika delarna än delarna i sig som är det centrala.

Systemtänkande enligt en systemteori skiljer sig från det traditionella sättet att se rätten som ett system, genom en betoning av helheten kopplad till en fysisk eller funktionell systemavgränsning. Vidare präglas systemteorin av idén om att helheten är mer än summan av delarna, emergentism. Det sker även en komplex växelverkan mellan delarna. Systemet har vissa funktioner, dvs. mål och syften. Exempel på sådana är systemteorier som ger anvisningar på mål och medel för mänsklig aktivitet, t.ex. religiösa och moralfiloso-

[129] Exempel på systemtänkande inom rättsteorin är i Skandinavien främst Torstein Eckhoff, Nils Kristian Sundby, Dag Victor och David Roland Doublet som företräder en systemteoretisk riktning. Utanför Skandinavien kan Niklas Luhmann och Gunther Teubner nämnas.

[130] Strömholm, 1996, sid. 205.

[131] Detta utmärker de många materialistiska och strukturalistiska perspektiv som präglade en stor del av vetenskapen under främst 1970-talet men även senare. De har å ena sidan gett en förståelse för hur olika materiella och strukturella förhållanden påverkar människans situation, men nedtoningen av människans egen kraft och vilja har lett till en djupt pessimistisk och uppgiven hållning. Mathiesen, 1982, sid. 10.

fiska system, rättsteoretiska system såsom naturrättsläran samt strategisystem som t.ex. legalstrategi. Strategisystemen ger anvisningar om vilka framkomliga vägar som bör följas för att nå bestämda mål.

Niklas Luhmann har gjort den moderna rättens enhetskaraktär till ett huvudelement i sin rättsteori. Han ger övriga företrädare för monistiska rättsuppfattningar rätt i att betona rättens enhet både teoretiskt och normativt, men de har missförstått vad denna enhet beror på och varför den är viktig att upprätthålla. För Luhmann beror rättens enhet inte på förhållanden utanför rätten, såsom domares uppfattningar, grundnormer eller liknande utan endast på rätten själv. Och det är bara rätten själv som kan säkra upprätthållandet av enheten. För Luhmann är rätten att förstå som ett autonomt socialt subsystem, som upprätthåller sig självt som en enhet via stadigt föregående interna rättsliga kommunikationsprocesser. Rättens enhet säkras genom olika selektionsmekanismer (koder och program) som kontinuerligt avskiljer rättslig kommunikation från all annan samhällsmässig kommunikation. Han menar att det är bara en rätt som ses som ett autonomt socialt subsystem, som är i stånd att upprätthålla kontrafaktiska normativa förväntningar. Luhmanns uppfattning är visserligen inte direkt jämförbar med övriga rättsliga systemteorier. Han söker inte rättens ursprung och grund utan dess kunskapsintresse.[132]

Eckhoff och Sundby menar att det är möjligt att uppnå ett adekvat perspektiv på rättens enskilda delar först genom att ta utgångspunkt i rättens systemkaraktär. Vidare är det först genom att fråga efter de kännetecken och processer som karaktäriserar rättssystemet som helhet, möjligt att förstå hur systemet ständigt förändrar sig, men likväl bevarar vissa av sina grunddrag, samt hur det ständigt påverkar och påverkas av sina omgivningar.[133]

Dag Victor anser att det som konstituerar rättssystemet som system är vissa systemföreställningar. För det första har rättssystemet en självständig existens. Grunden för systemet är inte nödvändigt att ta ställning till. För det andra är rättssystemet samman-

[132] Luhmann, Niklas "The Unity of the Legal System". Ur *Autopoietic Law; a new approach to law and society,* Teubner, Gunther, (ed.), Gruyter, Berlin 1988. I denna artikel finns också en bra redogörelse för tidigare tiders syn på vad som betingar rättens enhet.
[133] Eckhoff, 1991, sid. 12.

hängande, konsekvent och analyserbart. Slutligen innehåller rättssystemet svar på alla frågor.[134] Systemföreställningarna har stor betydelse både för den teoretiska analysen och den praktiska tillämpningen, enligt Strömholm.[135]

Det finns många olika systemteorier inom de vetenskapliga disciplinerna och dessutom sådana som gör anspråk på att vara tvärvetenskapliga. Ett exempel på en tvärvetenskaplig systemteori är Den allmänna systemteorin (general system theory), som i själva verket är ett program om brett tvärfackligt samarbete vid studium av olika system.[136] Den präglas av perspektivism, dvs. försök att utifrån olika perspektiv finna samband och strukturer som inte är kända tidigare. Hoppet om att kunna uppdaga nya fundamentala sammanhang mellan olika teorier är en av drivkrafterna i den allmänna systemteorin.

System brukar definieras som en uppsättning enheter och relationer som tillsammans utgör en strukturerad helhet eller en ordnad och avgränsad mängd. Det som binder samman elementen kan, dels vara inbördes relationer mellan dem, dels relationer mellan elementen och något som kan ligga utanför själva systemet. När vi talar om ett systems struktur avses det sätt på vilket elementen är ordnade eller m.a.o. vilka relationer det är mellan dem.[137] En förutsättning för att betrakta något som en helhet är att det går att skilja ut från sin omgivning. Gränsen mot omgivningen behöver emellertid inte vara skarp.

Uppdelningen i objekt- och idésystem kan ha viss relevans. Ett system av fysiska ting eller partiklar benämns objektsystem. Det är ofta fråga om olika naturprodukter. Idésystem är tvärtemot alltid skapade av människor, såsom beskrivningar, teorier, modeller, mönster, planer, program m.m.[138] Idésystem kan ha sin motsvarighet i ett objektsystem eller vara helt teoretiskt och utan verklig

[134] Victor, 1977, sid. 223.
[135] Strömholm, 1996, sid. 202.
[136] Upphovsmannen är Ludwig von Bertalanffy (1901–1972) österrikisk biolog. Andra namn inom den allmänna systemteorin är ekonomen Kenneth Boulding, statsvetarna Herbert Simon, Karl W. Deutsch, David Easton samt sociologen Walter Buckley.
[137] Strömholm, 1996, sid. 203. Jfr teorin om Genussystemet och betonandet av genusrelationen.
[138] Eckhoff, 1991, sid. 21.

motsvarighet. Tillhör idésystemet det förra kan det ha mer eller mindre isomorfi (strukturlikhet) med objektsystemet som det är en avbildning av. Sådan isomorfi kan föreligga mellan rätten som komplex av axiom och normer, vilket kan ses som ett idésystem, och den skrivna lagen eller rättsordningen, som ett objektsystem. Tas dessutom effekten av lagen in, är det möjligt att få en tredelad isomorfi, den axiologiska grunden och förståelsen av tillvaron som ligger till grund för rätten, lagtexten och dess meningsinnehåll samt efterlevnaden i den "verklighet" på vilken rätten tillämpas.

Idésystem som inte är avbildningar av något verkligt kan t.ex. vara matematiska system med hög grad av abstraktion. Det kan också vara system av värderingar, såsom rättssystemet i en mer generell bemärkelse eller i dess normativa funktion. Rätten kan därmed, enligt min mening, ses både som objekt- och idésystem (och det senare både med och utan motsvarighet i ett objektsystem) beroende på vilka frågeställningarna är. Betonas rätten som idésystem är det de värden, axiom, kunskapssyn, epistemologi som ligger till grund för hur föreställningen om rätten formas och hur den normativt kommer att verka som är mest intressant. Med den terminologi som användes i avsnitt 2.6.3 avses de värden som formuleras explicit eller implicit i rätten som idéer eller i intersubjektiva ideal, vilka uttrycks på olika sätt i det politiska, samhälleliga och privata livet. Idéerna överförs genom praktiskt handlande i relationer. Idéerna kan omvandlas till normer men det är inte självklart. Om i stället betoning sker av rätten som ett objektsystem fokuseras den skrivna rätten, det sätt på vilket den tillämpas och vilka effekter den får. Här kan en problematisering ske av huruvida idéerna konkretiseras som normer. De rättsliga normernas genomslagskraft är beroende av om normerna finns som icke-rättsliga eller inte. Frågan om normativ koherens råder mellan idésystemet med mål och värderingar å ena sidan och objektsystemet, dvs. rättsordningen och den skrivna lagen å andra sidan, kan därigenom analyseras på ett normativt plan.[139] På detta sätt kan en utvärdering göras huruvida rättsordningen är ändamålsenlig eller inte.

System som har aktiva element kallas dynamiska även om det inte givet handlar om föränderlighet. Motsatsen kallas statiska.

[139] Jag försöker föra en sådan argumentation i Svensson, 1995.

Idésystem kan vara dynamiska om de i sig själva ger anvisning till att förändringar under vissa omständigheter kan eller bör göras inom systemet. Det behöver visserligen inte vara kausala relationer mellan de element som betingar dynamiken utan i stället normativa relationer. Det innebär att förändringen inte är en självklar följd av att något inträffar. Det är snarare föreskrivet att om något i systemet ändras, bör eller skall åtgärder vidtas för att andra förändringar skall ske. Att systemet kan förändras genom att förkastas eller ersättas av annat gör det däremot inte dynamiskt. Det handlar då snarare om så fundamentala förändringar att ett nytt (dynamiskt) system etableras. Detta kan liknas vid de paradigmskiften som, enligt Kuhns teori, sker då tillräckligt många anomalier talar emot ett paradigm. Inom ett paradigm bedrivs en normalvetenskap som byts ut mot en ny normalvetenskap i ett nytt paradigm.[140]

Ett dynamiskt system bevarar normalt sin identitet även om det sker förändringar i elementen eller strukturen, såvida det inte som sagt, är fråga om så fundamentala förändringar att det upphör att vara ett system eller att det kan sägas ha blivit ett annat system. Vid bedömningen av om så är fallet fästes större vikt vid om strukturen och processen är densamma eller ej, än vid om de enskilda elementen förändrats. Rätten kan ses som ett dynamiskt system men innehåller förutom aktiva element, även statiska eller bevarande element. Just denna kombination av dynamik, eller med Claes Sandgrens terminologi förnyelseförmåga, å ena sidan och bevarande å andra sidan, är väsentlig för rättssystemets funktion att skapa stabilitet. "De trögheter som finns inbyggda i systemet är inte odelat negativa. Systemets uppgift att tillhandahålla en stabil grund för samhällsutvecklingen, som medger förutsebarhet och trygghet i omsättningen, kräver en långsam förändringstakt."[141] Rättssystemet bevarar sin identitet så länge lagstiftningsapparaten och domstolsväsendet består, även om de enskilda lagreglerna ersätts med nya i stor utsträckning. En hög lagstiftningstakt behöver inte innebära en stark föränderlighet av rätten i en principiell eller strukturell mening. Principerna kan vara tämligen statiska även om det materiella innehållet i rätten ändras. Å andra sidan är tämligen stabila grund-

[140] Kuhn, 1997.
[141] Sandgren, 1995, sid. 63.

strukturer och -principer ingen garanti för den stabilititet som trots allt är önskvärd. "Det faktum att rättssystemets grundstrukturer förblivit intakta betyder inte att systemet nödvändigtvis fyllt sin stabiliserande funktion."[142]

Dynamiska system kan vara öppna eller slutna.[143] Det som avgör är huruvida systemet är öppet för påverkan utifrån eller ej samt om det kommer något ut av systemet eller ej. Det som förs in i ett öppet dynamiskt system kallas input eller tillförsel och det som kommer ut output eller produkt. Produkterna kan komma att ge återverkningar på framtida tillförsel. Det kallas tillbakakoppling och den kan vara positiv (även tendensförstärkare) eller negativ (självreglerande). De kan naturligtvis också vara kombinerade. Den positiva tillbakakopplingen kännetecknas av att förändringar skapar tendens till nya förändringar i samma riktning. Vid negativ tillbakakoppling sker det motsatta. Förändringen utlöser här tendenser till förändring i motsatt riktning. Negativ tillbakakoppling gör systemet självreglerande. Motkrafter utlöses när tillståndet närmar sig en av gränserna.[144] Det kan ske inomrättsligt och/eller i kombination med andra icke-rättsliga normer. I oklara situationer kan domstolar välja att förhålla sig extensivt eller restriktivt. Ibland kan "sakens natur", som kan ses som utomrättsliga antaganden om tillvaron men som kan få status av rättskälla i vissa fall, användas som argument för en viss tolkning som verkar utfyllande i den mån lagen inte ger vägledning. I andra situationer kan domstolar välja att förhålla sig restriktivt och snarare inskränka lagens möjliga utrymme.[145] Frågan är vad sakens natur är och vems definition av sakens natur som gäller.[146]

Begreppet tillbakakoppling har inte använts mycket beträffande rättssystem, men enligt Eckhoff och Sundby har det stor relevans.[147]

[142] Sandgren, 1995, sid. 63.
[143] Strömholm, 1996, sid. 203. Eckhoff, 1991, sid. 25f.
[144] Jfr förslag om vårdnadsbidrag. Jfr också Faludi, 1993. Jfr också den debatt som i samband med det s.k. Barnmorskemålet försökte underminera JämO när denne drev ett mål i enlighet med lagen. Dagens Nyheter debatt 96-03-20, 96-03-26, 96-04-04, 96-06-06, Göteborgs-Posten 96-04-09 samt Aftonbladet 96-04-10. För en kort analys av denna debatt se Ulmanen, Petra, Högern och feminismen: nya tendenser i det offentliga samtalet, *Kvinnovetenskaplig Tidskrift* nr 3–4 1996, sid. 98.
[145] Svenaeus, Lena, Varför fick inte prosten tjänsten som kyrkoherde? *Lag & Avtal* Nr 3/97.
[146] Petersen, 1991, sid. 325ff.
[147] Eckhoff, 1991, sid. 26ff.

Normer kan stärkas genom att användas och försvagas genom att inte användas. Normers auktoritet styrks ofta av att de används och förstärkningen ökar sannolikheten för att de skall användas på nytt. Negativ tillbakakoppling kan också leda till reformkrav på så sätt att regeln ändras och de icke önskvärda bieffekterna upphör.

Även i ett slutet system kan det finnas möjlighet till självförnyelse, autopoiesis.[148] Ett autopoietiskt system definieras som ett system som producerar och reproducerar sina egna element genom interaktion. Denna idé som fokuserar på självförnyelse inom rättssystemet finns bland många rättsteoretiker, bla Niklas Luhmann och Gunther Teubner.[149] Rättssystemet kan sägas vara självförnyande bla genom att kompetensnormer tjänar som grund för utveckling av nya normer. Luhmann menar att autopoiesiska system är normativt slutna men kognitivt öppna. Med normativt slutna menar Luhmann möjligtvis, enligt Eckhoff och Sundby, att påverkan på rättssystemet kanaliseras i juridiska former. "...but only the law can change the law."[150]

Kännetecknen för ett rättssystem är enligt Eckhoff och Sundby att det finns en organiserad produktion och auktoritativ tolkning av normer samt en juridisk begreppsapparat, normspråk och profession. Dessa skall vara knutna till statsapparaten, vilken inte bara är begränsad till nationell stat. Trots att rätt och stat är nära sammankopplade är det inte likhetstecken mellan dem enligt Eckhoff och

[148] Autopoiesis är ett begrepp lanserat av den chilenske biologen Humberto Maturana på 1970-t.

[149] Teubner, Gunther, (ed.), *Autopoietic Law; a new approach to law and society,* Gruyter, Berlin 1988. Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system*, Blackwell, Oxford 1993. Eckhoff, 1991, sid. 45. Teubner, Gunther, Hypercycle in Law and Organization: the Relationship between Self-Observation, Self-constitution and Autopoiesis, *European Yearbook in the Sociology of Law* 1988, sid. 43–79, Teubner, Gunther, And God Laughed... Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law. Ur *Critical Legal Thought,* Joerges and Trubek, (eds.), Baden-Baden 1989, sid. 399–434. Luhmann, Niklas, The Self-Reproduction of Law and its Limits. Ur *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Teubner, G. (ed.), Berlin 1986, sid. 111–127. Luhmann, Niklas, The autopoiesis of social systems. Ur *Sociocybernetic Paradoxes,* Geyer, F. and van der Zouwen, J. (eds.), Beverly Hills 1986, sid. 172–192. Luhmann, 1988a, sid. 12–35. Luhmann, Niklas, Closure and Openness. Ur *Authopoietic Law: a new approach to law and society,* Teubner, G. (ed.) Berlin 1988b, sid. 335–348. Luhmann, Niklas, The Sociological Observation of the Theory and Practice of Law. Ur *European Yearbook in the Sociology of Law,* Milano 1988, sid. 23–42.

[150] Luhmann, 1986, sid. 113.

Sundby.[151] Kelsen[152] och Ross[153] anser däremot att så är fallet. Statens monopol att bruka fysiskt tvång för att genomdriva rättsnormerna ses som ett begreppskännetecken för vad som kan definieras som ett rättssystem, enligt Kelsen och Ross. Monopolet består i att rätten reglerar uttömmande vem som har rätt att bruka våld och i vilka situationer.[154] Eckhoff och Sundby ser snarare rätten att bruka våld som ett kännetecken för staten och inte för rättssystemet. Rättssystemet är snarare ett medel för statens monopol att utöva våld.[155]

Eckhoff och Sundby använder ordet rätt i en värdeneutral betydelse. De lägger inga moraliska aspekter på ett rättssystem. Andra rättsteoretiker menar att vissa etiska krav måste vara uppfyllda för att ett rättssystem skall föreligga.[156] Ofta används naturrättsliga argument för detta. Men Eckhoff och Sundby avvisar etiska minimikrav som begreppskännetecken.

Det rättsstatliga rättssystemet kännetecknas av dess formella karaktär och autonomi från andra typer av normsystem. Rätten har i alla fall i rättsstaten i viss mån lösgjort sig från andra samhälleliga normsystem. Rätten ses vanligen som ett relativt autonomt fenomen. Rättssystemet är i stor utsträckning oberoende av andra slags regler och giltighetskällor. Autonomin tillförsäkras bl.a. av att en stor del av rättssystemet skapas avsiktligt genom lagstiftning, att reglernas giltighet i stor utsträckning kan bestämmas utan någon

[151] Eckhoff, 1991, sid. 203.
[152] Kelsen, 1967, sid. 286f.
[153] Ross, 1953, sid. 47.
[154] Kelsen, 1967, sid. 33–37 samt Ross, 1953, sid. 46–47.
[155] Eckhoff, 1991, sid. 204. Staten har monopol på att utöva våld, det är så att säga bara staten som får utöva våld. Våld får inte utövas av andra annat än när lagen medger det. Lagen kan uttryckligen medge att våld utövas eller implicit genom att förekommande våld inte bestraffas. I praktiken utövas mycket våld med statens goda minne. Vid Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens i Peking den 4–15 september 1995 åtog sig medverkande regeringar att vidta en rad åtgärder för att förhindra våld mot kvinnor, "...bl.a. genom att utarbeta eller stärka lagstiftning eller stärka befintlig sådan för att straffa förövarna, oavsett om våldet utövats av staten eller av privatpersoner och att avhålla sig från att åberopa varje sedvänja, tradition eller religiös hänsyn som gör det möjligt att undvika ansvar för våld mot kvinnor." UD 1996, sid. 34. Frågan är om det våld mot kvinnor som framställs i media kommer att fortsätta att skyddas av tryckfriheten.
[156] T.ex. Peczenik, 1995, Fuller, 1969.

hänvisning till etiken eller religionen samt att rättsreglerna tolkas på ett särskilt juridiskt sätt. Den rättsstatliga modellen är visserligen förenklad. Varken i lagstiftningen eller i tillämpningen är det möjligt att frigöra sig från värderingar och från praktiken.[157] Begreppet informell rätt, se avsnitt 4.2.2, är ett sätt att upplösa distinktionen mellan den formella rätten och andra normer, likaväl som åtskillnaden mellan börat och varat.[158]

På ett djupare plan eller i en mer grundläggande mening är rätten beroende av att stämma överens med tankeramens förståelse av tillvaron. I den meningen är värden betydelsefulla, inte bara i den juridiska argumentationen, utan i rättssystemet som helhet.

Aarnio gör skillnad på rättssystem och rättsordning, där den förra anses som mer omfattande och överordnad den senare. Rättsordningen enligt Aarnio är inexakt, motsägelsefull och innehåller luckor. Den torde snarast avse summan av de konkreta rättsreglerna. Han menar att det finns inget sådant fenomen som ett slutet rättssystem. Rättssystemet är beroende av våra tolkningar. Det finns inga riktiga svar enligt ett system. Utan målet är att finna så motiverade lösningar som möjligt. Rätten bygger på olika teoretiska ramar eller grunder samt vissa värden och värderingar.[159] Generaliserbarhetsprincipen är central i den juridiska diskursen. I den praktiska tillämpningen av rätten likaväl som i lagstiftning och i rättsteorier finns en strävan efter generaliseringar.[160] Den sammanhänger med strävan efter normativ koherens. Denna strävan kan göra att vissa värden får företräde framför andra. Vidare tenderar värden att kamoufleras i den rättsliga argumentationen.[161] Dessa värden och värderingar kan vara betydelsefulla i den juridiska argumentationen

[157] Peczenik, 1995, sid. 58f.
[158] Petersen, 1991, sid. 65.
[159] Aarnio 1988, sid. 15f.
[160] Strömholm, 1996, sid. 472ff samt 506ff.
[161] Eckhoff, 1971, sid. 329. Möjliga orsaker till detta är att framhäva beslutets objektiva karaktär och markera att beslutet inte är beroende av personliga värderingar. Att stödja sig på en auktoritet (lagen) innebär att ens eget ansvar reduceras samt att sannolikheten för att beslutet skall respekteras blir större. Eckhoff menar också att ideologin om maktfördelning gör att skapandet av rätt är förbehållet lagstiftaren medan domaren skall verkställa den lag som är given. Risken med att undanhålla värden och värderingar är att de inte kan analyseras och prövas. Därför är det viktigt att synliggöra värden för att kunna argumentera för och emot och pröva dem i ett sammanhang, enligt Eckhoff.

i åtminstone fyra avseenden, enligt Aarnio. Rättskällornas preferensordning samt enskilda premisser i slutledningsschemat är beroende av vår värdekod. Själva begreppet analogi är sammanflätat med värderingar. Att likna är inte detsamma som att vara identisk. Målinriktad argumentation används ofta av jurister då det normala källmaterialet inte på ett tillfredsställande sätt stöder lösningen. Varje målinriktad argumentation förutsätter emellertid vissa värdeståndpunkter. Själva begreppet mål är värdebundet. Ibland har vår moralkod direkt inflytande på våra beslut, t.ex. sociala skäl för abort.[162] Ytterligare exempel är våldtäkts- och misshandelsmål där offrets sexuella historia och beteende diskuteras och får betydelse för utgången, något som inte är fallet i motsvarande mån då det gäller t.ex. en rånad person.[163]

Rätten kan ses som ett komplex av värderingar som uttrycks i normer på olika plan och med olika generalitetsgrad. Rättens formella struktur framställs ofta i en hierarki eller i nivåer. De grundläggande antagandena och värdena placeras längst ner, svåråtkomliga och statiska. Kaarlo Tuori talar om rättsform[164] eller djupstruktur[165] Hos Pöyhönen blir det (bak)grundstruktur eller paradigm.[166] Lars D Eriksson talar om djupstruktur, Strömholm om kompletterande övernormer. Nästa nivå i hierarkin innehåller generella principer, begrepp, tolkningsföreskrifter eller det kitt som håller ihop de olika reglerna, det som gör rätten till ett system. Denna nivå benämns rättskultur av Tuori och Pöyhönen samt ideologisk rättsdogmatisk nivå av Lars D. Eriksson. Pöyhönen använder sig av distinktionen rättordning och rättssystem för att beskriva denna nivå i förhållande till den översta, den ytliga. Rättsordningen måste för att uttrycka rätten som en fungerande normativ helhet transformeras till rättsystem.[167] Slutligen benämns den översta nivån ytnivå enligt Tuori, ytstrukturnivå enligt Lars D. Eriksson och rättsordning av

[162] Aarnio, 1988, sid. 15.
[163] Pohjonen, 1995, sid 218.
[164] Tuori, Kaarlo, Två tolkningar av rättens evolution, *Retfærd* nr 36, 1987, sid. 50. samt Touri, Kaarlo, Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin. Ur *Rättsdogmatikens alternativ*, Tuori, K. (red.). Juridica, Helsingfors 1988, sid. 186.
[165] Tuori, Kaarlo, föreläsning på forskarkurs i Majvik, maj 1996.
[166] Pöyhönen, Juha, Summary i *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu.* Helsinki 1988 samt Tuori, 1988, sid. 186.
[167] Tuori, 1988, sid. 182.

Pöyhönen. Eckhoff och Sundby använder rättsordning och rättssystem synonymt. Flera av dessa begrepp för liknande fenomen stöder sig på bilden av rätten som ett system som schematiskt kan framställas i lådor staplade ovanpå varandra och som ger en förståelse av att det som ligger ytligt är mer lättföränderligt än det som ligger djupt under det andra. Det befäster att det djupt liggande också förblir djupt liggande.

Förutom att framställa rättens olika dimensioner i nivåer förekommer det andra indelningar, t.ex. av Håkan Hydén som delar in olika delar av samhället i olika handlingssystem som är avskiljbara och som har betydelse för rätten, det ekonomiska, det politiska, det sociala, det administrativa och det naturgivna systemet.[168] Hydéns teoretiska modell har, liksom de ovan nämnda nivåindelningarna, många förtjänster.[169] Samtidigt kan modellen, liksom många av de vetenskapliga teoretiska modellerna,[170] kritiseras för att de förenklar eller framställer tillvaron på ett sätt som gör att de för genusrelationen inte är särskilt användbara. De bygger okritiskt på indelningen av samhället i en privat och en publik sfär samt vid-

[168] Hydén och Anderberg, 1995, sid. 223.

[169] Frestelsen att komma med en motbild är stark. T.ex. föreställningen om rätten som en amöba, ständigt föränderlig men ändå innehållande en viss kärna, eller rätten som bestående av tre aspekter, textur, kontur och struktur. Textur skulle då avse den skrivna lagen eller rättsordningen, struktur den ideologiska förståelsen av lagen med hjälp av begrepp, generella principer och tolkningsföreskrifter och slutligen konturen de grundläggande antagandena om varandet och människan, ontologiska och epistemologiska ställningstaganden som påverkar föreställningen om rätten, bl.a. förståelsen av rätten som ett enhetligt objekt och som ett system. Begreppen är hämtade från Kruse, Bjørn, *Den tenkende kunstner, komposisjon og dramaturgi som prossess og metode,* Oslo 1995, sid. 31–32.

Poängen med dessa begrepp framför de ovan nämnda är att de inte framställer de olika nivåerna hierarkiskt. Olika dimensioner är inte placerade ovanpå varandra, vilket i sin tur skapar en illusion av att det är olika lager som en förändring måste tränga ner igenom, först förändras den ytliga nivån, sedan den mellannivån och till slut kan det ske förändringar på djupnivån. Metaforerna, en gravitationsmetafor och en arkeologmetafor, skapar illusionen av ett hierarkiskt system. Men även dessa bilder är normerande och styrande av förståelsen i den stund de sätts på pränt. Bilderna är möjligtvis användbara som ett led i den egna förståelsen och analysen av de bilder som förekommer inom rättsteorierna.

[170] Visuella modeller är betydelsefulla som hjälpmedel i vårt tänkande. Trots att medvetenheten finns om att de är förenklingar och kanske dessutom föråldrade så är det svårt att tänka bort den när man väl sett den, enligt Molander, 1988, sid. 20.

makthåller föreställningen om att den publika sfären är rationell och den privata sfären är irrationell och bemängd med känslor och beroenden.[171] Den andra typen av kritik rör fokuseringen på rätten som system. Systemet blir viktigare än det materiella innehållet. Att rikta uppmärksamheten mot strukturen leder till att de axiologiska grunderna och tillämpningen av dem skyms. Dessutom leder systemtanken alltför mycket till både en empirisk och normativ strävan efter homogenitet, efter likformighet och koherens. Rättsordningen bör, enligt denna strävan, omformas till en fungerande normativ helhet. Konflikter mellan olika värden blir därmed inte synliga och i den mån de är synliga sker en strävan att eliminera eller osynliggöra dem.

"Det är mönstret i flera handlingar som kan vara talande."[172] Mönster kan framträda i en rad händelser eller hos en större grupp människor eller i ett antal relationer. Dessa mönster kan på individnivå eller i enstaka händelser vara helt osynliga, men kan när de placeras in i ett större sammanhang framträda tydligt. Genussystemet, som används som utgångspunkt i detta arbete, är ett försök att se mönster i relationen mellan kvinnor och män på ett strukturellt eller samhälleligt plan.[173] Detta mönster påverkar alla individer på två sätt, dels genom att det är normerande för vår förståelse av vad kvinnor och män är och hur de förhåller sig till varandra, dels genom det sätt på vilket samhället är organiserat rent konkret. Genussystemet kan därmed ses som en strukturalistisk och materialistisk teori, den förklarar strukturens påverkan på människorna. Men den är inte deterministisk utan den rymmer en potential till förändring på individnivå och på samhällsnivå genom att medvetandet om ordningen öppnar en möjlighet till förändring. Det går att förhålla sig till ordningen både som individ och genom lagstiftning eller andra samhälleliga åtgärder. För att kunna förhålla sig till den är det emellertid en förutsättning att genusrelationen synliggörs. Strukturen och dess påverkan behöver kompletteras med och balanseras av redskap i form av metoder och begrepp för synliggörande, medvetandegörande och förändring. De risker som ett

[171] För en kritik av Hydén i detta avseendet se Schömer, 1995.
[172] Haavind, 1985, sid. 18.
[173] SOU 1990:44.

systemtänkande öppnar för, en deterministisk hållning, enhetlighet, betoning av den formella strukturen och väl avgränsade distinktioner och definitioner kan leda till att komplexa sammanhang, nya mönster och förändringar inte blir synliga. Beträffande mönster i genusrelationen är det nödvändigt att se betydelsen av relationen, att se förändringar som sker på individ- och strukturnivå och söka efter *kriterierna för* vad som är relevant och vem som bestämmer vad som är relevant.[174] Om rätten som system och kriterierna för vad som indefinieras utesluter genusrelationens betydelse blir det omöjligt att *inte* kritisera just kriterierna för rätten som system.

5.4 Föreställningen om rätten som rationell

Rationell, i motsats till irrationell, som egenskap hos rätten hör samman med evolutionstanken och det nya som präglar hela tanken om moderniteten, liksom förnuft. Det moderna förnuftet har också beskrivits som manligt i motsats till det kvinnliga. Förnuftet anses liktydigt med vetenskaplig metod, vilken till stor del går ut på sökandet efter lagar och varaktiga samband mellan iakttagbara företeelser.

Rationalitet inom rättsvetenskapen återfinns dels som ett väsen som präglar objektet/systemet rätten i sig, dels som rationell juridisk argumentation. Rationalitetsbegreppet i sig utesluter en stor del av tillvaron. Det är en väsentlig skillnad att se rationalitet som ett i rätten inneboende väsen och att se det som en förordad metod för juridisk argumentation. Rationalitet som inneboende väsen tenderar att bli uteslutande av allt som inte låter sig ses ur rationaliteten. Detta präglar även synen på människan.

Föreställningen om rätten som ett rationellt system hänger samman med föreställningen om vetenskaplig verksamhet som rationell i motsats till irrationell. Rationell har flera betydelser. I detta sammanhang avses detsamma som förnuft och förnuftighet. Som kunskapsteori ställs rationalismen i motsats till empirismen. För en rationalist är det människans förnuft som är vägen till kunskap. För

[174] Haavind, 1985, sid. 19.

en empirist är det i stället iakttagelser av den empiriska verkligheten.[175]

Vad som menas med rationell är inte helt lätt att beskriva. Ofta bestäms det rationella genom att avskiljas från det som *inte är* rationellt, dvs. det irrationella och ovetenskapliga, enligt en avskiljandets logik.[176] Sättet att definiera något genom att skilja ut det från vad det inte är, är typiskt för det moderna samhället, enligt Fitzpatrick.[177]

Rationalitet som något positivt, högtstående och något som präglar vetenskapen, formades allt starkare under förra århundradet. Auguste Comte kan ses som en representant för den på 1800-talet nya vetenskapssyn vilken likställer vetenskaplig metod med förnuft. Sett i ett utvecklingsperspektiv, präglade rationaliteten eller förnuftet det sista stadiet av mänsklighetens kulturhistoria, det positiva.[178] Comte valde termen positiv med motiveringen att positiv betonar det verkliga i motsats till det fiktiva, det nyttiga i kontrast till det skadliga, visshet och harmoni i motsats till den ovisshet som följer med 'diffusa tvivel och oändliga diskussioner', det precisa i motsats till det svävande, det positiva i motsats till det negativa och att den nya filosofin ville bygga upp och inte riva ner. Positivismen och dess rationalitet andades framstegsoptimism, samband, enhet, förutsebarhet, kontrollerbarhet och ordning.[179] Comte använde sig, liksom många av sina filosofiska bröder, också av genusrelationen

[175] Den rationalistiska kunskapsteorin var dominerande från Platon och framåt. Utarbetade filosofiska formuleringar av empirismen kom först under 1700-talet genom de brittiska empiristerna, bl.a. George Berkeley (1685–1753) och David Hume (1711–1776). Aristoteles brukar sättas i motsats till Platon i och med att Aristoteles hävdade vikten av empiriska iakttagelser, men Aristoteles var rationalist på det sättet att trots att empiriska undersökningar var nödvändiga för att komma till insikt, menade han att det är människans förnuft som ger kunskap, en vetenskaps grundsatser måste *inses* vara sanna. Molander, 1988, sid. 91.

[176] Se avsnitt 2.3.

[177] Fitzpatrick, 1992, särsk. kap. 2.

[178] August Comtes (1798–1857) indelning av kulturhistorien var den teologiska, den metafysiska och den positiva. Jfr denna idé med den samtida Charles Darwin (1809–1882) som i sin tur var påverkad av Charles Lyells teori om universums och jordens långsamma förändring i opposition mot den vid den tiden dominerande s.k. katastrofteorin. Comte påverkade både den ideologiska rättspositivismen i Tyskland i slutet av 1800-talet och den logiska empirismen i Tyskland på 1920-talet, liksom Hans Kelsens Den rena rättsläran.

[179] Molander, 1988, sid. 148f.

som en metafor. Det nya förnuftet beskrevs som manligt. Gränsen gentemot och avskiljandet från det kvinnliga (oförnuftiga) upprätthölls på så sätt även i positivismen. Förnuftets nya manlighet skulle ersätta dunkla orsaksbestämningar med ett sökande efter lagar, det vill säga varaktiga relationer som råder mellan iakttagbara företeelser.[180] Förnuftet jämställdes sålunda med vetenskaplig metod.[181]

Rationalitetsbegreppet är starkt kopplat till den tyske samhällsvetaren Max Weber.[182] Rationalitetsbegreppet har fått särskilt stor betydelse inom sociologin och rättssociologin, men har i olika varianter påverkat och präglat olika vetenskapliga discipliner. Weber upprättar en skarp distinktion mellan det rationella och det irrationella och kopplar det till ett evolutionistiskt tänkande där det rationella präglar det moderna samhället och det irrationella präglar det tradtionella samhället. I detta liknar hans distinktioner andra uppdelningar av tillvaron, som t.ex. status-kontrakt, Gemeinschaft-Gesellschaft.[183] Rationaliteten delas in i ett antal olika typer, vilka inte är relevanta här. Det signifikanta som lyfts fram här är i stället avskiljandet av det irrationella, vilket kategoriseras som traditionellt och känslomässigt och som Weber ägnar mycket liten uppmärksamhet. Det har också präglat rationalitetstemat för övrigt. När Weber beskriver rättsutvecklingen som en fortlöpande rationaliseringsprocess värderar han också denna som positiv. Den rationella och formella rätten representerade det sista och högsta rationalitetsskedet.[184]

Rationalitetsbegreppet inom rättsvetenskapen används idag i flera olika sammanhang och betydelser. Pezcenik ställer vissa krav på den juridiska argumentationen, vilken bör vara rationell i meningen

[180] Comte, 1979, sid. 17. Comtes arbete Om positivismen publicerades första gången 1844, Discours préliminaire sur l'esprit positif, och är författarens egen sammanfattning av den positivistiska metod-, samhälls- och reformlära som framställdes i sexbandsverket Cours de philosophie positive 1830–42. För sambandet mellan genusmetaforen och människans (dvs. mannens) förhållande till naturen och kunskapen, se Merchant, 1994.
[181] Molander, 1988, sid. 149f.
[182] Weber levde 1864–1920 och var professor i juridik och ekonomi men betraktas även som sociolog, historiker, religions- och statsvetare. Bondeson, 1979, sid. 7.
[183] Bondeson, 1979, sid. 10 och 16.
[184] Bondeson, 1979, sid. 16f.

(L)ogisk, (S)ammanhängande och underkastad en saklig (D)ebatt, den s.k. LSD-rationaliteten. Med rationell i en vidare betydelse menar Peczenik något som är sammanhängande, genomtänkt, motiverbart, ej tillfälligt, logiskt korrekt, föremål för logisk analys, enhetligt, sakligt och opartiskt.[185] Detta främjar ju också förutsebarheten. Rationaliteten kan dessutom vara formell, alltså opartisk i förhållande till ideologiska, politiska och etiska synpunkter.[186] Rationaliteten kan i vissa fall hamna i konflikt med sig själv, dvs. olika aspekter av rationaliteten kan verka i olika riktningar. Kravet på enhetlighet och förutsebarhet i rättstillämpningen kan ibland få väga tyngre än en rationell argumentation (rationell i detta avseendet får snarast tolkas som logisk analys och korrekthet).[187]

Det är en stor skillnad mellan rationalitet som ett i rätten inneboende väsen eller som en egenskap å ena sidan och rationalitet som en förordad metod för juridisk argumentation å andra sidan. Det förstnämnda handlar om att erkänna rätten ett visst väsende, en rationalitet i själva systemet, som skulle innebära att rätten har tillkommit genom en medvetenhet, en genomtänkt strategi i enlighet med logiska lagar. Att rätten har utsatts för sådana systematiseringar under de senaste århundradena (och vissa enstaka försök tidigare) gör inte att rätten som helhet är tillkommen utifrån sådana överväganden. Snarare har systematiseringarna skett utifrån samtidens förståelse av rätten och eventuellt nya behov som har påkallat en lösning inomrättsligt. Idealet om ett enhetligt motsägelsefritt rättssystem härstammar från ett formellt rättsstatligt synsätt,[188] men har också påverkat förståelsen av rätten som innehavare av ett sådant väsen, det normativa idealet har påverkat deskriptionen av systemet, det har fått en nomerande verkan. Föreställningen om rättens väsen som rationellt är således en separat fråga men interagerar givetvis med den juridiska metoden som rationell. Det är tänkbart med en rättsvetenskap som i enlighet med den juridiska metoden arbetar med att ständigt försöka få rätten att bli mer

[185] Peczenik, 1995, sid. 47, 132, 263, 279, 380, 407, 446, 490f, 498, 509, 627, 658, 676, 696.
[186] Peczenik, 1995, sid. 62.
[187] Peczenik, 1995, sid. 237.
[188] Tuori, 1987, sid. 60.

koherent, trots vissheten om att rätten i sig inte har några egenskaper. Denna strävan efter rationalitet, enhetlighet och normativ koherens verkar starkt bidra till att upprätthålla föreställningen om rätten såsom varandes rationell, trots att det inte är givet. En sådan rättsuppfattning, som företrädesvis bygger på en monistisk rättsuppfattning, har kritiserats från flera håll. Kritiken kan tolkas som riktad mot ensidigheten och den okomplicerade synen på rationalitetens innebörd som given och positiv. Mycket av denna kritik sker utifrån olika pluralistiska uppfattningar eller från feministisk rättsteori och från kvinnorätt som ifrågasätter just rättens anspråk på att vara rationellt i betydelsen enhetligt och koherent. I själva verket hävdas att denna rättsuppfattning kan karaktäriseras som uteslutande en stor del av den mänskliga förståelsen. Den haltar, är klart ensidig och blind. Det finns en norm och allt som inte stämmer med den är avvikande.[189] Det liknar Webers definition och hanterande av det rationella. Allt som är irrationellt placeras i diffusa kategorier av traditioner och känslor som hänförs till det mänskliga livets privata delar vilket därmed historiskt sett kopplats ihop med kvinnors ansvarsområde och kvinnligheten, medan det rationella i olika former föreställs prägla det publika området, ekonomin och kontrakten mellan fria, jämlika män(niskor).

Detta tydliggörs inte så länge rättsvetenskapen endast sysslar med inomrättsliga spörsmål, att fastställa vad som är gällande rätt. Systemet ger i sig sina egna förutsättningar och kvalifikationskrav och avgör vad som utesluts som ickerättsligt och ovetenskapligt. En analys av systemet och dess självklarheter eller axiomatiska ställningstaganden kan leda till att självklarheterna inte längre är så självklara.[190] Ett försök i denna riktning är den alternativa jurisprudensen[191] vilken analyserar och kritiserar de rättsliga begreppen, teorierna, dogmatiska konstruktionerna, argumentationsmodellerna, dvs. strukturen. Kritik av rätten ur ett marxistiskt perspektiv

[189] Naffine, 1990. Tuori, 1987, sid. 51, "det standardiserade genomsnittssubjekten".
[190] Tuori placerar självklarheter och axiomatiska ställningstaganden på djupstrukturnivån. Tuori, 1987, sid. 51.
[191] Eriksson, 1980.

förekom särskilt under 1970-talet.[192] Den kritiken saknade emellertid kön/genus som relevant faktor, med vissa undantag.[193] För att analysera självklarheterna och särskilt deras betydelse för obalansen i förhållande till genus behövs ett axiomatiskt studium av hela rättssystemets grundvalar i ett föränderligt perspektiv där just gränsdragningarna och de historiskt överförda föreställningarna blir centrala. Vetenskapens interna styrmekanismer, dvs. alla de outtalade värderingar som finns i alla led av forskningsprocessen från problemval till resultatanalys, utesluter betydelsen av genus genom t.ex. föreställningar om rationalitet, objektivitet och kunskapens universalitet.[194] 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.

5.5 Föreställningen om rättssubjektet som könlöst

Individen i rätten ses som i huvudsak fri, jämlik, oberoende och utan genus. Denna syn präglar dagens rättsförståelse. Historien tydes utifrån det som vi idag ser som viktigt. Det som uppenbarligen inte är comme-il-faut idag utesluts helt enkelt. Därmed osynliggörs att dagens rättsförståelse bygger på en grund som är klart genusrelevant, både i metafysisk och konkret mening.

Tidigare legitimerades ordningen med hänvisningar till kvinnans och mannens olika natur, idag legitimeras ordningen med hänvisning till genus irrelevans. Det finns motreaktioner, t.ex. en biologism som försöker legitimera och förklara samhälls- och genusordningen i biologiska termer. Två olika rationaliteter har också formulerats, den manliga rättviseetiken och den kvinnliga omsorgsetiken. De är lika snäva och självuppfyllande som biologiska resonemang. I stället bör genus rele-

[192] T.ex. Eklund, Per, *Rätten i klasskampen, En studie i rättens funktioner,* Norstedt & Söner, Stockholm 1974, Hydén, Håkan, *Rättens samhälleliga funktioner*, Studentlitteratur, Lund 1978, Sandström, Torsten, *Privatjustis mot anställda,* Juridiska Föreningen, Lund, 1979, Widerberg, 1980, Bruun, 1979.

[193] Karin Widerberg är ett undantag. För kritik av bristen på könsmedvetenhet, se brevväxlingen mellan Tove Stang Dahl och Lars D Eriksson. Eriksson, Lars D, Rätten och juristerna i framtiden. Visioner och utopier, samt Dahl, Tove Stang, Svar till Lala om kvinnerne, retten og juristerna nå og i framtiden, *Retfærd* nr 28 1985.

[194] Ds 1996:26, sid. 11.

vans ses som en viktig faktor i samhällsordningen. Maktaspekten i relationen både på ett strukturellt och ett individuellt plan måste synliggöras (genussystemet) som ett sätt att organisera samhället. Genusrelationen kan också användas för att organisera ett samhälle som säger sig ha ambitionen att kvinnor och män skall vara jämställda.

En föreställning om rätten som rationell i betydelserna förnuftig, opartisk, objektiv, logisk, enhetlig, sammanhängande och konsekvent samt betonandet av den formella rationaliteten innefattar också en syn på subjektet, människan, som en könlös individ som är fri och jämlik. Denna rationalitet, den könsneutrala, präglar både den rättsstatliga och den välfärdsstatliga traditionen. Den präglar dagens rättsliga självförståelse och den präglar dagens förståelse av tidigare rättsuppfattningar. Könsneutraliteten ges förklaringsvärde med hjälp av den universalistiska kunskapssynen. Det *könsneutrala* sättet att läsa klassikerna är det mest förekommande i våra dagar.[195] Därmed blir det inte synligt att en stor del av dagens rättssystem och regleringen av de politiska och medborgerliga fri- och rättigheterna är framsprungna ur en tid där könet var högst relevant, även formellt och explicit. Tanken om samhällsfördraget ersatte tanken om det patriarkala samhället i den del av samhället som kom att definieras som publik, däremot inte i det privata där det patriarkala systemet levde kvar. Samhället delades upp i en publik och en privat sfär, där den publika individen var man och den privata var kvinna.[196] Detta rättfärdigades med den tidens teorier med förklaringsvärde. Kvinnorna placerades i den privata sfären med hjälp av naturliga, historiska eller vetenskapliga teorier och metaforer.

Kön hade således relevans vid den tiden då de axiomatiska ställningstagandena för det rättssystem som vi fortfarande har kvar formulerades. Att kön i dag inte har någon formell rättslig relevans annat än i undantagsfall gör det därigenom inte ointressant att analysera rätten och dess axiom med kön eller genus som kategori eller relation. Människouppfattningen hos liberalismens klassiker, t.ex. Hobbes, har karaktäriserats som individualistisk, rationell och

[195] Nousiainen, Kevät, Den universellt fria kvinnan? *Retfærd* Nr 49, 1990, sid. 6f. Det finns undantag, bl.a. Carole Pateman, se t.ex. *The sexual contract.* Polity Press, Cambridge 1988, och Jean Bethke Elshtain, Ngaire Naffine, Susan Moller Okin.
[196] Elshtain, Jean Bethke, *Public man, private woman: woman in social and political thought,* Princeton University Press, 1981.

egoistisk. Det kan också uttryckas som att "(i) den offentliga sfären är människorna rationella och förstår sin egen fördel. Området för det offentliga och förnuftet finns till som försvar mot det privata, i vilket det okontrollerade och godtyckliga begäret dominerar. Offentligt talar vi det gemensamma förnuftets språk och lever underställda lagarna. Det privata domineras av de irrationella begären. Då kvinnorna inom det samhälleliga tänkandet under 1600- och 1700-talet förnekades en offentlig identitet, var kvinnans röst därför ofrånkomligt det privata, irrationella begärets röst."[197]

Kvinnorna anses inte ha deltagit som parter i samhällsfördraget och de sågs inte som offentliga rättssubjekt. Men de hölls inte heller utanför samhället utan ingick i en speciell sfär, i den privata, "...till vilken de politiska rättigheterna, likställighetens och frihetens bestämningar inte når."[198] Kvinnans viljefrihet och möjligheter att ingå avtal begränsade sig till äktenskapsavtalet, i vilket hon avsade sig sin självständighet och blev underordnad mannen.[199]

Det rättsystem vi har idag behöver inga teorier som legitimerar kvinnans speciella ställning. I stället nedtonas relevansen av kön, lagstiftningen är formellt könsneutral. Men synen på människan är i själva verket densamma som tidigare förekom i den klassiska liberalismen, rationell och egoistisk i första hand, en manlig människa i den publika sfären. Tidigare uttrycktes klart och tydligt att det gällde den manliga delen av befolkningen. Kvinnorna antogs vara av en annan natur, altruistiska och formade av nära, privata relationer. Den ensidiga betoningen av den förstnämnda människosynen, den rationella individen, märks i moderna rättviseteorier,[200] trots att vetenskapen, genom feminismen, synliggjort den tidigare ansedda kvinnliga etiken, den s.k. omsorgsetiken.[201] Synen på människan som rationell präglar trots detta fortfarande de subjekt som är modeller inom vetenskaplig verksamhet, såsom homo rationalis-

[197] Nousiainen, 1990, sid. 9.
[198] Nousiainen, 1990, sid. 10.
[199] Det råder emellertid delade meningar om detta var kvinnans val eller om äktenskapet i själva verket var ett avtal mellan män, kvinnans giftoman och den blivande mannen.
[200] T.ex. John Rawls rättviselära och utilitaristernas nyttomaximering.
[201] Dessa könsbundna egenskapstyper återfinns också i flera feministiska teorier, t.ex, Gilligan, 1982. Den "manliga rättviseetiken kompletteras med en kvinnlig "omsorgsetik". Se också Kymlicka, 1995, kap. 7.

mus, homo economicus, bonus pater familias etc.[202] Även om dessa subjekt är fiktioner och idealtyper är de redskap och utgångspunkter för hur förståelsen av tillvaron tolkas. I rätten finns den liberala människan, den offentliga, fria, jämlika, könlösa som en del i idealet om den rationella rätten.

Den "manliga" rättviseetiken och den "kvinnliga" omsorgsetiken ställs emot varandra som två typer av rationaliteter. Denna dikotomisering i två av varandra uteslutande rationaliteter, är en följd av den ensidiga människosyn som präglade rättsstaten i dess början och som fortfarande präglar en stor del av förståelsen av tillvaron. Konsekvensen av distinktionen mellan manligt och kvinnligt genom uppdelningen i publikt och privat är att män och kvinnor kommit att förknippas med olika sätt att tänka och känna.[203] Konsekvensen kan också bli att kvinnor och män förstås som essentiellt olika.

Frågeställningen om könens likhet eller särart har sysselsatt många och återkommer ständigt i olika versioner. Likhet (eller samart) och särart är en distinktion på ontologisk nivå, de är föreställningar om könens "verklighet" och vara.[204] Samart kan definieras som ett undvikande av distinktionen manligt/kvinnligt och ett avståndstagande av egenskapsdiskussioner och "väsenden" överhuvudtaget. Individen är den viktiga och självklara huvudpersonen. Egenskapslikhet betonas inte, utom på en viktig punkt, nämligen förmågan att tänka, intelligensen, förståndet, huvudet. Denna individuella mänsklighet kan visserligen ha en tydlig manlig form. "Vad samartsargumentationen betonar, är emellertid huvudets primat framom könets, samtidigt som den avvisar alla idéer om en särskild förbindelselänk mellan könet och hjärnan."[205] Denna samartssyn bygger på en omöjlig förutsättning, nämligen att det går att skilja på olika delar av människan. En del av kroppen har inget med en annan del att göra. Individen är inte man eller kvinna i första hand utan en individ som råkar ha ett kön som inte påverkar andra delar av kroppen. Risken med samartssynen är att kvinnor hamnar i

[202] Jfr också Bourdieu, Pierre, *Homo Academicus*, B. Östlings bokförlag Symposion, Eslöv 1996.
[203] Kymlicka, 1995, sid. 263.
[204] Hirdman, Yvonne, Rosa Mayreders stora förtvivlan. En analys av det kvinnovetenskapliga dilemmat samart – särart. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 2 1992. sid. 43f.
[205] Hirdman, 1992. sid. 43.

det s.k. kvinnoideologiska dilemmat.[206] Detta dilemma är just resultatet av en människosyn med en individ som är könlös men impregnerad av ett manligt synsätt. Kvinnor ställs inför frågeställningen om de är människor eller kvinnor i första hand, eftersom de inte riktigt passar in i bilden "människa". För flertalet män, om än inte alla, blir problemet inte aktuellt då de i stort sett överensstämmer med definitionen av människa.

Med särart menas att utgångspunkt tas i könet och en uppspaltning görs av egenskaper i typiskt kvinnligt och typiskt manligt utifrån konkreta föreställningar om könens utseende och "funktion". Särartssynen behöver inte lägga någon värderingsaspekt på könens särart. Särarten kan enbart innebära att det finns kvinnor och män, medan egenskaperna som kopplas till könen inte behöver vara olika eller kan variera i olika samhällen, de kan anses vara medfödda eller förvärvade i en social, kulturell kontext. Vanligen bedöms egenskaperna vara olika av naturen, komplementära och kopplade till moderskap och faderskap.

Begreppen samart – särart är relativt klara och måhända utan värderingar av det ena eller det andra. Det intressanta är att se i vilken kontext de placeras.[207] Det är således ingen given direkt koppling mellan ontologisk nivå och hur denna syn rent praktiskt kommer att formuleras. Frågan är om inte dikotomin särart – samart är konstruerad av ett samhälle som bygger på synen att det finns en mänsklig individ. Vid ett studium av egenskaperna hos gudarna/gudinnorna i t.ex. den fornnordiska mytologin eller den grekiska mytologin, tydliggörs en rikedom i egenskaper, både manliga och kvinnliga enligt vår tids sätt att se, hos gudar av båda könen.

[206] Hirdman, 1992. sid. 43f.

[207] Se t.ex. Kulick, Don (red.), *Från kön till genus, kvinnligt och manligt i ett kulturellt perspektiv*, Carlsson, Stockholm 1987, där sex socialantropologer diskuterar könsroller och föreställningar om manligt och kvinnligt. Begreppen kvinnligt och manligt betraktas som symboler, som ges innebörd och värde inom varje kultur och som därför är kulturspecifika. Författarna är överens om att genus och uppfattningar av och uttrycksformer för sexualitet är kulturella föreställningar som har ytterst lite, om någonting alls, att göra med biologi. Det finns ingenting "naturligt" i synen på kvinnligt och manligt, om man menar utanför samhällets och kulturens påverkan. "Samhällets och kulturens påverkan utgör grunden för våra mest "naturliga" uppfattningar och når även våra mest privata njutningar.", sid. 8. Jfr även Mead, Margaret, *Kvinnligt, manligt, mänskligt, en undersökning av tre primitiva samhällen*, 6 uppl. Bonnier, Stockholm 1970.

Distinktionen kan avvisas som irrelevant, vi kan inte veta om könen är olika från början eller om de blir det genom det praktiska livet.[208] Risken med särartsidén är att den har en tendens att för det första överbetona könsskillnader och per definition bestämma *varje* man eller kvinna enligt mäns och kvinnors generella särdrag. För det andra kan den användas normerande, dvs. eftersom könen är olika bör de också ha olika uppgifter, män och kvinnor kan inte förstå varandra eftersom de pratar olika språk, de uttrycker känslor på olika sätt och de passar för olika arbetsuppgifter osv.[209] Steget från detta till en olika värdering och t.ex. löneskillnader, olika ansvar för obetalt och betalt arbete behöver inte vara långt. Risken med likhetstanken är å andra sidan att olikheter osynliggörs i strävan efter att upprätthålla likhetsidén. Generella olikheter i genusrelationen som historiskt överförd konkret och symbolisk ordning kan bortförklaras med individuella förklaringar och avvikelser från det normala.[210]

I stället bör relationen mellan genusen, dvs. hur de förhåller sig till varandra, placeras i fokus. I alla samhällen finns det olika kön men vad det innebär att vara man eller kvinna varierar i avsevärd grad.[211] Distinktionen verkar snarare stigmatiserande och styrande för hur individerna formas i den genusformerande processen. Om kvinna och man definieras i förhållande till varandra och dessutom ordnas i en hierarkisk ordning, individuellt och samhälleligt, är det snarare denna relationella ordning som framhålls i detta arbete. Med en sådan förståelse blir det tydligt att *både män och kvinnor*, är både individer och sociala människor med känslor, beroenden och omsorg. I den rättsliga självförståelsen behöver båda dessa aspekter få genomslag. Det räcker inte heller med en formellt könsneutral rätt som främst riktar sig mot individerna då det är i relationen

[208] För samarts-särartsdiskussionen, se vidare Hirdman, 1992. Lindholm, Margareta, *Talet om det kvinnliga. Studier i feministiskt tänkande i Sverige under 1930-talet.* Monograph from the Department of Sociology, no 44, University of Gothenburg 1990.

[209] Jfr den s.k. sociobiologismen och den mängd litteratur och de många tv-program på senare år som handlat om hur olika män och kvinnor är och hur svårt, om inte omöjligt, det är att kommunicera. T.ex. Gray, John, *Män är från Mars, kvinnor är från Venus*, Bromberg, Stockholm 1992.

[210] Jfr. Haavind, 1985, sid. 19.

[211] Se t.ex. antropologen Mead, 1970.

mellan genusen som ojämställdheten finns. Det är ingen brist eller svaghet som finns i det ena eller det andra könet, vilket den formellt könsneutrala utgångspunkten kan få det att se ut. I stället döljer den formella könsneutraliteten att rätten utrycker en ensidig förståelse och erfarenhet samt i själva verket avskiljer det som avviker.

Den officiella bilden av rätten är att den är ett opartiskt neutralt och objektivt system för att lösa vissa sociala konflikter som definieras som rättsliga. Skilt från politik, moral och 'tyckanden' sysslar rätten med fakta och att söka sanningen i allt som läggs fram för dess prövning. Den grundläggande eller huvudsakliga opartiskheten hos den dömande makten är föreställningen om en rättvis behandling av alla inför lagen, oavsett klass, ras, kön och religiös uppfattning.[212] Själva idén om rättens opartiskhet och objektivitet förutsätter att det går att skilja på objektivitet och subjektivitet, på opartiskhet och partiskhet, på rationalitet och irrationalitet, på förnuft och känslor, på abstrakt och konkret. Detta dualistiska tänkesätt kombinerat med en normativ värdering som värderar den ena sidan som "bättre" eller mer "rationell" och "vetenskaplig" än den andra döljs av detsamma. Föreställningen om rättens inneboende neutralitet och rationalitet döljer betydelsen av värden i rätten. Den normativa dualismen utesluter och osynliggör uteslutandet, menar MacKinnon.[213]

Det moderna rättsformella tänkandet baserar sig på en likhetens eller det identiskas logik,[214] vilken i själva verket således utgör en avskiljandets logik.[215] Rättsutövandet och statens myndighetsutövning har en mask av opartiskhet och neutralitet. Men själva idén om neutralitet förutsätter i själva verket att det finns olikheter. Det identiskas logik ..."jämställer genom att jämföra avvikelserna med normen. Denna logik lösgör de fragmenterade och kontextbundna subjekten till autonoma bärare av rättigheter och skyldigheter och kräver lika utseende. I motsats till detta uppställer skillnadens, differensens logik som enda etiska krav att lyssna till den andras stämma, att identifiera skillnadernas och polis/subjektets/rättens fragmentering i egots brister. Det finns inte någon Sedlighet utan

[212] Jfr RF 1:2, 2:15-16.
[213] MacKinnon, 1991, sid. 17.
[214] Se t.ex. Hirvonen, 1992. Naffine, 1990.
[215] Se avsnitt 2.3.

olika sedliga positioner, olika försök att hela sår, avhjälpa brister och sammanjämka konflikter. Den etiska verksamheten bygger på att i sig själv identifiera såret, bristen, förlusten och gälden. (...) Genom denna identifiering visar sig det identiskas projekt (socialism, humanism, fascism etc) omöjligt och livsfarligt."[216]

Förenklingen har medfört att motsatserna värderas olika, att *den ena* sidan fått utgöra normen medan *den andra* har definierats som avvikare och därmed som partikulär. Rätten tar inte hänsyn till skillnaderna och differenserna utan är utformat efter en norm, den ena sidan i motsatsparet. Den framstår som allmängiltig, som universell, till skillnad från den andra, avvikaren.

Normen eller det standardiserade genomsnittssubjektet[217] är en produkt av kontexten och den produkten präglar i sin tur förståelsen av vad som är normen. Normen är inte explicit, tvärtom ger rätten själv sin könsneutrala karaktär. Men normen blir tydlig "...by reading between the lines of the law books, by examining the principles, the concerns and the values espoused by the law and those who interpret it, that we can begin to discover some of the key qualities which define the human being in legal thought. ... the legal model of the person implies a man, not a woman..."[218]

Jämställdhetslagen (JämL) kan ses som ett exempel på den paradoxala könsneutraliteten. Det är i stort sett endast i den lagen som kön görs tydligt och explicit i svensk rätt. Det är emellertid inte genusrelationen som konkret och symbolisk ordning som görs tydlig utan den individuella relationen mellan en man och en kvinna. Könsdiskriminering enligt JämL sker endast mellan två individer av olika kön. Lagen tar inte hänsyn till hur genusrelationen som konkret och symbolisk ordning ter sig, annat än som bakgrund till syftesbestämningen i lagen. Men även denna relation tonas ned. Det är kvinnor som mest är i behov av insatser och skydd.[219] Om genusrelationen som en konkret och symbolisk ordning, just här och

[216] Hirvonen, 1992, sid. 24.
[217] Tuori, 1987, sid. 51.
[218] Naffine, 1990, sid. XI.
[219] JämL 1 § 2 st "Lagen siktar till att förbättra främst kvinnornas villkor i arbetlivet." Bakgrunden till det är att kvinnor utifrån ett jämställdhetsperspektiv typiskt sett är mest i behov av de insatser och det skydd som lagen innehåller regler om. Kvinnor som grupp har alltså i praktiken ofta ett sämre utgångsläge i arbetslivet än män, bl.a. på grund av ett större ansvar för hem och barn. Laurén, 1992, sid. 80.

nu, visar att kvinnor i relation till män har mindre makt eller att kvinnor är underordnade män i lönehänseende eller på något annat sätt, kan kvinnors situation knappast förändras utan att männens situation förändras. Makten, lönerna eller villkoren i övrigt är knappast några fasta värden, där den ena partens villkor är konstanta medan den andra partens villkor förbättras. Det är tvärtom *en relation*, där den ena partens *förbättrade* (i någon mening, t.ex. mer makt, högre lön, mindre ansvar för obetalt arbete) förhållande till den andra parten måste medföra att den senares situation *försämras* (jämfört med det som för den andra förbättrades) i förhållande till den första parten. När det gäller vad som är förbättringar och försämringar kan självklart inte den värderingen vara objektiv. Här avses att den ena partens situation förändras och att den måste *motsvaras av* en förändring i den andra partens situation.

Könet har under 1900-talet alltmer förlorat i betydelse och lagstiftningen har blivit alltmer könsneutral. Samtidigt med denna utveckling växte kraven på att lagstifta mot diskriminering på grund av kön. "Kön *införs* därmed åter som ett grundläggande kriterium – men nu i syfte att kön inte ska tillmätas betydelse."[220] Jämställdhetslagen blir i enlighet med detta könsneutral trots att det är den i allra högsta grad könsrelevanta "verkligheten" som påkallar ett behov av en jämställdhetslag. Det är detta som är paradoxen, ett rättsligt erkännande av en ojämn relation leder till att ojämnheten inte åtgärdas, utan konserveras genom en könsneutral lag som dessutom verkar normerande på det sätt att ojämnheten osynliggörs. Kvinnor definieras som en svag grupp vars villkor behöver förbättras, 1 § JämL. Trots detta utformas lagen könsneutralt. De "instrument" som lagen tillhandahåller för att underlätta för den skyddsvärda individen används dessutom inte så kraftfullt som skulle kunna göras. Förbudet mot könsdiskriminering vid anställning m.m. i 16 § JämL har utformats som en presumtionsregel, dvs. ett slags bevisbörderegel. Presumtionsregler är ovanliga i lagstiftningen och den formen används bara när det är möjligt att förutse betydande bevissvårigheter för den som har bevisbördan och när det dessutom föreligger ett från allmänna utgångspunkter berättigat skyddsintres-

[220] Dahlberg, Anita, Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg, Gudrun, (red.), Iustus förlag 1995, sid. 25.

se (dvs. skyddsintresset som anges i 1 § 2 st, det är främst kvinnornas villkor i arbetslivet som skall förbättras.).

Jämställdhetspolitiken har, nu och för överskådlig tid, en naturlig tonvikt på att förbättra kvinnornas villkor på arbetsmarknaden. Det är således fråga "...om att ytterligare förskjuta maktbalansen mellan könen till kvinnornas förmån."[221] 1 § skall ses som en programförklaring om ändamålet med lagen, inte att män och kvinnor vid tillämpningen skall behandlas olika. Detta blir en paradox.[222] Maktbalansen ses som ojämn till kvinnors nackdel, syftet med lagen är att rätta till missförhållandet men det görs med hjälp av en könsneutral lagstiftning.[223] Det ter sig som en omöjlighet, men blir fullt möjligt rättsligt genom en rad drag i föreställningen om rätten. För det första anses rättssubjektet vara en individ och inte en grupp eller ingående i en relation. Maktbalansen mellan könen är inte bara individuell utan snarare och kanske t.o.m. i första hand strukturell. JämL reglerar endast könsdiskriminering i det individuella fallet. En kvinna måste jämföras med en man och vice versa.

Eftersom föreställningen om rättssubjektet är att det är könsneutralt, blir det på samma gång irrelevant vilka kön jämförelseobjekten har. De primärt strukturella skillnaderna kan knappast åtgärdas med ett individuellt könsdiskrimineringsförbud. I den individuella situationen är det vidare lätt att bortförklara varför en person inte fick ett arbete samt skillnader i lön eller villkor i övrigt, med andra "icke-könsrelevanta" faktorer. Det finns oftast något speciellt i varje situation som kan motivera varför förhållandena är på ett visst sätt.

De strukturella skillnaderna kan i viss mån åtgärdas genom reglerna om aktivt jämställdhetsarbete, vilket i och för sig förutsätter en positiv inställning och vilja hos parterna. Rätten i sig tvingar inte fram en utjämning på strukturell nivå utan förutsätter att värdet jämställdhet även präglar parterna på arbetsmarknaden och har konkretiserats i normer som ligger till grund för arbetslivets organi-

[221] Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag m.m., sid. 7.
[222] Dahlberg, 1995, sid. 26.
[223] Ändamålsbeskrivningen infördes 1992, medan presumtionsregeln fanns med från JämLs tillkomst 1980. Det bör betonas att ändamålet med lagen inte har någon relevans vid bevisvärderingen. Här tar jag mig friheten att analysera JämL på ett mer generellt, principiellt plan, som möjligtvis kan beskrivas som legalstrategiskt.

sering i en vid mening. Ytterligare ett drag i den rättsliga föreställningen är den gräns som antas finnas för vad som är rättsligt relevant och för vad som tillhör det rättsliga området. Genom att undvika att reglera rättsligt eller genom att göra lagen dispositiv, överlåter rätten till andra normer att styra förhållandet. Om bakgrunden till JämL var ett ojämnt maktförhållande mellan kvinnor och män, på arbetsmarknadens område, blir det något absurt om det lämnas till arbetsmarknaden att komma till rätta med det ojämna maktförhållandet. Detta osynliggörs genom upprätthållandet av skiljelinjen mellan börat och varat, eller mellan rätten som normativt system och verkligheten.

Könsdiskrimineringsförbudet i 16 § har inte kommit att tillämpas på det sätt som lagstiftaren tydligen avsett, dvs. att underlätta för en arbetstagare att föra en talan om könsdiskriminering. Lagen som sådan utgår, som nämnts, från en empirisk kunskap att maktbalansen mellan könen är ojämn. Intentionen måste för det första anses vara att underlätta en förändring av maktbalansen på ett strukturellt plan. För det andra är intentionen att underlätta för den individ som anses ha ett berättigat skyddsintresse att utjämna de ojämna villkoren på ett individuellt plan. Tanken är inte att 16 § skall medföra någon begränsning av arbetsgivarens rätt att välja mellan *likvärdiga sökanden.* Det öppnar däremot 17 § för. Den är utformad som en bevisregel, men å andra sidan räcker det med likvärdiga sakliga förutsättningar samt en sannolikhetsbedömning av om arbetsgivarens beslut är att missgynna någon på grund av kön. Undantag görs emellertid från det något lägre ställde kravet vid likvärdiga meriter, att göra sannolikt att arbetsgivaren könsdiskriminerar, då beslutet är ett led i strävanden att främja jämställdhet eller då beslutet är berättigat med hänsyn till ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte får vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.

Det som sker i tillämpningen av 16 § är att AD successivt höjer beviskraven. Från *bättre sakliga förutsättningar* i lagtexten till *klart bättre sakliga förutsättningar* i AD 1981 nr 169 och vidare till *klart överlägsen* i AD 1997 nr 16. I det senaste målet uttalar AD att ett missgynnande på grund av kön skall presumeras föreligga endast om det finns en klart urskiljbar skillnad i fråga om sakliga förutsättningar för arbetet. I hänvisningen till förarbetena blandar AD

ihop två olika avsnitt. I prop. 1978/79:175, som anses ha aktualitet även för 1992 års JämL i detta avseendet, står att diskrimineringsförbudet i anställningsfallen får ..."sin tillämplighet när det finns en *klart urskiljbar skillnad* i fråga om sakliga förutsättningar för arbete..."[224] Men vid bedömningen av"...vem av två eller flera sökande som de *bästa sakliga förutsättningarna* för ett arbete..."[225] saknas förstärkningen *klart*. AD har i AD 1997 nr 16 blandat ihop det *generella* uttalandet om när diskrimineringsförbudet skall tillämpas med den *konkreta meritvärderingen* mellan två personer, där det talas om vem som har bäst sakliga förutsättningar.

AD tar, genom att höja beviskraven, i själva verket udden av den lättnad som en presumtionsregel skulle innebära. JämO anser t.o.m. "...att presumtionen för könsdiskriminering tillämpas så att den de facto sätter diskrimineringsförbudet ur spel."[226] Det får till följd att 16 § blir mindre effektiv vad gäller att tillgodose det allmänna skyddsintresset, ökad jämställdhet. Inför ändringen av JämL 1992 kritiserades just dess bristande effektivitet. Vissa åtgärder vidtogs för att skärpa lagen. Vad AD gör nu är att ta ett steg ytterligare i den riktning som kritiserats. Vad beror detta på? Det kan tolkas som att när ideologin om den fria, jämlika individen uppenbarligen inte stämmer på ett generellt plan är det möjligt att acceptera det. Men när denna empiriska "sanning" skall tillämpas på det konkreta fallet, när kunskapen skall omvandlas till tillämpad praktik, blir det helt enkelt för svårt. Att ideologin inte stämmer, blir alltför påtagligt när det kommer till det enskilda fallet. Det är lättare att upprätthålla ideologin än att ifrågasätta den. Det blir tydligt vid en analys av vilka farhågor som ställs och vilka situationer som tillämparen tänker sig in i och vilken erfarenhet tillämparen utgår från. Farhågan för att en "arbetsgivare som inte förmår bryta presumtionen, dvs. inte uppfyller kraven på motbevisning enligt paragrafens andra stycke, fälls för könsdiskriminering fast det kanske framstår som klart att arbetsgivaren inte har haft något diskriminerande syfte",[227] verkar väga tyngre än farhågan av att en person (läs man) får en tjänst trots att en kvinna hade bättre eller åtminstone

[224] Prop. 1978/79:175 sid. 55. Svenaeus, 1997.
[225] Prop. 1978/79:175 sid. 56.
[226] Svenaeus, 1997.
[227] Laurén, 1992, sid. 146f.

likvärdiga (17 §) förutsättningar. Det borde, enligt min mening, varit fullt möjligt för AD att, i enlighet med JämLs syfte, förändrat praxis i motsatt riktning utifrån den kunskap om de normer som gäller på arbetsmarknaden vilka premierar män snarare än kvinnor, dvs. genusrelationen som konkret och symbolisk ordning.

5.6 Föreställningen om området för rätten som givet

Vad som regleras rättsligt är inte självklart. Det räcker med att studera rättssystem i andra kontexter, i tid och rum, för att se att olika delar av tillvaron regleras i olika utsträckning. Vad som är möjligt att reglera rättsligt är snarare fråga om vår föreställning om det möjliga. Detta skall inte tolkas som att det är enkelt att ändra denna föreställning och att den inte är viktig. Men själva medvetandet om att det är en föreställning kan i och för sig göra att det självklara inte längre är självklart.

Alla sådana här föreställningar är stigmatiserande i någon mening. De hindrar oss från att se potentialen som ligger i att relationen man – kvinna fokuseras. Det är i relationen, både på ett individuellt och ett strukturellt plan, som man kan hitta möjligheten till en förståelse som är komplex och balanserad och frigörande.

Ett av de grundläggande dragen i vår förståelse av tillvaron, som återspeglas i vetenskapen, är den huvudsakliga skiljelinje som går mellan den privata och den publika sfären i samhället.[228] Idén om skiljelinjen mellan publik och privat sfär finns allmänt i vår föreställning och genomsyrar även den rättsliga självförståelsen. Att denna uppdelning inte är strikt upprätthållen och t.o.m. genom praktiken börjar upplösas talar inte emot den föreställning om uppdelning som föreligger. Föreställningen är möjligtvis på väg att förändras.[229]

Världen förefaller vara ensidig på det sättet att stora delar av människans tillvaro i en epistemologisk praktik är avskild från "det

[228] Den publika sfären används här synonymt med det gängse begreppet offentliga sfären. Jag väljer att använda publik då offentlig i ett rättsvetenskapligt sammanhang för tankarna till en annan indelning, den mellan civilrätt och offentlig rätt.
[229] Petersen, 1994.

som är viktigt att förstå".[230] Familjen och det privata området har inte bara undanhållits från traditionella teorier och begrepp utan t.o.m. glömts bort. Detta trots att det för jämställdhet mellan kvinnor och män är av central betydelse.

Översatt till den rättsliga självförståelsen blir det frågan om vad som är viktigt att reglera (rättsligt). Vetenskaplig kunskap måste för att ha en särställning skiljas från "annan kunskap". Det ställs vissa krav på kunskapen för att den skall anses vara vetenskaplig. Det är inte bara krav på viss kvalitet utan också krav på att vetenskapen skall röra viss typ av kunskap som kan hänföras till vissa områden.[231] Den avskilda delen utdefinieras genom att vara icke-allmängiltig, icke-objektiv, icke-vetenskaplig och icke-rättslig. Hela den västerländska idéhistorien och den politiska filosofin präglas av och präglar i sin tur denna uppdelning som skilt kroppen från själen och förnuftet, den privata sfären från den publika och de privata relationerna från de offentliga.[232] Dikotomin privat och publik har dessutom knutits till könen i både förståelsen av tillvaron och i den levda praktiken och i organiserandet av samhället. Den avskilda delen har tillskrivits den privata sfären och primärt kvinnorna som deras domän.[233] Den domän som i huvudsak kopplats ihop med det manliga anses vara allmängiltig, objektiv, vetenskaplig och rättslig. Rätten har på detta sätt misslyckats med att infoga kvinnor i sin syn på den rättsliga personen. "Women,..., have been specifically excluded from the legal notion of the juridical subject who is expected to inhabit and flourish in the public world of the marketplace. Women have been assigned, instead, a secondary domestic role as care-giver in the private sphere of the home."[234]

Till begreppen privat och offentligt hör flera lager av historiskt

[230] Jfr t.ex. Webers distinktion rationell – irrationell där det irrationella mer eller mindre ses som oväsenligt och inte möjligt att studera vetenskapligt. Detta förhållningssätt delar Weber med många andra teoretiker. Kymlicka, 1995, sid. 263.
[231] Visserligen finns en tendens till vetenskapliggörande av alltfler områden av livet, se Molander, 1988, sid. 23. Etnologen Orvar Löfgren talar om "vetenskapliggörandet av vardagen", se Löfgren, 1982. Denna tendens finns stundtals även inom rättsvetenskapen, som t.ex. diskussionen om att avtalsreglera innehållet i äktenskapet eller inte, även om det är en kontroversiell fråga.
[232] Jfr Fitzpatrick, 1992.
[233] Widerberg, 1980, sid. 43.
[234] Naffine, 1990, sid. XI.

överlämnade betydelser. Uppdelningen i en privat och en publik sfär är på inget sätt naturlig eller given och har inte funnits i evighet. Den formades i takt med det moderna samhället, även om tanken funnits tidigare. "As soon as man distinguished himself from other objects in the natural and physical world and began to see himself as the agent of his own destiny, a human imperative emerged to order social existence in more conceptual and intentional ways. Conceptual organization of social life always entails terms of comparison and contrast. Primitive comparative terms like big and little, dark and light, provided the linguistic basis for other, more abstract and complex, differentiations."[235] I liberalismen är uppfattningen om åtskillnaden mellan den privata sfären och den publika sfären central. Det är också en avgörande poäng att den privata sfären skall vara undantagen från all publik inblandning. Begreppen privat och offentligt upprättades i det antika Hellas genom Platon och Aristoteles, men minskade i betydelse och försvann i det närmaste under en period, för att återfå sin betydelse först med Aristoteles idéers återinträde i europeiskt tänkande runt 1200–1300-talen.[236] Detta stämmer för övrigt också överens med allt annat inflytande från antiken. Platon och Aristoteles blev ju kända i Västeuropa först på 1200-talet. Deras idéer hade gjort sin entré i området öster om Medelhavet och vandrat runt söder om Medelhavet för att återinföras genom morerna i Spanien på 1100–1200-talet. Bagdads blomstringsperiod på 800- och 900-talen anses ha haft sin grund i att araberna läste de grekiska filosoferna och naturvetenskapsmännen.[237] Under den tiden pågick den så kallade mörka medeltiden i ett efterromerskt Europa (500–1000 brukar kallas de mörka århundradena). Det gäller att hålla i minnet att det antika samhällets idéer påverkade det västeuropeiska tänkandet långt senare än de formulerades.

I det antika samhällets uppfattning, fanns det en stark åtskillnad mellan sfären för gemensamma angelägenheter (polis) och sfären för det enskilda hushållets angelägenheter (oikos). Åtskillnaden mellan sfärerna var skarp och i sfären för gemensamma angelägen-

[235] Elshtain, 1981, sid. 10.
[236] Elshtain, 1981, sid. 100f.
[237] Eriksson, 1989, sid. 31f.

heter rörde sig endast en mycket liten del av befolkningen, endast män med medborgarskap. Uppskattningar har gjorts av hur stor andel av befolkningen som var slavar i det antika Grekland till att förhållandet mellan slavar och medborgare var ungefär två till tre slavar per fri medborgare.[238] Om det faktum beaktas att halva befolkningen var kvinnor, kan andelen män som inte var slavar knappast ha varit mer än någonstans mellan 12 och 16 % av befolkningen. Om de som ännu inte uppnått vuxen ålder dessutom räknas bort, blir andelen ännu lägre.[239]

I den privata sfären tilldrog sig hela det ekonomiska livet,[240] produktion av materiella nyttigheter och födandet och uppfostrandet av barn. Denna sfär innehöll allt arbete med det materiella och förgängliga och var naturligtvis av helt avgörande betydelse för att den offentliga sfären överhuvudtaget skulle kunna finnas. I den offentliga sfären[241] sköttes allt som hade med det oförgängligt eviga och högre ting att göra. Det var bland annat lagstiftning, rättsskipning, diskussioner, krigföring och tävlan mellan likaberättigade i t.ex. boxning eller skönsång.[242] Trots att de två olika sfärerna förutsätter varandra var det knappast någon inblandning av det offentliga i det privata. Och den privata påverkade inte innehållet i den offentliga på annat sätt än att den var en nödvändig förutsättning för den senare. Den effekt som denna uppdelning av samhället kom att få när det många år senare influerade Västeuropa, var att det påverkade samhällets organisering med politiskt beslutsfattande, rättssystem, vetenskapssyn m.m. Denna organisering har sitt ursprung i en sektor där några få procent av männen sysslade med det som värderades som det högsta, dvs. allt det som inte handlade om vardagen, försörjning, barnafödande osv. Den legitimeringsgrund som användes för organiseringen var en hierarkisk människosyn, med bara vissa fria medborgare, det stora flertalet slavar och dessutom en syn på män och kvinnor som varande av helt olika väsen. Kvinnan var ett passivt, mottagande, tjänande väsen. Det yttersta "beviset", legitimeringsgrunden, för detta var könens olika roll i

[238] Andersson, 1992, sid. 22.
[239] Min uppskattning utifrån uppgifter i Andersson, 1992.
[240] Oikonomia = hushållsförvaltning
[241] På grekiska – bios politicus och latin – res publica
[242] Dahlkvists förord till Habermas, 1988, sid. VII.

barnalstrandet där mannens aktivitet gav barnet liv, och om det var med framgång, ett gossebarn. Kvinnan var i tillkomsten av livet bara en passiv behållare där fostret växte till sig.[243]

Påverkan från antiken, via Rom, kom till det efterromerska västeuropa först långt senare. I 1100–1200-talens tidiga handelskapitalism, framförallt i Norditalien, fanns förutsättningar för det som så småningom kan karaktäriseras som den borgerliga offentligheten. Denna borgerliga offentlighet förutsätter eller underlättas av idén om uppdelning av tillvaron i en privat och en publik sfär.[244] Norditalien var i detta avseende tidigare än resten av Västeuropa. Under medeltiden förekom inte uppdelningen i en privat och en offentlig sfär överhuvudtaget. Lagstiftning och rättsskipning skedde t.ex. integrerat med en mer privat ekonomisk och politisk organisering på godsen av godsherrarna.[245] Visserligen fanns det en offentlighet, men det var snarast fråga om en kulturell, festlig (re)presentationsoffentlighet.[246]

I större delen av Västeuropa dröjde det till 1500- och 1600-talen innan uppdelningen i en privat och en offentlig sfär började göra sig gällande. Först med de nya samhällselementen, varu- och nyhetsförmedlingen, får uppdelningen fullt genomslag för organiseringen av samhället. Locke (1600-talet) var en av de första att dra upp skiljelinjen mellan den publika och den privata sfären. Denna dikotomi kopplades dessutom till uppdelningen mellan "den rationella människan" och "den subjektiva människan". Den förstnämnda kopplades ihop med förnuft, kunskap, hjärna/huvud och återfanns i den publika sfären. Den sistnämnda fick stå för passion/känslor, önskningar, drifter och kropp och kopplades ihop med den subjektiva

[243] Se om Aristoteles konceptionsteori, Eduards och Gunneng, 1993.

[244] Beträffande begreppet borgerlig så kan det vara på sin plats att definiera det lite närmare. Det tyska "Bürgerliche Gesellschaft" och det engelska "civil society" motsvaras av det svenska "samhälle" rätt och slätt men översätts ofta med borgerligt samhälle som har en annan värdeladdning på svenska. Ordet är centralt i liberal samhällsfilosofi. Men på svenska blir borgerligt samhälle närmast ett begrepp med socialistisk laddning och betyder då snarast "kapitalistiskt samhälle". När jag nu refererar till Habermas så används alltså borgerlig och borgerligt samhälle i betydelsen samhälle utan anstrykning av socialistisk laddning.

[245] Detta fick inte genomslag i Sverige. Se Andersson, 1992, sid. 157ff.

[246] Ett exempel på sammansmältningen av privat och offentligt är Ludvig XIV:s hovetikett vid morgon- och kvällstoaletten.

privata sfären. Om alla människor återfunnits i båda dessa sfärer hade det kanske i dag inte varit en sådan skarp gräns demellan.[247]

Uppdelningen i en privat sfär och en publik sfär, med en stark könssegregering, utsattes för motsatta krafter genom industrialismen och det moderna genombrottet i början av 1800-talet. Det moderna industrialiserade samhället innebar ett tydligt brott mot den tidigare rådande könssegregeringen, genom att starka könsintegrerande impulser utvecklades. Detta gällde visserligen den del av befolkningen som arbetade i industrin eller skulle kunna tänkas arbeta i industrin. Det kapitalistiska systemet hade intresse av att välja den billigaste arbetskraften, vilket ofta var kvinnor och barn. Även den demokratiska tanken om människors jämlikhet som oavsett ras, samhällsställning eller kön, var en viktig könsintegrerande faktor.[248] Dessa två könsintegrerande krafter, menar Hirdman, konfronteras med genussystemets två segregerande och hierarkiserande logiker, isärhållningen av könen samt etablerandet av det manliga som norm.[249] Samtidigt är det under detta århundrade, 1800-talet, som borgerligheten blir den samhällsklass eller -grupp som alltmer kommer att definiera tillvaron. En ny kulturell hegemoni bildas, borgarklassen tar alltmer över och definierar vad kultur är och vad människan är och, inte minst, bör vara. Att det just är det tunna, borgerliga samhällsskikt som får definitionsprivilegiet är ingen tillfällighet, menar Jonas Frykman och Orvar Löfgren.[250] Det är borgarklassen som vid 1800-talets slut, står som segrare, både ekonomiskt, politiskt och socialt. Det som får legitimera borgerskapets

[247] Björnberg, Ulla, Familjen och familjepolitiken – en internationell jämförelse. Ur *Forskning om Europafrågor vid Samhällsvetenskapliga fakulteten,* Lindahl, Rutger och Cramér, Per, (red.), Göteborgs universitet 1993,

[248] Jfr diskussionen om Gemeinschaft – Gesellschaft, sociologins kanske mest seglivade och grundläggande samt även fruktbara begreppspar, enligt Johan Asplund. Dessa begrepp formulerades av den tyske sociologen Ferdinand Tönnies i en skrift utgiven 1887, *Gemeinschaft und Gesellschaft, Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen.* Begreppsparet utgör snarast en tankefigur. Gemeinschaft står för gemenskap, förtrolighet, privat, exklusiv samlevnad i familj, äktenskap, det har med språk, seder och trosföreställningar att göra. Det är gammalt och uppfattas som en levande organism. Gesellschaft hör samman med den publika sfären, med förvärvsliv, resor och vetenskap. Gesellschaft är nytt och ses som ett mekaniskt aggregat och en artefakt. Se vidare Asplund, Johan, *Essä om Gemeinschaft och Gesellschaft*, Bokförlaget Korpen, Göteborg 1991.

[249] SOU 1990:44, sid. 78.

[250] Frykman, 1979, sid. 222.

samhällsposition och samhällssyn är den borgerliga kulturen. I den borgerliga kulturen är hemmet en mycket viktig plats, både som privat arena men också som offentlig eller publik scen. I hemmet tas gäster emot, representation sker men det ställs också ökade krav på privathet och avskildhet. I strävandena att kunna kombinera dessa två krav förändras bostadens utformning på det sättet att i bostaden separeras och avgränsas olika funktioner och sfärer. "Övergången mellan det offentliga och det privata ritualiseras i hemmets utformning. Vi får en starkare markering av intimitet och distans. Den borgerliga bostaden utrustas med allt fler sociala slussar och zoner, som inte bara skiljer hemmets invånare mot yttervärlden utan även sorterar besökare och hushållsmedlemmar efter bestämda principer."[251] Denna rörelse mot uppdelning av olika sfärer och en alltmer privat sfär börjar i de högre samhällsskikten och sprider sig neråt, till borgarklassen och först en bra bit in på 1900-talet till arbetarklassen. Det märks också en tydlig skillnad på olika medlemmar i ett hushåll. För barn och tjänstefolk var avskildheten inte lika stor som för de vuxna.

För den borgerliga gruppen blir uppdelningen mellan privat och publik alltmer stark och detta kommer så småningom att bli den idealbild som den stora gruppen arbetar- och bondebefolkningen kommer att eftersträva. Vid den tiden, början av 1900-talet och framåt, då arbetarna bildar fackföreningar och blir en stark kraft i samhället, har den redan börjat anamma det borgerliga idealet. Detta ideal slår ut i full blom på 1950-talet, då arbetarklassens kvinnor blir hemmafruar. Resultatet blev "hemmafrukontraktet". Under moraliserande former fastslogs att husmödrar skulle fostra den nya generationen till goda medborgare i nya moderna och funktionella hem.[252] Vid den tiden har de borgerliga kvinnorna redan lämnat hemmet som nu befolkades av tjänstefolk.[253]

Det moderna samhället utvecklade de manliga platserna ensidigt (med platser avses både sysslor och egenskaper) medan de kvinnliga platserna krympte både relativt och absolut. Hemmen blev

[251] Frykman, 1979, sid. 107.
[252] SOU 1990:44, kap 3.
[253] Bland de yrkesarbetande kvinnorna på 1930-talet sysselsattes 23 procent som pigor. Se SOU 1990:44, sid. 85.

mindre. Detta skedde inte bara, det skapades framförallt genom explicita föreställningar såsom förståelsen av världen uppdelad, dels i en s.k. produktiv och reproduktiv ekonomi, dels i en publik och en privat sfär. Redan under 1500–1600-talen påbörjades uppdelningen och den kom att ligga till grund för en av de grundläggande medborgerliga fri- och rättigheterna, nämligen privatlivets helgd och skydd från statlig inblandning. Rätten sågs samtidigt, i motsats till tidigare, som en mänsklig skapelse, en överenskommelse. Det fanns nu ett utrymme för att ifrågasätta "den styrande" staten. Människans tankeverksamhet och solen ersatte vid samma tid Gud respektive jorden som universums centrum. Människan blev aktören och nådde kunskap genom sin egen tankeverksamhet och var inte längre en passiv mottagare av Guds ord.[254] Det publika blev en mycket tydlig och manlig plats medan det privata gavs en underordnad och dold plats. Det produktiva blev "den stora världen" där en rad nya lönearbeten och karriärer ensidigt förstärkte det manliga kollektivets demokratisering och erövring av social makt. "Det lilla livet" blev det undangömda, det underordnade, det som skulle skyddas från statlig inblandning.[255] Denna samhälleliga ordning befästes med hjälp av rätten, såsom en objektiverande faktor.[256]

Att olika funktioner delades upp ledde också till en större åtskillnad mellan könen. Tidigare försiggick de flesta arbetsuppgifter och funktioner på samma plats och tillsammans. Med en alltmer uppdelad tillvaro fick kvinnorna och männen alltmer sina egna rum. Hemmets trevnad blev en angelägenhet för kvinnor. "Hemmet blir en värld där andra ekonomiska och moraliska lagar skall gälla än i produktionslivet. Hemmet står för det emotionella, för kärlek, omsorg och skydd, för värme, harmoni och trevnad. Det är värden som inte kan – eller inte får – mätas i pengar. Medan den oscariske mannen definieras utifrån produktionssfärens villkor och bör vara rationell, effektiv och kalkylerande, förutsätts hans maka vara full av kärlek och omsorg, passiv snarare än aktiv. – – – Så ställs den karriärduglige *homo economicus* mot den ömma *femina domestica*

[254] Merchant, 1994, se särskilt Introduktionen, sid. 17ff.
[255] SOU 1990:44, sid. 81.
[256] Widerberg, 1980, sid. 200f.

(...) och det är i detta kulturklimat som begreppen hem och kvinnlighet, privatisering och känsla vävs samman."[257]

Rätten som konkretiserad föreställning präglas också av denna syn på tillvaron. Det som regleras är i första hand det publika området, det privata ses som angeläget att skydda från rättslig reglering. I de grundläggande mänskliga rättigheterna, både i internationella konventioner och i den nationella grundlagen, finns skydd mot statlig inblandning i den privata sfären. Den privata sfären skall hållas undan, där gäller inte samma lagar som i samhället i övrigt. Där härskar en aura av emotioner, omsorg, harmoni, trygghet m.m.

Det publika området utvidgades i och med det moderna genombrottet. Produktionssfären flyttas allt mer utanför hemmet och den privata sfären. Antal yrken blir allt fler och utbildningsnivån höjs allmänt. Som motvikt till den manliga utvidgningen förstärktes de explicit kvinnliga platserna för de högre ståndens kvinnor. Platserna, dvs. hemmen i både fysisk och abstrakt mening glorifierades och blev i den formen oåtkomliga idealbilder för flertalet kvinnor. Kvinnor i allmänhet arbetade liksom de alltid gjort, men eftersom produktionssfären flyttades från hemmets sfär till sfären utanför minskade de arbeten som traditionellt sysselsatte kvinnorna. Många av de nya yrkena, även för män, öppnades också för kvinnor, ibland med en gång,[258] ibland efter en viss tid.[259] Vissa av de yrken som kvinnor fick tillgång till stängdes så småningom för dem. Nattarbetsförbudet 1909 innebar t.ex. en minskad arbetsmöjlighet för kvinnor. Det öppet framförda skälet till nattarbetsförbudet var hänsyn till kvinnors hälsa. Det har emellertid ifrågasatts och i stället hävdats att skälet var ett sätt för det manliga kollektivet att tillförsäkra sig arbete i en tid då konkurrensen om arbetstillfällena var

[257] Frykman, 1979, sid. 111. Begreppet femina domestica är hämtat från Cominos, Peter, Innocent Femina Sensualis in unconscious conflict. Ur *Suffer and be still.* Vicinius, M. (ed.), Indiana University Press, Bloomington 1973.

[258] Näringsfrihetsförordningen 1864 gav kvinnor rätt till förvärvsarbete inom stora delar av stadsnäringarna handel och hantverk.

[259] Läraryrket öppnas för kvinnor 1853–64, lägre statliga tjänster vid bl.a. post och telegraf 1863, vissa högre statliga tjänster 1909, domare 1933, präst i svenska kyrkan 1958 som några exempel.

stor.[260] Genomgående var det svårare för gifta kvinnor att få råda över sig själv genom förvärvsarbete eller att bli myndig. Gift kvinna blev myndig 1920 men förmyndare för sina barn i äktenskapet först 1949. Ogifta kvinnor blev myndiga redan 1858 från 25 års ålder. Hon hade dessutom kommunal rösträtt om hon hade viss egendom eller inkomst redan 1862. Gifta kvinnors primära plats var hemmet, medan ogifta kvinnor hade en betydligt större frihet att verka inom den publika sfären.[261] Visserligen kom en stor del av kvinnorna på arbetsmarknaden ändå att sysselsättas i den privata sfären, men i någon annans privata sfär. De fick en alldeles egen sektor av arbetsmarknaden, pigornas arbetsmarknad, där på 1930-talet 23 % av alla yrkesarbetande kvinnor fanns.[262] Det kan tyckas paradoxalt att de ogifta arbetarklasskvinnorna var en myndig person, ett eget rättssubjekt, medan de gifta medelklasskvinnorna var underordnade och beroende av sina män. I praktiken var paradoxen säkert inte så stor då de ogifta arbetarklasskvinnorna inte hade någon reell möjlighet att använda sig av sina formella möjligheter. Många var underordnade en man som pigor i ett annat hem än sitt eget. Många hade heller inte resurser, vare sig ekonomiskt eller kunskapsmässigt, att ta tillvara och använda sig av myndigheten. Blev de dessutom gravida var samhällets utstötningsmekanism hård. Barn födda utom äktenskapet var en skam både för barnet och modern.

Samtidigt med den privata sfärens glorifiering av kvinnan som dess passiva symbol, utvecklas också en emancipatorisk rörelse, bestående av både män och kvinnor, som kräver integration i betydelsen att den moderna expansionen inkluderar kvinnor. Alva Myrdals närmast utopiska visioner om det rationella livet är betecknande för denna rörelse. I hennes vision skulle både kvinnor och män delta i samhällslivet och produktionen. I kollektivt boende i speciella kollektivhus skulle barnen uppfostras och tas om hand av särskild personal. Matlagning och hushållning skulle också skötas av

[260] Karlsson, Lynn, The Beginning of a "Masculine Renaissance" The Debate on the 1909 Prohibition against Women's Night Work in Sweden. Ur *Protecting Women, Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920,* Wikander, Ulla, Kessler-Harris, Alice and Lewis, Jane, (eds.), University of Illinois Press, USA 1995.
[261] Dahlberg, 1990, sid. 14f.
[262] SOU 1990:44, sid. 85.

särskild personal. Alva Myrdals visioner konkretiserades i många förverkligade projekt och inom många områden där allt gick ut på att lägga livet till rätta. Bostäderna skulle byggas ur ett funktionellt perspektiv. Här blir det tydligt hur den tidigare borgarklassens ideal om en uppdelning av olika sfärer slår igenom i arbetarklassens bostäder. Hemmet kunde delas upp i olika funktioner, som t.ex. en ekonomisk funktionsdel, en sällskapsfunktionsdel, en sov- och vilofunktionsdel samt en gemensam funktionsdel.[263]

Den legala underordningen togs bort runt 1920, både mellan man och kvinna inom äktenskapet och för kvinnor som medborgare. Kvinnor fick även tillgång till utbildning. Underordningens motor flyttade i stället över till arbetsmarknaden.[264] Arbetsmarknaden var könssegregerad i allra högsta grad. En stor del av de yrkesarbetande kvinnorna kom att sysselsättas med de sysslor som kvinnor tidigare skött utanför den reglerade arbetsmarknaden, dvs. i hemmen. Den manliga normens primat kom i stället att prägla de fackliga organisationernas framgångar gentemot arbetsgivarparten. Olika förmåner och kvalifikationskriterier var starkt präglade av det manliga arbetslivet och den manliga arbetstagaren. Heltidsarbete var normen till vilken olika typer av förmåner knöts, trots att deltid alltmer kom att bli normen för den kvinnliga arbetskraften.[265] Deltid var för övrigt den i mycket hög grad svenska lösningen på kvinnors dilemma att lösa konflikten mellan ansvar för hem och barn och ansvar för att bli ekonomiskt oberoende, den s.k. dubbla rollernas teori. Det blev kvinnornas dilemma att lösa konflikten vilken kom att gå under beteckningen "valfrihet".[266]

Många av de teorier om samhället som sociologer och samhällsvetare generellt laborerat med, problematiserar inte sin egen grund

[263] Detta beskrivs mycket utförligt i Hirdman, Yvonne, *Att lägga livet till rätta – studier i svensk folkhemspolitik*, Carlsson Bokförlag Stockholm 1993. Ingår som en rapport i Maktutredningen.

[264] Wikander, Ulla, Delat arbete, delad makt: Om kvinnors underordning i lönearbetet. Ur *Kontrakt i kris: Från ojämlik till ojämställd*, i Maktutredningens bokserie, 1991.

[265] Fortfarande, 1995, arbetar ungefär hälften av färvärsarbetande kvinnor med barn under 17 år deltid medan motsvarande andel av männen är ca 5 %. *På tal om kvinnor och män.* 1996.

[266] SOU 1990:44, sid. 87.

i det borgerliga sättet att förstå tillvaron.[267] Sociologer som Durkheim, Tönnies och Weber utgår från uppdelningen i en publik och privat sfär som oproblematisk och tillvaron definieras utifrån den publika sfären. Begrepp från den publika sfären används vid analyser av den privata sfären.[268] Enligt Mats Dahlkvist är även Habermas hypotetiska teori om det borgerliga samhället och dess strukturella omvandling fångat i denna uppdelning av livet, även om det är utökat till tre sfärer där den publika delats in i två, stat och marknad. Hans sätt att definiera och vad han definierar är styrt av en redan färdig förståelse, menar Dahlkvist. "De tre sfärerna i det borgerliga samhället till exempel (stat, marknad, familj), det är ju 'det borgerliga samhällets' tre sfärer hos Hegel, eller för den delen de tre sfärerna i John Lockes 'civil society'."[269] Detta blir än mer tydligt, menar Dahlkvist, då Habermas skildrar framväxten av det borgerliga samhället. Han använder sig av borgerliga medvetandeformer, dvs. inte bara socialhistorisk empiri utan också lagtexter, brev och essäer. "Som jag ser det", skriver Dahlkvist, "låter Habermas 1) den borgerliga ideologins kategorier strukturera 2) den egna modellen om det renodlade 'borgerliga samhället', som sedan 3) används som materiell bakgrund för att 4) ideologikritiskt 'avslöja' den liberala ideologins utopier, dvs. det sociala sammanhang i vilket de ingår. Detta betyder ju även att vi aldrig kan vara riktigt säkra på om det är den borgerliga ideologin eller det borgerliga samhället som Habermas undersöker."[270]

Habermas berör inte det faktum att olika människor befolkar de olika sfärerna. Systemet, där ramarna finns och där makten utövas befolkas främst av män (eller har åtminstone gjort det) och livsvärlden befolkas visserligen av både kvinnor och män, men det är

[267] Etnologer talar om vems definition av verkligheten som anses som den riktiga, giltiga och den som blir normgivande för den kulurella hegemonin. Frykman, 1979, sid. 222.

[268] Se Dorothy Smiths kritik av dessa sociologiska teorier. Smith, 1987.

[269] Mats Dahlkvist förord till Habermas, 1988, sid. xxx. Dahlkvist hänvisar vidare till Locke, J, *Two Treatises of Government,* Dente, Everyman's Library, London 1975, Second Treatise § 42–51, 85–91, 95–99, 123–132. Hegel, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, Frankfurt am Main, 1972, § 157–81. Se även Avinieri, Shlomo, *Hegel's Theory of the Modern State,* Cambridge University Press, Cambridge 1972, sid. 139–147.

[270] Mats Dahlkvist förord till Habermas, 1988, sid. xxxi.

kvinnor som har sin huvudidentitet där. Om systemet koloniserar livsvärlden (systemet är alltså den sfär varifrån allt definieras och problematiseras) blir det ju så att det är männen som koloniserar kvinnorna. Det finns visserligen en potential för förändring även enligt Habermas. Individen är inte allienerad, det finns en möjlighet till självständigt tänkande. Den individuella nivån är därför viktig, det är här förändring kan ske. För att förändring skall kunna ske behövs det en interaktion mellan teori och praxis, ett kommunikativt handlande för att bli medveten om systemets kolonisering. Habermas förbiser, liksom många andra, i stort sett från genusrelationen som relevant.[271] Att göra en sådan uteslutning, dvs. att bortse från genusrelationens relevans, är till stor del resultatet av tankefigurernas makt, som Hirdman talar om.[272]

System och livsvärld hör till den senare Habermas.[273] Habermas har haft ett stort inflytande på samhällsvetenskapen i stort, däribland feministisk teori, särskilt hans senare verk och begreppen system och livsvärld och teorin om det kommunikativa handlandet. Stor betydelse har också hans främst historiska framställning över den borgerliga offentlighetens framväxt och definition av begreppen privat och offentlig haft.[274] Kategorierna privat och offentlig[275] är "*både* begrepp i vårt medvetande och samtidigt företeelser i vår samhälleliga verklighet. Vårt medvetande svävar inte fritt, utan *handlar om* och är genom vardagserfarenhet *förankrat* i verkliga samhällsföreteelser. Eftersom han (Habermas, min anm.) ser samhället och individerna som 'kommunikativt handlande', menar han att vår förmåga till kommunikation och 'rationellt handlande' beror på hur vårt medvetande och våra begrepp om samhället ser ut."[276] Han förordar således ett kritiskt förhållningssätt till sättet att beskriva samhället och de begrepp som används. Dahlkvist menar att han själv inte verkar vara kritisk till de borgerliga medvetandefor-

[271] Jfr Anna Christensens normativa strukturer som förbiser kön.
[272] Hirdman, 1988, sid. 53.
[273] Borgerlig offentlighet är publicerad första gången 1962, Communication and the Evolution of Society 1976.
[274] Habermas, 1988. Det tyska originalets titel Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. 1962.
[275] Jag använder här Habermas ordval. Det skall jämföras med publik i framställningen i övrigt.
[276] Dahlkvist förord till Habermas, 1988, sid. iii.

mer som han använder sig av.[277] Det bör också sägas att Habermas beskrivning av samhället är en sammanfattad och systematiserad idealtyp. Den tillhör den västerländska kulturkontexten. Det samhälle som han beskriver tar sin början runt 1700 då borgerskapet växer fram som ekonomiskt och kulturellt hegemoniskt självmedveten klass. Så småningom definieras tillvaron utifrån borgerskapets sätt att se på samhället.[278]

Ursprunget till den borgerliga offentligheten, menar Habermas, finns redan i 1100–1200-talens tidiga handelskapitalism och i det feodala samhällets struktur. Under 1500- och 1600-talen får de nya samhällselementen, varu- och nyhetsförmedlingen, fullt genomslag för organiseringen av samhället. Samtidigt med detta upprättas nationalstaterna och grunden till folkrätten läggs genom Hugo Grotius' ansträngningar för att mildra effekterna av de krigförandes härjningar under 30-åriga kriget. Samhället definieras och organiseras nu utifrån en strikt gräns mellan det privata och det offentliga, där det offentliga nu är inriktat på att främja ekonomin i meningen varuhandel och penningekonomi. "I stället för feodalismens *personliga* maktförhållanden träder en opersonlig, byråkratiskt kompetensreglerad apparat med centraliserat monopol på användandet av legitimt våld: *den moderna staten.*"[279]

Den moderna staten framträder alltmer som en opersonlig, offentlig makt. Samtidigt växer också ett separat privat område fram, handel och manufaktur, som är skilt från staten men underställt staten på det sättet att staten sätter ramarna för det, rättsligt. Det utformas på det sättet att handeln tilldelas rättigheter från den offentliga myndigheten. Även individer som befolkar denna privata handelssfär, också nyhetssfär, tilldelas rättigheter för att kunna verka som fria medborgare i handeln, de medborgerliga fri- och rättigheterna. Den tredje sfären, den privata intimsfären, familjen, blir helt undantagen från statlig inblandning. Här gäller fortfarande, eller återigen, det särskilda normsystemet som reglerade förhållandet mellan man och kvinna i antiken, den patriarkala ordningen. Privatlivet skall hållas helgat, dvs. stängt, vilket får till följd att den

[277] Dahlkvist förord till Habermas, 1988, sid. xxxi.
[278] Frykman, 1979, sid. 222.
[279] Mats Dahlkvists förord, Habermas, 1988, sid. xi.

fria mannen skall kunna vara fri från statlig inblandning att fortsätta med att utöva husfaderrollen. För de som alltid befinner sig i intimsfären, kvinnor och barn, blir det fråga om ett mer eller mindre rättslöst tillstånd. De medborgerliga fri- och rättigheterna har knappast relevans där och de är inte ens tillämpliga där eftersom de endast reglerar förhållandet offentlig individ kontra staten och inte privata individer emellan, förutom i den sociala privatsfären, dvs. handelspartners emellan. Detta tydliggörs även i vad som regleras i grundlagar och konventioner som mänskliga eller medborgerliga fri- och rättigheter.

Det som regleras på detta sätt, som grundläggande axiom för rätten och samhället är för det första sådant som rör relationen mellan staten och 'intimsfären'. Föreställningen om personlig frihet, religionsfrihet, hemmets okränkbarhet osv. upprättas. För det andra regleras relationen mellan staten och 'socialsfären' och dessutom relationerna mellan individerna inom 'socialsfären'. Här fastslås föreställningen om likhet inför lagen, skydd av privategendom och annat. För det tredje regleras relationerna mellan staten och den 'borgerliga offentligheten'. Det är frågan om lagar om yttrande-, församlings- förenings- och åsiktsfrihet m.m. vilka garanterar det läsande och resonerande 'publikum' dess möjligheter till sammankomst, information och diskussion. Enligt Habermas är det frågan om "*...'det borgerliga samhällets olika områden och sfärer som på detta sätt upprättas*. Sfärerna blir på detta sätt institutionellt avgränsade och garanterade. *En samhällsordning formas* (min kursivering)."[280] Mellan individerna i den privata intimsfären finns däremot inga skyddsregler mot godtycke eller förtryck. Tvärtom skyddas den patriarkala strukturens möjligheter till förtryck och övergrepp av olika slag genom rättssystemets reglering. Om ett visst våld accepteras, legitimeras och byggs in i rättsnormerna blir det på det sättet osynliggjort. Följden blir en samhällelig förstärkning av kränkningen av offret, dels i form av tolerans för vissa övergrepp, dels i form av regelrätt bestraffning av offret.[281] Så straffades offret

[280] Mats Dahlkvists förord, Habermas, 1988, sid. xvii.

[281] Ohlander, Ann-Sofie, En latent struktur av våld, Kriminalisering av offret exemplifierad ur svensk rättshistoria. Ur *Manliga strukturer och kvinnliga strategier,* En bok till Gunhild Kyle. Sawyer, Birgit och Göransson, Anita, (red.) Historiska institutionen, Göteborgs Universitet, 1987, sid. 226.

för incest fram till 1937, våldtäkt inom äktenskapet blev kriminaliserat först 1965 och misshandel på enskild plats kom att lyda under allmänt åtal först 1982. Intimsfärens relationer har synliggjorts rättsligt först på senare år även om det inte fått till effekt att lagen alltid följs. Länge var det för kvinnor och barn just i intimsfären som huvuddelen av deras relationer fanns. Denna aspekt av intimsfären berör inte Habermas, trots att det borde vara uppenbart. Hans indelning i de tre sfärerna statligt område (offentlig), privat område – marknad och privat område – familj tydliggör denna skillnad.

Den institutionalisering av offentligheten i den borgerliga rättsstaten som Habermas talar om sker med rätten som hjälp och bygger på *uppfattningen av det fria konkurrenssystemets förmåga att reglera sig självt.*[282] Det samhälle som är bestämt av enbart fria marknadslagar, med den individuella prestationsförmågan som måttstock, utfäster sig fungera för allas välfärd och dessutom rättvist *endast under förutsättning* att ingen utomekonomisk instans ingriper i utbytet.[283] Detta samhälle är en maktfri sfär, det finns ingen som har herravälde över ett sådant samhälle. Detta samhälle är ett privat samhälle, det är privatpersonerna som agerar som fria, jämlika individer i det fria konkurrenssystemet. Rätten är i detta samhälle till för att hålla dessa förutsättningar och ramar intakta. "En privatsfär som på så sätt neutraliserat makten och frigjort sig från herraväldet antyds även i de juridiska garantierna för dess ekonomiska konstitution. Tillsammans med de i det borgerliga privaträttsliga systemet kodifierade friheterna skyddar rättssäkerheten, dvs. statsfunktionernas bindning till generella normer, den 'fria marknadens' ordning. Statliga ingrepp utan laglig fullmakt är – sociologiskt sett – inte förkastliga primärt på grund av att de bryter mot rättvisans naturrättsligt statuerade principer, utan helt enkelt

[282] Habermas, 1988, sid. 106. Jfr det marknadsfunktionella äganderättsbegreppet som innebär en frihet att förfoga över egendom vilket är nödvändigt för att kunna utnyttja de möjligheter som öppnas av den materiella och ekonomiska utvecklingen. Detta äganderättsbegrepp, vilket på hyresrättens område låg till grund för 1907 års lag om nyttjanderätt till fast egendom. Äganderättsbegreppet skilde sig från det gamla genom att det inte längre var egendomens natur som var utgångspunkten, utan äganderätten i sig och det den kunde utnyttjas till. I stället för skyddet för det bestående, innebar äganderätten friheten till förändring. Numhauser-Henning, Ann, *Rätten till fäderneslandet*, Lund 1988, sid. 31 och 151. Christensen, 1994, sid. 21ff.
[283] Habermas, 1988, sid. 106.

på grund av att de är oförutsebara och därför strider mot det slags rationalitet och det mått på rationalitet som ligger i de kapitalistiskt fungerande privatpersonernas intresse. Annars skulle nämligen de 'garantier för kalkylerbarhet' saknas, som redan Max Weber upptäckt i den industriella kapitalismen."[284] Kalkylerandet av profitmöjligheterna kräver en interaktion som utspelar sig enligt beräkningsbara förväntningar. Här har den juridiska ordningen en central roll som det ekonomiska systemets ram.

Mats Dahlkvist kritiserar Habermas för att själv vara fångad i den borgerliga hegemonin. Hirdman å sin sida visar att Habermas själv är fången i tankefigurernas makt. Han problematiserar inte kön. Han är inte ensam utan följer i en tradition där tillvaron uppdelas och uppdelningen även kopplas till en värdering enligt en utvecklingsmodell. Utmärkande för flera föreställningar och begrepp som likaså används som modeller som får konsekvenser på det sättet att de styr vårt sätt att förstå tillvaron, är just indelningen av livet i en privat och en publik sfär. Ett exempel är Tönnies begreppspar Gemeinschaft och Gesellschaft. Begreppen karaktäriserar två olika typer av samhällen och de skall ses som renodlade begrepp som betecknar huvuddragen i dessa samhällen.[285]

Gemeinschaft står för ett agrart samhälle med självhushållning. Det kännetecknas av gemenskap (i abstrakt mening), altruism (oegennytta) och kollektivism. Detta begrepp får ofta stå för det "goda" samhället. Den värderingen är inte självklar. Vad gäller relationen mellan könen var här kvinnors underordning självklar och naturlig. Samhället präglades av en omfattande könssegregation. Med genussystemets begrepp var genuskonflikten därför obefintlig. Relationen mellan kvinnor och män ifrågasattes inte och de konkurrerade inte om samma sysslor.

Gesellschaft betecknar det moderna, kommersiella, individualistiska samhället. Det karaktäriseras av kontraktsfrihet, tävlan mellan

[284] Habermas, 1988, sid. 106. "Den industriella kapitalismen – ...måste kunna räkna med att rättsordningen fungerar kontinuerligt, säkert och sakligt, med att rättsskipningen och förvaltningen har en rationell och i princip beräkningsbar karaktär." Här citerar Habermas Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft,* Tübingen 1956, Bd II, s. 651.

[285] Ferdinand Tönnies utgick bl.a. från Hobbes (även Marx och Henry Summer Maine, engelskspråkig samhällsfilosof liksom Hobbes) då han formulerade begreppsparet Gemeinschaft och Gesellschaft. Se Asplund, 1991, sid. 9.

fria, jämnstarka individer. Målet framför andra är högre materiell välfärd. I detta begrepp läggs ofta värderingen "dålig", men lika lite som gemeinschaft är det goda samhället, behöver gesellschaft vara det dåliga. Idealen i gesellschaft är frihet, jämlikhet och icke-hierarki. Dessa ideal öppnar teoretiskt för en möjlighet till en jämnare maktrelation mellan könen. De bygger på en ensidig syn på människan och samhället. Denna ensidighet gör att det trots allt är svårt i praktiken att uppnå jämställdhet mellan könen. Den del av människan som social varelse, just i bemärkelsen beroende av andra än sig själv, saknas helt i synen på människan.[286]

Familjen är den sista kvarlevan av gemeinschaftsamhället. Den förväntas präglas av oegennytta och omtanke. I den sfären har kvinnorna fortfarande sin huvudtillhörighet.[287] Männen är huvudsakligen i den publika sfären.[288] Det som av många forskare[289] framhållits som centralt för kvinnors underordning är just det som är kärnan i den privata doktrinen. Det är, enligt MacKinnon, "...antagligen inget sammanträffande att just de saker som feminismen betraktar som centrala för förtrycket av kvinnor – själva platsen, kroppen; själva relationerna, heterosexuella; själva aktiviteterna, samlag och fortplantning; och själva känslorna, intima – utgör kärnan i det som avskildhetsdoktrinen handlar om. Ur detta perspektiv visar det sig att den juridiska doktrinen om avskildhet kan skydda – och har skyddat – hustrumisshandel, äktenskapliga våldtäkter, och exploateringen av kvinnors arbete. Den har bevarat de centrala institutioner som *berövar* kvinnor identitet, autonomi, kontroll och förmågan att definiera sig själva."[290]

Kvinnors liv rör sig huvudsakligen ifrån en praktik som inte tar hänsyn till uppdelningen i en privat och en publik sfär. Det är just i skärningspunkten mellan dessa sfärer som kvinnors typiska problem återfinns. Att få ihop vardagen med arbete, barnomsorg och andra förpliktelser. Kvinnorollen har genomgått stora förändringar

[286] För en kritik av sociologins teorier och sociologerna Durkheim och Weber, se Smith, 1987.
[287] Björnberg, 1993, sid. 55, tab.1.
[288] Svenska män verkar emellertid i ökande utsträckning hitta sin huvudidentitet inom familjen, se Björnberg, Ulla, Om pappornas ökade familjeorientering, *Arbetet* 1994-11-29.
[289] Se t.ex. Catharine MacKinnon, Katherine O'Donovan, Andrea Dworkin.
[290] MacKinnon, 1987, sid. 101. Översatt och citerat i Kymlicka, 1995, sid. 262.

under århundradena, medan däremot mansrollen inte förändrats i lika stor omfattning. Trots att dagens ideologi är formell likhet och reell jämställdhet mellan könen är kvinnors livssammanhang ett annat än mäns livssammanhang. Kvinnor och män orienterar sig huvudsakligen utifrån olika sammanhang.[291] Ansvaret för barn och omsorg har lämnats till kvinnor att lösa, på ett ideologiskt, rättsligt och i stor utsträckning individuellt plan. Kvinnor har också tagit på sig ansvaret och kvinnor orienterar sig utifrån ansvar för barn i större utsträckning än män. Det har blivit ett kvinnoproblem att lösa konflikten mellan det ansvaret och kravet på självständighet och ekonomiskt oberoende. När barnomsorg kom att tillhandahållas av samhället kunde kvinnornas roll på arbetsmarknaden bli större. Detta kunde ske utan att männen behövde ta ett större ansvar för barn och omsorg. När krav på jämställdhet på arbetsplatserna började ställas blev det mycket definierat som ett kvinnornas problem. Svenska män har visserligen förändrats avsevärt på senare år. De orienterar sig i allt större grad mot barn och familj.[292] Fortfarande är det emellertid främst kvinnor som driver jämställdhetsfrågor på arbetsplatserna. Trots att det handlar om jämställdhet *mellan* kvinnor och män överlåts både upplevelsen av problemet och lösningen av detsamma till kvinnorna.

Att jämställdheten till stor del blivit definierad som ett kvinnligt problem kan tyda på en föreställning om att det är kvinnor som har mest att vinna på ökad jämställdhet och att män skulle förlora mer än de vinner. Visst har kvinnors möjligheter, formellt och reellt, att själva forma sina liv ökat. Den liberala människosynen, den fria, jämlika individen, har kommit att omfatta även kvinnorna. Samtidigt har den individualistiska människosynen börjat ifrågasättas och setts som en av förklaringarna till en ökad alienation i samhället. Denna kritik har ibland drabbat kvinnorna, som de som genom "att lämna hemmet" påstås ha orsakat att barn och ungdomar är vilsna, våldsamma och har en brist på empati. Annan kritik har riktat in sig på samhällsideologin och människosynen i

[291] Prokop, 1981, särsk. sid. 49ff.
[292] Björnberg, 1993. Björnberg, 1994.

stort, den liberala individualismen, och menat att även välfärdsstaten är impregnerad av en liberal ideologi och rättsstatlig struktur.[293]

Den forskning som bedrivits ur ett feministiskt eller kvinnoperspektiv har bidragit till att lyfta fram en annan aspekt av mänskligheten än den individualistiska, nämligen den sociala som bygger på omsorg. Att denna rationalitet, omsorgsetiken, skulle vara kvinnlig i sig kan möjligtvis hävdas genom att det är till största delen kvinnor som tagit ansvar för den delen av livet. Omvänt gäller detsamma för det som har kallats rättviseetik i motsats till omsorgsetik. Att den skulle vara manlig beror också på den levda praktiken. Men detta är föreställningar som kan verka stigmatiserande och styrande av hur tillvaron uppfattas. Om det bortses från dessa kopplingar är det möjligt att se drag av det motsatta inom den publika, individinriktade, manliga sfären likaväl som inom den altruistiska, privata, kvinnliga sfären. Sett ur det här perspektivet blir det möjligt att bejaka och utgå från *människors relationella karaktär*, behovet av att vara individ och att vara en social varelse, i alla delar av tillvaron. Det medför att alla relationer måste bedömas utifrån sitt innehåll, makt, känslor, lojaliteter och beroenden. Det är inte bara innehållet i relationer som arbetsgivare – arbetstagare, näringsidkare – konsument, förmögenhetsrättsliga avtalsparter, fastighetsägare – hyresgäst, förälder – barn som kan tydliggöras och regleras i rätten utan också i relationer mellan man och kvinna, på ett individuellt och ett strukturellt plan. Det kan göras historiskt genom att det på det metafysiska planet, i tankefigurerna och i förståelsen, sker en förändring genom medvetenheten om att likhetens ideologi är en ensidig förståelse som behöver balanseras med en betydligt mer komplex förståelse.[294]

[293] Kritiken som, från kommunitarister, feminister och postmodernister, riktats mot liberalismen har rört tre frågor, ifrågasättandet av en universell sanning och ett ett universellt förnuft, av en abstrakt könlös individ samt en tidlös etik, moral eller tidlösa universella värden. Benhabib, 1994, sid. 17f.

[294] Se t.ex. Benhabib, 1994.

Kapitel 6. Betoningen av den formella strukturen osynliggör genusrelationen

Betoningen av den formella strukturen osynliggör genusrelationens relevans i föreställningen om rätten. En problematisering av rätten utifrån genusrelationen pekar på flera distinktioner som utgör hinder för att att använda rätten i uppnåendet av jämställdhet mellan kvinnor och män. Därför förordas en upplösning av distinktionerna och en medveten användning av en både-och förståelse för att synliggöra motsättningar, konkurrerande erfarenheter och göra öppna avvägningar. En sådan upplösning av distinktionerna kan ha relevans för en tematisk diskussion utifrån fler relationer än genusrelationen. Det kan ses som en generell modell för hur en analys av självklarheter i rätten kan problematiseras. Rätten kan i enlighet med detta ses i samspel med andra normer och med människan samt som uttryck för värden och ställningstaganden utifrån en intersubjektiv erfarenhet som förändras.

Sammanfattningsvis menar jag att fokuseringen på rätten som ett objekt uppbyggt kring en formell struktur, dess systemkaraktär med betoning på enhetlighet samt koncentrationen på definition av begrepp och olika typer av normer och särskilt hur de avskiljs från andra typer av normer medverkar till att osynliggöra genusrelationens relevans för hur rätten är utformad och hur den tillämpas. Genom rättsfilosofiska och rättsteoretiska antaganden, medvetna i rättsteorier eller omedvetna i förståelser av självklarheter, avskiljs *det olika* eller som inte ryms i föreställningen om rätten präglad av en likhetsideologi som tar sig uttryck i *formell könsneutralitet* och i rättens syn på individen som fri och jämlik. Vidare avskiljs subjektiviteten genom betoningen av rätten som ett *objekt* med ett eget väsen oberoende av subjekten, människorna. Genom betoningen av rätten som ett vetenskapligt system uppbyggt kring logiska hierarkier och strukturer, vilket innehåller sina egna kriterier för vad som

ingår och hur systemet ändras, avskiljs från föreställningen om rätten som *fakta*baserad, dess värdemässiga grund. Slutligen avgörs inomrättsligt vad som avskiljs som icke rättsligt relevant i form av del av tillvaron, vissa erfarenheter eller en viss förståelse.

Innan jag går djupare in på betoningen av den formella strukturens relevans för genusrelationens osynliggörande vill jag förtydliga förhållningssättet till den rättsliga föreställningen som den presenterats i kapitel 5. Med en syn på rätten som den föreställning om rätten som den uttrycks och reproduceras i rättsvetenskapen och i den praktiska tillämpningen av rätten är det naturligtvis omöjligt att förhålla sig till den utifrån. Jag är själv en del av denna föreställning, samtidigt som jag inte är det. Föreställningen om rätten som jag mött den i juristutbildning, i juridisk verksamhet och i juridisk forskning kolliderar i stor utsträckning med min erfarenhet och förståelse av tillvaron, inte alltid i det som sägs utan snarast i det som inte sägs. Föreställningen om rätten som vetenskap kolliderar även med den syn på vetenskap som jag är influerad av, nämligen det kunskapsteoretiska synsättet som kan sammanfattas i kunskap som social och kontextuell samt ett allt större ifrågasättande av möjligheten av sådana vetenskapliga ideal som enhetlighet, förutsebarhet, objektivitet och som alltmer upplöser de distinktioner som trots att de uppenbart är modeller av tillvaron och ett försök till beskrivningar, tenderar att bli normativa som inomvetenskapliga axiom och normerande för hur tillvaron förstås.

Kritiken riktas inte mot innehållet som sådant i de olika teorier som får exemplifiera föreställningen om rätten som ett objekt av viss karaktär. Tvärtom är deras influens avgörande för mitt sätt att förhålla mig till rätten. Kritiken riktas i stället mot det saknade innehållet, dvs. flertalet teorier tar *inte* hänsyn till genusrelationen som symbolisk och konkret ordning och ser inte att genusrelationen är central för organiserandet av samhället och för teorier, metoder och begrepp. Med genusrelationen som begrepp blir det tydligt hur olika konflikter och avväganden som har relevans för genusrelationen osynliggörs genom att kriterierna i sig utesluter olikheter och konkurrerande värden som har relevans för genusrelationen.

Kombinationen av innanförskap och utanförskap får vara utgångspunkten i enlighet med det metodologiska förhållningssättet i hela arbetet, att utnyttja dilemmat att upprättande av distinktioner

är nödvändigt samtidigt som varje distinktion kan komma att fungera avskiljande samt är uttryck för en viss förståelse av tillvaron och kommer att verka normerande. Genom att medvetet förhålla sig till dilemmat att distinktioner är nödvändiga men att risken med dem är att ett avskiljande sker, kan teorier, metoder och begrepp, i stället för att noga definieras och fastslås, få vara diffusa, lösa och ses som tillfälliga upphängningar för en förståelse som rymmer en komplexitet som inte låter sig uttryckas på en och samma gång.

En rättsvetenskap som koncentrerar sig på att analysera värdeneutrala begrepp och att bygga system,[1] i stället för att ägna sig åt de värden som rätten som mellanmänskliga normer enligt min mening uttrycker, riskerar att, *liksom Kreon, i förfäktandet av den positiva rätten bli ett offer för andra värden som inte är medvetna.*[2] Genom att betona rättens värdeneutralitet och grund i objektiva, vetenskapligt faktaliknande kriterier osynliggörs de värden som rätten trots allt utgår från och bygger på. Jag ifrågasätter möjligheten att i rätten i sig finna enhetliga, universella, objektiva axiom som är oproblematiska och som inte kolliderar med andra axiom och som dessutom kan legitimeras med hjälp av ett positivistiskt vetenskapligt ideal om objektivitet, fakta avskilt från värde, förutsebarhet och enhetlighet. Dessa vetenskapliga ideal är inte längre hållbara ens inom naturvetenskapen där vetenskapen idag ses som betydligt mer komplex. I stället bör rätten, enligt min mening, ses som mellanmänskliga normer och som sådana är de inte värdeneutrala utan baserade på värden. Vid en betoning av rättens värdemässiga eller axiologiska förankring blir det tydligare att rätten består av en mängd normer, skapade av människor, i en ständigt pågående föränderlig kontext av intersubjektivitet. Normerna kan inbördes vara motsägelsefulla och detsamma kan vara fallet med den empiri som normerna skall tillämpas på. Det kanske inte är möjligt att avgöra vilken sida i antingen – eller distinktionen som är "den rätta". Det kanske är både och.

Dessutom bör de ses i samband med andra normer som inte

[1] Christensen, 1986, sid. 93.

[2] I Sofokles drama Antigone blandas de olika värdehierarkierna ihop, den rationella positiva rätten och dess företrädare Kreon med den värdebaserade moraliska rätten och dess företrädare Antigone, på så sätt att Sofokles låter Antigone argumentera rationellt utifrån sitt ställningstagande baserat på den värdebaserade moraliska

gjorts rättsliga. Olika typer av normer samverkar *dels* inomrättsligt, nämligen i det utrymme som ges genom dispositiv lagstiftning och i olika tolkningar av en lag, *dels* genom att andra normer förstärker eller motarbetar rättsliga normer.

För att uppnå jämställdhet (formellt och reellt) mellan kvinnor och män i rätten och i samhället är det väsentligt att genusrelationen som symbolisk och konkret ordning synliggörs.[3] I föreställningen om rätten ingår en viss genusrelation där mannen är utgångspunkten eller normen och där kvinnan avskilts eller ses som avvikande.[4] Den erfarenhet och det förnuft eller den förståelse av tillvaron som ligger till grund för rätten präglas av en historiskt överförd föreställning om rätten som baseras på en viss organisering av samhället där genusrelationen är central, vilket visats i kapitel 3. Denna föreställning som uttrycks i rätten verkar normerande, enligt resonemangen i kapitel 4. Försök att synliggöra genusrelationen i rätten stöter på hinder i form av de i kapitel 5 av rätten själv uppställda kriterierna.

- Att rätten inte lyckas medverka till att uppnå reell jämställdhet mellan könen kan motiveras med att rätten bara strävar efter formell jämställdhet. Praktiken eller empirin är inte relevant för rätten som normativt system. Den erfarenhet som ligger till grund för hur rätten tillämpas och får relevans i olika bedömningar som ger utrymme för olika tolkningar av situationer och händelser anses vara objektiv. Ifrågasättanden av objektiviteten faller tillbaka på den som ifrågasätter som varandes subjektiv, vilket leder över till nästa punkt.

- Att rätten skulle vara manlig eller grunda sig på viss erfarenhet eller vissa (subjektiva) värden eller inte vara objektiv i största allmänhet, motverkas av betoningen av rätten som ett objekt

rätten medan Kreon agerar irrationellt och blir ett offer i sina ansträngningar att genomdriva den positiva rätten. Hirvonen, 1992.

[3] I den delen av JämL (3–11 §§) som rör jämställdhetsplaner och det aktiva jämställdhetsarbetet finns en potential för synliggörande av genusrelationen.

[4] Observera att det inte handlar om fysiska män och kvinnor utan om man och kvinna som positioner ingående i en symbolisk och konkret genusrelation.

skilt från subjekten. Om objektet dessutom har ett eget väsen och är vetenskapligt uppbyggt efter logiska, hierarkiska principer där de ingående delarna kan definieras och klart avskiljas från andra fenomen får denna föreställning vetenskaplig legitimitet och blir därmed oantastligt objektiv. Om legitimiteten fås genom olika vetenskapliga kriterier är det dessa kriterier som bör analyseras. De vetenskapliga kriterier som rätten som föreställning bygger på börjar inom vetenskapen i övrigt att överges för andra. Detta bör påverka även rätten. De vetenskapliga kriterierna stöder föreställningen om rätten som fakta.

- Genom antagandet att rätten *är* fakta, eller åtminstone dess kriterier och dess grundläggande antaganden, kan gränsen gentemot värden upprätthållas. I den mån värden erkänns tenderar de att också framställas som oproblematiska, faktabetonade, universella och eviga. Olika rättviseteorier försöker definiera vad rättvisa *är* för något. Genom att betona rätten som fakta blir den också oantastlig och kritik kan avfärdas som värdemässig och ickerelevant.

- Det som inte är relevant rättsligt definieras som utomrättsligt på olika sätt. Vissa delar av tillvaron regleras inte rättsligt, där finns andra normsystem som verkar. I föreställningar om vad som går att reglera och vad som inte går att reglera är distinktionen privat-publik central, vilket har stor betydelse för genusrelationen eftersom den i stor utsträckning är relaterad till och i stor utsträckning kolliderar med gränsen mellan det publika och det privata. Men det är inte bara en fråga om vad som regleras rättsligt och vad som inte regleras rättsligt, utan också hur reglering sker. Viss lagstiftning är tvingande medan annan lagstiftning är dispositiv. Att en lagstiftning är dispositiv ger utrymme åt andra normsystem att verka. Vidare påverkar en mängd olika faktorer i att uttrycka en viss förståelse av tillvaron i rätten genom språket, hur ett visst handlande benämns, genom domstolsförfarandet, genom sättet att hantera konflikter m.m.

Det som jag pekat på kan ses som medverkande faktorer till att genusrelationen inte är synlig i rätten. Genusrelationen kan syn-

liggöras genom att upplösa föreställningen om dessa distinktioner och därmed analysera hur avskiljandets logik använts för att rätten skall kunna upprätthålla den föreställning som uttrycks i likhetsideologin, i rätten som objektiv, i alla fall i förhållande till kvinnor och män. En upplösning av för det första föreställningen om distinktionen formell – reell skulle kunna medföra att rätten skulle kunna användas som medel för att uppnå reell jämställdhet, för att värdet av jämställdhet skulle kunna konkretiseras som idé i rätten och som norm som får genomslag även i konkurrens med andra normer, rättsliga och icke-rättsliga. Rätten skulle kunna användas offensivt inom de ramar som finns, dvs. i enlighet med de värden som är förankrade i rätten som idéer och/eller normer. Varje gång det finns en möjlighet till en tolkning eller tillämpning som kan öka jämställdheten bör den användas. Hittills har det motsatta snarare varit fallet. För att synliggöra detta bör värden som ligger till grund för olika alternativ lyftas fram och argumenteras öppet. Väsentligt i sammanhanget är också andra normer och värden, icke-rättsliga, som påverkar de som använder rätten. Det som med andra ord ingår i de självklara antagandena, i tankeramen, i sådana företeelser som det självklara, i begrepp som sakens natur och god sed.

För att åstadkomma jämställdhet mellan könen måste relationen mellan kvinnor och män få vara synlig i rätten. Skillnaderna mellan könen är strukturella, metafysiska och individuella. Både kvinnor och män medverkar i utformandet av relationen, utifrån en historiskt överförd förståelse och praktik. Om det skall vara möjligt att ändra relationen rättsligt måste rätten ta hänsyn till hur relationen är ordnad. Det är inte möjligt att upprätthålla distinktionen formell – reell, lika lite beträffande genusrelationen som beträffande andra relationer, där rätten aktivt försöker medverka till att utjämna en relation och till att resultatet skall bli lika eller rättvist i någon mening. Den principen frångås emellertid i många fall, både i regleringen och i tillämpningen, när det gäller genusrelationen. Trots att empiri visar att relationen är ojämn upprätthålls föreställningen om att könsneutralitet och formell likhet är sättet att uppnå jämställdhet och effekterna uteblir därmed.

För det andra skulle en upplösning av föreställningen om distinktionen objekt – subjekt kunna leda till att rätten stämmer överens med fler erfarenheter och förståelser av tillvaron än den

som gömmer sig bakom det sätt på vilket objektet är utformat. Vid en fokusering på rätten som objekt, med en rättsvetenskap som huvudsakligen fastställer gällande rätt och fiktivt fryser rätten, i kombination med åtskiljandet av praktiken, samverkar dessa faktorer för att, i varje fall när det gäller relationen mellan kvinnor och män, snarare motverka uppnåendet av jämställdhet mellan kvinnor och män än att aktivt verka för att åstadkomma detsamma. Lösningen är inte att kasta ut föreställningen om rätten genom uppfattningen att det inte finns någon rätt eller att det inte finns något som är möjligt att utgå från. Tvärtom, det gör det i allra högsta grad. Men de axiologiska ställningstagandena i rättsföreställningen måste tydliggöras och kunna analyseras och eventuellt förändras om så krävs för att verkligen uppnå jämställdhet mellan kvinnor och män eller vilket annat mål som uttrycks i samhälleliga och rättsliga värdemässiga ställningstaganden.

Föreställningen om rätten som ett objekt, skilt från subjekten, dvs. människorna, är central i en kontext där legitimeringen sker genom formella vetenskapliga kriterier som just bygger på distinktionen mellan den som studerar och det som studeras. För att det som studeras, objektet, skall kunna ses som objektivt, opartiskt och som självklart, är det centralt att det kan ses som ett eget objekt med ett inneboende väsen opåverkat av mänsklig subjektivitet. Genom distinktionen objekt/subjekt upprätthålls föreställningen om objektivitet, opartiskhet. Genom att rätten per definition är objektivt, skilt från subjekten, utesluts det som pekar på motsatsen. Det ses som avvikande, annorlunda. Om genusrelationen synliggörs i rätten blir det påtagligt tydligt att rätten inte är objektiv utan i högsta grad präglat av subjekten, människorna.

Möjligtvis är detta särskilt centralt för en vetenskap som har som objekt ett normativt system. För att ett normativt system skall kunna ses som objektivt och med ett inneboende väsen måste den normativa prägeln omvandlas till objektiv och rationell. Ju starkare distinktionen mellan rätten som normativt system och verkligheten upprätthålls, desto mer icke-normativt kan det normativa ses som. I den mån värden är uttryckta föreställs de vara objektiva, universella och könlösa. Rättssubjektet ses som en fiktion, en norm, en könlös individ som inte är relationell. Detta ter sig lite märkligt bl.a. med tanke på att de mänskliga rättigheterna behöver kompletteras med

särskilda rättigheter för kvinnor och att det görs i allt större utsträckning. Möjligtvis är det så att det är först när den manliga normen faktiskt är på väg att upplösas som det börjar kunna synas.

Vidare förordas en upplösning av föreställningen om distinktionen fakta/värde. Föreställningen om rätten som ett sammanhängande, enhetligt system betonar dess karaktär av faktamässighet. De värden som uttrycks i rätten som idéer och som får slå igenom som normer görs allmängiltiga och oproblematiska och eventuella konflikter mellan olika värden verkar osynliggöras, i alla fall i den mån de har relevans för genusrelationen. Strävan i rättsvetenskapen och tillämpningen av rätten efter enhetlighet förstärker osynliggörandet av konflikter mellan olika värden. Om de av någon anledning inte osynliggörs, hanteras konflikterna av rätten och inordnas på något sätt, de slår igenom som avvägningar mellan olika värden i normer. Vilket sätt som används påverkar vilken effekt regleringen får. En betoning av rättens enhet och att rätten bör vara koherent kan leda, både empiriskt och normativt, till en ensidighet, där allt som talar emot, av nödvändighet måste avskiljas för att den normativa – och eventuellt den empiriska – koherensen skall kunna upprätthållas. Värden som uttrycks i rätten som idéer slår igenom i konkreta normer i olika utsträckning. Rätten hanterar vissa relationer och gör avvägningar mellan kolliderande värden och intressen i vissa relationer, men knappast i genusrelationen. Det är fullt möjligt att rättsligt utjämna relationen och beakta både kvinnors och mäns värden och intressen. För att uppnå det krävs för det första att relationen görs synlig, för det andra att värden som kolliderar utifrån genusrelationen måste kunna avvägas. Det bör ske öppet och vara möjligt att kritisera och argumentera kring. Vid bestämmande av kvinnors och mäns intressen och värden är det nödvändigt att acceptera att de förändras över tid, att de inte omfattar alla i respektive grupp samt att de kan bli normerande för vad som är kvinnligt och manligt. En början kan tas i den intersubjektiva uppfattning som uttrycks i internationella konventioner och uttalanden och i de nationella offentliga utredningar och ställningstaganden som finns sedan länge. Problemet är kanske inte heller primärt att kvinnor och män har olika värden eller intressen utan att rätten inte tillgodoser eller skyddar samma värde och intresse för både kvinnor och män. Om rätten till avskildhet och personlig integritet gäller

som ett värde i rätten, bör det gälla både den publika sfären och den privata sfären. Om rätten till reglerad arbetstid är ett värde bör det gälla såväl betalt arbete som obetalt arbete. Om rätten till sexuell självbestämmanderätt gäller i rätten bör det också ligga till grund för brott mot sexuellt självbestämmande för både män och kvinnor.

Slutligen föreslås en upplösning av föreställningen om distinktionen mellan det rättsliga och det icke-rättsliga området. Det rättsliga området verkar givet. Men vad som regleras rättsligt är historiskt överfört och det har inte varit föremål för en medveten diskurs. Den självklara uppdelning som har stor betydelse för genusrelationen är den mellan privat och publik sfär. Sfärerna är historiskt kopplade till manligt och kvinnligt både i förståelse och praktik. De delar av tillvaron som är reglerade är till en början den publika, så småningom har även den privata sfären kommit att regleras och gränsen har börjat överskridas. Men detta stöter på problem om inte medvetenhet om de grundläggande axiomen finns. Gränsen bör tänkas bort och i stället får utgångspunkten vara praktisk-konkreta problem i mänsklig tillvaro som behöver lösas, rättsligt eller på annat sätt. Rätten har där en viktig funktion, den normativa och den normerande. Vid problemformulering krävs att både kvinnors och mäns erfarenheter tas som utgångspunkt. Då gäller det att rätten används som ett redskap och inte uppställs som ett hinder så fort det inte är möjligt att rätta till något som upplevs som problem. Det är här inte fråga om att vad som helst och hur som helst skall kunna bli lag. Det räcker med att utgå från de värden som finns uttryckta i grundlag och i internationella konventioner och fundera över vilka hinder det finns för att uppnå de värdena och vilken avvägning som måste göras i den mån värden kolliderar med varandra. Det är nödvändigt att se rätten i ett samspel med andra icke-rättsliga normer och empiri, för att med hjälp av rätten åtgärda sådant som är problem. Risken är emellertid, om rätten använder sig av statiska definitioner och medel, att ojämna relationer konserveras. Därför måste redskapen vara flexibla, det handlar snarare om att i en viss situation se till helheten och analysera förutsättningar och grunder än att definiera en viss grupp som svag per definition. En person som tillhör en grupp som oftast befinner sig i underläge gör det nödvändigtvis inte som individ. Dessutom förändras förhållandena hela tiden.

Det är svårt att säga hur en rätt som klarar av detta skulle se ut. Det är t.o.m. en poäng att inte försöka, då avskiljandets logik omedelbart träder in och upprättar distinktioner som verkar normerande och statiskt. Det är dessutom säkerligen inte möjligt att uttala sig om helheten. I stället är det möjligt att utgå från vissa konkreta värden, leta efter motsättningar mellan olika värden och hinder för att uppnå värdet. Det kan göras inomrättsligt, genom att utgå från de värden som finns i konstitutionen eller i syftesbestämningar till speciella lagar eller i den samhälleliga ideologin i sin helhet, vilken i stort är uttryckt i grundlagen.

Till detta hör att föreställningen om den skarpa gränsen mellan rättsvetenskap och icke rättsvetenskap bör upplösas. Gränsdragningen är normativ, på så sätt att för att något skall bedömas som rättsvetenskap måste det hålla sig inom gränsen. Men inom gränsen ryms inte kvinnors erfarenheter och villkor i samma utsträckning som mäns. Kriterierna i sig utesluter vissa erfarenheter. De självklarheter, ställningstaganden och gränsdragningar som rätten är formad utifrån och som används i den mån rätten inte ger ett givet svar (givet en viss rättsregel), problematiseras inte särskilt ofta. De är inte givna utan historiskt överförda och föränderliga.

Förutom att gränsen mellan rättsvetenskap och icke-rättsvetenskap utesluter en stor del av människors erfarenheter, särskilt det som kopplats ihop med kvinnor och kvinnligt, verkar en sådan distinktion inomsystematiskt bekräftande och statiskt liksom kriterier som förutsebarhet och ordning i motsats till kaos. Vetenskaplighet definieras enligt vissa kriterier vilka styr vetenskapens innehåll och utformning. En brist på tematiska diskussioner kan medföra att rättsvetenskapen i form av rättsdogmatiken blir sin egen referens. Detta medför, som jag pekat på, särskilt att genusrelationen osynliggörs, men problemet är inte begränsat till genusrelationen. Tvärtom kan en upplösning av distinktionerna medföra en generell öppenhet och medvetenhet om rättens självklarheter.

Argumentationen om rättens öppenhet och föränderlighet kan föras inomrättsligt utifrån de värden som fastslagits i rättslig form i konstitutionell form eller som överenskommelser av det internationella samfundet. Det är lämpligt att göra så, enligt min mening, eftersom rätten och olika internationella överenskommelser är ett resultat av den politiska, demokratiska processen vilken är den som

för tillfället är att föredra bland de möjliga processer där mer eller mindre intersubjektiva värden formas. Därmed inte sagt att den är perfekt och att det inte kan riktas kritik mot den processen. Men där finns förutsättningar för öppenhet, väl genomtänkta ställningstaganden, ställningstagande som baseras på intersubjektivitet i stället för egna vinst- eller maktintressen. Rätten är på det sättet underordnad den demokratiska processen, det är genom rätten de intersubjektiva värdena skall genomföras. Rätten i sig medger självklart ett visst utrymme för olika tillämpningar och tolkningar och de bör självklart utföras och utnyttjas av samtliga i den juridiska professionen, men de bör ske i enlighet med de värden som beslutats vara centrala i enlighet med den demokratiska processen. Rättstillämpare bör inte motverka värden som fastslagits i demokratisk form. Om så görs och det finns skäl för det måste denna konflikt synliggöras och ställningstaganden bör tas i en öppen diskurs. Det kan exempelvis vara fallet då ett värde kommer i konflikt med andra värden. En öppen diskurs kan ske inomrättsligt eller politiskt och det ena utesluter inte det andra. Mitt intresse är inomrättsligt. Argumentationen utifrån värdet om jämställdhet mellan kvinnor och män kan föras inomrättsligt, dels utgående från den svenska konstitutionen, dels utgående från en mängd internationella konventioner och överenskommelser. Emellertid möter den inomrättsliga argumentationen utifrån värdet om jämställdhet på problem i den inomsystematiska och inomvetenskapliga föreställningen om rätten, vilket gör att en snävt rättsdogmatisk argumentation inte leder särskilt långt, även om maximalt tolkningsutrymme utnyttjas. Till detta kommer att mitt kunskapsintresse snarast kan beskrivas som förståelseorienterat för att möjliggöra medveten förändring, visserligen utifrån rättsligt fastslagna värden. Där blir gränser, gränsdragningar och balansen mellan t.ex. det inomrättsliga och det utomrättsliga, det normativa och det deskriptiva ett sätt att utgå från och använda i en förändringsprocess. Tänkesättet som används i detta arbete är generellt ett upplösande av distinktioner, även om det i viss mån är motsägelsefullt eftersom jag använder vissa distinktioner. Det är samtidigt en nödvändighet och en omöjlighet att upprätta distinktioner. Förhållningssättet för att se dem som och betona dem som tillfälliga redskap, är att upplösa olika distinktioner beroende på forskningsproblem. Ytterligare förhållningssätt är att

definiera distinktionerna som relationer i stället för som två av varandra uteslutande enheter. Två poler som ingår i en relation är inte statiska, relationen kan förändras men de förhåller sig till varandra. Relationen kan dessutom ses som symbolisk respektive konkret, vilket också gör den mindre statisk. Att använda sig av balansen mellan motsatser eller olika delar av en helhet är en i detta arbete förordad metod.

Efterord

Kunskapsprocessen är bara påbörjad. Det här arbetet känns som ett avstamp för vidare funderingar. Jag har inte hittat några svar eller konklusioner i någon mer konkret mening. I arbetet med denna avhandling har jag emellertid skaffat mig redskap för att fortsätta att fundera kring en annan typ av rättsförståelse än den som bygger på avskiljande utifrån en likhetsideologi. Det kan jag göra utifrån en syn på rätten och rättsvetenskapen som kan sammanfattas i några punkter.

Jag menar att rätten måste ses i sitt sammanhang, som en typ av normer som samverkar med, motverkas av och kompletteras av andra typer av normer. Dessutom måste rätten ses som samverkande med subjekten, människorna. Rätten är historiskt och kontextuellt föränderlig i samspel med människorna och de värden som anses centrala. Genom att öppet redovisa och föra en diskurs kring vilka värden och antaganden som rätten uttrycker och förväntas uttrycka, kan rättsförståelsen bli axiologiskt medveten. Därmed kan rättsnormerna förankras i en rättsförståelse samtidigt som det också blir möjligt att förändra rättsnormer i den mån de inte stämmer överens med de värden som de förväntas uttrycka. Rätten uttrycker inte bara den samtida förståelsen och organiseringen, utan kan också konservera en äldre tids förståelse och organisering om en medveten förändring inte sker. Om ett senare uttryckt värde kolliderar med ett tidigare uttryckt värde måste en sådan kollision synliggöras och hanteras genom en medveten avvägning. Om konflikten osynliggörs kommer det nya värdet inte att få genomslag. Risken är då stor att värdet i sig verkar illusoriskt och faktiskt kommer att motverka sin egen implementering. Detta leder till en kritik av monismen både som förhållningssätt och som syn på rätten.

Rätten bör klara av att göra avvägningar mellan olika typer av

erfarenheter och situationer. Relevansen av genusrelationen finns på alla nivåer i samhället och i rätten. Det sätt på vilket vi förstår genusrelationen och det sätt på vilket genus är relaterade till varandra både i en symbolisk och konkret mening, verkar i alla led i den rättsliga kedjan. Det sätt på vilket lagarna formas, hur de tolkas, hur de tillämpas och vilken effekt de får påverkas av genusrelationen, likaväl som alla individer i samhället är påverkade av genusrelationen i sättet att forma sina liv, i de relationer som ingås och i effekterna av hur saker och ting är organiserade i samhället. Genusrelationen är emellertid mångtydig, den är inte deterministisk och alla kvinnor är inte relaterade till alla män på samma sätt och tvärtom. Hur genusrelationen ser ut är historiskt och kontextuellt föränderligt, men att den finns och är relevant för människorna som individer och i samhället är genomgående. Medvetenheten om genusrelationens betydelse är central i en kontext där genusrelationen är osynliggjord och dold under en monistisk, enhetlig och primärt manlig ideologi.

Med detta som grund är det, som jag ser det just nu, två frågor som jag vill fortsätta att fundera på. De finns med i detta arbete, men är inte fullt utvecklade. Det är för det första *avskiljandets logik.* Hur är det möjligt att undvika att det i och för sig nödvändiga upprättandet av distinktioner som kan leda till ett avskiljande inte blir stigmatiserande och förenklande? Är det möjligt att bevara och se komplexiteten vid en kritik av ett visst avskiljande till förmån för ett annat avskiljande? Kan en kritik mot avskiljandets logik och ett normativt ställningstagande om att se komplexiteten kombineras med det avskiljande som sker genom att lyfta fram genusrelationen som relevant. Räcker det med en medvetenhet om vad det är som avskiljs? Löses dilemmat genom att de kunskapsanspråk som ställs är lokala eller kan det i sig leda till hinder för kommunikation?

Den andra frågan rör genusrelationen som metafor. Kan genusrelationen användas som ett allmänt sätt att förstå saker i en relationell och föränderlig mening? Leder ett sådant tänkande oundvikligen till en tvåsidighet i stället för den ensidighet som jag kritiserar? Byts antingen-eller ut mot både-och men inget därutöver? I så fall blir en sådan förståelse lika ensidig som det den försöker kritisera.

Båda frågorna är i högsta grad relevanta för rätten som praktik

och teori. Hur kan rätten tillgodose olika erfarenheter, mångsidighet och konkurrerande värden och ta hänsyn till relationer utan att definiera olika kategorier? Hur kan genusrelationen synliggöras i rätten utan att verka bevarande av den relation som är för handen just nu? *Att* rätten tar hänsyn till dessa frågor ser jag som nödvändigt, men på vilket sätt är inte självklart. En början är att synliggöra de värden som rätten uttrycker explicit och implicit och lyfta fram de grundläggande antaganden som de baseras på. För att göra det måste föreställningen om rätten som ett objekt och fokuseringen på dess formella karaktär omvärderas.

Till sist några mer personliga ord. För hundra år sedan, ungefär samtidigt med att min mormor föddes, disputerade den första kvinnliga juris doktorn i Sverige, Elsa Eschelsson. Mycket har förändrats sedan dess. Det finns inte längre några formella skillnader för kvinnors och mäns möjligheter att utvecklas som individer och att ingå i relationer där ingen är underordnad den andra. Min önskan är att när mina barn växer upp skall det inte längre heller finnas några reella hinder, som har med deras könstillhörighet att göra, för att få utvecklas och bli och göra det dom vill. Jag skulle önska att båda två får känna glädje och stolthet över det som de är och att det i deras erfarenhet inte kommer att ingå vare sig underordning eller överordning i någon mening. Jag skulle vilja, till Henning och Kajsa, föra vidare de ord som min pappa skrev i min poesibok när jag var i femårsåldern och som i en symbolisk mening och som ett förhållningssätt funnits med i hela mitt liv.

Det möjliga är inte alltid möjligt,
det omöjliga är inte alltid omöjligt.
Om det är möjligt att det omöjliga är möjligt,
gör då det omöjliga möjligt.

Summary

The subject of this work is the conception of law as historically and contextually variable, as it is expressed and produced in jurisprudence as well as in the practical application of law. The starting-point is that law is not objective in relation to women and men, and that the goal of equality between men and women is not attained through formal gender neutrality, as gender neutrality is itself an obscuration of the relevance of gender relation. The obscuration takes place with the help of established distinctions which serve as starting-points for a separating of a large part of life. This conception of law is legitimized by criteria understood as obvious. Gender relation's coming into view renders problematic the criteria for what law is thought to be, its basis of legitimation and its province. Questioning and consciousness-raising of that which is obvious can make possible a change, where comprehension is central to the change. That which is obvious can be analyzed by taking as starting-points other ways of understanding life, in time and space, and in other positions than the most dominating ones. This purpose decides which theories, methods, and terms are used. The elucidation of the link between comprehension of law, scientific approach and gender requires tools from disciplines other than jurisprudence. Tools, in the form of terms, language, and symbols, become methodological in the sense that they make plain how the comprehension is expressed.

Language is one of several tools for expressing an understanding of life. It is necessary to have tools in order to communicate through verbal and non-verbal language, symbols, and perspective, but they are at the same time limiting. Language, seen as a central tool in scientific contexts, is inexact, contextual, symbolic, and full of associations and values. This indistinctness can be used methodologically. By assuming this indistinctness, a more open posture can be

taken. Language can accommodate more aspects. Language can also be used as a symbol for a comprehension or understanding. By using relational terms, such as gender relation, and by defining different phenomena with several different terms and referring to different theories, the indistinctness and variability is emphasized.

The information society's framework for thinking is distinguished by a thinking in distinctions from which our existence is defined. The distinctions are necessary in order to manage our existence, but the distinctions must be questioned and re-tested. The risk is that they become standards for how our existence is understood, and that they are used as starting-points for a separation in a framework of thinking which emphasizes unity, objectivity, and similarity. To preserve such ideals built up for scientific knowledge, a limit must be maintained for that which does not satisfy the criteria. The limit in itself becomes central to being able to decide what is in accordance with the criteria, but also to normatively maintaining the criteria's legitimacy itself. The limit is maintained by the logic of the separation. That which is separated from theories, terms, and law is primarily that which historically has been tied together with the womanly. By taking a position in the gender relation, the way in which distinctions are preserved and what is separated can be analyzed and criticized.

That scientific approach which has unity and predictability as an ideal is on its way to disappearing. Even within traditional positivist natural science distinctions have begun to dissolve. The "chaos" theory has, for example, questioned the criterion for predictability, the possibility of finding clear causal relations, and the conflict between order and chaos. The conception of law can be changed with the help of the "chaos" theory's questioning of criteria central in law. A dissolution of various distinctions is within reach, and this can influence the notion of law. It can mean that gender relation can be made plain in law.

Two terms, "perceptive framework" and "that which is doxa," can be used as loose terms in the elucidation of the legal conception. The process of change has already been put in motion by the definition and consciousness-raising of what the terms represent. "That which is obvious" is no longer obvious when it has been verbalized. The consciousness-raising of the "framework of think-

ing" and "that which is obvious" takes place both collectively and individually. Concentration is on the focusing on "that which is obvious," that which is explicitly "positionless." This is possible only from a position. In this work, the position is gender relation as symbolic and concrete order.

No given answers are provided by analyzing what is included in the framework of thinking and asking the basic questions about our existence and mankind. However, the posing of these questions has an important function, and it is the reflecting over the issues and position-taking which, in spite of everything, can be done from grounds based in values. The framework of thinking which is this work's context and the thinking which has influenced this perspective is the approach to knowledge which sees knowledge as social and contextual, which emphasizes dynamics through interplay within different distinctions, and which reveals gender as relevant.

Those issues focused on in this work are gathered under the headings ontology, epistemology, values as ideas and norms, as well as human – a relational gender. By reflecting over these ideas, that which is obvious is made contextual. The result of this is not a relativism, but rather a standpoint that it is important to proceed from relations and context, instead of categories and separation. It is important in the conception of law to analyze what experience and what comprehension are used as starting-points for how law is formed and how it is used, how legal norms are related to other norms, and what significance the view of man has. The conception of the legal entity as a free, independent individual actually conceals the fact that man is relational and that relations are significant for every individual's meeting with law and other norms. Power is an important ingredient in relations. Gender is used as a relational and balancing term in both a concrete and a symbolic sense.

The way one thinks, as well as how one structures and understands our existence, is presented in two models, "balance" and "hierarchy." The different ways of thinking can be seen as hypothetical and simplified distinctions which perhaps do not exist or have never existed as pure structures. Different societies can, on the other hand, be more or less formed by these two ways of thinking. Every framework for thinking and every era has its understanding which functions in its context. The "balance" and "hierarchy" ways

of thinking, as different ways to understand and organize our existence, historically have a strong connection with gender relation as symbolic order. The "balancing" way of thinking emphasizes the necessity of co-operation between man and woman and makes no value-based hierarchization. The "hierarchical" thinking runs together with that usually attributed to our classics, to our idea tradition. In this idea tradition, women have been seen as subordinate to men both in a symbolic sense and in the actual practice. This order has been highly central in the legitimation of the approach to knowledge and the way in which society has been organized and law formed. Women's subordination has been legitimized on one hand by the theory that it is a spiritual or natural order. One can read a logic of separating into this "power order" which has taken both symbolic and concrete forms of expression. The ideas of olden times regarding the relationship between man and woman are usually left out in contemporary times as irrelevant and explained away as being time-bound.

Examples of a way of thinking structured from the perspective of balance between the manly and the womanly are found in times remarkably undervalued from our time's perspective. The balance exists in the olden times' myths, in the middle ages' mystique, in certain interpretations of Christianity, but also as different individuals' thoughts and ideas during the passing of time. Today's equality of the sexes ideology may look like it was built from a balance between manliness and womanliness, but is rather an ideology in which gender is obscurred.

It is the manner of thinking in which manly and womanly are put in hierarchical order which distinguishes the thinking of those philosophers who formed what we term science and scientific thinking. Establishing distinctions and separating one thing from another is central to scholarly thought. Gender relation, in both a symbolic and a concrete sense, has both been used to legitimize and been legitimized by hierarchical structuring.

The hierarchical manner of thinking has had several different hierarchies. God was eventually replaced by man, who became the one who studied his or her surroundings, nature. A new outlook on mankind was established, the free and equal human. Civil society was populated by free, equal individuals. But the civil or public

society was only one part of life. Society was split up into a private and public sphere, and was also tied together with women/womanly and men/manly. Conditions for public life were formed from men's existence. The "state governed by law" was formed from and for public life. The individual person was placed in focus, resulting in relations not being given attention. Man's individual characteristics have come to be the starting-point and norm, just as the public individual has become.

In many ways, the result for women was a limitation of their freedom of movement and opportunity to make a living and, in that way, a lower opinion of the womanly in life. When the bourgeoisie eventually defined life, the bourgeois woman became the symbol of a woman. A woman's duty was to stand for the emotional private sphere and to be an object for the home. To be sure, there was a large group of working women, but the definition of women was made from the bourgeoisie. This definition was spread later during the twentieth century and became an ideal and a standard for women in society in broad outline.

The legal ground for legitimation stopped being theological, in compliance with the world view that substituted man for God. Natural law was separated from theology and got other grounds, nature or reason. Those two possibilities corresponded to that time's line of distinction between empiricism and rationalism. Law was separated from philosophy, ethics came to be classified among the metaphysical subjects, which lost more and more status, jurisprudence came to be more and more logical and positivist, careful to satisfy those criteria the scholarly ideal of the time established. Those philosophers who referred to the state of nature as the original state contributed to the interpretation of history which interprets the natural order between man and woman as unequal. Ideals of equality, freedom, and brotherhood did not apply to women, despite there being those who advocated just that. Legally, women formally became full citizens for the first time well into the twentieth century. This was not because requirements for full citizenship were not made until then. Those requirements have existed consistently throughout history.

The "either-or" distinction is strengthened. With the help of evolutionist thought, positivism is strengthened in the development

from the theological via the metaphysical to the positivist way of thinking. The truth exists and the truth is one. Man can find the truth, not God. A belief in the possibility of finding the truth involves a certain uncertainty that the belief in a higher being did not concede. The polarization between those who argue that a truth exists and those who argue that there is no truth is strengthened. The former argue from the perspective of the "chaos – order" distinction. Modernity is defined from the perspective of what it is not. Enlightenment is the opposite of myth. All scholarly disciplines which claimed to be sciences were eventually influenced by the positivist view, logical empiricism. Focusing came to be made on unity, verifiability, predictability, the object of knowledge. For law, this means that law more and more becomes a uniform standard, that is to say an object of knowledge, a logical, hierarchically built-up society. The systematization becomes a pre-condition in jurisprudence.

The manner of organizing society is preserved and expressed in legal form. This legal order is in need of being legitimized. If the legal norms enjoy legitimacy, they come to be seen as normative and self-affirming. Legitimacy can be achieved through the formal claim of legality as well as through a more general moral justifying. In addition, the legitimacy of law is made easier where it is, and perhaps possibly assumes that it be, in agreement with other norms such as economical, social, political, among others. Different grounds of legitimizing work in different situations and in relation to different groups. If the legitimation grounds are accepted as explained, the legal norms can be internalized and can in that way eventually be seen as internally systematically affirming. As a result, the way in which society is organized in legal norms seems obvious and normative of the way of understanding and managing existence and human relations. How gender relation influenced the manner of regulating society legally and how the relation is regulated legally are central to how life will eventually look in practice. If that practice, or human's comprehension of her existence, does not agree with the manner in which the legal norms are arranged, a crisis of legitimacy may result. The imbalance between the conception and practice of law can be illuminated with the help of gender relation.

Grounds for legitimacy are contextual. What type of legitimacy

that is used or referred to depends on time and space, but also in relation to whom. The concept of law and on what grounds it rests are central to its legitimizing. With an internally systematic legitimacy, it becomes more central to objectify law than with an externally systematic legitimacy. The order, which is called the formal equality's logic, is in reality a logic of separating. Science, the democratic ideology, and equality between women and men give legitimacy to the order.

If the legitimacy functions, the concept of law will eventually seem normative within the legal sphere and as regards the general public. Law is seen as one uniform standard, an object of knowledge with certain inherent characteristics which create the concept of it as objective and in that way just. In this way, law defines itself and existence at the same time. Existence is defined legally in different stages of the legal process. Society's organization is expressed and preserved through the legal complex. Which areas of existence that are made legal and the manner in which existence is illuminated are of great importance for gender relation. The idea of things which are obvious hinders us, for example, from seeing contradictions in the legal norms.

The emphasis of law as an object and as a system with a formal structure, built up according to logical hierarchical principles in which the details are classified and systematized, has contributed to those criteria established by science being confirmed systematically. Values have more or less been eliminated from science's area. This has had especially large significance for gender relation, which was made irrelevant (formally) legally in the beginning of the twentieth century. The idea of the legal entity as an individual, free, equal and without gender, has only been assumed in cases where the biological differences(that is to say, certain of women's special biological functions) made an elucidation impossible. Even the idea of the area as being obviously under law's sphere has been elucidating of gender relation's significance. Jurists see "reality" through legality's and jurisprudence's framework of thought. That framework is changing, with the help of several perspectives which criticize the scholarly grounds. Examples of such perspectives include feminist legal theory and legal dogmatics, various forms of pluralistic legal theory, polycentrism, and legal anthropology. The Western World's rap-

prochement with the rest of the world increases the contact with other conceptions of justice – the Western conception is being made relative. Women's and men's conditions are being noticed, which means that distinctions like "private-public" can no longer be preserved, society changes faster and faster, which leads to jurisprudence as an instrument for establishing governing law becomes less viable, that which is established is changed too fast for knowledge to be relevant for a longer period, the legal criteria *one* truth, and predictability, objectivity, and causal connections are questioned more and more generally. All this means that law is confronted with new problems which can not be solved within the formal structure. The legal limits need to be dissolved for legal and scientific understanding to be able to include a more universal understanding of existence.

Law is represented as being an object, in the singular. The distinction between it and the subject is preserved by emphasizing its object character. In that way, every attempt to introduce subjective experiences can be dismissed as not objective. Those experiences and that comprehension of life which deviate from objectivity become, in that way, deviant and particular. If legal norms are seen as being intimately intertwined with people, the differentiation between object and subject is dissolved. Law is seen in that way not as an object, with the exception possibly of it being a concretized concept. With such an approach, it becomes reasonable to pose the question of which values are being concretized and expressed in legal form. If one disregards the form norms have, the difference between legal norms and other norms(moral, ethical, religious) are not large.

Legal norms collide not only with themselves, but also with other types of norms which have no legal form. The argumentation that norms must be followed must be of another character: they should be followed in order to create conditions for functioning relations between people. These prerequisites can be good or bad depending on whose situation is studied. Given those goals and values which are legally anchored or anchored in the public sense, science's goals can be to create coherence or more concretely perform balances which in each situation can be motivated axiologically. The system concept is central to the present-day understanding of law and is the

basis for systematization, definitions of terms, classifying, structures, hierarchies and more.

Rational, as opposed to irrational, as a trait of law is connected with the theory of evolution and the new sense which characterizes the whole modernity theory, as well as reason. The modern reason has also been described as manly, in contrast to the womanly. Reason is considered synonymous with scientific method, which to a large extent has as the idea behind it the search for laws and lasting connections between observable occurrences.

Rationality within legal science is found partly as an entity which characterizes the object/system law itself, partly as rational legal argumentation. The rationality term itself excludes a large part of life. It is quite a difference to see rationality as an inherent entity in law and to see it as a prescribed method of legal argumentation. Rationality as inherent entity tends to become exclusive of anything that does not allow itself to be seen through rationality. This characterizes even the view of man.

In law, the individual is looked upon on the whole as free, equal, independent, and without gender. This view characterizes both the contemporary conception of law and previous conceptions of it. History is interpreted from that which we today find to be important. Things not clearly *comme il faut* today are simply excluded. As a result, the fact that today's conception of law builds on grounds which are clearly gender relevant, both metaphysically and concretely, is obscurred.

Whereas the order earlier was legitimized with references to woman's and man's different nature, it now is with references to gender irrelevance. There are counter-reactions. One example is a model of explanation which seeks to legitimize and explain the societal and gender order in biological terms. Two different rationalities have also been formulated, the manly justice ethic and the womanly care ethic. They are just as narrow and self-fulfilling as biological arguments. Instead, gender relevance should be seen as an important factor in the societal order. The power aspect of the woman/man relation both on a structural and an individual level must be illuminated as a way to organize society. Gender relation can also be used to organize a society which claims to have the ambition that women and men be equal.

It is not obvious what things are regulated legally. Studying legal systems in other contexts, in time and space, suffice to show that different parts of life are regulated and to different degrees. What is appropriate to regulate legally is rather a question of our conception of what is appropriate or not. That is not to suggest that changing this conception is simple or that the conception is not important. But becoming aware that it is a conception can in and of itself make that which is obvious no longer obvious.

All such conceptions are stigmatizing in some meaning. They hinder us from seeing the potential which lies in the focusing of the man-woman relation. It is in the relation, on both the individual and structural level, that one can find the possibility for an understanding which is complex and balanced and relieving.

Emphasizing the formal structure of the law obscures gender relation's relevance in the conception of law. A problemizing of law from the perspective of gender relation points to several distinctions which hinder using law in realizing equality between women and men. For that reason, a dissolution of the distinctions and a conscious use of an "both-and," rather than "either-or," comprehension is needed in order to illuminate the contrasts and competing experiences and make open balances between different interests. Such a dissolution can have relevance for a thematic discussion from the perspective of more relations than the gender relation. It can be seen as a general model for how an analysis of obvious matters can be problemized in law. Law can in accordance with this be seen in interplay with other norms and with mankind, and as an expression of values and position-taking from the perspective of an intersubjective experience which changes.

Källor

Om inte annat anges har hänvisningar till litteraturen gjorts på följande sätt:

Böcker Första gången den används fullständiga uppgifter, andra och kommande gånger författarens efternamn och bokens tryckår. I de fall författaren har publicerat flera böcker samma år, anges tryckår samt bokstav i alfabetisk ordning.

Antologier Första gången den används fullständiga uppgifter, andra och kommande gånger redaktörens efternamn och bokens tryckår.

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.
Prop. 1978/79:175 om Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.
Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag m.m.
Prop. 1993/94:147 om jämställdhetspolitiken, *Delad makt delat ansvar*.

Statens Offentliga Utredningar

SOU 1990:44 *Demokrati och Makt i Sverige*, Maktutredningens huvudrapport.
SOU 1993:98 *Partnerskap*, betänkande av Partnerskapskommittén.

SOU 1994:3 *Mäns föreställningar om kvinnor och chefskap,* betänkande av Utredningen om kvinnor och chefskap.
SOU 1994:151 *Grupprättegång,* betänkande av Grupptalanutredningen.
SOU 1995:15 *Könshandeln*, Betänkande av prostitutionsutredningen.
SOU 1995:60 *Kvinnofrid*, huvudbetänkande av kvinnovåldskommissionen.
SOU 1995:79 *Vårdnad boende umgänge*, Vårdnadstvistutredningen.
SOU 1996:56 *Hälften vore nog – om kvinnor och män på 90-talets arbetsmarknad*, Utredningen om kvinnors arbetsmarknad.
SOU 1996:103, *Miljöbalken. En skärpt och samordnad miljölagstiftning för en hållbar utveckling*, betänkande av Miljöbalksutredningen.
SOU 1996:185 *Straffansvarets gränser*, del I–II, Straffansvarsutredningens betänkande.

Utskottsbetänkanden

LU 1973:20 Lagutskottets betänkande i anledning av Kungl. Maj:ts prop. 1973:32 med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m.
LU 1993/94:28 Registrerat partnerskap m.m.

Departementsserien

Ds 1993:8 *Kvinnors arbetsmarknad 1990-talet återtågets årtionde?* Jonung, Christina, Yrkessegregeringen på arbetsmarknaden.
Ds 1993:15 *Efter Lindome.*
Ds 1994:64 *Diskriminerande reklam.*
Ds 1996:26 *Genusperspektiv i forskningen*, Utbildningsdepartementet.

Övrigt riksdagstryck

Jämställdhetspolitiken Regeringens skrivelse 1996/97:41.
Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens, Peking den 4–15 sep-

tember 1995, Aktstycken utgivna av Utrikesdepartementet Ny serie II:51, Stockholm 1996.

Övrigt internationellt material

Konvention om kvinnans politiska rättigheter, SÖ 1954:16.
Konvention om gifta kvinnors medborgarskap, SÖ 1958:27.
Konvention ang. samtycke till minimiålder för samt registrering av äktenskap, SÖ 1964:29.
Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, SÖ 1971:41.
Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, SÖ 1971:42.
Konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, SÖ 1980:8.

Litteratur

Aarnio, Aulis, *On legal reasoning*, Turun Yliopisto, Turku 1977.
Aarnio Aulis, Om rättssystemets slutna natur. Ur *Rättsdogmatikens alternativ*. Tuori, Kaarlo (red.), Juridica, Helsingfors 1988.
Aarnio, Aulis, Äktenskapet som avtal. Ur *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*. Sandgren, Claes (red.), Norstedts juridik, Stockholm 1993.
Agell, Anders, *Äganderätten till fastighet för makar och samboende: en studie av kommissionsskap*, Norstedt, Stockholm 1985.
Agell, Anders, *Äktenskap Samboende Partnerskap. Familjerätt 1.* Iustus förlag, Uppsala 1995.
Agell, Anders, (red.), *Familjestöd, Familjebegrepp & Underhållsskylighet mot barn i de nordiska länderna*, Iustus Förlag, Uppsala 1996.
Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans, om skadeståndsansvarets gränser,* Iustus Förlag AB, Uppsala 1993.
Andersson, Perry, *Övergångar från antiken till feodalismen*. 5 uppl. A/Z Förlag, Lund 1992.
Andersson, Sven, Hermeneutikens två traditioner – om skillnader mellan Schleiermacher och Gadamer. Ur *Kunskapens villkor, En*

antologi om vetenskapsteori och samhällsvetenskap, Selander, Staffan (red.) Studentlitteratur, Lund 1986.
Angel, Birgitta & Hjern, Anders, *Att möta flyktingbarn och deras familjer*. Studentlitteratur, Lund 1992.
Anners, Erik, *Den europeiska rättens historia 1,* Norstedts, Stockholm 1990.Citeras Anners 1, 1990.
Anners, Erik, *Den europeiska rättens historia 2*, Norstedts, Stockholm 1990. Citeras Anners 2, 1990.
Aquinas, St Thomas, *Summa Theologiæ*. Eyre & Spottiswoode, (eds.) London, McGraw-Hill, New York 1964–81. Vol 1–61.
Asplund, Johan, *Essä om Gemeinschaft och Gesellschaft.* Bokförlaget Korpen, Göteborg 1991.
Aubert, Vilhelm, *Rettens sosiale funksjon*. Universitetsforlaget, Oslo 1976.
Austin, John Langshaw, *How to Do Things with Words*: *the William James lectures delivered at Harvard university in 1955.* Urmson, J.O. och Sbisa, Marina (eds.), 2. ed., Oxford University Press, London 1976.
Avinieri, Shlomo, *Hegel's Theory of the Modern State.* Cambridge University Press, Cambridge 1972,
Benhabib, Seyla, *Autonomi & gemenskap. Kommunikativ etik, feminism och postmodernism*. Daidalos, Göteborg 1994.
Berg, Lars-Erik, *Människans födelse. En socialpsykologisk diskussion kring G. H. Mead och J. Piaget.* Korpen, Göteborg 1976.
Berg, Lars-Erik, *Den lekande människan: en socialpsykologisk analys av lekandets dynamik.* Studentlitteratur, Lund 1992.
Berglund, Kerstin, Rättens användbarhet vid brott mot kvinnor. Ur *Kvinnor och miljöer. Rapport från det 9nde nordiska kvinnojuristmötet 19–21 maj 1995.* Herrlin, Monica (red.), Publikationer av institutionen för privaträtt vid Helsingfors universitet; 44, Helsingfors 1995.
Bernal, John D, *Vetenskapens historia* Band 1–2. Gidlunds, Södertälje 1981.
Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, *Juridisk Tidskrift* 1994/95 Nr 2, sid. 259–269.
Bernstein, Richard J, *Bortom objektivism och relativism: vetenskap, hermeneutik och praxis*. Röda bokförlaget, Göteborg, 1991.

Björnberg, Ulla (ed.) *European parents in the 1990:s Contradictions and Comparisons*, New Brunswick, New Jersey 1992.

Björnberg, Ulla, Familjen och familjepolitiken – en internationell jämförelse. Ur *Forskning om Europafrågor vid Samhällsvetenskapliga fakulteten,* Lindahl, Rutger och Cramér, Per (red.), Göteborgs universitet 1993.

Blume, Peter och Petersen, Hanne (red.), *Retlig polycentri.* Akademisk Forlag, København 1993. Citeras Blume 1993.

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*. Norstedts juridik, Stockholm 1993.

Bondeson, Ulla (red.), *Rationalitet i rättssystemet,* Publica/Rätt och samhälle, Liber Förlag, Stockholm 1979.

Bosseldal, Ingrid, "Förälskelse – som ideal och praktik". Skillnad mellan ideal och praktik i förälskelsen. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1995.

Bourdieu, Pierre, *Outline of a theory of practice*. Cambridge University Press, Cambridge 1977.

Bourdieu, Pierre, *Homo Academicus*. B. Östlings bokförlag Symposion, Eslöv 1996.

Brantsaeter, Marianne C og Widerberg, Karin, (red.) *Sex i arbeid (et) i Norge*, Tiden Norsk Forlag, Oslo 1992.

Brouwer, P.W. m.fl (eds.)*Coherence and Conflict in Law,* Deventer 1992.

Bruun, Niklas, *Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*. Juridica, Vammala 1979.

Bruun, Niklas, Recension av Örjan Edström, MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. *Juridisk tidskrift* 1994/95 nr 5, sid. 1075–1082.

Bæksted, Anders, *Nordiska gudar och hjältar*. Forum, Stockholm 1988.

Bärmark, Jan, Visionen om en forskning om forskning, Ur *Forskning om forskning eller Konsten att beskriva en elefant*, Bärmark, Jan (red.), Natur och kultur, Lund 1984. Citeras Bärmark 1984a.

Bärmark, Jan (red.) *Forskning om forskning eller Konsten att beskriva en elefant*. Natur och Kultur, Lund 1984. Citeras Bärmark 1984b.

Bärmark, Jan, Om kunskapens kulturberoende – en introduktion till kunskapsantropologin. *VEST nr* 5–6 1988, sid. 32–42.

Carty, A, English Constitutional Law from a Postmodernist Perspective. Ur *Dangerous Supplements: Resistance and Renewal in Jurisprudence*. Fitzpatrick, Peter (ed.), Pluto Press, London 1991.

Chodorow, Nancy J, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender.* University of California press, Berkeley 1978.

Christensen, Anna, *Avstängning från arbetslöshetsersättning*, Norstedt, Stockholm 1980.

Christensen, Anna, Kvinnorätten och lagpositivismen, *Retfaerd* nr 33, 1986.

Christensen, Anna, Konflikt eller harmoni. Två normativa strukturer. Ur *Politisk filosofi. Rättigheter*, Sällskapet för politisk filosofi (red.), Symposion, Stockholm 1988.

Christensen, Anna, *Hemrätt i hyreshuset: en rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd*, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

Clahr Hallberg, Marie, *Den gudomliga spegeln*. Ida Bokförlag, Malmö 1994.

Clark, Alice, *Working Life of Women in the Seventeenth Century*, Routledge & K. Paul, London Boston, 1982. (Originalet från 1919).

Coates, Jennifer, *Women, Men and Language*. Longman, London 1986.

Cominos, Peter, Innocent Femina Sensualis in unconscious conflict. Ur *Suffer and be still.* Vicinius Martha (ed.), Indiana university press, Bloomington 1973.

Comte, Auguste, Om positivismen, Bokförlaget Korpen, Göteborg, 1979. Originalet *Discours préliminaire sur lésprit positif,* 1844.

Conway, Anne, *The Principles of the Most Ancient and Modern Philosophy*, Loptson, Peter (ed), The Hague Nijhoff 1982.

Cooper, J.C, *Symboler En uppslagsbok*, Forum, Helsingborg 1989.

Curtis, Dennis E. & Resnik, Judith, Images of Justice. *The Yale Law Journal*, Vol. 96: 1727, 1987.

Dahl, Tove Stang (red.), *Kvinnerett I–II,* Oslo Universitetsforlag AS, Oslo 1985. Citeras Dahl, 1985Ia och IIa.

Dahl, Tove Stang, Svar till Lala om kvinnerne, retten og juristerna nå og i framtiden, *Retfærd* nr 28 1985. Citeras Dahl 1985b.
Dahl, Tove Stang, *Women's law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*. Norwegian University Press, Oslo 1987.
Dahlberg, Anita, Nordborg, Gudrun, Wicklund, Elvy, *Kvinnors rätt.* Tiden/Folksam, Stockholm 1990. Citeras Dahlberg 1990.
Dahlberg, Anita, Androcentrin i juridisk utbildning. Ur *Retlig polycentri.* Blume, Peter och Petersen, Hanne (red.), Akademisk Forlag, København 1993.
Dahlberg, Anita, Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*. Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.
Dalberg-Larsen, Jørgen, *Retsstaten Velfærdsstaten og hvad så? Sammenhænge mellem retsudvikling og samfundsudvikling set i et retssociologisk perspektiv.* Akademisk Førlag, København 1984.
Dalberg-Larsen, Jørgen, *Ret, styring og selvforvaltning*. Juridisk Bogformidling, Aarhus 1991.
Dalberg-Larsen, Jørgen, *Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis*. Akademisk førlag, København 1994.
Danelius, Hans, *Sverige och de mänskliga rättigheterna*, UD informerar 1988:2.
Darwin, Charles, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection*, 1859. Utkom på svenska 1871, *Om arternas uppkomst.*
Darwin, Charles, *The descent of man, and selection in relation to sex,* (1871). Tyler Bonner, John and May, Robert M. (eds.), Princeton University Press, Princeton N.J 1981.
Deegan, Mary Jo, Symbolic Interaction and the Study of Women: An introduction, Ur *Woman and Symbolic Interaction,* Deegan, M J. & Hill, M. (eds), Allen & Unwin, Boston Mass. London 1987.
Derrida, Jacques, Force of Law: the Mystical Foundation of Authority. *Cardozo Law Review* 11, 1990, 919–1045.
Descartes, Rene, *Meditations on first philosophy: with selections from Objections and replies*, Cottingham, John, (ed.), Cambridge University Press 1996. Originalet från 1642, Cartesius, *Meditationes de prima philosophiae.*
Doublet, David Roland, *Rett vitenskap og førnuft, Et systemteoretisk*

perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige forutsetninger. Alma Mater Førlag AS, Bergen, 1995.

Douzinas, Costas, Warrington, Ronnie, & McVeigh, Shaun, *Postmodern Jurisprudence. The law of text in the texts of law.* Routledge, London 1991.

Duerr, Hans Peter, *Myten om civilisationsprocessen, Band 2 Intimitet.* B. Östlings bokförlag/Symposion, Stockholm 1996.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously,* Harvard U.P, Cambridge Mass. 1978.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge Mass. 1986.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære.* Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1971.

Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian, *Rettssystemer: systemteoretisk innföring i rettsfilosofien.* 2 rev. utg., Tano, Oslo 1991. Citeras Eckhoff 1991.

Eduards, Maud, (red.), *Kön, makt, medborgarskap: Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Gleerups Förlag, Malmö 1993.

Eduards, Maud och Gunneng, Hedda, Medborgaren och hans hustru, Om Aristoteles och hans syn på kvinnan. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.

Edwards, Betty, *Teckna med högra hjärnhalvan, en kurs i konsten att utveckla sin kreativa och konstnärliga förmåga,* Forum, Stockholm 1982.

Einarsson, Jan & Hultman, Tor G., *Godmorgon pojkar och flickor. Om språk och kön i skolan.* Liber, Stockholm 1984.

Eisler, Riane, *Begeret og sverdet. Kjønn og kultur.* Pax Forlag, Oslo 1994.

Ekelöf, Per Olof, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* C.W.K. Gleerup, Lund 1951

Ekenvall, Asta, *Manligt och kvinnligt*, (Kvinnohistoriskt arkiv V), Göteborg 1966.

Eklund, Per, *Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner.* Norstedt & Söner, Stockholm 1974.

Elshtain, Jean Bethke, *Public man, private woman: woman in social and political thought,* Princeton University Press, 1981.

Eriksson, Gunnar, *Platon & smitaren. Vägar till idéhistorien*. Atlantis, Stockholm 1989.
Eriksson, Lars D, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*. Juridica, Helsingfors 1980.
Eriksson, Lars D, Rätten och juristerna i framtiden. Visioner och utopier, *Retfærd* nr 28 1985.
Eriksson, Lars D. Sociala rättigheter som en ny form av egendom. Ur *Kritik, moral och rätt*, Institutionens för Offentlig rätt publikationer, Helsingfors Universitet, Helsingfors 1992.
Esseveld, Johanna och Larsson, Lisbeth, (red.) *Kvinnopolitiska nyckeltexter*, Studentlitteratur, Lund 1996.
Ewald, François, The Law of Law. Ur Teubner, Günther (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society,* Gruyter, 1988.
Faludi, Susan, *Backlash kriget mot kvinnorna*. Norstedt, Stockholm 1993.
Ferguson, Margaret och Wicke, Jennifer (eds.), *Feminism and Postmodernism*. Duke University Press, Durham 1994.
Feyerabend, Paul, *Ned med metodologin*. Zenit/Rabén & Sjögren, Lund/Stockholm 1977.
Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford Clarendon Press, 1983.
Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, 1980.
Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern Law*. Routledge, London 1992.
Fontenelle, Bernard de, *Entretiens sur la pluralité des mondes* 1686, i svensk översättning *Samtal om flera werldar* 1759.
Forsman, Ingrid, Kärlek som livsmening och kulturmönster. Ur *Den sociologiska fantasin.* Bergryd, Ulla (red.), Rabén & Sjögren, Stockholm 1987.
Forssén, Annika & Hamberg, Katarina, Nyansera debatten om likhet och särart, *bang*, nr 1, 1994.
Fransson, Susanne, Lönediskriminering – fenomen och strategi. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*. Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala, 1995.
Fredriksson, Ingrid, *Jämställdhet Om könsideologier*. Tiden, Stockholm 1987.
Fredriksson, Marianne, *Evas bok*. Wahlström & Widstrand, Stockholm 1981.

French, Marilyn, *Bortom makten. Om kvinnor, män och moral.* Legenda Pocket, Stockholm 1987.
French, Rebecca Redwood, *The golden yoke. The legal Cosmology of Buddhist Tibet.* Cornell University Press, Ithaca 1995.
Freud, Sigmund, *Orientering i psykoanalysen II.* Natur & Kultur, Stockholm 1955.
Frost, Lis, Det deregulerede køn – Om privatisering av ægteskabet. Ur *Deregulering – ret uden regler.* Frost, Lis (red.), Aarhus Universitetsforlag, Aarhus 1990.
Frug, Mary Joe, *Postmodern Legal Feminism.* Routledge, New York 1992.
Frykman, Jonas och Löfgren, Orvar, *Den kultiverade människan.* Liber Läromedel, Lund 1979.
Frändberg, Åke, Some Reflections of Legal Security. Ur *Philosophical Essays Dedicated to Lennart Åqvist.* Pauli, Tom (ed.), Filosofiska studier, Uppsala 1982.
Frändberg, Åke, Om rättsordningars giltighet. Ur *Festskrift till Eckhoff*, Oslo 1986.
Frändberg, Åke, Rättsstatens organisation. Ur *Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl on the Occasion of His Fiftieth Birthday.* Needham, Paul och Odelstad, Jan (eds.), Filosofiska studier, Uppsala 1986.
Fuller, Lon F., *The morality of Law,* 2 ed., New Haven, Connecticut 1969.
Ganetz, Hillevi, Gunnarsson, Evy, Göransson, Anita (red.), *Feminism och marxism: en förälskelse med förhinder: en antologi*, Arbetarkultur, Stockholm 1986.
Gay, Peter, *Freud.* Bonnier, Stockholm 1990.
Gerhard-Teuscher, Ute, Über gegenwärtige und historische Erfahrungen der Frauen mit Recht. Vorüberlegungen zu einer Rechtstheorie für Frauen. Ur *Gesellschaft. Beiträge zur Marxchen Theorie.* Backhaus, H.G. (ed.), Frankfurt am Main 1981.
Gilligan, Carol, *In a different voice: Psychological Theory and Women's Development.* Harvard University Press, Cambridge Mass. 1982.
Gimbutas, Marija, *The language of the goddess unearthing the hidden symbols of western civilization.* Harper & Row, San Fransisco 1989.

Gleick, James, *Kaos. Vetenskap på nya vägar.* Bonnier Fakta Bokförlag, Stockholm 1988.
Goldberg, Steven, *The inevitability of Patriarchy*. New York 1973.
Gould, Stephen Jay, *Livet är underbart om femögda djur och naturens slumpmässiga historia,* Ordfronts Förlag, Stockholm 1990.
Graham, Ruth, Loaves and Liberty: Women in the French Revolution. Ur *Becoming visible: Women in European History*. Bridenthal, Renate & Koonz, Claudia (eds.), Boston 1977.
Gramsci, Antonio, *En kollektiv intellektuell.* BOC-serien, 1 uppl Cavefors, Staffanstorp 1967.
Gramsci, Antonio, *Brev från fängelset.* Rabén & Sjögren, Stockholm 1981.
Granström, Görel, Andersson, Gudrun, Jansson, Karin, Oja, Linda, *Kvinnorna och rätten. Från stormaktstid till rösträttsstrid*. Hallgren & Fallgren Studieförlag AB, Uppsala 1996.
Graver, Hans Petter, *Den juristskapte virkelighet*. Tano A/S, Otta 1986.
Gray, John, *Män är från Mars, kvinnor är från Venus,* Bromberg, Stockholm 1992.
Grbich, Judith E, The Body in Legal Theory. *University of Tasmania Law Review* Vol. 11, 1992.
Greimas, A.J, *On meaning: selected writings in semiotic theory.* University of Minnesota Press, Minneapolis 1987.
Grotius, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*. Vol II Book I – III Translation of the Text, by Kelsey, Francis W., Oxford University Press, 1925.
Grundmann, Reiner, *Luhmann Conservative, Luhmann Progressive*. EUI Working Paper LAW No. 90/7.
Gunnarsson, Åsa, *Skatterättvisa.* Iustus förlag, Uppsala 1995.
Gunneng, Hedda, Underordnad i livet – likställd efter döden. Om kvinnans förhållande till mannen i Thomas av Aquinos tänkande. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.
Gustafsson, Håkan, Den andre Kelsen. *Retfærd* nr 71, 1995.
Gustavsson, Claes, "Some Notes on Intentionality and Normativity in Managerial Reasoning". Ur *Accounting and Organised Action*,

Gustavsson, C. & Hassel, L. (red.), Åbo Akademi Press, Åbo 1990.

Göransson, Anita, Innovation och institution. Om receptionen av kvinnohistoria och kön som analytisk kategori. Ur *Manliga strukturer och kvinnliga strategier. En bok till Gunhild Kyle.* Sawyer, Birgit och Göransson, Anita (red.), Historiska inst. vid Göteborgs univ., Göteborg 1987.

Haavind, Hanne, Makt og kjærlighet i ekteskapet. Ur *Kvinneforskning: Bidrag til samfunnsteori.* Festskrift till Harriet Holter. Kaukka, R., Hoel M. & Haavind, Hanne (red.), Oslo 1982.

Haavind, Hanne, Fordeling av omsorgsfunksjoner i småbarnsfamilier. Ur *Myk start – hard landing.* Om forvaltning av kjønnsidentitet i en endringsprosess, I. Rudie (red). Oslo 1984.

Haavind, Hanne, Förändringar i förhållandet mellan kvinnor och män, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 1985.

Habermas, Jürgen, *Knowledge and Human Interests*, Beacon Press Boston, 1972.

Habermas, Jürgen, *Communication and the Evolution of Society.* Heinemann, London 1979.

Habermas, Jürgen, Modernity – An incomplete Project. Ur *Postmodern culture.*, Foster, H. (ed.) Pluto Press, London 1985.

Habermas, Jürgen, *Borgerlig offentlighet, Kategorierna "privat" och "offentligt" i det moderna samhället.* Arkiv moderna klassiker, Lund 1988.

Habermas, Jürgen, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures,* Polity Press, Cambridge 1990.

Habermas, Jürgen, *Kommunikativt handlande: texter om språk, rationalitet och samhälle.* 2 uppl. Daidalos, Göteborg 1996. *(The Theory of Communicative Action.* Volume I, Reason and the rationalization of society. Beacon Press, Boston 1984.)

Hafström, Gerhard, *Den svenska familjerättens historia*, 9 uppl. Lund Juridiska förening Studentlitteratur, Lund 1975.

Hallberg, Margareta, *Kunskap och kön. En studie av feministisk vetenskapsteori.* Daidalos, Göteborg 1992.

Halldén, Sören, *Nyfikenhetens redskap, en bok om kritiskt tänkande inom vetenskapen och utanför,* Studentlitteratur, Lund 1980.

Hammar, Elisabet, Fostran till foglighet. Om kvinnans villkor i Rousseaus tänkande. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i*

politiskt tänkande från Platon till Engels. Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.
Hanmer, Jalna and Maynard, Mary, Introduction: violence and gender stratification. Ur *Women, violence and sexual control.* Hanmer, Jalna and Maynard, Mary (eds.) Macmillan, London 1987.
Hart, H.L.A, *The concept of law.* Oxford 1970.
Hartsock, Nancy, *The feminist standpoint revisited and other essays,* CO Westview Press, Boulder 1996.
Hedenius, Ingemar, *Om rätt och moral.* Wahlström & Widstrand, Stockholm 1963.
Hegel, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, Frankfurt am Main, 1972.
Heidegger, Martin, *Brev om humanismen*, Thales, Stockholm 1996.
Hellner, Jan, *Juridiska styrmedel.* En skiss. ADBJ-rapport 1974:2 stencil Stockholm 1974.
Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion.* 2 uppl. Juristförlaget, Stockholm 1994.
Hellner, Jan bemötande av Claes Petersons recension av Hellners; Rättsteori. En introduktion; *Juridisk Tidskrift*, 1996–97, sid. 539.
Hellquist, Elof, *Svensk etymologisk ordbok*, Liber Läromedel, Lund 1980.
Henning, Ann, *Tidsbegränsad anställning, En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner,* Juridiska Föreningen, Lund 1984.
Henriksson, Alf & Tsu-Yü, Hwang, *Kinesisk historia*, Åkerström, Hans (red.), BonnierPocket, Stockholm 1982.
Hintikka, Jaakko & Hintikka, Merrill, How Can Language Be Sexist? Ur *Discovering Reality: Feminist Perspectives on Epistemology, Metaphysics, Methodology and Philosophy of Science,* Harding, S. & Hintikka, M. (eds.), Dordrecht: Reidel, 1983.
Hirdman, Yvonne, Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 1988.
Hirdman, Yvonne (red), *Maktens former.* Carlsson Bokförlag, Stockholm 1989.
Hirdman, Yvonne, Rosa Mayreders stora förtvivlan. En analys av det kvinnovetenskapliga dilemmat samart – särart. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 2 1992.

Hirdman, Yvonne, *Att lägga livet till rätta – studier i svensk folkhemspolitik.* Carlsson Bokförlag, Stockholm 1993.
Hirvonen, Ari, Antigone. Kärlek till rättens gudinna, *Retfærd* nr 56, 1992.
Hobbes, Thomas, *Man and Citizen*, Gert, Bernard (ed.). Humanities Press (USA) Harvester Press (England) 1972.
Hoff, Joan, *Law, gender and injustice. A legal history of U.S women.* New York University Press, New York 1994.
Hollander, Anna, *Omhändertagande av barn en studie av barnavårdsmål vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982.* Aktuell juridik, Stockholm 1985.
Holm, Ulla, Är moderskap djuriskt? *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1 1995.
Holmberg, Carin, *Det kallas kärlek. En socialpsykologisk studie om kvinnors underordning och mäns överordning bland unga jämställda par.* Anamma, Göteborg 1993. Citeras Holmberg 1993a.
Holmberg, Carin och Lindholm, Margareta, Feministisk teori. Ur *Moderna samhällsteorier, Traditioner, riktningar, teoretiker*, Månson, Per (red.), Bokförlaget Prisma, Stockholm 1993. Citeras Holmberg 1993b.
Holter, Harriet m fl., *Familien i klassesamfunnet.* Paxforlag, Oslo 1975.
Horkheimer, Max & Adorno, Theodor W, *Upplysningens dialektik, Filosofiska fragment*, Bokförlaget Daidalos AB, Göteborg, 1997.
Hydén, Håkan, *Rättens samhälleliga funktioner.* Studentlitteratur, Lund 1978.
Hydén, Håkan, *Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler,* opubl. manus, 1993-08-20.
Hydén, Håkan och Anderberg, Eva, Rätten i förvandling. Ur *Rätten i förvandling: jurister mellan stat och marknad,* Bertilsson, Margareta (red.), Nerenius & Santérus, Stockholm 1995.
Hägerström, Axel, *Rätten och Viljan.* C W K Gleerup Bokförlag, Lund 1961.
Hägerström, Axel, *Rätten och staten, Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi.* Natur och Kultur, Stockholm 1963.
Illich, Ivan, *Genus, bidrag till en historisk kritik av jämlikheten.* Liber Förlag, Stockholm 1985.
Inger, Göran, *Svensk rättshistoria*, Liber Ekonomi, Malmö, 1997.

Israel, Joachim, *Språkets dialektik och dialektikens språk*, Esselte Studium, Stockholm 1980.
Jacobsen, Grethe, Kvinderet og kvinders retshistorie. *Retfærd* nr 56, 1992.
Jacobsen, Grethe, *Kvinder, køn och købstadslovgivning 1400–1600. Lovfaste mænd og ærlige kvinder.* Tusculanums forlag, København 1995.
Jacobsson, Ulla, *"Vi hade ju haft ihjäl en gubbe", Mordet i Lindome.* Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1995.
Jakobsen, Liselotte och Karlsson, Jan Ch (red.), *Jämställdhetsforskning Sökljus på Sverige som jämställdhetens förlovade land.* Forskningsrapport 93:5 Högskolan i Karlstad 1993.
Jansson, Karin, Kvinnofrid ur olika perspektiv – våldtäkt, kvinnorov och andra sexuella övergrepp cirka 1600–1900. Ur *Kvinnorna och rätten. Från stormaktstid till rösträttsstrid,* Granström, G., Andersson, G., Jansson, K., Oja, L., Hallgren & Fallgren Studieförlag AB, Uppsala 1996.
Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment.* Iustus förlag, Uppsala 1992.
Johannisson, Karin, *Den mörka kontinenten. Kvinnan, medicinen och fin-de-siècle.* Norstedts Förlag AB, Stockholm 1994.
Johansson, Vicki, *Vem gör vad, när och var?: omsorgens organiseringsformer i kommunerna och kvinnors och mäns omsorgsarbetsdelning*, Publica Norstedt, Stockholm, 1997.
Jónasdóttir, Anna G, *Love Power and Political Interest. Towards a Theory of Patriarchy in Contemporary Western Societies*, Örebro Studies, Örebro 1991.
Jónasdóttir, Anna G., Hon för honom – han för staten. Om Hobbes' och Lockes kvinnosyn. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.
Karlsson, Lynn, The Beginning of a "Masculine Renaissance" The Debate on the 1909 Prohibition against Women's Night Work in Sweden. Ur *Protecting Women, Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920.* Wikander, Ulla, Kessler-Harris, Alice och Lewis, Jane (eds.) University of Illinois Press, USA 1995.

Keller, Evelyn Fox, *Reflections on Gender and Science.* Yale University Press, New Haven and London 1985.
Kelly, Joan, Early Feminist Theory and the Querelle des Femmes, 1400–1789. Ur *Women, History and Theory: The Essays of Joan Kelly,* The University of Chicago Press, 1984.
Kelly, John M, *A short history of Western Legal Theory*, Oxford University Press, New York 1993.
Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran, dess metod och grundbegrepp.* Statsvetenskaplig tidskrift, häfte 3, Lund 1933.
Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*. Berkeley, Los Angeles, London 1967.
King, Karen L (ed.), *Images of the feminine in gnosticism*, Studies in antiquity & christianity. Fortress Press, Philadelphia, USA 1988.
Klami, Hannu Tapani, *The Rules of Man*, Vammala 1984.
Kleineman, Jan, Dold äganderätt till fastighet (är) inte en äganderätt i vanlig mening...", i *Juridisk Tidskrift*, 1993–94 sid. 360–364.
Kleineman, Jan, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen?, *Juridisk Tidskrift* 1993–94 sid. 718–733.
Kleineman, Jan, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, *Juridisk Tidskrift* 1994–95 sid. 621–630.
Koskela, Hille, Stadsmiljön som rädslan och kontrollens rum. Ur *Kvinnor och miljöer. Rapport från det 9nde nordiska kvinnojuristmötet 19 – 21 maj 1995*. Herrlin, Monica (red.) Helsingfors universitet, Helsingfors 1995.
Krawietz, Werner, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden 1984.
Krawietz, Werner, Recht und Moderne Systemtheorie, *Rechtsteorie* 1986, Beiheft 10.
Kristensson Uggla, Bengt, *Kommunikation på bristningsgränsen. En studie i Paul Ricoeurs projekt.* B. Östlings bokförlag/Symposion, Stockholm/Stehag 1994.
Krohn, Roger G, Scientific Ideology and Scientific Process: The Natural History of a Conceptual Shift. Ur *The Social Production of Scientific Knowledge. Sociology of the Sciences.* Volume I. Mendelsohn/Weingart/Whitley, (eds.), Ridel, Dordrecht 1977.
Kruse, Bjørn, *Den tenkende kunstner, komposisjon og dramaturgi som prossess og metode.* Oslo 1995.
Kuhn, Thomas S., *De vetenskapliga revolutionernas struktur*, Bok-

förlaget Thales, Stockholm 1997. (*The structure of scientific revolutions.* 2 ed. University of Chicago Press, Chicago 1970.)
Kulick, Don (red.), *Från kön till genus. Kvinnligt och manligt i ett kulturellt perspektiv*. Carlsson, Stockholm 1987.
Kurki-Suonio, Kirsti, Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus Förlag, Uppsala 1995.
Kyle, Gunhild, *Gästarbeterska i manssamhället: Studier om industriarbetande kvinnors villkor i Sverige*. Liber Förlag, Stockholm 1979.
Kymlicka, Will, *Modern politisk filosofi. En introduktion*. Nya Doxa, Nora 1995.
Källström, Staffan, *Den gode nihilisten. Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin*. Rabén & Sjögren, Stockholm 1986.
Lakatos, Imre, Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes. Ur *Criticism and the Growth of Knowledge*. Lakatos, I. och Musgrave, A. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge 1970.
Laurén, Reidunn & Lavén, Håkan, *Nya Jämställdhetslagen, Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet.* Publica, Stockholm 1992.
Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod.* Iustus Förlag, Uppsala 1996.
Lidbeck, Åse, Jämställdhet? En fråga om förnuft. Om kvinnans plats i Platons Utopia. Ur *Kön, makt, medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels.* Eduards, Maud, (red.), Gleerups Förlag Malmö 1993.
Liedman, Sven-Eric, *Från Platon till kommunismens fall: de politiska idéernas historia*. Månpocket, Stockholm 1993.
Liljeström, Rita, *Det erotiska kriget*. Liber Förlag, Stockholm 1981.
Liljeström, Rita och Kollind, Anna-Karin, *Kärleksliv och föräldraskap*. Carlsson, Stockholm 1990.
Lindholm, Margareta, *Talet om det kvinnliga. Studier i feministiskt tänkande i Sverige under 1930-talet.* Monograph from the Department of Sociology, no 44, University of Gothenburg, Göteborg 1990.
Lindholm, Stig, *Vetenskap, verklighet och paradigm*. Almqvist & Wiksell Förlag, Stockholm 1980.

Lindholt, Lone, Om at kunne eller skulle, og hvis ikke, hva' så – *Retsvidenskabeligt Institut B, Årsberetning 1992*. København 1993.
Locke, John, *Two Treatises of Government*. Dente, Everyman's Library, London 1975.
Luhmann, Niklas, The autopoiesis of social systems. Ur *Sociocybernetic Paradoxes*. Geyer, F. och van der Zouwen, J. (eds.), Beverly Hills 1986. sid. 172–192.
Luhmann, Niklas, The Self-Reproduction of Law and its Limits. Ur *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Teubner, G. (ed.), Berlin 1986. sid. 111–127.
Luhmann, Niklas, The Unity of the Legal System. Ur *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Teubner, Gunther (ed.), Berlin 1988. sid. 12–35. Citeras Luhmann 1988a.
Luhmann, Niklas, Closure and Openness. Ur *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Teubner, Gunther (ed.), Gruyter, Berlin 1988. sid. 335–348. Citeras Luhmann 1988b.
Luhmann, Niklas, The Sociological Observation of the Theory and Practice of Law. Ur *European Yearbook in the Sociology of Law*. Milano 1988. sid. 23–42. Citeras Luhmann 1988c.
Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme,* Frankfurt am Main, Suhrkamp 1984. Finns i engelsk översättning, *Social Systems*, Stanford Calif. Stanford University Press, 1995.
Lundgren-Gothlin, Eva, "Står kvinnor i spetsen för regeringen, så är staten i fara..." Om kvinnan och mannen i Hegels Rättsfilosofi. *Retfærd* nr 39, 1987.
Löfgren, Orvar, Kulturbygge och kulturkonfrontation. Ur *Kultur och medvetande*. Hannerz, U. m.fl. (red.), Akademilitteratur, Stockholm 1982.
MacCormick, Neil, Coherence in Legal Justification, *De Lege*, årg 2, 1992, sid. 311–330.
Machiavelli, Niccolò, *Fursten*. Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm 1991.
MacKinnon, Catharine A., *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*. Harvard University Press, Cambridge Mass. 1987.
MacKinnon, Catharine A., Toward Feminist Jurisprudence, Ur *Toward a Feminist Theory of the State*. MacKinnon, Catharine A. (ed.). Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1989.

MacKinnon, Catharine A., Plädering för en feministisk rättsteori. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1, 1991.
Malmström, Anna-Karin, Anne Conway, *Filosofisk tidskrift* nr 2/94.
Marx, Karl, *Människans frigörelse.* Aldus/Bonnier, Stockholm 1965.
Marx, Karl, *Kapitalet*. Första boken, Zenit, Lund 1974.
Mathiesen, Thomas, *Makt och motmakt*. Bokförlaget Korpen, Göteborg 1982.
Mead, Georg H., *Medvetandet, jaget och samhället: från socialbehavioristisk synpunkt.* Argos, Uppsala 1976.
Mead, Margaret, *Kvinnligt, manligt, mänskligt, en undersökning av tre primitiva samhällen*. 6 uppl. Stockholm Bonnier 1970.
Merchant, Carolyn, *Naturens död. Kvinnan, ekologin och den vetenskapliga revolutionen. B. Östlings bokförlag*/Symposion, Stockholm/Stehag 1994.
Merton, Robert K, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, New York, Collier-MacMillan Limited, London, 1968.
Merton, Robert K., *The sociology of science: theoretical and empirical investigations* . Storer, Norman W. (ed.), University of Chicago Press, Chicago 1973.
Miller, Jean Baker, *En ny kvinnopsykologi.* LiberFörlag, Stockholm 1980.
Modéer, Kjell Å, *Land skall med lag byggas II,* Nio rättshistoriska uppsatser, Juridiska föreningen i Lund, 1984.
Modéer, Kjell Åke, *Historiska rättskällor. En introduktion i rättshistoria.* Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993.
Moi, Toril, Att erövra Bourdieu. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1, 1994.
Moksnes, Aslaug, *Kvinner på barrikadene. 8 essays om kvinnenes kamp under Den franske revolusjon*. J W Cappelens Forlag, Oslo 1974.
Molander, Bengt, *Vetenskapsfilosofi. En bok om vetenskapen och den vetenskapande människan*. 2. uppl. Bokförlaget Thales, Stockholm 1988.
Myrhaug, May-Lisbeth, föredrag på Nordiskt Forum i Åbo, Finland aug 1996.
Månson, Per (red), *Moderna samhällsteorier. Traditioner riktningar teoretiker*. 3 uppl. Prisma, Stockholm 1993.

Naffine, Ngaire, *Law and the sexes: explorations in feminist jurisprudence*. Allen & Unwin, Sydney 1990.
Nerheim, Hjördis, *Vitenskap og kommunikasjon. Paradigmer, modeller og kommunikative strategier i helsefagenes vitenskapsteori.* Universitetsforlaget AS, Oslo 1995.
Nicholson Linda J. (ed.) *Feminism/Postmodernism.* Routledge, New York and London 1990.
Nielsen, Ruth, *Kvindearbejdsret.* Juristførbunds forlag, København 1979.
Nietzsche, Friedrich, *Så talade Zarathustra.* Forum, Stockholm 1991.
Nordberg, Michael, *Den dynamiska medeltiden*, Tiden, Stockholm 1984.
Nordborg, Gudrun, Jämställdhet – synpunkter utifrån jämställdhetslagstiftningen och vissa ärenden hos jämställdhetsombudsmannen, *Svensk Juristtidning* 1984, sid. 190–215.
Nordborg, Gudrun, Äktenskapet som könskontrakt. Ur *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten.* Sandgren, Claes (red.), Norstedts juridik, Stockholm 1993.
Nordborg, Gudrun (red.), *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Iustus förlag, Uppsala 1995. Citeras Nordborg 1995a.
Nordborg, Gudrun, Förord till *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995. Citeras Nordborg 1995b.
Nordborg, Gudrun, Konstruktioner av moderskap och faderskap – genom reproduktionsteknologin och i rätten. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten.* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995. Citeras Nordborg 1995c.
Nordenstam, Kerstin, Hur talar kvinnor och män till vardags? *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1, 1990.
Nordqvist, Sven, *Nasse hittar en stol*, Opal, Bromma 1988.
Nousiainen, Kevät, Den universellt fria kvinnan? *Retfærd* nr 49, 1990.
Nousiainen, Kevät, Rättens system och kvinnans vardag. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.
Numhauser-Henning, Ann, *Rätten till fäderneslandet,* Lund 1988.
Næss, Arne, *Empirisk semantik*, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Arlöv 1992.

Nørretranders, Tor, *Märk världen, En bok om vetenskap och intuition*, Bonnier Alba, Stockholm 1995.
O'Donovan, Katherine, *Sexual divisions in law.* Weidenfeld and Nicolson, London 1985.
Ohlander, Ann-Sofie, En latent struktur av våld. Kriminalisering av offret exemplifierad ur svensk rättshistoria. Ur *Manliga strukturer och kvinnliga strategier.* En bok till Gunhild Kyle. Sawyer, Birgit och Göransson, Anita (red.), Historiska institutionen, Göteborgs Universitet, 1987.
Okin, Susan Moller, *Justice, gender, and the family*. Basic Books cop., New York 1989.
Olivecrona, Karl, *Om lagen och staten*, Håkan Ohlssons Boktryckeri Lund 1940.
Olivecrona, Karl, *Law as fact.* 2 ed. Stevens, London 1971. Svensk version, Om lagen och staten, Lund 1940.
Olivecrona, Karl, *Rättsordningen.* 2 uppl. Liber Läromedel, Lund 1976.
Olsen, Frances E. (ed.) *Feminist legal theory I: Foundations and outlook*, Dartmouth, Aldershot, Singapore, Sydney, 1995.
Olsson, Hanna, *Catrine och rättvisan.* Carlssons Bokförlag, Stockholm 1990.
Ordbok över Svenska språket, utgiven av Svenska Akademien, Lund 1962.
Ortner, Sherry B, Gender and sexuality in hierarchical societies: the case of Polynesia and some comparative implications. *Sexual meanings, the cultural construction of gender and sexuality.* Ortner, Sherry B. & Whitehead, Harriet (ed.), Cambridge 1981.
Palmblad, Eva och Eriksson, Bengt Erik, *Kropp och politik.* Carlssons bokförlag, Stockholm 1995.
Pateman, Carole, *The sexual contract.* Polity Press, Cambridge 1988.
Peczenik, Aleksander, *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära,* 2 uppl. Norstedts, Stockholm 1988.
Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation.* Fritzes förlag AB, Stockholm 1995.
Peczenik, Aleksander, Rätt. rationalitet och ideologikritik, *Retfærd* Nr 75, 1996.
Petersen, Hanne, *Informel ret på kvindearbejdspladser – en retsteoretisk og empirisk analyse.* Akademisk forlag, København 1991.

Petersen, Hanne, *On Women and Legal Forms*. EUI Working Paper LAW No. 94/8.
Petersen, Hanne, (red.),*Kvindelig arbejdsret*, Gad Jura A/S, 1995.
Petersen, Hanne, Informal Norms and Gendered Labour Law. Ur *The Sex of Labour Law in Europe*, Kravaritou , Y. (ed.), Luwer Law International. Netherlands 1996. Citeras Petersen 1996a.
Petersen, Hanne, *Følsom och fornuftig ret.* Foredrag ved Ph.D kurs i "Feminist Legal Theory in Europe", Lunds universitet, 29 april 1996. (Stencil) Citeras Petersen 1996b.
Petersen, Hanne, Polycentrisk almen-lære? Eller fælleskab i forskellighed, *Retfærd* Nr 78, 1997.
Peterson, Claes, *Introduktion till naturrättens historia*. stencil.
Peterson, Claes, Rättslig enhet genom naturrätt? Naturrätten i 1700-talets skolfilosofiska rättsteori. *Juridisk Tidskrift* nr 4, 1993, sid. 628.
Petersson, Olof (red), *Maktbegreppet*. Carlsson Bokförlag, Stockholm 1989.
Petersson, Olof, *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik*. Publica, Stockholm 1996.
Petrell, Katarina, *Kvinnan som medel för marknadsföringsåtgärder – en kvinnorättslig studie av reklamens kvinnobild och jämställdheten mellan könen.* Helsingfors universitet, Helsingfors 1996.
Petrén, Gustaf & Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Liber Förlag, Stockholm 1980.
Pierce, Charles Sanders, *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass) 1969.
Plato in twelwe volumes, 9 Timaeus, Heinemann Harvard University Press, London Cambridge Mass. 1989.
Pohjonen, Soile, Kvinnor, våld och straffrätt. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.
Popper, Karl R, *En värld av benägenheter*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 1996.
Prokop, Ulrike, *Kvinnors livssammanhang. Begränsade strategier och omåttliga önskningar*. Rabén & Sjögren, Stockholm 1981.
Pylkkänen, Anu, Könssystemet inom familjen. Ur *13 kvinnoper-*

spektiv på rätten, Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.

Påhlsson, Robert, *Riksskatteverkets rekommendationer. Allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet*, Iustus förlag, Uppsala 1995.

På tal om kvinnor och män. Lathund om jämställdhet 1996. SCB.

Pöyhönen, Juha, Summary i *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Helsinki 1988.

Pöyhönen, Juha, Föredrag på forskarkursen Rättens allmänna läror, Majvik, Finland, 21–26 maj 1996.

Ramberg, Jan, under medverkan av Hultmark, Christina, *Allmän Avtalsrätt*. 4.e uppl. Juristförlaget, Stockholm 1996.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London 1976.

Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*. 2 ed. Oxford 1980.

Robinson, J.M. (ed.), *The Nag Hammadi Library in English,* 3rd ed. 1988.

Rolf, Bertil, *Profession, tradition och tyst kunskap. En studie i Michael Polanyis teori om den professionella kunskapens tysta dimension*. Bokförlaget Nya Doxa AB, Nora 1991.

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt nordisk forlag, København 1971.

Rottleuthner, Hubert, Biological Metaphors in Legal Thought. Ur *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Teubner, Gunther & de Gruyter, Walter (eds.), New York 1988.

Rousseau, Jean-Jacques, *Emile eller Om uppfostran*, Del 1–2, inledn. av Ronny Ambjörnsson, sv. övers. CA Fahlstedt, i bearbetn. av Inga-Britt Hansson, Stegeland, Göteborg 1977 – 1978.

Ryberg, Ann-Charlotte, *Domarkarriären*. Juristförlaget, Stockholm 1988.

Sanday-Reeves, Peggy, The Socio-Cultural Context of Rape. A Cross-Cultural Study. *Journal of Social Issues*, vol. 37 (1981), sid. 5–27.

Sandgren, Claes, Kunskapssamhället och rättssystemet. Ur *Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv,* Sandgren, Claes (red.), Fritze, Stockholm 1995.

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap. Del I, *Juridisk Tidskrift* 1995–96 nr 3, sid. 726–748. Citeras Sandgren 1995–96a.

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap. Del II, *Juridisk Tidskrift* 1995–96 nr 4, sid. 1035–1059. Citeras Sandgren 1995–96b.

Sandström, Marie & Peterson, Claes, Lex Lata – Lex Ferenda Fakta eller Fiktion? Ur *Lex Ferenda,* Rosén, Jan (red.), Juristförlaget, Stockholm 1996.

Sandström, Torsten, *Privatjustis mot anställda.* Juridiska Föreningen, Lund 1979.

Schömer, Eva, Ett himmelens kulturarv att bära. Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten,* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.

Schönnesson-Nilsson, Lena, *Hennes och hans äktenskap?* Rapport 1 från projektet: Parrelationer i barnfamiljer, JÄMFO Delegationen för jämställdhetsforskning, Stockholm 1985.

Schönnesson-Nilsson, Lena, *Det sociala könet. Könsidentitetens betydelse för upplevelsen av äktenskapet.* Rapport 2 från projektet: Parrelationer i barnfamiljer. JÄMFO Delegationen för jämställdhetsforksning, Stockholm 1987.

Scott, Joan W, Experience, Ur *Feminists Theorize the Political.* Butler Judith & Scott Joan W. (eds.),1 Routledge, New York 1992.

Selander, Staffan (red.),*Kunskapens villkor, En antologi om vetenskapsteori och samhällsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 1986.

Simmonds, Nigel, *Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter.* Norstedts juridik, Stockholm 1994.

Sivertsson, Annika, Staten, samerna och demokratin. *Retfærd* nr 74, 1996.

Sjöberg, Katarina, Variationsrikedomen stor i hawaiiansk samlevnad. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1995.

Sjöstrand, Torgny, *Medicinsk vetenskap: historik, teori och tillämpning.* Natur och Kultur, Stockholm 1979

Smart, Carol, *Feminism and the power of law.* Routledge, London, Great Britain 1989.

Smith, Dorothy E., *The everyday world as problematic a feminist sociology.* Northeastern Univ. Press, Boston 1987.

Stanko, Elizabeth A. Typical violence, normal precaution: men, women and interpersonal violence in England, Wales, Scotland and the USA. Ur *Women, violence and sexual control.* Hanmer, Jalna & Maynard, Mary (eds.), Macmillan, London 1987.

Stanko, Elizabeth A. *Everyday violence. How women and men experience sexual and physical danger.* Pandora Press, London 1990.

Sterzel, Fredrik (red.), *Rättsstaten – rätt, politik och moral.* Rättsfondens skriftserie, Iustus förlag AB, Uppsala 1996.

Stjernquist, Per & Widerberg, Karin, *Introduktion i rättssociologi,* Departement of Sociology of Law, Report Series 5-1978, Lund University Sweden, 1978.

Strahl, Ivar, *Makt och rätt.* 10 uppl. Iustus förlag, Uppsala 1994.

Strand, Karin, Genom vatten och eld. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1995.

Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag,* Studentlitteratur, Lund 1985.

Strömholm, Stig, *Ideer och tillämpningar. Studier i allmän rättslära.* Norstedts, Stockholm 1979.

Strömholm, Stig, Den segrande romerska rätten. Ur *Europa och rätten* , Natur & Kultur, Stockholm 1991.

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära.* 5 uppl. Norstedts, Stockholm 1996.

Svensson, Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten.* Nordborg, Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995.

Svensson, Eva-Maria, Delar av en helhet, *Retfaerd* nr 74, 1996.

Tamm, Ditlev, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling.* 2 uppl. Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1996.

Teubner, Gunther, (ed.), *Autopoietic Law: a new approach to law and society.* Gruyter, Berlin 1988.

Teubner, Gunther, Hypercycle in Law and Organization: the Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis. *European Yearbook in the Sociology of Law* 1988. sid. 43–79.

Teubner, Gunther, And God Laughed... Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law. Ur *Critical Legal Thought.* Joerges & Trubek, (eds.) Baden-Baden 1989, sid. 399–434.

Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system.* Blackwell, Oxford 1993.

Tiger, Lionel & Fox, Robin, *Härskardjuret.* Pan/Norstedt, Stockholm 1974.

Tiger, Lionel, *Men in Groups*. London 1969.
Tingsten, Herbert, *Gud och fosterlandet, Studier i hundra års skolpropaganda*, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1969.
Tolonen, Juha, Rätten och kaos. *Retfærd* nr 55, 1991.
Tuori, Kaarlo, föreläsning på forskarkurs i Majvik, maj 1996.
Tuori, Kaarlo, Två tolkningar av rättens evolution. *Retfærd* nr 36, 1987.
Tuori, Kaarlo, Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin. Ur *Rättsdogmatikens alternativ.* Tuori, Kaarlo (red.), Juridica, Helsingfors 1988.
Töllborg, Dennis, *Personalkontroll En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen*, Symposion, Stockholm/Lund 1986.
Töllborg, Dennis, Turen favoriserar det öppna sinnet. *Retfaerd* nr 43, 1988.
Töllborg, Dennis, *Lag och ordning – mer än bara lag och polis? eller Sagan om den svenska personalkontrollen*. Stencil sid. 2.
Töllborg, Dennis, Law as value, föredrag på IVR konferens i Argentina aug. 1997.
Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft Grundbegriffe der reinen Soziologie*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1979. Originalet *Gemeinschaft und Gesellschaft, Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*., 1887.
Törnebohm, Håkan, *En systematik över paradigm*. Avd för Vetenskapsteori, Rapport nr 85. Göteborgs Universitet 1976.
Törnebohm, Håkan, *Vad betyder vetenskapsteori?* Institutionen för Vetenskapsteori, Rapport nr 145, Göteborgs Universitet 1985.
Ulmanen, Petra, Högern och feminismen: nya tendenser i det offentliga samtalet. *Kvinnovetenskaplig Tidskrift* nr 3–4, 1996.
Victor, Dag, *Rättssystem och vetenskap, Studier kring en analysmodell för ideologiska system*. P.A. Norstedt & Söner förlag, Stockholm 1977.
Vindeløv, Vibeke, Polycentri og alternativ konfliktløsning, Ur *Retlig polycentri.* Blume, Peter och Petersen, Hanne (red.), Akademisk Forlag, København 1993.
Vindeløv, Vibeke, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*. Akademisk Forlag, København 1997.

Waardenburg, Jacques, Symbolic Aspects of Myth. Ur *Myth, Symbol, and Reality*, Olson, Alan M. (ed.) University of Notre Dame Press, Notre Dame 1980.
Walker, Barbara G., *The Women's Dictionary of Symbols and Sacred Objects.* Harper & Row, San Fransisco 1988.
Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft,* Bd II, Tübingen 1956.
Westberg, Peter, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet. Ur *Festskrift till Per Olof Bolding*. Juristförlaget, Stockholm 1991.
Westerhäll, Lotta, Nytt perspektiv på frågan om patienträttigheter. *Juridisk Tidskrift* 1996–97 Nr 2, sid. 427–436.
Westerhäll, Lotta, Rättigheter som grund för social trygghet, *Retfærd* Nr 75, 1996
Widerberg, Karin, *Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980*. Liber Förlag, Stockholm 1980.
Widerberg, Karin, *Kunskapens kön, minnen, reflektioner och teori*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1995.
Wiin Nielsen, Aksel & Gregersen, Niels Henrik, Kaos-teori og livssyn. Ur *Kaos og kausalitet. Om kaos-teorin og dens betydning for filosofi og teologi*, Wiin Nielsen, Aksel & Gregersen, Niels Henrik (red.), Aarhus universitetsforlag, Aarhus 1992.
Wikander, Ulla, Delat arbete, delad makt: Om kvinnors underordning i lönearbetet. Ur *Kontrakt i kris: Från ojämlik till ojämställd*. Maktutredningens bokserie, 1991.
Wikander, Ulla, Sekelskiftet 1900. Konstruktion av en nygammal kvinnlighet. Ur *Det evigt kvinnliga. En historia om förändring*. Wikander, Ulla (red), Tidens förlag, Stockholm 1994. Citeras Wikander 1994a.
Wikander, Ulla, Ensidig fokusering på särart istället för jämställdhet. *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 4, 1994. Citeras Wikander 1994b.
Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*. Juristförlaget, Stockholm 1989.
Wilhelmsson, Thomas, *Social Civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*. Juristförbundets Förlag, Helsingfors 1987.
Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal Om avtalsbundenhet och oskä-*

liga avtalsvillkor. 2 uppl. Juristförbundets Förlag, Helsingfors 1995.
Willadsen, Jytte, Hysterikan och psykopaten – om könsskillnader i psykiatrin, *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 1 1989.
Wilson, Edward O., *On human nature*. Harvard University Press, Cambridge Mass. 1978.
Winberg, Christer, *Grenverket Studier rörande jord, släktskapssystem och ståndsprivilegier*, Institutet för rättshistorisk forskning, Lund 1985.
Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus,* Orion/Bonniers, Stockholm 1962.
Wittgenstein, Ludwig, *On Certainty*. Basil Blackwell, Oxford 1969.
The World's Women 1995. Trends and Statistics, United Nations, New York 1995.
Wright, Georg H. von, *An essay in deontic Logic and the general theory of action: with a bibliography of deontic and imperative logic,* Amsterdam 1968.
Wright, Georg H. von, *Myten om framsteget. Tankar 1987 – 1992: med en intellektuell självbiografi*. Bonnier, Stockholm 1994.
Zahle, Henrik, Polycentri i retskildelæren. Ur *Festskrift till Torstein Eckhoff,* 1986.
Zahle, Henrik, *Bevisret. Oversigt.* København 1994.
Åqvist, Lennart, *Introduction to Deontic Logic and the Theory of Normative Systems.* Napoli 1987.

Artiklar

Arnald, Jan, När börjar den moderna tiden? *Göteborgs-Posten* Kultur 1996-08-03.
Björnber, Ulla, Om pappornas ökade familjeorientering, *Arbetet* 1994-11-29.
Bruun, Niklas, Hur förnya arbetsrätten? *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, årg1, nr 2, vintern 1995.
Dagens Nyheter debatt 3 jan, 17 jan, 20 jan, 31 jan, 6 feb 1996 mellan Svante Nycander, Hans-Gunnar Axberger, Christer Rune och Maciej Zaremba.
Dagens Nyheter debatt 1, 2, 17, 22 november, 6 och 8 december

1994, mellan Tore Håkansson, Eva Moberg, Jan Ovesen, Kåre Fagerström samt Elisabet Hermodsson.
Dagens Nyheter debatt 20 mar, 26 mar, 4 apr och 6 jun, *Göteborgs-Posten* 9 apr samt *Aftonbladet* 10 apr, samtliga 1996, ang. det s.k. Barnmorskemålet.
Rothstein, Bo, Veta de icke vad de göra? *Moderna Tider,* nr 70, 1996.
Svenaeus, Lena, Varför fick inte prosten tjänsten som kyrkoherde? *Lag & Avtal* Nr 3/97.
Westerhäll, Lotta, Änkepensionen bör vara skyddad av grundlagen, *Svenska Dagbladet*, 10 april 1997.
Zaremba, Maciej, Orättens rötter, *Moderna Tider* 62–63 December/ Januari 1995/96.

Rättsfall

AD 1996 nr 41, det s.k. barnmorskemålet.
Enderby-målet, EG-domstolens avgörande 127/92.
Hayward v. Cammell Laird Shipbuilders Ltd. Storbritannien, det s.k. kokerske-målet.
HD:s dom den 10 sep 1997. Mål nr B 2078/97.
NJA 1980 s. 705.
NJA 1981 s. 1
NJA 1981 s. 693
NJA 1982 s. 589.
NJA 1986 s. 138.
NJA 1993 s. 553.
Stockholms tingsrätt Mål nr B 5946-92. Hovrätten Mål nr Ö 1215/93 och Ö 1665/93.

Utgångspunkten för detta rättsfilosofiska arbete är att rättens formella könsneutralitet i själva verket osynliggör genusrelationens relevans. Osynliggörandet sker genom att de upprättade kriterier och distinktioner som utgör rättens (och rättsvetenskapens) yttre ramar utesluter en central del av den samlade mänskliga erfarenheten. Samtidigt verkar samma kriterier, vilka förstås som självklara, inomvetenskapligt bekräftande.

Analysen visar att genusrelationen kan användas för att synliggöra kriterierna för vad rätten anses vara, dess legitimeringsgrund och dess område. Möjligheten av en positionslös objektivitet ifrågasätts utifrån genusrelationen som position. Ifrågasättande och medvetandegörande av det självklara kan möjliggöra en förändring, där förståelsen är central i förändringen. Tydliggörandet av sambandet mellan rättsförståelse, vetenskapssyn och genus kräver fler och delvis andra redskap än de som tillhandahålls av rättsvetenskapen. Redskapen, i form av begrepp, språk och symboler, blir metodologiska i den meningen att de tydliggör hur förståelsen uttrycks.

Eva-Maria Svensson är verksam vid Rättsvetenskapliga institutionen, Göteborgs universitet. Akademisk avhandling.

ISBN 91-7678-366-9

IUSTUS FÖRLAG